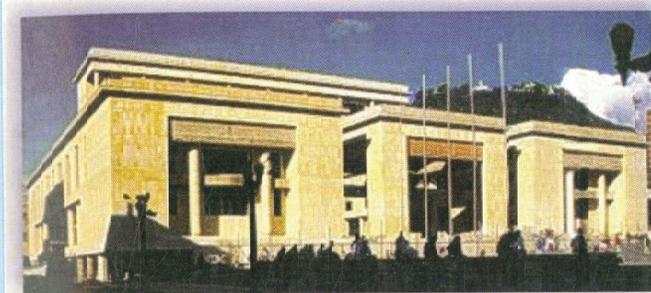


ISSN: 1692-3936



Derecho y Realidad

Núm. 4 • II Semestre 2004

Derecho y Realidad

Núm. 4 • II Semestre 2004

Uptc

El derecho concursal

La inconstitucionalidad por omisión:
Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor
garantista de los derechos humanos

Tratado de Libre Comercio: "Entre el tiburón y la sardina"

La "desmitificación" de las especialidades tradicionales del derecho
público y privado: las actividades industriales y comerciales del Estado

Ciencia y verdad del testimonio

*¡¡Derechos humanos:
ideales comunes para la convivencia!!
"La democracia vive si se vive"*

ISSN 1692-3936



Edificando futuro

Revista Sociojurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Uptc

Universidad Pedagógica y
Tecnológica de Colombia



Facultad de Derecho y Ciencias Sociales



Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Derecho y Realidad

Revista sociojurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Núm. 4 • II semestre de 2004
Publicada I semestre 2006

Derecho y Realidad

Derecho y Realidad es una publicación semestral editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC

ISSN: 1692-3936

Rector

Carlos Augusto Salamanca Roa

Vicerrector Académico

Esaú Ricardo Páez Guzmán

Director Investigaciones

Enrique Vera López

Decano Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

J. Álvaro Polanco Sánchez

Director Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – CIEDE

Edgar Fernando Cervantes Díaz

Director Editor

Edgar Fernando Cervantes Díaz

Comité Editorial

Dr. J. Álvaro Polanco Sánchez

Dr. Francisco Vega Supelano

Dr. Leonel Vega Pérez

Dr. Pedro Alonso Sanabria Buitrago

Dr. Julio César Izaquita Torres

Dra. Mireya Mendieta Pineda

Corrección de Estilo:

Luis Enrique Clavijo M.

Director Imprenta y Publicaciones

Pablo Alejandro Sánchez Pereira

Diagramación:

Eunice Bacca de Torres

Impresión:

Imprenta y Publicaciones UPTC, Tunja

Informes

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Avenida Central del Norte

Telefax: (8) 7404933 – Tunja

Centro de Investigación

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Correo electrónico: ciederecho@tunja.uptc.edu.co

Teléfono: 7422175 ext.: 1812

Tunja, Boyacá, Colombia

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Contenido

El derecho concursal J. Álvaro Polanco Sánchez	5
Análisis de la libertad de acceso a mercados Daniel Rigoberto Bernal Gómez	13
La inconstitucionalidad por omisión: Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor garantista de los derechos humanos Luis Bernardo Díaz Gamboa	27
Tratado de Libre Comercio: “Entre el tiburón y la sardina” Armando Suescún	41
La “desmitificación” de las especialidades tradicionales del derecho público y privado: las actividades industriales y comerciales del Estado Fernando Arias García	61
Ciencia y verdad del testimonio Jaime Hernando Murcia Fénix	79
Instrucciones para los autores	127

El derecho concursal

*J. Álvaro Polanco Sánchez**

EL DERECHO CONCURSAL es una de las ramas más importantes del derecho, pero, a través del tiempo, no se le ha puesto el interés necesario. Además, no es muy nuevo, pues data de la Edad Media, y desde entonces ha permanecido en una permanente evolución. Hace su aparición con el desarrollo del comercio, como una necesidad de los comerciantes para evitar una posible quiebra o bancarrota de sus empresas.

Por lo tanto, el derecho está hecho para atender la realidad, impone soluciones y obliga a los abogados y académicos a llegar a la conclusión de que nada es perenne. El derecho claudica, se somete a la realidad.

El profesor Óscar González Arana manifiesta que "de seis procesos concordatarios que se iniciaron en 1990, pasamos a 57 en 1995, al año siguiente la cifra fue de 62 empresas sometidas a concordato; tres años después casi se triplica el número de procesos concordatarios, que fue de 180, en 1999; a lo largo del 2000 fueron 293 sociedades las admitidas a la promoción de un acuerdo de reestructuración en los términos de la Ley 550 de 1999; en el año 2001 más de 300".

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades sostiene que en los últimos 35 años ha conocido 609 procesos concordatarios, de los cuales 81,11% se han iniciado a partir de la entrada en vigencia

* Decano Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UPTC.

de la Ley 222 de 1995. Así mismo, afirma que del 21 de junio de 1996 al 31 de mayo de 2005, 1.147 empresas han sido admitidas o convocadas al proceso concursal en su modalidad de liquidación obligatoria y 1.077 a acuerdo de reestructuración.

Todo lo anterior es una voz de alerta, en el sentido de entender el impacto que dichos procesos tienen en la economía nacional; los activos se encuentran comprometidos en las sociedades concursadas. Por lo tanto, debemos entender que el acuerdo prejudicial es autónomo de los contratantes, no debe ser muy viable, pues los acreedores, con el mango del sartén en sus manos, pueden ayudar o exigir su pago inmediato, quedando entonces los deudores desprotegidos y al azar de su acreedor.

El concordato preventivo se da cuando el empresario debe aplazar sus pagos, no los puede realizar o se insolventa. Todo ello en una situación en la que la economía del país no le ofrece las garantías necesarias para desarrollar industria y poner en el mercado sus productos. Llega, entonces, a esa crisis económica que obliga a reducir costos, como, por ejemplo, el pago de empleados, personas que sostienen una familia, generándose así el desempleo y los problemas socio-económicos.

Es angustioso pensar que el derecho concursal sigue en obra, con suma lentitud, al igual que la justicia, y que es poca la satisfacción de los créditos a los acreedores, quienes, en su calidad de comerciantes, no encuentran la seguridad económica y de justicia pronta para continuar con sus fines empresariales y se encuentran, como los deudores, abocados a suplicios económicos, sin encontrar una solución pronta y eficaz a sus necesidades y requerimientos que se ajusten a un continuo desarrollo, en beneficio de la evolución social que requiere el país.

Obviamente, como predomina el desarrollo económico y el poder del capital, se tiene que cuando las empresas solventes se encuentran mal económicamente, otras salen a salvarlas, en cambio, las pequeñas deberán atenerse a su suerte, por carecer de ese respaldo económico y no ofrecer garantía alguna. Así se llega a que las de menor poder económico tienden a desaparecer.

La normatividad concursal en Colombia aparece con la ley 222 de 1995 y se regula con la ley 550 de 1999, mediante la cual se

llega a una justificación de acuerdos privados, que se deben manejar dentro de un marco legal. Se trata, entonces, de privatizar la justicia, haciendo que las normas sean muy rígidas sobre los créditos y en nada beneficien al comerciante dentro de esta crisis económica que los consume constantemente.

No es justo que la solución sea unilateral, es decir, por parte de los acreedores, pues tienen el poder económico y no tienen en cuenta a los deudores. No se puede separar de la empresa viable al empresario frustrado. La ley 550 de 1999 es la protagonista de estas falacias.

Por eso se debe fortalecer al poder judicial. El juez debe ser especializado, debe tener un carácter universal de procedimiento, de materias propias de otras disciplinas jurídicas, para poder obtener su única finalidad, que es la mayor calidad de las resoluciones judiciales, celeridad, seguridad jurídica. Así, se deben crear nuevos juzgados, descargando a los juzgados civiles y ayudando a la descongestión civil.

Claro está que todo acuerdo debe ir con aprobación del juez o si no es nulo; pero el acuerdo privado es primordial, visto que acreedor y deudor son los únicos que conocen sus peruanías económicas y la forma de poder solucionarlas.

De igual forma, existen críticas sobre la especialización judicial: priman intereses económicos frente a los trabajadores, se critica a los sindicatos. Pero se debe tener en cuenta que el derecho concursal está regido por el principio de universalidad.

Se deben crear juzgados en lo mercantil. La competencia del juez debe ser territorial: el deudor debe estar en su sede principal, y ante varios solicitantes debe valer la primera petición presentada; debe ser objetiva: en primera instancia debe darse la apertura o negación del concurso; debe ser funcional: otorgar al juez mercantil conocer en forma exclusiva todo lo referente a la materia concursal y lo que se derive de ella: conocer del derecho marítimo, lo de contratación referente al tema notarial, incidencias o pretensiones como consecuencia de la ampliación de la ley de arbitraje.

Pero para poder entender mejor cómo los Estados se han construido dentro del desarrollo histórico, es preciso recordar que se han desarrollado por medio de la fuerza, el poder, la soberanía Estado y la jurisdicción. Los Estados se han levantado sobre la sangre, sobre las guerras. Cuando se tiene la fuerza se tiene el poder, y tener la fuerza y el poder es ser soberano para castigar y sancionar. Todo esto genera el objeto político del Estado, como una estructura de la Constitución Política, y es la ideología de quien ostenta el poder. La Constitución es un elemento político, y la jurisdicción no se puede apartar del contexto político; la decisión de los jueces debe cumplir los fines del Estado: toda providencia que produce un juez refleja y protege los fines políticos del Estado. Para eso existen juzgados constitucionales que deben ser netamente políticos, en el buen sentido de su interpretación. Su meta y soporte es la Constitución Política, y de ahí que los jueces no pueden dictar sentencias contra un Estado Social de Derecho, porque se rompería todo el esquema del Estado. Para ejercer la fuerza se debe ser soberano, si no existe la soberanía no se puede ejercer el poder: por eso el Estado es soberano.

Ante tales circunstancias, los países latinoamericanos están desarrollando el derecho concursal, dentro de la globalización del derecho mercantil.

Es tan complejo el asunto, que la globalización podría derrumbar el concepto de soberanía, como lo demuestra el ejemplo de la Unión Europea. Además, los avances tecnológicos, como las comunicaciones por vía satelital y las transacciones bancarias entre países, pueden llevar a una conclusión no muy lejana: que los países no serán libres de legislar, visto que existen poderes externos que influyen en el juzgador. Sería muy ligero pensar que estamos regresando a la Edad Media, sin Estados, sin fronteras y sin poder, que es el fundamento principal de la jurisdicción para poder aplicar el derecho.

Recordemos que en la Edad Media los comerciantes adquirían en las ferias compromisos económicos y si no podían pagar en la siguiente feria, rompían la banca; de ahí la bancarrota. La banca era el soporte donde ponían en venta sus productos.

Dentro de este mismo esquema, en la Revolución francesa la justicia era manejada por el Estado, pero con crueldad y

penalización, hasta llegar al punto de pagar con su vida. Se desmembraba al individuo y se entregaban las partes a los deudores, o tenían que aceptar las relaciones sexuales de su esposa con los acreedores, para poder cancelar sus obligaciones económicas, desconociendo la máxima romana "A lo imposible nadie está obligado".

En Colombia, hasta el año de 1940, el comerciante era detenido por bancarrota; siempre se atacó al hombre, sin miramientos de su estado financiero, honestidad, deseo de pagar. Afortunadamente, en esta época ha cambiado sustancialmente la persecución personal, pero con los vacíos concursales que hasta la fecha continúan, aún hay vicios de procedimiento.

La empresa es una función primordial para el desarrollo de un Estado capitalista, y puede llegar a la quiebra, como un procedimiento típico concursal, con mecanismos precautelares a la bancarrota, llamados jurídicamente concordatos, concursos, atrasos y, para finalizar una empresa en su caos, liquidación.

La complejidad del derecho concursal no sólo se enmarca dentro de los parámetros legales, sino que además es interdisciplinario. Por su naturaleza, confluyen en él el derecho laboral, penal, fiscal, civil, en concordancia imperativa de otras ciencias que le son afines, como la contabilidad, la administración de empresas, la economía, las finanzas, etc. Razón de más para que los abogados deban ser especializados y disciplinados en todos ellos, a pesar de existir los auxiliares de la justicia.

Todo esto lleva a pensar que tenemos la Constitución Política de 1991, pero con códigos de 1800: se le entregan al juez las quiebras, se cambia el sistema y se pasa a la Superintendencia de Sociedades, y para no romper la jurisdicción se pasa nuevamente al juez.

A nivel de la globalización, las deudas externas, que indiscutiblemente ensombrecen el panorama económico de países pobres como Colombia, son impagables. Como solución se debe crear un Tribunal Internacional, para lograr que la justicia tenga una jurisdicción clara, fortaleciendo el Estado, en sus conductas sociales, unificando la concursalidad en un solo Tribunal a naturales, jurídicas, acreedores y deudores.

Las empresas están en crisis por su falta de liquidez y parte del no pago del deudor es atípico. Por tanto, el Estado está en la obligación de tomar en cuenta y muy en serio esa crisis. Hay que proteger el crédito. La empresa, como factor de riqueza y generadora de empleo, debe ser protegida, se le deben dar soluciones inmediatas para su continuación y evitar la concursabilidad.

La crisis de una empresa no es solo un problema de contenido jurídico, sino que va más allá del desconcierto económico. Las empresas no se preparan para la crisis. A nadie le gusta fracasar y espera mucha protección del sistema. Lo importante del concurso es la solución, llámese acuerdo o como se quiera denominar, que es lo de menos, lo importante es llegar a un feliz término.

La naturaleza de los derechos involucrados son dispositivos en el derecho colombiano. La jurisdicción protege los derechos del acreedor y del deudor, pero debe existir certeza y seguridad para un buen perfeccionamiento y equidad entre las partes. En tales circunstancias el abogado debe ser propenso a la concertación y esquivo a la confrontación. Pero a pesar de esto, el empresario debe estar preparado para la crisis, llegando a utilizar el derecho en sus mejores formas y con otras disciplinas, incluyendo al juez, que aplica el derecho representado en el hombre.

De otra parte, todos los que en una u otra forma están cerca del derecho saben que deben tener como parámetro la ética, pero este principio importante dentro de la base jurídica cambia, como lo hace la sociedad. El ideal de ética es mutable e inalcanzable: lo que hoy es ético puede que mañana no lo sea, por eso el derecho concursal no es ajeno a estos cambios imperativos del hombre.

Al ser un tema no nuevo, sino de poco estudio, por carecer de la importancia que merece, el derecho concursal debe estar acorde con las necesidades del siglo XXI. Necesita proponer reformas coherentes con las necesidades empresariales, los acreedores, deudores y todos aquellos que de alguna manera dependan económicamente. Su objetivo es llegar a un bien común dentro del Estado, repercutiendo en un beneficio general para la sociedad. Donde hay ingresos existe un mejor modo de vida, se disminuye la pobreza y con ello la violencia, generadora de todos los conflictos sociales.

A pesar de que los acreedores son los dueños de los créditos y pueden hacer lo que quieran con su dinero, no significa que estén lejos de lesionar al deudor; por el contrario, deben llegar, dentro de los mejores términos, a una solución efectiva y pronta para evitar traumatismos, no solamente empresariales, sino sociales. Afortunadamente, en esta época ya se resuelven los conflictos dentro de una actitud moderna y no medieval.

El objetivo del derecho concursal es, pues, analizar la situación excepcional en que se encuentra el deudor, que por razones ajenas a su voluntad no puede hacer frente a sus obligaciones económicas adquiridas con su acreedor, y, a su vez, proteger la inversión del acreedor, sin sacar del mercado al deudor.

Por eso, «*Los hombres no nacieron para resolver los problemas, tampoco para descansar*» y «*El hombre que se quiera dar su propia vida, para eso se da su propia ley*».

Análisis de la libertad de acceso a mercados

*Daniel Rigoberto Bernal Gómez**

Resumen:

Para que un acuerdo de comercio bilateral o multilateral sea una herramienta normativa de desarrollo de los mercados y de los países comprometidos, se debe indicar cuáles son los factores que influyen en una agenda para el acceso a mercados de los productos de una nación en vía de desarrollo. Tales factores han sido materia de estudio durante la Ronda Uruguay, que se ha constituido en un mapa de las reglas de acceso a mercados en el comercio internacional, bajo el supuesto de que la noción de acceso a los mercados está asociada con la capacidad de los productos extranjeros de competir en los mercados nacionales con los productos nacionales en condiciones parejas.

Palabras clave: Derecho internacional, Comercio internacional, Acceso a mercados, Negociación de tratados, Multilateralismo, Bilateralismo, Regionalismo.

* Abogado y Especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia. Docente de Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Abstract:**A market access liberty's analysis**

In order that a commerce's bilateral or multilateral agreement may be turned into the markets and their countries' regulatory tool of development, it has to be indicated which are the factors that influence the agenda for the access to a developing nation products' markets. Such factor have been matter of study during the Uruguay Round, which has turned into an access rules' map to the markets in the international trade, under the supposition that the markets access' notion is associated with the foreign products' capacity, to compete in even conditions in the domestic markets with the national products.

Key words: International law, International trade, Markets' access, Treaties' negotiation, Multilateralism, Bilateralism, Regionalism.

El tema del acceso a los mercados de bienes ocupa un espacio central en las negociaciones comerciales. No obstante los avances logrados en las distintas "Rondas" sobre esta materia, persisten aún ciertas barreras tradicionales, y, además, se han ido agregando nuevos obstáculos. La propia noción de acceso ha evolucionado desde una visión asociada principalmente a la disminución de barreras en la frontera, hasta su concepción actual en la que el acceso llega a depender de un creciente número de políticas aplicadas a la producción y comercialización domésticas.

A pesar de la mayor reglamentación que recibieron las medidas de protección contingente en la Ronda Uruguay, su instrumentación tiene vacíos que son aprovechados por las leyes y prácticas domésticas, con la consecuente falta de transparencia. Este uso con fines proteccionistas persiste en algunos sectores. Un ejemplo de ello se ve en las negociaciones agrícolas, de particular importancia para los países en vía de desarrollo, en vista del potencial de exportación que los productos agropecuarios representan para ellos y de las serias distorsiones que aún afectan su intercambio internacional.

Las limitaciones estructurales que condicionan la oferta de los países en desarrollo pueden impedirles que aprovechen oportunidades de mercados abiertos en las negociaciones de acceso.

El trato especial y diferenciado, el regionalismo y el sistema de solución de

controversias constituyen las tres dimensiones transversales del acceso a mercados. Cada una ofrece posibilidades complementarias a los países en desarrollo, aunque también presenta limitaciones específicas debido a la naturaleza de su reglamentación.

La noción de acceso a los mercados

La expresión "acceso a los mercados", aunque de amplio uso en la literatura especializada, no cuenta con una acepción precisa, en parte porque corresponde a una condición relativa y dinámica (Harris: 1998). Básicamente, se busca caracterizar la naturaleza y el grado del acceso a los mercados, partiendo de los elementos que afectan las condiciones de competencia que las importaciones enfrentan en un determinado mercado, en comparación con los productos nacionales.

Estas condiciones, que están determinadas por normas y conductas de gobiernos y de empresas, restringen el acceso a los mercados cuando encarecen los productos importados en términos relativos o limitan las cantidades de los productos transados internacionalmente.

En cuanto a su contenido, el tema de acceso a los mercados ha evolucionado desde una visión tradicional, asociada principalmente a la disminución de barreras en la frontera, hasta su concepción actual en la que el acceso llega a depender de un creciente número de políticas aplicadas a la

producción y comercialización domésticas. Por lo tanto, la noción tradicional es más restringida y se vincula con los esfuerzos de vieja data tendientes a reducir las barreras tarifarias y medidas no tarifarias que dificultan el traspaso de la frontera de los productos importados¹.

En su versión más extensa, el acceso a mercados incluiría las condiciones de competencia imperantes en los mercados de destino, y la opción de acceso por medio de la inversión extranjera. Las condiciones de competencia pueden ser trastornadas por la presencia de subsidios, medidas contingentes, estándares y barreras culturales, entre los principales obstáculos. Por su parte, la inversión extranjera puede estar condicionada por regulaciones nacionales, así como por prácticas de los agentes privados².

En su moderna expresión, el acceso a mercados depende no solo de la liberalización del intercambio de bienes y servicios y de las regulaciones complementarias, sino también de movimientos similares en el ámbito de la inversión y de las personas. El pro-

greso anotado hasta ahora en los distintos componentes ha sido desigual y desequilibrado, al haber reconocido especialmente los intereses de los países desarrollados.

En forma anexa, debe reflexionarse que la capacidad productiva del país exportador puede constituir una restricción más determinante que las condiciones de acceso efectivas en los mercados destino. Las limitaciones estructurales que condicionan la oferta de los países en desarrollo impiden que estos aprovechen oportunidades de mercado abiertos para ellos, en términos generales o preferenciales. Una evidencia de este último caso se encuentra en el limitado aprovechamiento que los países en desarrollo han hecho, en muchas ocasiones, de las facilidades concedidas en el Sistema General de Preferencias (SGP).

En este contexto conviene tener presente que el estado actual de la apertura comercial internacional trae por lo menos tres limitaciones para los países en desarrollo. En primer lugar, es una práctica común que muchas de las concesiones otorgadas resulten de

¹ En este ámbito, la Ronda Uruguay avanzó en el proceso de reducción arancelaria para los productos industriales, permitió la arancelización de varias medidas no tarifarias, comprometió a los países a rebajas en los subsidios otorgados a la agricultura y definió un proceso de desmantelamiento de cuotas del Acuerdo Multifibras en el sector textil.

² El Acta de Marrakech incluyó el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (antidumping) y los Acuerdos sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. En el área de inversión la Ronda Uruguay aprobó el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (TRIM's), que limita severamente las exigencias a la inversión extranjera que los gobiernos pueden imponer en el campo comercial, sin que existan normas o códigos equivalentes que regulen el comportamiento de los agentes privados.

concesiones recíprocas entre países industrializados y, por lo tanto, correspondan a aquellos rubros donde los países en desarrollo no cuentan con la capacidad de oferta adecuada. En segundo lugar, las condiciones de acceso aún existentes en los mercados ambicionados pueden inducir a los países exportadores a limitar su oferta a aquellos rubros que no enfrentan obstáculos. Finalmente, los países que se proponen desarrollar nuevos rubros de exportación enfrentan restricciones a los espacios de acción interna, representados por el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC), el acuerdo que norma los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)³ y el referente a las subvenciones y medidas compensatorias.

Cabe señalar otros tres conjuntos de temas que inciden en la capacidad de maniobra de los países en desarrollo para negociar derechos y obligaciones en el acceso a los mercados y garantizar su instrumentación. El trato especial y diferenciado, el regionalismo y el sistema de solución de controversias que constituyen tres dimensiones adicionales del acceso a los mercados, y cada una de ellas ofrece posibilidades complementarias a los países en desarrollo, aunque también presenta limitaciones específicas.

La progresiva heterogeneidad entre los niveles de ingreso y desarrollo de los países miembros del GATT generó una demanda colectiva por un tratamiento especial y diferenciado a los países en desarrollo y países menos adelantados. Después de lograr un compromiso de no reciprocidad en la Ronda Tokio, el tratamiento especial y diferencial se redujo en la Ronda Uruguay a una serie de disposiciones insertas en los acuerdos y una Decisión Ministerial relativa a las medidas en favor de los países menos adelantados⁴. El trato especial y diferenciado fue limitado al otorgamiento de exenciones o menores niveles de exigencias, períodos de transición más extensos, acciones de asistencia técnica para ayudarles a crear la capacidad necesaria para aplicar los acuerdos y participar en las negociaciones, además de compromisos no vinculantes tendientes a brindarles mayores oportunidades comerciales.

A su vez, el auge del regionalismo, registrado en años recientes, podría deberse, entre otras causas, a una respuesta estratégica de los países miembros ante la manifiesta ineficacia del sistema comercial multilateral para dar debida cuenta de las diferentes capacidades competitivas de los países. En efecto, mediante su participación en acuerdos de integración regional los países en desarrollo buscan asegurar su

³ Su sigla en inglés es TRIPS.

⁴ Con posterioridad a la Ronda y durante la Primera Sesión de la Conferencia Ministerial en Singapur (1996), se definió un Plan de Acción especial dirigido a estos países.

acceso en condiciones preferenciales a mercados de gran potencial, elevar su competitividad, mejorar su inserción en el comercio mundial y fortalecer su posición negociadora en diversos foros. Esta tendencia, en el caso de América Latina y el Caribe, fue inicialmente influenciada por los procesos de apertura general emprendidos por los países de la región desde fines de la década pasada, pero recibió su impulso definitivo a partir de los variados arreglos de integración que proliferaron en los noventa.

El entendimiento que instaura el Órgano de Solución de Diferencias es uno de los mayores logros de la Ronda Uruguay, ya que el mecanismo en principio concede a todos los países las mismas posibilidades para defender sus derechos y aclarar aspectos no resueltos en temas de acceso a mercados. Desde su implementación el sistema ha sido ampliamente usado también por los países en desarrollo, tanto por conflictos que han surgido con países desarrollados, como por los que aparecieron entre ellos mismos. No obstante, continúan existiendo dudas sobre la capacidad del sistema para resguardar eficazmente los legítimos intereses de los países en desarrollo. A pesar del aporte que este sistema y otros de índole institucional en la

OMC⁵ representan en términos de transparencia y previsibilidad, persisten vacíos que aún rodean el ejercicio pleno de los derechos y deberes.

A. El trato especial y diferenciado

La OMC afirma, sobre los compromisos en materia de trato especial y diferenciado, que ello se habría limitado a los mayores plazos otorgados para el ajuste de los países en desarrollo a nuevas condiciones de libre comercio, ya que las demás disposiciones previstas no fueron puestas en vigor por los países miembros⁶.

Sin embargo, estos plazos son pequeños en ciertos acuerdos que contienen exigencias de cambios muy elevadas para lo que eran las prácticas anteriores en los países en desarrollo, como, por ejemplo, en los casos de subsidios a las exportaciones y los acuerdos Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio y Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Aunque la asistencia técnica de la OMC está enfocada a informar a los países en desarrollo sobre sus

derechos y obligaciones y a ayudarles a crear capacidad para aplicar los acuerdos y participar en negociaciones, se limita a los programas que se supone deben adaptarse a las necesidades específicas de los países, a disponer de mayores fondos y atender especialmente la adaptación a ciertos acuerdos de carácter muy técnico, como son los de valoración aduanera, obstáculos técnicos y el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios.

En el caso de los países menos adelantados, se aplican las mismas facilidades concedidas a los países en desarrollo, aunque con plazos mayores, exenciones permanentes de algunos compromisos y adopción de iniciativas especiales tras la Ronda Uruguay. Para dar cumplimiento a este último compromiso, la Conferencia de Ministros de la OMC en 1996 (Singapur) definió un Plan de Acción amplio e integrado que compromete a los miembros de la OMC y a los organismos internacionales a asignar prioridad a estos países en la prestación de asistencia técnica. Los países, además, se comprometieron a explorar las posibilidades de conceder un acceso preferencial libre de derechos a las exportaciones procedentes de estos países.

En general, los compromisos de trato especial y diferenciado a los países en desarrollo no son vinculantes y, por lo tanto, la ejecución de las recomendaciones queda a la voluntad de los países, sin que los países en desarrollo tengan medios para imponer su cumplimiento.

De igual modo, el trato SGP aprobado en la Ronda Tokio, y que ciertos países desarrollados conceden a los países en desarrollo, aunque muchas veces de gran importancia para estos últimos, tiene debilidades inherentes al trato no recíproco y a la falta de consolidación de las preferencias. Ello permite que los países otorgantes usen este mecanismo para exigir unilateralmente condiciones para el usufructo de las preferencias, en áreas como el medio ambiente, propiedad intelectual, derechos laborales o combate al narcotráfico. De este modo los países van adelantando unilateralmente la imposición de ciertos temas que aún están pendientes de negociación. Además, el trato SGP pierde efectividad en la misma medida que avanza la liberalización comercial general acordada en la Ronda Uruguay.

Cabe señalar que un número importante de países centroamericanos y del Caribe son beneficiarios de regímenes preferenciales no recíprocos, como son la Iniciativa para la Cuenca del Caribe de los Estados Unidos (ICC) y el Acuerdo de Lomé de la Unión Europea. La efectividad y la conformidad de estos regímenes están siendo cuestionadas crecientemente y los países otorgantes se han mostrado renuentes a ampliar su alcance (Josling, 1998). La ICC ha perdido parte de su efectividad desde que entró en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), ya que este tratado ofrece a México libre entrada al mercado de Estados Unidos, mientras que ICC se basa

⁵ Cabe señalar el mecanismo de examen de políticas comerciales y las exigencias de notificación de cambios en los regímenes comerciales.

⁶ Entre esas facilidades figuran primordialmente las excepciones de minimis, el trato constructivo que deberían otorgar los países desarrollados en el caso de medidas antidumping, la consideración de las necesidades especiales de países en desarrollo en la aplicación de los acuerdos sobre obstáculos técnicos y medidas sanitarias y fitosanitarias y actividades de asistencia técnica a favor de países en desarrollo.

en una lista positiva de productos beneficiados. Hasta el momento los Estados Unidos no se han mostrado dispuestos a equiparar el trato otorgado a los beneficiarios del ICC al que goza México en el TLCAN. Así mismo, la Unión Europea desea renegociar el Acuerdo de Lomé, con miras a lograr un trato recíproco entre todos los países suscriptores del acuerdo a partir del año 2005⁷.

En cuanto al acuerdo sobre la agricultura, el trato especial y diferenciado a los países en desarrollo se expresa en menores requerimientos para la reducción de aranceles (porcentajes de reducción más bajos y un plazo de diez años en vez de seis años), la consolidación de sus aranceles a niveles superiores a los realmente aplicados, y menores exigencias de acceso mínimo, la reducción de medidas de ayuda a la producción y de subvenciones a la exportación. Estas disposiciones estaban destinadas a compensar las limitaciones que estos países encuentran para adaptarse al nuevo entorno internacional creado por la Ronda Uruguay.

Los países en desarrollo, en general, afirman que el tratamiento les ha brindado pocos resultados concretos. Sostienen así que se debe dar mayor prioridad a los problemas de implementación de las disposiciones referentes al trato especial y diferenciado adoptadas durante la Ronda Uruguay. También, es de su interés que en próximas rondas se clarifique el criterio con el cual se designan los países como "en desarrollo", ya que les resulta poco satisfactorio el actual límite de ingreso per cápita (Konandreas y otros, 1998).

Adicionalmente, para los países menos adelantados y países importadores netos de alimentos resulta de particular importancia tornar efectiva la implementación de las dos decisiones adoptadas en la Ronda Uruguay en su favor⁸. Ambas decisiones se destacan por tener una formulación en general laxa y en especial poco comprometedora para los países desarrollados⁹.

El Acuerdo sobre Textiles y Vestidos ATV también dispone de mecanismos especiales para ciertas categorías de países, entre las que se cuentan disposi-

⁷ La extensión Núm. IV de dicho acuerdo dejó de tener vigencia en el año 2000 y el trato preferencial que contempla ha sido cuestionado en un dictamen de la OMC en cuanto a su conformidad con el artículo XXIV del GATT.

⁸ "Decisión relativa a las medidas en favor de los países menos adelantados" y "Decisión sobre medidas relativas a los posibles efectos negativos del programa de reforma en los países menos adelantados y en los países en desarrollo importadores netos de productos alimenticios".

⁹ La región es heterogénea en relación con las situaciones de los distintos países. La categoría de los países importadores netos de alimentos está compuesta por prácticamente todos los países del Caribe, Perú, Venezuela, Nicaragua y Colombia, mientras que la balanza comercial de alimentos de México se encuentra en equilibrio. Los demás países son exportadores netos de alimentos, lo cual no excluye la probabilidad de que la gran mayoría de estos últimos países tengan que efectuar voluminosas importaciones de alimentos que no producen, como son aquellos de clima templado.

ciones para los pequeños exportadores y para la aplicación de salvaguardias de transición. Para los pequeños exportadores, entre los que hay varios países de la región, el acuerdo contempla la anticipación de una etapa en el crecimiento de las cuotas o cambios equivalentes a convenirse¹⁰. En la aplicación de las salvaguardias de transición, el acuerdo requiere que los países importadores tengan en consideración los intereses de los países miembros exportadores, definiendo concesiones especiales para los países menos adelantados, los pequeños exportadores relativos, países en desarrollo exportadores y dependientes del sector de la lana, y de reimportaciones de productos exportados para su elaboración.

B. Regionalismo frente a multilateralismo

Desde el lanzamiento de la Ronda Uruguay, el regionalismo ha cobrado un elevado dinamismo en el mundo entero. Este fenómeno se ha desarrollado de modo paralelo a los esfuerzos de los países para liberalizar el comercio en el plano multilateral. Como ejemplos de la dinámica alcanzada por el regionalismo basta citar los avances sucesivos logrados por la Unión Europea en el establecimiento de la unión económica entre sus países miembros y con respecto a la incorporación de nuevos miembros,

la concreción del TLCAN, los acuerdos tendientes a establecer el libre comercio en el interior de la APEC, el lanzamiento del proceso de negociaciones del ALCA y la proliferación de acuerdos exigentes de integración entre los mismos países de América Latina y el Caribe.

Sin lugar a dudas, la apertura unilateral implementada por casi todos los países de la región desde fines del siglo xx ha sido el factor singular más importante que explica el resurgimiento de la integración en el contexto regional. A su vez, puede sostenerse que la apertura, unilateral o preferencial, de los mercados de la misma región ha sido el elemento que más ha contribuido a mejorar las condiciones de acceso de las exportaciones regionales a mercados externos en la presente década.

Así mismo, la apertura preferencial llevada a cabo en la región difícilmente puede haber perjudicado los intereses de países no miembros, dado que fue acompañada por una rebaja simultánea de los aranceles a terceros. Por el contrario, los mercados ampliados a través de acuerdos intergubernamentales resultan también más atractivos como destino para las exportaciones e inversiones desde terceros países, mientras que

¹⁰ El término "oferente pequeño" se refiere a los países cuyas exportaciones antes de entrar en vigor el ATV estaban sujetas a restricciones que representaban 1,2% o menos del volumen total de restricciones aplicadas por un país miembro (al 31 de diciembre de 1991). Los oferentes pequeños regionales según mercados son: i.) para Canadá: Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Jamaica y Uruguay; ii.) para Unión Europea: Perú; y iii.) para USA: Costa Rica, R. Dominicana, El Salvador, Guatemala, Haití, Jamaica y Uruguay.

los compromisos de integración ofrecen mayores seguridades a los proveedores e inversionistas de estos últimos mediante el llamado "efecto candado".

La consolidación de cuatro uniones aduaneras en la región y la celebración de un creciente número de acuerdos parciales de libre comercio han impulsado el comercio en la región. Además, los márgenes de preferencia ya establecidos y la eliminación de las barreras no tarifarias, instrumentados ambos a través de acuerdos intergubernamentales, constituyen una masa crítica en materia de compromisos que hace prever la profundización del proceso de integración regional.

Los acuerdos de integración regional brindan a los participantes una oportunidad única para elevar la competitividad de su oferta exportable, mejorar su inserción en el comercio internacional y fortalecer su posición negociadora. La creación de comercio, las posibilidades de especialización y de complementación mutua y el aumento de las escalas de producción sitúan la oferta regional en mejores condiciones para competir internacionalmente. La posición negociadora de los países se verá fortalecida en la medida que se amplíen y consoliden los mercados integrados y adopten políticas comerciales comunes.

El regionalismo y el multilateralismo no son opuestos, y el primer fenómeno,

bajo ciertas condiciones, puede ser funcional al proceso de liberalización a nivel multilateral.

Los acuerdos de integración se escudan, en general, bajo el artículo xxiv del GATT, mientras que los acuerdos de integración celebrados entre países en desarrollo cuentan además con algunas facilidades bajo la llamada "Cláusula de Habilitación", convenida como resultado de la Ronda Tokio.

El artículo xxiv fue precisado en el acuerdo de Marrakech mediante un entendimiento relativo a su interpretación, que estipula que un "plazo razonable" para la constitución de una zona de libre comercio o una unión aduanera normalmente no debe superar los diez años. Lo particular de la Cláusula de la Habilitación es que no establece requisitos específicos para la reducción o eliminación mutua de los aranceles en el interior de acuerdos de integración entre países en vías de desarrollo.

En la Cláusula de Habilitación no hay ninguna referencia al artículo xxiv, por lo que su interpretación ha dado origen a controversias. Es así como aún no está claro si la Cláusula se aplica en los casos en que no se aplica el artículo xxiv o si afecta las condiciones de aplicación de este, o si constituye una alternativa global a la norma general para los países en desarrollo. Algunos países miembros de la OMC han sostenido que la Cláusula de Habilitación no debería aplicarse a acuerdos de integración de mayor alcance y que estos deberían ser

notificados a la OMC bajo el artículo xxiv¹¹.

C. El sistema de solución de diferencias

Los países en desarrollo han presentado una serie de casos al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (OSD) sobre medidas de los países importadores que los afectan, y han obtenido pronunciamientos favorables a sus posiciones¹². Sin embargo, entre las debilidades en el funcionamiento del sistema pueden enfatizarse los retrasos en la aplicación de las recomendaciones del órgano multilateral derivados de los procesos de apelación, y la persistente asimetría en el poder de retaliación entre países desarrollados y no desarrollados¹³. La experiencia ha demostrado que más allá de los compromisos de apertura de mercados, persisten dificultades para las exportaciones en ciertos rubros sensibles y que se diversifican las razones esgrimidas para imponer restricciones, entre las cuales crecientemente figuran motivaciones de orden no comercial.

Hasta el momento, la utilización del Órgano de Solución de Diferencias ha sido extensa. La mayor parte de los reclamos procede de los países desarrollados -74% de las solicitudes- y recaen, en un 57%, sobre otros países desarrollados (véase la página web de la OMC: <http://www.wto.org>). Los análisis de los casos presentados durante los primeros años indican que una elevada proporción involucra productos agrícolas y textiles, y disciplinas como dumping, subsidios y medidas compensatorias, derechos de propiedad intelectual, barreras técnicas y licencias de importación.

Un análisis de los fallos del OSD mostraba que una proporción importante de los casos se refería al incumplimiento de trato nacional, en la forma de impuestos internos discriminatorios (bebidas alcohólicas), exigencias de contenido local (sector automotriz) y barreras técnicas y ambientales (gasolina), entre otras. Los casos han puesto de manifiesto que los espacios de interpretación de los textos jurídicos y su resolución van definiendo jurisprudencia, que implica ciertas restricciones al diseño y a la ejecución de políticas comerciales.

¹¹ Este argumento fue usado en un grupo de trabajo establecido en 1993 en el ámbito del Comité de Comercio y Desarrollo, con el objeto de analizar el marco regulatorio de Mercosur.

¹² Un examen sobre este nuevo sistema, con énfasis en los casos que involucran países del hemisferio, y que cubre los sistemas regionales de solución de diferencias, (Weston y Delich, 1999).

¹³ Las diversas recomendaciones señaladas para mejorar el proceso revelarían sus principales debilidades en operación. Entre tales recomendaciones se encuentran las siguientes: definir con mayor precisión el periodo de consulta y notificar las soluciones mutuamente acordadas entre los miembros; mejorar los mecanismos de consulta, paneles y apelación; establecer condiciones para alterar medidas cuando están operando los paneles respectivos; definir con mayor precisión el proceso de supervisión de implementación de recomendaciones, y mejorar la transparencia (Thorstensen, 1999).

Adicionalmente, la controversia relativa a las importaciones de camarones por Estados Unidos, que afecta particularmente a Colombia y Ecuador, ilustra la dinámica que van tomando algunos de los casos relativos al uso de estándares, ambientales en particular (Larach, 1999). Esos casos traen aparejados costos que superan los recursos destinados a la defensa de los países denunciados, al tener implicaciones en términos de incertidumbre y las consecuentes pérdidas económicas en la actividad cuestionada¹⁴.

Para varios países de la región la experiencia con el OSD, ya sea en calidad de afectados o demandantes, ha representado una valiosa posibilidad de aprendizaje, pero también les ha significado incurrir en costos importantes. Esta última consecuencia ha impulsado a algunos países a explorar soluciones asociativas para enfren-

tar los requerimientos de conocimiento legal especializado¹⁵. Al mismo tiempo, se han diseñado sistemas exploratorios que permiten detectar anticipadamente barreras y eventuales controversias con los principales socios comerciales, a fin de preparar la defensa o acciones necesarias, en coordinación con los agentes del sector privado, de sectores real o potencialmente afectados. La lección más importante quizá sea que las reales posibilidades de acceso a mercados de interés están determinadas, en último término, por la solución que se otorgue a las controversias. En este sentido, algunos autores afirman que las legislaciones y prácticas nacionales, junto con la jurisprudencia sentada por tales casos, están llenando los vacíos dejados por la normativa multilateral, lo que se verifica especialmente en relación con las medidas de protección contingente (Tórtora, 1999).

¹⁴ Tanto en el caso de los camarones como en el de la gasolina, planteados, el primero por tres países asiáticos (Malasia, Tailandia y Pakistán) y el segundo por Venezuela y Brasil, los paneles consideraron las regulaciones del país importador -Estados Unidos- contrarias a la normativa OMC, aun cuando este país apeló a convenciones internacionales de protección ambiental.

¹⁵ En esa idea se inscribe la propuesta de un Centro de asistencia sobre leyes de la OMC, de la cual Colombia y Venezuela han sido activos impulsores (ACWL, 1998).

Bibliografía

ACWL (Advisory Centre on WTO Law): *An Advisory Centre on WTO Law*.

GATT [Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio] (1994): *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales*. Ginebra.

HARRIS, Richard (1998): "Market Access in International Trade", en Robert Stein (comp.): *Trade and Investment Relations Among the United States, Canada and Japan*. The University of Chicago Press, Chicago, Illinois.

JOSLING, T. (1998): *Agricultural Adjustment and the Uruguay Round Agreement on Agriculture-Some Issues Facing Countries in the Latin American and the Caribbean Region*. Santiago de Chile.

KONANDREAS, Panos; JIM GREENFIELD y RAJ SHARMA (1998): *The Continuation of the Reform Process in Agriculture: Developing Countries Perspectives*, documento presentado en el Seminario América Latina y el Caribe frente a la Profundización del Proceso de Reformas Agrícolas Multilaterales, FAO/IICA/Banco Mundial, CEPAL, Santiago de Chile.

THORSTENSEN, Vera (1999): *OMC: as regras do comércio internacional e a Rodada do Milenio*, Brasil.

TÓRTORA, Manuela (1999): *Commercial Defense Policy: Antidumping, Countervailing Measures and Safeguards Issues for the Future Negotiations*, mimeo, PEIEI/FLACSO, Buenos Aires.

WESTON, Ann y Valentina DELICH (1999): *Settling Trade Disputes After the Uruguay Round. Options for the Western Hemisphere*, mimeo, PEIEI/FLACSO, Buenos Aires.

La inconstitucionalidad por omisión: Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor garantista de los derechos humanos

*Luis Bernardo Díaz Gamboa**

Resumen

La Asamblea Nacional Constituyente colombiana no aprobó la figura de la inconstitucionalidad por omisión, aunque sí dio vía libre a otras acciones de gran importancia, como la tutela, la acción de cumplimiento y las acciones populares y de grupo, entre otras, que buscan garantizar la Carta de Derechos inserta en la Constitución Política. La norma constitucional supone el nacimiento de una obligación de desarrollo ulterior.

Trece años después de expedida la Carta Política, se ha producido una inacción lesiva de su espíritu y su letra por parte del poder legislativo, dado que a la fecha no han reglamentado varios de los artículos constitucionales, como la Ley de Ordenamiento Territorial, el Estatuto del Trabajo, el derecho de huelga, entre otros, con el grave deterioro de la credibilidad institucional que

* Profesor asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC.
Presidente del ISMAC.

ello conlleva. La democracia es un proceso que precisa su permanente y sostenido perfeccionamiento. No basta la expedición de una Carta Política, hay que desarrollarla y enriquecerla. El autor propone incorporar una figura novedosa para evitar el "fraude del legislativo".

Palabras clave: Constitucionalismo, Omisión legislativa, Derechos fundamentales, Mutación constitucional, Equilibrio político, Eficacia constitucional.

Abstract

Unconstitutionality by omission. Colombian need for that figure's recognition, as a human rights' guaranty factor

The Colombian National Constituent Assembly did not approved the unconstitutionality by omission's figure, in spite that it gave way to other measures of great importance, such as the tutelage, the fulfillment actions, the popular and group actions, among others, which intend to guaranty the Rights Charter included in the Political Constitution. The constitutional norm supposes a rising of a later obligation's development.

Fourteen year after the Political Charter was enacted, there has been a harmful inactivity of its spirit and writing by the legislative power, given that up to today there has not been a regulation of the constitutional articles, such as, the Territorial Ordering, the Work Statute, the right to strike, among other with the institutional credibility's serious undermining that this implies. Democracy is a process which requires a sustained and permanent improvement. It is not enough to issue a Political Charter, it requires to be developed and enriched. The author proposes to incorporate an new figure in other to avoid the "legislative fraud".

Key words: Constitutionalism, Legislative omission, Fundamental's rights, Constitutional mutation, Political equilibrium, Constitutional effectiveness.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no aprobó la figura de la inconstitucionalidad por omisión, aunque sí dio vía libre a otras acciones de gran importancia, como la tutela, la acción de cumplimiento, las acciones populares y de grupo, entre otras, que buscan garantizar la Carta de Derechos inserta en la Constitución Política. La norma constitucional supone el nacimiento de una obligación de desarrollo ulterior.

Trece años después de expedida la Carta Política, se ha producido una inacción lesiva de su espíritu y letra por parte del poder legislativo, dado que a la fecha no han reglamentado varios de los artículos constitucionales, como la ley de Ordenamiento Territorial, el Estatuto del Trabajo, la gestión de los trabajadores en las empresas, entre otros, con el grave deterioro de la credibilidad institucional que ello conlleva.

La efectividad, el funcionamiento, la aplicabilidad y la vigencia sociológica son factores fundamentales para la validez o vinculatoriedad de la Constitución. Hoy las constituciones intentan cumplir con funciones de promoción y redistribución de bienestar social y económico. Se pretende con ello constituirse en un motor transformador de la sociedad. Cualquier inacción perturba esta función vital que alimenta la propia democracia. Por ello se habla del "fraude" del legislativo cuando dilata *sine die* la reglamentación de un artículo de la Ley de Leyes. Se requiere

entonces una respuesta de índole constitucional efectiva que supere la crisis del poder legislativo en la materia, que lo disponga a actuar en forma ágil en su propia función.

Se debe buscar que la voluntad del constituyente tenga plena realización, no que se desnaturalice. La materialización constitucional tiene su negación en la desvalorización inercial de la Carta. Puede existir una violación por omisión en el desarrollo de los tratados internacionales de Derechos Humanos debidamente suscritos y ratificados por un Estado, pudiendo comprometer el bloque de constitucionalidad.

Inconstitucionalidad por omisión e inexecutable

Es clara la diferencia entre la inconstitucionalidad por omisión y la inexecutable tradicionalmente aplicada. La inconstitucionalidad por violación de la Ley Fundamental tiene un carácter positivo, en este caso existió una acción legislativa; entre tanto, la inconstitucionalidad por omisión tiene un carácter negativo, pues surge de la inacción, puesto que es la omisión de la obligación constitucional contemplada la que provoca el vicio.

Los enemigos del instituto apelan al principio de discrecionalidad del legislativo, a la imposibilidad del activismo judicial y hasta al carácter antidemocrático de la judicatura.

La inconstitucionalidad por omisión se define como la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación.

Para Jorge Miranda (1977), profesor de la Universidad de Lisboa, "la inconstitucionalidad se verifica desde que los órganos del poder, por acción o por omisión, dejan de respetar los imperativos de la Constitución a la cual están adscritos". También podríamos, jugando a la sinonimia, hablar de responsabilidad del poder legislativo por preterición, negligencia, inercia, inacción, dejación, resistencia, inactividad, indolencia, abstención. En general, sería la vulneración del ordenamiento jurídico a causa de un dejar hacer por parte de quien está obligado a actuar.

Para el iuspublicista Gomes Canotilho será el "incumplimiento de mandatos permanentes y concretos" (1987: 829).

En Derecho penal existen delitos omisivos, como la omisión del deber de socorro o el prevaricato por omisión.

Muchas veces existen normas de las llamadas "programáticas" cuya materialización se tarda años en desarrollar el poder legislativo, a veces por responsabilidad del ejecutivo, que debe afrontar las urgencias del día tras día frente a enormes déficits presupuestales. Temas como el de la seguridad social, las pensiones

adeudadas para la tercera edad, la defensa de los consumidores y usuarios, los servicios públicos, entre otros, muchas veces no hacen parte de la agenda del ejecutivo de turno, que tiene otras veleidades. Aquí entraría la panoplia de Derechos Económicos y Sociales.

La inconstitucionalidad por omisión también podría operar amparando las normas finalistas que contienen mandatos abstractos: igualdad, derecho de participación democrática, etc.

Interrogantes y derecho comparado

Desde luego que en Colombia, ahora que se entreabre el telón -nuevamente- de la reforma política, cabe formularnos los siguientes interrogantes: ¿cuál es el tiempo razonable para la reglamentación de una norma?, ¿cuándo debe ser desarrollada la Constitución?, ¿qué pasa cuando se hunde la iniciativa legislativa?, ¿cuándo la iniciativa es del ejecutivo y no la presenta? Necesariamente tendremos que aportar en ese análisis algunas visiones que distancian la figura de la acción de tutela, de las populares y de la de cumplimiento, mecanismos todos ellos de otra naturaleza, indubitadamente, aunque si bien no se pretende agotar el tema en esta ocasión.

La doctrina clasifica la inactividad del Estado en dos tipos: la inacción en general de los poderes públicos, que

corresponde con la no emisión de actos administrativos y públicas decisiones judiciales, y la inacción del legislativo, o inercia del Congreso.

Evidentemente, existe una violación constitucional provocada por la inactividad del legislativo, que incide determinadamente en la pérdida de eficacia de la propia *Lex Legum*. La *interpositio legislatoris* permite concretar el sentido general de la Carta, que es norma de normas, y garantizar su eficacia.

La figura de la inconstitucionalidad por omisión existió en la Constitución de Portugal de 1976 y en la Carta brasileña de 1988. En nuestro hermano país brasileño hay una figura muy importante, *el mandado de injuncao*, que se parece a nuestra acción de cumplimiento, pero que se diferencia de la inconstitucionalidad por omisión, cuya declaratoria debe estar en cabeza del máximo guardián de la Carta.

Como ha dicho, la doctrina lusitana es el debate entre la "Constitución-contrato" y la "Constitución-promesa", que contiene hermosos elementos de lirismo programático poco exigibles del Estado, situación que debilita la credibilidad institucional. La Constitución abierta exige la compatibilidad entre contenido y realidad social.

El Tribunal Constitucional español, por su parte, en sentencia de 18 de noviembre de 1983, estableció que quienes ejercen los poderes públicos tienen, además del deber general

negativo de abstenerse de cualquier actuación que viole la Constitución, un deber general positivo de cumplir sus funciones de acuerdo con ella, y que la Constitución obliga a todos: ciudadanos y poderes públicos. El propio artículo 9,1 de la Carta Española dice: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

También, el art. 3 de la Constitución italiana es claro al afirmar que "incumbe a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

En el caso brasileño, la Constitución prevé el derecho de participación de los trabajadores en las ganancias y en la gestión de las empresas conforme a lo definido en la ley -y ahora más con un obrero en la presidencia-, pero, si ese derecho no se concreta por omisión del legislador en dictar la ley necesaria para la aplicación de la norma, tal omisión se caracterizará como inconstitucional.

Al respecto, en el caso colombiano, el profesor de la UPTC Fabián López Guzmán ha escrito un importante trabajo (2001) en el que reclama la necesidad de reglamentar el art. 57 de la Constitución que dice: "La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en

la gestión de las empresas". El autor presentó una acción de inconstitucionalidad por omisión ante la Corte Constitucional, que, en sentencia C-745 de 1998, se declaró inhibida para pronunciarse, bajo el supuesto de no estar el instituto consagrado en nuestro ordenamiento. Considero de la mayor importancia tales argumentos para la propuesta presentada.

La Corte Constitucional colombiana, mediante la sentencia C-188 de 1996, señaló que el art. 2° de la Carta fija los fines esenciales del Estado, los cuales imponen al órgano legislativo el deber de llevar a cabo, en un plazo razonable, las reformas y desarrollos legales necesarios para garantizar la efectividad de las decisiones del Constituyente. Así insistió en la sentencia T-081 de 1993.

En la sentencia C-409 de 1997, sobre la extinción de dominio, expresó que el legislador puede violar los deberes que la Constitución le impone en tres formas: primera, por omisión legislativa absoluta: o sea que el Congreso no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber constitucional; segunda, por omisión legislativa relativa: el Congreso cumple lo ordenado por la Carta, pero favoreciendo a ciertos grupos o perjudicando a otros, o excluyendo a algunos, y tercera, cuando se omite un ingrediente esencial y constitucional al regular una institución, el cual está previamente delimitado en la propia Carta.

La Corte manifestó, entonces, que el art. 241 de la Carta no autoriza a la máxima guardiana de la Constitución para pronunciarse sobre las omisiones absolutas, pues –según ella– “si no hay actuación, no hay norma que comparar con las normas superiores”, en tanto si tiene competencia para pronunciarse sobre las relativas, como, por ejemplo, cuando se violó el principio de igualdad o el debido proceso. Mediante sentencia C-451 de 1999, la Corte se declaró inhibida. Lo cierto es que la Corte fue poco audaz en la materia, como sí lo había sido en otras actuaciones, como cuando apeló a crear el mínimo vital, en un típico acto de activismo judicial, para algunos, como el Ministro del Interior Londoño Hoyos, y de reconocimiento a los derechos de los más pobres, para otros.

En conclusión, es exigible una reforma constitucional para incorporar el instituto frente a las omisiones absolutas y, aun, en torno a las relativas, para comprometer a la jurisprudencia futura si existiere una mutación eventual, que parte de la concepción ideológica de los magistrados, quienes fallan colocando ese sello siempre en sus ponencias y votos (Silva, 2002).

Constitución como norma

Con la figura de la inconstitucionalidad por omisión se trata de hacerle frente a las llamadas rémoras parlamentarias, por cuanto existe un derecho ciudadano a la legislación pronta, oportuna

y conveniente. Es exigible, pues, la necesidad de actuación de los poderes constituidos.

Ha dicho Loewenstein, al referirse a la inaplicación de la Constitución:

Una disposición constitucional se puede presentar desde el primer momento como irrealizable. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, las razones de esta inobservancia son de tipo puramente político: el convencimiento del gobierno, actualmente dominador del poder, de que la aplicación de dicha disposición iría contra sus intereses específicos; la aversión de la constelación de partidos que controlan la asamblea legislativa contra la disposición en cuestión; la presión social y económica de determinados grupos de interés contra su realización; factores de política exterior (1986: 223-224).

Es por ello que surge la necesidad de crear un instrumento procesal de salvaguardia del derecho a la legislación oportuna. La Constitución no es un simple conjunto de principios políticos. La idea de inconstitucionalidad por omisión surge dentro del concepto de un contexto normativo de Constitución –como brillantemente nos lo presenta García de Enterría (1991)– que gira en torno a la consecución de una efectividad total de los preceptos constitucionales, que ya son *per se* vinculantes; no podría entonces estar sujeto a las variaciones y veleidades de las mayorías políticas coyunturales, salvo en el caso de una reforma constitucional que altere el sistema de fuentes y la parte dogmática y orgánica.

Son diferentes los preceptos constitucionales afectados con la omisión constitucional y así mismo serán los grados de interés. Podemos hacer una distinción, a guisa de ejemplo, entre la afectación al omitir el desarrollo de un relevante derecho fundamental, cuando tal desarrollo es necesario para su efectividad, es decir, cuando requiere *interpositio legislatoris*, puede tener una importancia que supere con creces, por ejemplo, el no desenvolvimiento de un órgano previsto en la Norma Normarum pero de efectividad escasa e interés relativo.

En la Carta del 91, veintitrés artículos son de aplicación inmediata, como lo refiere el art. 85. Ello, aunado a las interpretaciones de la Corte Constitucional amparando los derechos fundamentales, ha permitido un grado de desarrollo importante, que pretende ser desconocido por el proyecto de reforma a la justicia que ha sido presentado por el Ministro del Interior y de Justicia y que restringe la acción de tutela en forma lesiva contra los DESC y las propias sentencias, en un Estado que ni siquiera puede pagar cumplidamente las prestaciones de los defensores públicos, como quiera que tuvo el Defensor del Pueblo que ir a mendigar a Palacio para que le apropien las partidas necesarias para poder cumplir las obligaciones legales a favor de la asistencia jurídica en más de 70.000 expedientes como garantes de la defensa técnica. La legitimidad de la Corte Constitucional parte de reconocer la garantía de la

supremacía de la Constitución, la defensa de los derechos y libertades fundamentales, la idea de control y equilibrio de los poderes y la integración con base en las razones axiológicas imperativas.

Ineficacia constitucional

Es importante recalcar en el disvalor que representa la ineficacia constitucional. Una situación de ineficacia constitucional es ciertamente censurable según el ángulo desde el cual se observe. La ineficacia deriva en un quebrantamiento de la cualidad de norma jurídica de los preceptos constitucionales, dada la inanidad en que la preceptiva queda para el mundo jurídico. Se hace evidente, entonces, el "fraude" legislativo.

Es pertinente establecer la conducta de hacer, en una eventual reglamentación del instituto, para que la figura tenga relevancia jurídica y así la omisión lesione el precepto. La omisión, entonces, pasa de un "no hacer nada" a un "no hacer algo", como dice Stahler, siendo ese algo lo que espera el orden jurídico.

La filosofía del Derecho ha desarrollado muy bien el tema de la validez y la eficacia en el Derecho. Y particularmente me permito remitirlos al libro de Kaufmann, traducido por el maestro y amigo Luis Villar Borda. Una norma puede ser válida, pero no eficaz. Para un sector de la doctrina existen normas programáticas cuya validez es plena,

pero que mientras no se desarrollen no producen efecto alguno, siendo inaplicadas por los operadores.

Por otra parte, como lo expresa el art. 85 de la Constitución, hay normas con eficacia plena *per se*, apelando a los principios, valores y normas marco.

Se han visto, así, cuatro elementos característicos de la inconstitucionalidad por omisión: inactividad del legislador, el paso del tiempo generador del fraude, exigencia constitucional de actuar y la ineficacia.

Sin embargo, es bueno precisar que pueden existir omisiones legislativas que no sean omisiones constitucionales. Ese aspecto sería pertinente incorporarlo en la reglamentación.

Sobre el tiempo para que opere el instituto, habrá que observar las circunstancias y el contexto sociopolítico, especialmente en un sistema multipartidista.

Omisión y laguna

El tema lleva a mirar también la figura de la laguna, pues el ordenamiento debe tener unidad y coherencia, no lagunas. La plenitud jurídica se opone a la laguna. Lo no regulado significa que está permitido o que no es obligatorio, dentro de la rigidez de la lógica formal.

La laguna se refiere más a situaciones imprevistas mientras que la omisión

entra dentro de las situaciones previstas; la omisión es producto del incumplimiento de una obligación; no ocurre así con la laguna. Las omisiones son siempre el resultado de una voluntad omisiva, las lagunas son generalmente involuntarias. La sentencia que aborda una laguna complementa el ordenamiento, en tanto que la sentencia que declara la inconstitucionalidad por omisión puede originar una laguna, como dice Mortati.

Es bueno aclarar que la inconstitucionalidad por omisión no tiene relación con la figura estatuida en el Derecho Administrativo del silencio administrativo o negativo, pues jurídicamente parten de dos troncos distintos.

Se recoge la tradición rousseauiana según la cual la ley es la expresión de la voluntad general y el legislativo tiene responsabilidades jurídicas derivadas de sus actos políticos.

El art. 6 de la Carta reza que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Si el ejecutivo es el responsable por inercia, algunos hablan de ilegalidad por omisión, cuando la ley prevé la emisión de un reglamento o de un acto administrativo, mas no de un reglamento constitucional, donde también tendría posibilidad de ser accionado.

Los llamados principios éticos del Derecho, planteados por Heller (1987),

si bien no tienen un desarrollo directo o exigible, ofrecen el marco de las reglas interpretativas para la decisión judicial y orientan el contenido dentro del cual debe regirse la expedición legal. No son normas adorno o maquillaje.

Otra cosa es la anomia constitucional, tema que por razones de espacio no se trata en esta exposición.

Clases de omisión

Antes de presentar la tipología de la omisión, cabe aclarar *hic et nunc* que la omisión de un acto político, si no es obligatorio jurídicamente, no comporta una inconstitucionalidad por omisión.

Ahora sí, la omisión se clasifica en: absoluta o total y relativa o parcial. La total se refiere a la ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional. En tanto la relativa se refiere a la violación del principio de igualdad por olvido de ciertos grupos en la legislación.

Además, otra omisión que puede entenderse relevante es la que diferencia las omisiones que afectan derechos fundamentales y las omisiones que no afectan tales derechos. Como dijo Lasalle, una Constitución no es una simple hoja de papel, subordinada a la voluntad de los gobernantes de turno, sino que posee un carácter axiológico determinado; enlazando así con el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del

Ciudadano de 1789: "toda sociedad que no asegure los derechos de sus ciudadanos ni la separación de los poderes públicos no tiene Constitución". Hoy los derechos fundamentales son la base de la legitimidad, la gobernabilidad y, en últimas, de la democracia. Como señala Gómez Puente:

Por imperativo de las condiciones socioeconómicas, la mayor parte de los derechos fundamentales y libertades públicas requieren, para su efectividad, de la intervención de los poderes públicos, habiendo perdido nitidez la vieja distinción entre derechos de libertad y derechos de prestación", dado que "casi todos los derechos y libertades tienen una dimensión prestacional o institucional difícilmente desvinculable de su ejercicio individual (1997: 264).

El contenido esencial de los derechos es fuente de obligaciones legislativas: derecho a una medida legislativa concreta y derecho a una medida legislativa institucional.

Constitución dirigente

La Constitución es vinculante o, en términos de Gomes Canotilho, Constitución dirigente. Con ella se alude a un programa de actuación futura que tiene que ser llevada a cabo por los poderes constituidos y así llegar a una sociedad más avanzada bajo la inspiración del principio de igualdad material. El Derecho Constitucional es un derecho no dispositivo, no es discrecional, sino que impulsa sus actuaciones por sendas prefijadas. El constituyente ha diseñado una

estructura que debe respetarse. La inconstitucionalidad por omisión aparece en ese esquema como un poderoso instrumento, al menos en el campo político, para el desarrollo de los planes preconcebidos y con objetivos establecidos.

Los preceptos de la Carta Magna no son meros enunciados programáticos que "invitan" a los poderes públicos a una actuación determinada sin imponérsela. Por el contrario, los preceptos del Texto Fundamental son verdaderas normas jurídicas, aunque no todas de igual significación y trascendencia, que imponen comportamientos y modos de actuar de forma imperativa y no sujetos al arbitrio de la voluntad de los poderes constituidos, salvo que expresamente así lo prevea la misma disposición constitucional. Ello es especialmente palpable en aquellas normas que se traducen en obligaciones que sujetan a esos órganos de poder. No en vano, "todas las normas, ya sea inmediata o mediatamente, son la expresión de un mandato imperativo" (Segura: 88). Los valores constitucionales se erigen como guía para la interpretación judicial y para el legislador.

Un problema atinente a los tratados y relativo a los derechos fundamentales es el no cumplimiento de las obligaciones de desarrollo que impone la normativa internacional de los derechos humanos, y que en Colombia involucra el denominado bloque de constitucionalidad, de claro arraigo francés. Es el caso de las exigencias

procesales que recoge el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (PIDESC).

El art. 3.2 de la Constitución italiana establece que

... es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país.

El art. 9.2 de la Carta española sigue tal enunciado y en el 13 de la colombiana se expresa que "El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados".

Como vemos, la Constitución cumple una función transformadora de la sociedad, que debe ser respondida con altura por los poderes públicos. La Constitución tiene función transformadora e integradora. La existencia del Estado Social de Derecho se traduce en una necesidad de actuación activa, incorporando una potente carga de progreso y desarrollo en libertad.

Aspectos procesales

El tema da para hablar de omisiones evitables e inevitables. Estas últimas son imponderables y podrían disculpar o justificar un no actuar que debe

ser justificado, pero que corresponde a una materia de la ciencia política. Fruto del encargo constitucional al legislador, surge la necesidad funcional para este de concreción de las normas constitucionales para la cumplidud de estas. Como dijo Stern: "Todas las normas de la Constitución son normas jurídicas vinculantes". Hay una conexión directa entre la idea de encargo constitucional y la obligación de legislar. La legislación no es solamente ejecución de la Carta, sino su desarrollo. La *Norma Normarum* exige la construcción de un Estado Social. La inconstitucionalidad por omisión sería garantía de las garantías sociales. La *Lex Legum* colombiana habla de dignidad humana, apuntando hacia el logro de un orden social justo. Los derechos sociales son derechos constitucionales y suponen obligaciones. De no cumplirse estas, se incurre en un fraude del poder constituido frente al constituyente.

Por otra parte, la inercia o parálisis legislativa puede llevar a una mutación constitucional, como dice Jellinek, sobre lo cual no se ahondará, aunque sí resulta preocupante el decaimiento o desvalorización del carácter normativo de la Carta. No hay que olvidar que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución.

La sanción opera sobre la conducta omisiva. También sabemos que la responsabilidad política, desde otra óptica, se vería seriamente lesionada, teniendo el elector en sus manos el instrumento del sufragio para la revocatoria.

Detengámonos en los requisitos de admisión de la acción. La forma más clara de protección del instituto de la inconstitucionalidad por omisión, y que a la vez proporcione, al menos en el plano teórico, mayor eficacia, sería la presencia de una acción directa ciudadana residenciable ante la Corte Constitucional que tuviera por objeto el estudio de tal omisión. Los requisitos de admisión tendrían que hacer constar que se trata de la vulneración de una concreta obligación de desarrollo proveniente de específica norma constitucional, vulneración tanto absoluta como relativa. Esta última en el sentido de legislación de desarrollo parcial que no otorga la eficacia que reclama el precepto de la Norma Básica. Así mismo, tendrá que haber transcurrido un tiempo largo -por definir- desde la promulgación de la Carta Magna, salvo que el precepto constitucional vulnerado prevea expresamente un término para el dictado de la legislación de desarrollo, en cuyo caso deberá admitirse la acción pasada ese periodo.

La Corte Constitucional será la llamada a dar la solución a la problemática que se presente.

La Corte Constitucional en su fallo podría resolver en tres sentidos distintos: primero, dictando la norma omitida; segundo, ordenando que el Congreso, en un término prudencial, dicte la Ley omitida, y tercero, recomendando la expedición de la Ley al órgano competente.

Lo cierto es que la primera fórmula vulnera la tridivisión de poderes, mientras que la 2^{da} o la 3^{ra} -apoyadas con mecanismos coercitivos (v. gr. un proceso disciplinario o penal por prevaricato por omisión)- podrían obligar a superar el fraude del legislador.

Si la omisión fuese parcial, también operaría, por ejemplo, en los derechos sociales que afecten el derecho a la igualdad de una persona o grupo social.

Otros recursos en los cuales podría pensarse son el de la indemnización (como sucede en la Provincia Federal de Río Negro, en la Argentina), iniciativa popular legislativa, acciones populares, etc.

Conclusión

Visto el anterior análisis, es preciso insistir en la necesidad de consagrar la inconstitucionalidad por omisión en Colombia como factor garantista de los Derechos Humanos. El debate del referendo en el Congreso abarcó temas insustanciales y ya debatidos en el pasado, como la penalización de la dosis mínima de alucinógenos, o la congelación salarial para los ingresos superiores a dos salarios mínimos, o la prórroga ilegítima de los periodos de mandatarios locales y regionales, o la escalada impositiva a las verduras y las frutas, y hoy el debate debería ocuparse por temas de mayor entidad que, como el instituto de la

inconstitucionalidad por omisión, garanticen la verdadera eficacia de nuestra Carta Magna.

A continuación se presenta el texto de la propuesta de acto legislativo mediante el cual se solicita el establecimiento de la inconstitucionalidad por omisión.

PROPUESTA DE ACTO LEGISLATIVO

Proyecto de acto legislativo Núm. _____

"Por el cual se establece la inconstitucionalidad por omisión".

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

Artículo único:

Todo ciudadano podrá presentar ante la Corte Constitucional la demanda de inconstitucionalidad por omisión, a fin de exigir del Congreso la reglamentación de uno o varios artículos de la Constitución Política que durante el lapso de cuatro años se haya abstenido de reglamentar. Igual acción tendrá el ciudadano frente al poder ejecutivo renuente -si tuviere la competencia- si este durante un año no reglamentare la disposición constitucional o legal pertinente. La ley reglamentará las sanciones contra los poderes públicos y sus representantes incursos en la inconstitucionalidad por omisión,

si no subsanaran oportunamente su inacción.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Presentamos a consideración del Congreso de la República el presente Proyecto de Acto Legislativo en la necesidad de acabar con el llamado "fraude del legislativo", que consiste en aplazar *sine die* la reglamentación de los artículos de la Carta Política necesarios para la buena marcha y la credibilidad institucional. Curiosamente, en las propuestas de reforma política presentadas por el ejecutivo a consideración de las Cámaras no se observa un punto en este sentido, cuando lo evidente es que el Congreso ha sido inferior a sus responsabilidades, como también lo ha sido el ejecutivo, en muchos casos, y en trece años de vigencia de la Constitución aún no han reglamentado sus artículos 53, 57 y 60, entre otros. Se requiere un instrumento coercitivo que fuerce al legislativo y al ejecutivo -dentro de sus competencias- a reglamentar la totalidad de los artículos de la Carta dentro de un plazo razonable, que en todo caso dejemos para el proceso de reglamentación posterior. Las instituciones se debilitan en la medida en que la Constitución no consagre sistemas de ingeniería constitucional que coadyuven con el ciudadano en tener instrumentos de defensa de la *Lex Legum*. Sectores de trabajadores se han visto profundamente afectados por la dilación sin motivo razonable en la expedición del Estatuto del Trabajo ordenado por el art. 53 C.P., así como

la repartición de utilidades empresariales entre los trabajadores y el propio régimen de ordenamiento territorial; pareciera que razones de falta de voluntad política fueran las causantes de tal omisión del Congreso, lo cual contribuye al deterioro de su imagen,

razón de más para solicitar la aprobación del presente proyecto de Acto Legislativo. Creemos que este proyecto es más importante que discutir si queremos o no un sistema parlamentario o una forma federal de organización política.

Bibliografía

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1991): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 3ª ed.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim (1982): *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Editora Coimbra.
- _____ (1987): *Direito Constitucional*. 4ª Ed., Coimbra, Livraria Almedina.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos (1997): *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill.
- HELLER, Herman (1987): *Teoría del Estado*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- HESSE, Honrad (1992): *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- IHERING, Rudolf von (1985): *La lucha por el Derecho*. Madrid: Civitas.
- KRIELE, Martín (1980): *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: Desalma.
- LOEWENSTEIN, Kart (1986): *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 2ª ed.
- LÓPEZ GUERRA, Luis (1994): *Introducción al Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ GUZMÁN, Fabián (2001): *El derecho de empresa. La participación de los trabajadores. La cogestión*. Bogotá: Gustavo Ibáñez.
- LUCAS VERDÚ, Pablo (1972): *Curso de Derecho Político*, vol. I. Madrid: Tecnos.
- MIRANDA, Jorge (1977): *Inconstitucionalidade por omissao*, en *Estudos sobre a Constituição*, vol. I. Livraria Petrony.
- SCHMITT, Carl (1982): *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.
- SEGURA ORTEGA, Manuel. *Teoría del Derecho*.
- SILVA GARCÍA, Germán (2002): *El mundo real de los abogados y de la justicia*. Bogotá: U. Externado-ILSA.

Tratado de Libre Comercio: "Entre el tiburón y la sardina"

Armando Suescún*

Resumen

El Tratado de Libre Comercio es gravemente perjudicial para los intereses de Colombia. Sus principales efectos serían: el arrasamiento de la producción agrícola; la desindustrialización; el incremento del desempleo, la pobreza y la miseria; la pérdida de la biodiversidad y del patrimonio cultural del país. Sólo generaría perjuicios para el país y beneficios para Estados Unidos. Pero, más que un tratado comercial, es un instrumento político que desconoce y vulnera la institucionalidad colombiana, socava la soberanía nacional e intenta erigirse en una carta económica fundamental, por encima de la Constitución y de las leyes.

Palabras clave: TLC, Colombia-EE.UU., Comercio.

* Ex rector Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Abstract**The Free Trade Treaty: Between the shark and the sardine**

The Free Trade Treaty is severely harmful to the Colombian interests. Its main effects should be: The agricultural production ravage, the dis-industrialization, the unemployment, poverty and misery increment, the biodiversity and the cultural patrimony's loss. It should generate just damages to the country and benefits to United States. More than a commercial treaty, it is a political instrument that denies and attacks Colombian institutions, erodes national sovereignty and intends to turn itself into a fundamental economical charter, above the Constitution and the law.

Key words: TLC, Colombia-EE.UU., Trade.

El Tratado de Libre Comercio que el gobierno nacional se apresta a celebrar con Estados Unidos es mucho más que un simple tratado comercial; se trata de un compromiso de carácter político y económico que afecta gravemente el presente y el futuro de la nación colombiana. El tratado imprime una orientación marcadamente mercantilista a la economía colombiana –en contravía del principio de solidaridad social establecido en la Constitución Nacional–, deroga y modifica varias instituciones jurídicas de rango constitucional y legal y establece otras nuevas, de modo que en la práctica actúa como una Carta fundamental económica, más poderosa que la Constitución de 1991, a la cual sobrepasa y anula.

Sin embargo, el tratado es desconocido por la opinión pública; solo se conocen algunos fragmentos que se han filtrado a través de los medios de comunicación. El gobierno lo ha manejado confidencialmente y pretende celebrarlo a espaldas del país; quienes se han atrevido a cuestionarlo y criticarlo han sido descalificados y reprimidos. No obstante, es necesario exigir la publicación del proyecto para que la ciudadanía lo conozca y se adelante un debate nacional sobre su conveniencia. En él se juega el futuro de todos los colombianos. Este artículo pretende participar en ese debate opinando sobre algunos de sus principales aspectos.

A primera vista, el tratado parece benéfico. La posibilidad de acceder

sin trabas al mercado de los Estados Unidos, de exportar la producción colombiana hacia el mercado con mayor capacidad de compra del mundo, con cero aranceles, es bien atractiva. El Departamento Nacional de Planeación ha dicho que la economía colombiana, como consecuencia del tratado, podría crecer anualmente cerca de medio punto del PIB, que las exportaciones aumentarían rápidamente, que habría una disminución del desempleo y una mejoría de los salarios. Sin embargo, el tratado, además de su naturaleza comercial, tiene contenidos políticos y económicos peligrosos o francamente perjudiciales para los intereses colombianos, que no han sido mencionados o han sido cuidadosamente ocultados.

De entrada hay que señalar que este no es un tratado aislado. Hace parte de una serie de tratados de libre comercio que el gobierno de Estados Unidos ha celebrado o se propone celebrar con los países de América Latina y el Caribe, con excepción de Cuba. El propósito inicial, formulado por el gobierno del presidente Clinton en el año 2000, era establecer el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) con todos los países del continente –menos Cuba–. La oposición de Brasil, Argentina, Venezuela y otros países a firmarlo en los términos propuestos hizo que el gobierno del presidente Bush optara en 2003, como vía supletoria, por el mecanismo de los tratados bilaterales. Ya los ha celebrado con México, Chile, Guatemala, Honduras, Nicaragua,

Salvador, Costa Rica, y se dispone a celebrar otros con Panamá, República Dominicana, Perú, Ecuador y Bolivia. Tomados por separado, los países latinoamericanos tienen menor capacidad de negociación.

En el fondo, estos tratados de libre comercio le interesan más a Estados Unidos que a nuestros países, no por las estipulaciones comerciales, que para ellos son de poca monta, sino por su finalidad geopolítica. Los mecanismos de control comercial y económico que ahora buscan establecer, las reformas institucionales que conllevan y otras previstas para los próximos años, son nuevos eslabones de una cadena de medidas de política internacional tendientes a asegurar el control del petróleo, el agua, el territorio y los demás recursos naturales de estos países y a consolidar su predominio económico, político y militar en el continente.

Negociaciones

El solo anuncio de la apertura de las negociaciones ha sido recibida con júbilo por parte de los gremios económicos, los medios de comunicación y las autoridades económicas. Luis Carlos Villegas, presidente de la Asociación Nacional de Industriales (ANDI) ha dicho: "Recibo esta noticia como la más importante para el país en toda su historia", y el gobierno afirma que el crecimiento económico futuro del país dependerá del acceso al mercado norteamericano. Los dirigentes económicos tienen fe ciega en las virtudes del libre mercado, están

convencidos de que el proceso de globalización económica es inevitable, que la mejor manera de sacarle provecho es adherirse a él a través del TLC y que si Colombia no lo hace se quedará aislada y condenada para siempre al atraso. Están decididos a firmarlo como sea. Por su parte, los pequeños y medianos empresarios lo han recibido con reparos y reticencias, y los sindicatos, la academia y los movimientos políticos de oposición, con severas críticas.

Aunque las negociaciones apenas se han iniciado, el tratado ya está acordado en sus grandes líneas. En la práctica no habrá negociaciones, ni puede haberlas. El representante de la Oficina de Comercio Exterior de los Estados Unidos, Robert Zoellick, planteó las 37 condiciones sobre las cuales debe firmarse, y de ahí nadie puede salirse; las reuniones de los delegados de los dos países son apenas un simple formulismo para la galería. El gobierno colombiano, a través de sus funcionarios y técnicos, todos educados en Estados Unidos y acérrimos partidarios del tratado, hace el triste papel de presentar unas contrapropuestas secretas para ser "discutidas"... y al final aprobar las decisiones que disponga la delegación de Estados Unidos. En realidad, Colombia no tiene ninguna capacidad de negociación frente a Estados Unidos por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, las economías de los dos países son extremadamente

desiguales. El Producto Interno Bruto (PIB) de los Estados Unidos es de US\$ 8.700.000.000.000 y el de Colombia de US\$ 88.600.000.000; el ingreso por habitante en Estados Unidos es US\$ 32.800 y en Colombia de US\$ 2.000. La población de Estados Unidos es de 266 millones de habitantes y la de Colombia de 44 millones. Como se aprecia por estos pocos indicadores, la economía de los Estados Unidos es 100 veces mayor que la de Colombia y el ingreso por habitante 16 veces mayor. En términos cualitativos, la desigualdad es aún más grande. Los niveles científicos y tecnológicos del aparato económico de ese país, que ha logrado la conquista del espacio exterior y los últimos secretos de la vida, están a alturas inalcanzables en mucho tiempo para la economía colombiana.

Como si todo eso fuera poco, la colombiana es una economía contrahecha, que no funciona para satisfacer las necesidades de bienes y servicios de la población, sino para producir exorbitantes ganancias a unos pocos; que en lugar de tratar de disminuir las desigualdades sociales, cada vez las aumenta; que cada año produce más pobreza, desempleo, miseria y frustración entre la población; que su sector agrario, base de la estructura económica, es antifuncional; que sus sectores industrial y de servicios son incipientes; que no tiene una infraestructura de vías y puertos adecuada. Es evidente que mientras no se eliminan las deformaciones estructurales que la aquejan, no puede tener un crecimiento

to sostenido, ni menos un desarrollo social que le permita desempeñarse adecuadamente, tanto en lo interno como en lo externo.

Un tratado de libre comercio entre dos países cuyas economías son tan desiguales, implica un enorme desequilibrio comercial y, en consecuencia, una considerable desventaja para la economía menor. En esas condiciones, la economía colombiana no puede competir con la de los Estados Unidos. Esa abrumadora desventaja solo podría ser contrarrestada con efectivas medidas compensatorias, como aranceles diferenciales, franjas de precios, cláusulas de salvaguardia, reservas, etc., pero precisamente lo que se propone el TLC es eliminar esas barreras defensivas. En el supuesto caso de que Colombia, en vista de la desigualdad entre las dos economías, intentara mantener algunos aranceles o establecer algunas cláusulas de salvaguardia, surge esta pregunta: ¿el gobierno colombiano estaría en condiciones de exigir al de Estados Unidos la aceptación de cláusulas de esta naturaleza y de exigirle su estricto cumplimiento? Evidentemente, no.

Es bien sabido que Estados Unidos ejerce sobre Colombia una hegemonía económica, política y militar desde hace mucho tiempo. Actualmente, el 50% del comercio exterior de Colombia se realiza con Estados Unidos, su mayor fuente de financiamiento es el mercado de ese país, su deuda externa está vinculada mayoritariamente con los bancos

norteamericanos, sus recursos minerales (petróleo, carbón, oro) son de propiedad de empresas de Estados Unidos, sus políticas económicas internas (monetaria, fiscal, crediticia) están supeditadas a la aprobación expresa del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial. Las políticas nacionales e internacionales de Colombia son abiertamente dirigidas desde Washington. Como consecuencia del Plan Colombia, la mayor parte del sostenimiento de las Fuerzas Armadas colombianas proviene de los Estados Unidos (US\$ 700.000.000 al año), y tropas del ejército de ese país se encuentran combatiendo en varias regiones del país. El gobierno colombiano, en medio de la crisis general más profunda de su historia, necesita del apoyo económico, financiero y militar del gobierno de Washington; sin él no podría sobrevivir. Colombia, pues, mantiene una situación de subordinación frente al país del norte, intensificada en los últimos años. Esa subordinación total significa que Colombia no dispone de la necesaria soberanía para actuar autónomamente. Un tratado bilateral debe ser pactado entre dos entes internacionales soberanos y autónomos y no entre un país poderoso y dominante y un país débil, completamente sometido al primero. En esas condiciones, un tratado de libre comercio entre los dos países sería apenas una parodia. Sería la imposición del más fuerte sobre el más débil, del dominante sobre el dominado; un pacto entre el tiburón y la sardina.

Pero, además, es necesario tener en cuenta que Estados Unidos, como

única superpotencia mundial, reiteradamente ha demostrado que desconoce toda legislación internacional que afecte sus intereses nacionales y que impone a su antojo la suya propia a los demás países del mundo. Es así como se obstina en mantener su política de subsidios internos a los agricultores en contra de las normas de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y, en otros campos, desconoce las resoluciones de Naciones Unidas respecto a la guerra contra Irak, los Convenios de Ginebra, los tratados sobre la Corte Penal Internacional, el protocolo de Kioto, etc. En esas condiciones, ¿es razonable esperar que el gobierno de Estados Unidos acceda a celebrar un tratado de comercio que consulte los intereses de Colombia? ¿Cómo pensar que un país débil y sometido pueda atreverse a exigir algo al país más poderoso del planeta, del cual depende, y que ostensiblemente impone su voluntad imperial al resto del mundo? Y en el caso hipotético de que el TLC llegara a ser equitativo con Colombia, es bien sabido que Estados Unidos se considera a sí mismo por encima de la ley internacional y que, para él, los tratados internacionales son apenas débiles hojas de papel, por encima de las cuales pasa como una aplanadora. ¿Se acuerdan de Panamá? Es evidente que, en esas condiciones, un tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Colombia sólo sería una farsa grotesca.

Pero, además, Colombia no va a negociar el tratado no solo porque no

puede, sino porque no quiere hacerlo. Las autoridades económicas emulan por entregar la autonomía, la capacidad de subsistir, la estructura económica ya construida del país, y de paso congraciarse con las autoridades estadounidenses; no les preocupan los graves perjuicios económicos, sociales y políticos que el tratado acarrearía a la población colombiana, sino el peligro de no firmarlo o demorarse en hacerlo. Para ellos lo importante es entregar el país al imperio lo más pronto posible, sin contraprestaciones, antes de que se niegue a recibirlo. En contraste, otros países latinoamericanos, como Brasil, Argentina y Venezuela (¡y qué decir de Cuba!), lo han enfrentado y han sido capaces de detenerlo en sus intereses de dominación, porque han tenido dignidad, voluntad y coraje para hacerlo. En Colombia, lamentablemente, nada de eso existe.

Términos de intercambio

Otro aspecto del TLC, que por cierto en Colombia no se menciona, es su condición de tratado de doble vía. En efecto, la eliminación de aranceles no funcionaría solamente en Estados Unidos para los productos colombianos, sino también en Colombia, para los productos estadounidenses. Siendo ello así y siendo el intercambio de productos y servicios determinado por la estructura productiva de cada país, es conveniente examinar cómo operaría.

Las exportaciones de Estados Unidos hacia Colombia están constituidas principalmente por productos manu-

facturados de alto valor agregado como maquinaria compleja y de alta calidad (maquinaria industrial, equipos, vehículos terrestres, aviones, barcos, computadores, *software*, instalaciones industriales, etc.), y las de Colombia hacia Estados Unidos por productos mineros o agrícolas (petróleo, carbón, café, flores, frutas, carne) y algunos bienes de consumo de bajo valor agregado, como textiles, confecciones, artesanías, etc. Sobre decir que el precio de los productos manufacturados de alto valor agregado es considerablemente superior al de los bienes primarios o bienes de consumo (el precio de una tonelada de maquinaria o de productos químicos exportada de Estados Unidos hacia Colombia es, por lo menos, 20 veces superior al de una tonelada de café o de carbón exportada de Colombia hacia Estados Unidos). En esas condiciones, los términos de intercambio entre los dos países son altamente desfavorables para Colombia. Esa situación desventajosa determina que en la medida en que el intercambio se prolongue en el tiempo, el país desfavorecido resulta cada vez más empobrecido y su dependencia económica se acentúa.

Si el valor de las importaciones crece más rápido que el de las exportaciones, como ha ocurrido siempre para Colombia en el intercambio comercial con Estados Unidos, la balanza comercial es desfavorable para nuestro país. De tal modo, lo que haría el TLC sería perpetuar y profundizar cada vez más esa situación, por lo cual, en pocos años, se debilitaría la demanda

efectiva en Colombia, se acentuaría su endeudamiento externo y disminuiría su crecimiento económico. El Departamento Nacional de Planeación ha declarado que "el acuerdo resultaría en un aumento de importaciones de 11% y en otro de 6% de las exportaciones. Si la predicción se cumple, en cuatro años la economía tendría un déficit comercial de 3% del PIB y un déficit en cuenta corriente de 6% del PIB". No es sino calcular el efecto demoledor que tendría sobre la economía colombiana en los próximos diez años un proceso comercial en el que el valor de las importaciones creciera anualmente el doble que el valor de las exportaciones, como lo prevé el DNP.

La amarga experiencia vivida en Colombia a raíz de la apertura económica nos ilustra al respecto. Presentada inicialmente como el comienzo de un proceso de crecimiento rápido de las exportaciones, de la industrialización, del mejoramiento sostenido del nivel de vida de la población, hoy, quince años después, sabemos que ninguna de esas previsiones se ha cumplido: las importaciones crecieron más que las exportaciones y el déficit acumulado de la balanza comercial entre 1990 y 2002 ha sido de US\$20.000 millones, la agricultura fue arrasada casi en su totalidad, los niveles de pobreza llegaron al 66% de la población, los niveles de indigencia al 25% y los de desempleo al 20%, el déficit fiscal y la deuda externa aumentaron a niveles alarmantes.

Por otra parte, en estos últimos años, cuando el principal factor económico

ya no es el capital, ni los recursos naturales ni el trabajo, sino el conocimiento y la información, la política económica de Estados Unidos se ha orientado a privilegiar, dentro de su territorio, la producción de bienes y servicios de alto contenido tecnológico (investigaciones científicas, *software*, equipos altamente sofisticados, telecomunicaciones) y, por tanto, de mayor valor agregado, y a permitir que en los países subdesarrollados, donde el costo de la mano de obra es bajo (una hora de trabajo no calificado en Colombia cuesta 10 veces menos que en Estados Unidos) se realice la producción de bienes y servicios de bajo valor agregado, a través de las "maquilas", por cuenta de las empresas trasnacionales de los mismos Estados Unidos. De esta manera, el intercambio comercial resulta aún más ventajoso para Estados Unidos, que se especializa en la producción de bienes de alto valor agregado y controla a través de sus multinacionales la producción de bienes de bajo valor, y más perjudicial para los países subdesarrollados, a los que solo les quedan los ingresos de los salarios deprimidos.

Subsidios agrícolas y controles varios

Al lado de los graves perjuicios que se ocasionarían a la economía colombiana en general, por efecto del intercambio desigual, hay otros efectos no menos nocivos, derivados de situaciones específicas. Estados Unidos, no obstante alardear de ser el paladín del

libre comercio en el mundo, internamente desarrolla una política proteccionista en varios campos: ha establecido subsidios a la producción de algodón, arroz, trigo, maíz, leche, carne, lo mismo que a la de acero, que le permiten competir ventajosamente con los otros países productores. La reciente ley Agrícola de Estados Unidos estableció subsidios para los productores rurales de ese país por un valor de US\$180.000 millones entre 2003 y 2009. En esas condiciones, la producción de una tonelada de arroz en ese país, que sin subsidios costaría 187 dólares, con los subsidios del gobierno baja a 100 dólares; mientras tanto, en Colombia producir la misma cantidad de arroz cuesta 158 dólares. Otro tanto ocurre con las producciones de algodón, maíz, trigo, carne, leche, etc. Esos subsidios han determinado que la competencia de los productos agrícolas colombianos con los productos agrícolas estadounidenses subsidiados sea insostenible y que las importaciones de dichos productos, a precios más bajos que los producidos en Colombia, haya determinado en los últimos 15 años la desaparición casi total de la producción nacional de trigo, cebada y maíz.

El gobierno de Estados Unidos se niega siquiera a discutir la posibilidad de eliminar esos subsidios, con el pretexto de que esa negociación solo se puede dar dentro de la Organización Mundial de Comercio (OMC). El ex ministro de Hacienda de Colombia Abdón Espinosa Valderrama ha dicho al respecto: "Mientras tales ayudas

existan en Estados Unidos, la Unión Europea y Japón, el libre comercio no pasará de ser un embeleco, un expediente mediante el cual sus mayores frutos tienden a ser unilaterales y, según lo ha sostenido The New York Times, a traducirse en más pobreza para el Tercer Mundo".

Pero no sólo el paladín mundial del libre comercio utiliza internamente los subsidios agrícolas y los subsidios para el acero, sino también otros mecanismos proteccionistas, como los controles zoosanitarios, fitosanitarios (controles a las frutas y otros productos alimenticios colombianos de exportación), las cuotas restrictivas (azúcar, banano, textiles), los contingentes, etc., con los cuales impide o controla a su arbitrio las importaciones que le resulten competitivas.

Estos controles pueden ser aún más perjudiciales que los mismos subsidios en cuanto constituyen barreras que las autoridades comerciales de Estados Unidos manejan a su arbitrio, para impedir eventuales importaciones; es así como, con el pretexto de que en alguna región colombiana existe fiebre aftosa, impiden importaciones de carnes o de leches colombianas, así procedan de regiones completamente sanas; o de frutas tropicales, con el argumento de que contienen algún microorganismo nocivo para la salud. En cuanto a las cuotas para el azúcar, el banano y los textiles, es sabido que son manejadas con criterios puramente políticos.

Libre intercambio de manufacturas

El TLC implica no sólo la libre importación al mercado colombiano de productos manufacturados de alta complejidad, sino también la libre importación de productos de consumo inmediato (calzado, confecciones, bebidas, utensilios, etc), procedentes de Estados Unidos, de mejor calidad y precios más bajos que los elaborados en Colombia. En el corto plazo, los consumidores colombianos disfrutarían de una amplia oferta de esos bienes de consumo importados, de buena calidad y a precios relativamente bajos. Pero como consecuencia de la invasión masiva de esos bienes al mercado nacional, en el mediano plazo, las industrias locales productoras de los mismos bienes o similares quebrarían por la competencia desigual, y en el largo plazo, toda o casi toda la industria manufacturera colombiana tendría que desaparecer, con las secuelas del aumento del desempleo, la pobreza y el atraso.

Los efectos de la libre importación de bienes intermedios o ya terminados, algunos de los cuales se producen en Colombia, serían similares, pero con una circunstancia agravante. En los últimos diez años, las exportaciones colombianas de bienes terminados, como automotores, máquinas-herramientas, farmacéuticos, libros, confecciones, calzado, y de bienes intermedios, como químicos, o sea, los de mayor valor agregado que se produ-

cen en Colombia, han logrado posicionarse favorablemente en el mercado de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), y en especial de Venezuela, gracias al arancel externo común.

El TLC, al permitir el ingreso de esos bienes procedentes de Estados Unidos sin pagar aranceles, produciría una inundación de ellos en el mercado local y la consiguiente imposibilidad de seguir produciéndolos aquí. De esa manera, las empresas colombianas productoras de bienes intermedios y de mediana complejidad como Acerías Paz del Río, polímeros, fábricas de máquinas-herramientas, electrodomésticos, autopartes, ensambladoras de vehículos, químicos, vidrios, tuberías, etc., se verán desbordadas por la competencia norteamericana y condenadas a desaparecer del mercado. Colombia perdería así toda posibilidad de avanzar en un proceso de industrialización de mayor complejidad, de más alta tecnología y de capacitación de mano de obra calificada y quedaría sometida a un rápido proceso de desindustrialización.

De otra parte, la incompatibilidad existente entre el TLC, que impone la eliminación de aranceles, y el Acuerdo de Cartagena, basado en un arancel externo común, determinaría que Colombia, al firmar el nuevo tratado, tendría que retirarse de la Comunidad Andina. Ese retiro significaría una violación del artículo 9 de la Constitución Política que dispone que "la política exterior de Colombia se orientará

hacia la integración latinoamericana y del Caribe". La desintegración de la CAN representaría otro fracaso más del proceso de unificación de América Latina, con lo cual se contribuiría a la estrategia que Estados Unidos ha venido adelantando eficazmente desde comienzos del siglo XIX.

Efectos del TLC en las regiones

No obstante que el objetivo prioritario de la economía de un país es su seguridad alimentaria, es decir, producir los alimentos indispensables para su población, en Colombia la producción de alimentos agrícolas básicos (maíz, trigo, papa, arroz, cebada y otros cereales) es insuficiente para atender la demanda nacional y hay necesidad de importarlos. No existe seguridad alimentaria. Esa insuficiencia se ha hecho más aguda en los últimos 15 años, como consecuencia de la «apertura económica». El país ha tenido que importar anualmente seis millones de toneladas de productos agrícolas alimenticios, dos millones de las cuales son de maíz. Y no es porque no los pueda producir —puede hacerlo y aun producir excedentes— sino por causa de las equivocadas políticas económicas. Para un país como Colombia, con 34 millones de hectáreas aptas para la agricultura, es una vergüenza tener que importar seis millones de toneladas de alimentos cada año. Sin embargo, en vez de dedicarse a solucionar ese problema fundamental, el gobierno decide establecer

un tratado de libre comercio con Estados Unidos, buscando importar alimentos de ese país y arruinar definitivamente la agricultura colombiana.

Los departamentos predominantemente agrícolas, como Boyacá, Cauca, Nariño, Cundinamarca, Tolima, Huila, Bolívar, Magdalena, y las demás regiones agrícolas del país que, mal que bien, han atendido tradicionalmente la demanda nacional de alimentos, tendrán que sufrir en los próximos años la desaparición de sus productos agrícolas por la competencia insostenible de los productos norteamericanos subsidiados. La producción de trigo, cebada, maíz y otros cereales tradicionales en Colombia desaparecerá por completo y será reemplazada por importaciones de esos productos provenientes de Estados Unidos, a precios más baratos. Las consecuencias de la ruina de la producción agrícola en esos departamentos será el desabastecimiento del mercado nacional, sus campos assolados y sus campesinos sumidos en la mayor miseria.

En los departamentos de la Orinoquia (Arauca, Casanare, Meta, Vichada), de la Amazonia (Guaviare, Guainía, Caquetá, Putumayo, Amazonas) y de los litorales marítimos (Guajira, Chocó, San Andrés), inmensamente ricos en recursos naturales, pero cuya producción económica es aún precaria, el impacto del TLC será aún más devastador.

Un estudio realizado por el CID de la Universidad Nacional para el

Ministerio de Comercio sobre la competitividad de los departamentos colombianos, es decir, sobre la capacidad de estos para atraer inversiones productivas, talento humano, tecnologías, empresas, etc., establecía un ranking en el cual se muestran las grandes desigualdades nacionales en un escenario como el TLC: en una escala de cero a mil, con una media nacional de 378 puntos, Bogotá alcanza 646, Antioquia 524, Valle 498, mientras en la escala inferior Nariño tiene 267, Chocó 258 y Caquetá 275.

La dependencia externa

Definitivamente, los problemas económicos fundamentales de un país —la seguridad alimentaria, el crecimiento general, la producción industrial, el empleo, la distribución de los ingresos—, no pueden ser resueltos por la vía del comercio exterior. Pretender resolverlos por esa vía es profundamente equivocado. La única vía segura es adoptar medidas y políticas internas que organicen y mejoren la producción y distribución de los bienes y servicios indispensables para atender las necesidades básicas de la población. El mercado externo puede ayudar eficazmente a solucionar problemas puntuales; es un elemento indispensable y dinamizador de la economía de cualquier país, sobre la base de la organización y fortalecimiento previos del mercado interno; su papel es el de reforzarlo y complementarlo, pero no el de sustituirlo; el mercado externo ha sido siempre importante como abastecedor de bienes manufacturados y fuente de divisas, pero no, como

ahora se pretende, la primordial finalidad de la actividad económica. No se trata, desde luego, de plantear el abandono del mercado externo y el aislamiento de la economía colombiana. Eso sería impensable y absurdo. De lo que se trata es de ubicarlo adecuadamente en el puesto y el papel que le corresponde.

El país sabe bien que apostar el desarrollo de la economía nacional al incremento del mercado externo es equivocado y peligroso, pues la hace depender de economías foráneas que están fuera de su control y cuyo comportamiento es imprevisible. Por esa vía se pierde el manejo autónomo de la economía nacional, del abastecimiento interno y la seguridad alimentaria. Sin embargo, las autoridades económicas actuales se obstinan en hacerlo.

Lamentablemente, ese criterio no es nuevo en Colombia; ha sido adoptado en varias ocasiones con resultados nefastos. La primera, a partir de 1847, cuando los radicales de la época, seducidos por las teorías liberales de la escuela clásica inglesa, eliminaron los aranceles aduaneros en la Nueva Granada, con el propósito de ingresar al mercado mundial. Después de disfrutar de un pasajero auge económico, derivado del aumento de las exportaciones de tabaco y quina y de un amplio abastecimiento de bienes importados, se presentó la crisis económica de los años setenta que tuvo al país postrado durante las últimas cuatro décadas del siglo XIX.

La segunda, la llamada «apertura económica» de 1990, inspirada por las teorías neoliberales del Consenso de Washington, suficientemente conocida y sufrida por todo el país.

La fórmula actual, implícita en el TLC, es aún más equivocada y peligrosa para Colombia, porque no solamente significa apostar la economía nacional al comercio exterior en general, sino apostarla a un solo mercado, el de Estados Unidos. Esta fórmula llevaría en los próximos años a la incorporación progresiva de la economía colombiana a la de Estados Unidos en calidad de apéndice.

Además del intercambio de productos, el Tratado de Libre Comercio prevé la regulación del intercambio de servicios tales como finanzas, seguros, educación, propiedad intelectual, transporte, telecomunicaciones.

El derecho a la educación

Salta a la vista la incongruencia de incluir en un tratado de comercio exterior valores tan vitales y delicados como la educación y la salud. La educación es un derecho fundamental de todos y un servicio público que tiene función social, al tenor del artículo 67 de la Constitución Nacional, y no una mercancía transable en el mercado; sin embargo, dentro del criterio de quienes manipulan el tratado, según el cual todo es o se convierte en mercancía, así se le considera y maneja. El concepto que el TLC le asigna a la educación como un servicio comercial,

contradice el mandato del artículo 67 de la Constitución.

Aunque no se conocen los términos precisos en que están redactadas las cláusulas relativas al intercambio comercial en el campo educativo, todo indica que están concebidas en el sentido de homologar la orientación y metodologías de la educación colombiana con las de Estados Unidos, con miras a hacerlas más acordes con los objetivos de la globalización económica. En ese sentido, hay que anotar que el modelo estadounidense de educación superior, cuyos principios básicos son el amor al lucro, el pragmatismo, la preferencia por las ciencias aplicadas, la profesionalización orientada hacia los negocios en el mercado nacional e internacional, ya ha sido implantado en numerosas universidades colombianas desde la década de los sesenta del siglo XX, a raíz de la adopción del llamado Plan Básico para la Educación Superior. El propósito actual es que esa política se extienda a todas las universidades, públicas y privadas, y a todo el sistema educativo, a partir de la aprobación del tratado. Su objetivo sería moldear aún más el pensamiento de los nuevos cuadros dirigentes del país en los principios básicos de la mentalidad estadounidense.

El tratado permitiría también que las universidades y otras instituciones de educación superior estadounidenses se establecieran en Colombia a través de agencias, seccionales, cursos de posgrado, educación a

distancia, educación continuada, etc. Frente a esa competencia desigual, las universidades colombianas tendrían que incorporarse a las estadounidenses o desaparecer en pocos años. Ello significaría que los cuadros dirigentes de la sociedad colombiana serían formados en los ideales y criterios del modelo estadounidense y que la misión del sistema educativo colombiano de formar las nuevas generaciones con principios y valores propios habría desaparecido por completo.

En esas condiciones, la poca identidad y autenticidad que le queda a la sociedad colombiana sería absorbida en pocos años por la cultura y mentalidad estadounidense. Si en este momento los cuadros dirigentes colombianos (casi todos formados en universidades como los Andes y otras del mismo corte) tienen una mentalidad proclive al "american way of life" y están ansiosos por firmar el TLC lo más pronto posible, en el evento de aprobarse el intercambio educativo previsto, la anexión de la nación colombiana a los Estados Unidos estaría a solo un paso.

Otro aspecto especialmente peligroso del TLC es el que se refiere al nuevo régimen de propiedad intelectual que pretende implantar, tanto en el campo de la salud pública como en el del medio ambiente.

El derecho a la salud

Estados Unidos exige a Colombia, dentro del TLC, que otorgue patentes

exclusivas a los productos farmacéuticos elaborados por sus empresas trasnacionales, a los segundos usos de esos productos y a cambios menores sobre moléculas y procesos conocidos.

El otorgamiento de esas patentes representaría el monopolio exclusivo, durante veinte años, a favor de las empresas trasnacionales para la producción y venta de sus medicamentos de marca, a precios fijados por ellas, y la prohibición para Colombia de producir esos medicamentos como genéricos de precios bajos. En caso de aprobarse, sus consecuencias serían la pérdida de acceso a los productos farmacéuticos por parte de la población de bajos recursos —mayoritaria en Colombia— y la pérdida de cobertura del sistema de salud.

El criterio que inspira esta norma del tratado es que la atención de la salud no es un servicio público a cargo del Estado, como lo establece la Constitución Nacional (artículo 49), sino un servicio comercial en manos de los particulares. Ese criterio determina que los servicios de salud, en manos de las empresas trasnacionales y regidos por el afán de lucro que las caracteriza, se vuelvan inaccesibles para la mayor parte de la población. Se configura un verdadero atentado contra la salud de los colombianos y una violación flagrante de la Constitución.

Por otra parte, el gobierno de Colombia, mediante los decretos 2085 de 2002 y 502 de 2003, concedió a las empresas trasnacionales productoras

de medicamentos y agroquímicos el beneficio de vender sus productos en el mercado nacional antes de estar patentados en el país, durante un período de cinco años y a los precios establecidos por ellas; mientras tanto, durante ese período la venta de medicamentos y agroquímicos producidos localmente queda prohibida. Es un monopolio establecido a favor de las trasnacionales, como tantos otros. Ahora Estados Unidos, en el marco del TLC, exige que el período de cinco años concedido a las empresas trasnacionales se amplíe a diez, lo cual significaría duplicar el tiempo de monopolio de las empresas trasnacionales para vender sus productos en el mercado nacional, y reducir, en esa misma proporción, la competencia de las empresas nacionales productoras de genéricos. Por supuesto, con esta medida los agricultores colombianos quedarían sometidos, durante diez años, a comprar los agroquímicos y plaguicidas de las empresas trasnacionales a los altos precios que ellas impongan. No obstante los evidentes perjuicios que esta medida tendría para los agricultores colombianos y para la economía en general, la Asociación Nacional de Industriales (ANDI) la ha apoyado públicamente: "Amparar esa información, dijo la Directora Ejecutiva de la Cámara de la Industria para la protección de cultivos de la ANDI, María Helena Latorre, es una forma de estimular la inversión en Colombia y el ingreso de nuevos productos y sustancias para combatir las plagas que afectan a los agricultores". Con planteamientos como el an-

terior, los gremios colombianos muestran cómo sus intereses económicos coinciden más con los de Estados Unidos que con los de Colombia.

El derecho al medio ambiente

No menos grave que las exigencias anteriores es la de patentar seres vivos, animales y plantas, establecida por el tratado. El artículo 8 del capítulo sobre propiedad intelectual, planteado por la Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos, Robert Zoellick, dice: "Cada Parte permitirá las patentes para las siguientes invenciones: a) plantas y animales, y b) procedimientos diagnósticos, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de humanos y animales".

Colombia, por su ubicación en la zona tropical del planeta, por su relieve accidentado y por tener inmensas selvas inexploradas, es uno de los cinco países más ricos del mundo en especies animales y vegetales; ocupa el primer puesto en especies de aves, el tercero en anfibios, uno de los primeros en flora. De celebrarse el tratado, esa rica biodiversidad colombiana quedaría en peligro inminente de ser registrada, patentada y reservada como de propiedad intelectual de Estados Unidos, para su aprovechamiento y explotación comercial. Ellos, que no tienen la misma biodiversidad en su territorio, requieren esos organismos o microorganismos (animales o vegetales) para surtir la base de sus industrias farmacéuticas y químicas, transformarlos en nuevas semillas,

perfumes, pinturas, gomas y resinas, remedios, venenos y otros químicos, y sacarlos al mercado internacional, amparados por una patente. Colombia entregaría así su inmenso patrimonio biológico, para después tener que importarlo bajo la forma de productos patentados, pagando por ellos altos precios.

Pero no solo quieren apoderarse del patrimonio genético y de la biodiversidad; su ambición desmedida los lleva a intentar patentar como propios los conocimientos tradicionales de los pueblos nativos, la medicina natural de las comunidades indígenas y los usos y costumbres de los campesinos. Ya han patentado en Estados Unidos y otros países numerosos injertos vegetales y cambios genéticos, que se logran con el simple cruce de razas entre animales, que los campesinos hacen diariamente, como un procedimiento ordinario. Ahora exigen que Colombia acepte como norma legal propia esos exabruptos que han venido cometiendo en otros países.

Esa pretensión riñe, desde luego, con la normatividad internacional y nacional. En la legislación nacional, andina e internacional no está previsto el otorgamiento de patentes a seres vivos. El Convenio sobre Diversidad Biológica, de las Naciones Unidas, ratificado por Colombia (ley 165 de 1994), reconoce el derecho soberano de los Estados a explotar sus propios recursos biológicos en aplicación de sus políticas nacionales ambientales y, por tanto, la facultad de regular el acceso a sus pro-

prios recursos genéticos. La Decisión 391 de la CAN (cuya legislación es vinculante en Colombia como ley nacional) o Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos, establece que estos son de dominio público y que en ningún caso pueden llegar a ser de propiedad privada. La Decisión 486 dispuso que no serán patentables las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos; esta misma Decisión salvaguarda los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y campesinas. El régimen de propiedad intelectual que rige a escala internacional (ADPIC) sólo considera patentables los inventos que cumplan tres requisitos básicos: novedad, altura inventiva y aplicación industrial. De esa manera, la legislación nacional, andina e internacional protege el dominio público del Estado sobre los recursos biológicos o genéticos existentes en su territorio, lo mismo que sobre los conocimientos tradicionales de su población, y prohíbe su enajenación.

Sin embargo, el gobierno de Estados Unidos, desconociendo esa legislación, le exige a Colombia, a través del TLC, la facultad de patentar nuevas especies o variedades animales y vegetales que surjan de la manipulación genética que ellos realicen, y patentar genes y partes de materia viva, de las cuales se apropiarían en su condición de sedicentes descubridores. Para sustentar la bizarra exigencia de patentar materia viva, aducen que el concepto de invento debe ampliarse y conside-

rar dentro de él el de descubrimiento, y que el concepto de novedad debe interpretarse en forma tal que no se trate de algo totalmente desconocido, sino conocido por un grupo limitado de personas. Con estas argucias sustentan sus abusivas exigencias. "Si se permite el patentamiento de seres vivos, advierte Margarita Flórez, del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), se abre la posibilidad para que el titular sea el propietario de una especie, una raza, de individuos y hasta de un híbrido".

La apropiación del material biológico de los ecosistemas colombianos es uno de los propósitos que persigue Estados Unidos al imponer el TLC. Ya lo había profetizado Gabriel García Márquez en su novela *El otoño del patriarca*: "...de modo que se llevaron el Caribe en abril, se lo llevaron en piezas numeradas los ingenieros náuticos del embajador Ewing para sembrarlo lejos de los huracanes en las auroras de sangre de Arizona, se lo llevaron con todo lo que tenía dentro". Ya se llevaron el petróleo, el carbón, el gas y el oro y ahora vienen por los animales, las plantas, las tierras, los ríos, las selvas, el aire, la biodiversidad y el patrimonio cultural.

El derecho a acceder a la justicia

Diseño de mecanismos justos, transparentes y efectivos de solución de disputas, dice una cláusula del TLC. Traducida a términos más comprensibles,

quiere decir que los conflictos jurídicos que se presenten entre los empresarios y comerciantes colombianos con sus homólogos de Estados Unidos no podrán ser resueltos por la justicia colombiana, sino por tribunales internacionales de arbitramento *ad-hoc*. Desaparecería así la jurisdicción de la justicia colombiana para resolver los conflictos que se susciten entre las empresas locales y las empresas estadounidenses o transnacionales. Cuando las empresas colombianas, por cualquier circunstancia, se consideren vulneradas en sus derechos, en desarrollo de sus intercambios con Estados Unidos, tendrán que acudir a tribunales internacionales de arbitramento *ad-hoc* para que les diriman sus conflictos, porque los jueces y tribunales colombianos no tendrán competencia para ello.

De esa manera, el derecho de acceder a la administración de justicia de toda persona, natural o jurídica, garantizado por el artículo 229 de la Constitución, quedaría derogado. La abolición de la jurisdicción de la administración de justicia colombiana decretada por el TLC para esos efectos, representa nada menos que la demolición de un tramo importante de la institucionalidad colombiana, la violación de la Constitución Política y la entrega de una parte esencial de la soberanía nacional.

El derecho al trabajo

En este campo, el TLC, con aparente generosidad, plantea garantizar los

derechos laborales fundamentales (libertad de asociación sindical, prohibición del trabajo infantil, pago de salario mínimo, prohibición de discriminación en el empleo); establecer un organismo independiente de investigación y decisión de quejas tan ágil, como para las controversias comerciales; imponer multas sustanciales al Estado infractor, por parte del organismo de solución de controversias, en caso de violación comprobada de los derechos laborales protegidos; imponer sanciones comerciales cuando el país infractor no pague las multas impuestas.

Pero no hay tal generosidad. De lo que realmente se trata es de utilizar la situación de precariedad y violación crónica de los derechos de los trabajadores colombianos, como arma para presionar al gobierno en el campo comercial. Sabedoras las autoridades económicas de Estados Unidos de que en Colombia hay cerca de dos millones de niños que trabajan para poder subsistir, que hay discriminación laboral contra las mujeres, contra las minorías étnicas, que en los últimos años han sido asesinados centenares de dirigentes sindicales, etc., pretenden utilizar esas condiciones adversas (que ellos mismos han propiciado como inspiradores del modelo económico vigente) para imponer sanciones comerciales tales como condicionamientos y limitaciones a las importaciones de productos colombianos. Ya lo han hecho: esgrimiendo el argumento de la presencia de niños trabajadores en las minas de carbón

de Amagá, han logrado boicotear las exportaciones de carbón colombiano hacia algunos países europeos. Ese, y no otro, es el alcance de esa cláusula.

En lo que se refiere al establecimiento de un organismo independiente y ágil de decisión de quejas, se trata solamente de soslayar la administración de justicia colombiana, y llevar los conflictos laborales a la decisión de tribunales de arbitramento internacionales ad-hoc, como en el caso de los conflictos comerciales.

Inversiones

En materia de inversiones extranjeras, la política tradicional de Colombia ha sido la de establecer condiciones favorables para atraer los capitales foráneos, rodearlos de garantías y eximirlos de toda clase de obligaciones. El país mayor inversionista en Colombia ha sido, también, tradicionalmente, Estados Unidos, cuyos capitales se han concentrado en petróleo, gas, carbón, oro y banano, y en menor proporción en servicios financieros (bancos, seguros), servicios públicos (electricidad, acueductos, telecomunicaciones) y otros. En los últimos quince años, el proceso de privatización de las empresas estatales de servicios públicos ha avanzado impetuosamente. Sin embargo, los beneficios obtenidos por la explotación de estos recursos han sido escasos, y han tenido un costo nacional exagerado: un crecimiento deformado y altamente subordinado; las remesas de utilidades o de los intereses ocasionados

por las inversiones extranjeras han determinado una progresiva reducción de la riqueza nacional.

Ahora, el TLC busca establecer un nuevo marco legal que promueva y proteja aún más las inversiones extranjeras. Eso significa que los capitales estadounidenses y transnacionales podrán actuar en Colombia como en sus países de origen e, inclusive, en condiciones más favorables. Es evidente que si se establece esa mayor permisividad, los capitales nacionales serán desplazados y sustituidos por los capitales internacionales y, en el corto plazo y en el mediano, toda la economía colombiana será de propiedad extranjera.

Otros servicios

En servicios como los financieros (bancos, bolsas, corporaciones financieras), los de seguros, los de transporte (aéreo, marítimos, terrestre) y los de telecomunicaciones (radio, T.V., telefonía, internet) es evidente que el intercambio entre Estados Unidos y Colombia sería ofensivamente desigual. La descomunal ventaja de Estados Unidos en estos campos se impondría de modo incontrastable, con grave detrimento de los intereses colombianos. Una de las secuelas que se derivaría de esta nueva situación sería la inevitable dolarización del sistema monetario colombiano, con la pérdida de la relativa autonomía para el manejo y control de la moneda nacional y demás perjuicios que están sufriendo los países que la han adoptado.

En resumen, el Tratado de Libre Comercio es gravemente perjudicial para los intereses de Colombia, en general, y de los colombianos, en particular. Sus principales efectos serían: el arrasamiento de la producción agrícola; la desindustrialización; el incremento del desempleo, la pobreza y la miseria; la pérdida de la biodiversidad y del patrimonio cultural del país. Solo generaría perjuicios para el país y beneficios para Estados Unidos.

Pero, más que un tratado comercial, es un instrumento político que desconoce y vulnera la institucionalidad colombiana, socava la soberanía nacional e intenta erigirse en una Carta económica fundamental, por encima de la Constitución y de las leyes. Como se ha visto, viola la Constitución Nacional en sus artículos 1, que establece que Colombia es un Estado social de derecho [...] fundado en la solidaridad de las personas y en la prevalencia del interés general; 9, que ordena que la política exterior de Colombia se oriente hacia la integración latinoamericana y del Caribe; 67, que establece que la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; 49, que establece que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; 229, que garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia.

Sus verdaderos propósitos son el reforzamiento y la profundización de la dependencia económica, política y cultural de Colombia respecto de Estados Unidos, y el avance del gobierno de ese país hacia el control geopolítico sobre el continente suramericano.

Frente a semejante amenaza que atenta contra los intereses fundamentales de la nación y la sociedad colombianas es necesario: rechazar el Tratado de Libre Comercio, como un atentado contra la soberanía y la independencia nacional, e impedir que se lleve a cabo; exigir que sea improbad

por el Congreso Nacional o, en su defecto, que sea sometido a un referendo constituyente, como lo establece el artículo 378 de la Constitución Nacional, y exigirle al gobierno colombiano que impulse la integración económica y política con los países de la Comunidad Andina de Naciones y el Mercosur, con miras a una integración de América Latina y el Caribe, como lo ordena el artículo 9 de la Constitución Nacional, e incremente los intercambios comerciales con todos los países del mundo, europeos, asiáticos, africanos y también, por supuesto, con Estados Unidos, pero en condiciones equitativas.

Derecho y Realidad

Núm. 4 • II semestre de 2004

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC

ISSN: 1692-3936

La "desmitificación" de las especialidades tradicionales del derecho público y privado: Las actividades industriales y comerciales del Estado

Fernando Arias García*

Resumen

La visión cartesiana en el derecho se ha limitado a considerar en forma independiente y no sistemática las líneas de conocimiento público, privado, penal y laboral. El artículo pretende evidenciar la estructuración de nuevos modelos de conocimiento jurídico, precisando su desarrollo en el régimen normativo de las actividades industriales y comerciales del Estado, dinámica en la que los particulares y la administración compiten en la producción de bienes y prestación de servicios. En tal sentido, es dable combinar elementos *ius privatistas* con fundamentos *ius publicistas*.

Palabras clave: Derecho público, Derecho privado, Competencia económica, Desmitificación, Actividades de mercado, Compañías industriales y comerciales del Estado.

* Docente Universidad Santo Tomás de Aquino - Tunja. Abogado Egresado UPTC. Abogado Procuraduría General de la Nación. Master en Derecho - Programa en Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia. Conciliador en Derecho, Cámara de Comercio de Sogamoso. Diploma en Investigación Jurídica UPTC. Correo Electrónico: ariasabogados@hotmail.com

Abstract

The Law Cartesian's vision has been limited to consider in independent and nonsystematic form, the lines of public, private, penal and labor's knowledge. The present article intends to shed light into the structuring of new models of legal knowledge, basing its development in the State industrial and commercial activities' normative regime, dynamics where the individuals and the Administration compete in the goods production and the services benefit, in such a way that it is possible to combine "ius" private elements, with public "ius" foundations.

Key words: Public law, Private Law, Economical Competition, Demystification, Market activities, State industrial and commercial companies.

1. Introducción

Poco menos que desafortunada es la visión tradicional de las especialidades en la ciencia jurídica. No de otra forma se puede enjuiciar el mito que se advierte en ciertos medios académicos, en los que se insinúa en forma temerosa y desconfiada la configuración de nuevos objetos de conocimiento e investigación jurídica que no emanen de la visión cartesiana del derecho público, privado, penal y laboral.

En la perspectiva indicada, resulta inadmisibile la existencia de ciertos objetos de conocimiento que corresponden a lo que, en mi parecer, es un modelo "limitado" y poco sistemático de asumir los amplios retos jurídicos que impone el mundo moderno. Los siguientes son sólo algunos ejemplos de lo que podría ser "inoportuno" al esquema pedagógico-jurídico planteado: la Contratación Estatal, que recurre, fuera de la visión administrativista, al derecho civil y mercantil¹; la teorización penal de la contratación estatal²; la "Constitucionalización" de casi todas las ramas del derecho; la conceptualización de la "función pública", en clara referencia a una configuración normativa laboral-administrativa; la delimitación

societaria de las empresas de servicios públicos, de la ley 142 de 1994, y el derecho urbanístico, cuyo origen se advierte claramente en los límites del derecho público a los atributos de la propiedad privada del derecho privado.

Es innegable la crítica a dicho enfoque. Por eso, el presente artículo pretende evidenciar la estructuración de nuevos modelos de conocimiento jurídico, precisando su desarrollo en el régimen normativo de las actividades industriales y comerciales del Estado, dinámica en la que los particulares y la administración compiten en la producción de bienes y prestación de servicios.

Resáltese que en dicho cometido el Estado asume su participación en pro de conseguir uno de los elementos primordiales en todo engranaje empresarial, y más aún en el campo de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado³, la clientela. Ahora, la consolidación económica empresarial, bien sea estatal, bien sea privada, no se logra solo mediante la conquista de clientela para sus bienes y servicios, sino a través de su mantenimiento y consolidación. La "clientela" se salvaguarda mediante la configuración de los

¹ Artículo 13, Ley 80 de 1993.

² Jaime Orlando Santofimio G.: *Tratado de Derecho Administrativo. Contratación Indevida*. Tomo IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

³ "En síntesis, estas entidades constituyen uno de los medios de intervención del Estado. Es así como en estas empresas el Estado actúa como Estado, pero aboca o se arroga, si se quiere, determinadas actividades que, en otro tiempo se consideraban propias de los particulares o de la empresa privada" Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicios Civil. Concepto de 24 de noviembre de 1972. *Revista Jurisprudencia y Doctrina*. Tomo I. Núm. 12. Bogotá. pp. 752-753.

mecanismos jurídicos planteados por el derecho de la competencia económica, bien sea corrigiendo los excesos de competencia mediante la "punibilidad" de ciertas conductas contrarias a la competencia leal, descritas en la ley 256 de 1996 -lo cual denota una proximidad *ius publicista*-, o bien reprochando la ausencia de comportamientos competitivos, también enunciados mediante una amplia recopilación expresada en el decreto 2153 de 1992; comportamientos conocidos como "prácticas restrictivas de la competencia", lo que denota una proximidad *ius-privatista*.

2. Alcances e implicaciones del Estado empresario: "los nuevos roles del Estado"

El concepto de autonomía privada⁴ se sienta en la facultad que detenta toda

persona para autorregular y disponer de su esfera particular de intereses personales y patrimoniales⁵. La autorregulación de los propios intereses, desarrollados a partir de conceptos como la iniciativa privada⁶ o la libertad económica privada⁷, no es una concesión, menos aún un otorgamiento del Estado⁸, sino un verdadero reconocimiento a un derecho subjetivo⁹ ya existente¹⁰.

Es así como el constituyente de 1991 plantea, en el artículo 333 de la Carta Política, la garantía de la actividad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común¹¹. Dicho reconocimiento también fue acogido en su momento por la Constitución Nacional de 1886, mediante Acto Legislativo 01 de 1968, consagrando en su artículo 32. No obstante el texto político de 1991 establece en forma

⁴ No pocas veces llamado por la Jurisprudencia Constitucional como "autonomía negocial", pero con idéntica significación. Cfr. sentencias T-081 de 1993, SU-157 de 1999, SU-166 de 1999, SU-167 de 1999, T-838 de 2002, T-468 de 2003, T-592 de 2003 y C-151 de 2004, entre otras.

⁵ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-157 del 10 de marzo de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero: "Por lo tanto, se concibe la libre actuación privada allí donde se le reconoce al individuo el derecho no solo a tener una conducta activa y basada en la propia iniciativa, sino a reaccionar como *homo economicus* a determinadas dinámicas del mercado".

⁶ Corte Constitucional. Sentencia Núm. T-240 de 23 de junio de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. "La autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial".

⁷ "Una faceta de la libertad como valor fundamental garantizado en la Constitución es el reconocimiento de la iniciativa privada y de la posibilidad de ejercer la actividad económica, dentro de los límites del bien común y de los que establezca la ley para proteger el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Constitución Política, artículo 333). ALARCÓN ROJAS, Fernando: "Fundamentos Constitucionales del Negocio Jurídico y de las Obligaciones". En: *Revista Ideación Jurídica* Núm. 5. Corporación Universitaria de Ibagué. 1996, p. 3.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-423 de 23 de mayo de 2003. M. P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett. "El derecho a la autonomía privada no es entonces un derecho patrimonial, no es reconocido *ex singulis*, ni depende de ciertas situaciones jurídicas, no es disponible ni enajenable por parte de su titular o de un tercero (Estado o particular) y no es atribuido *ex negotium* sino que tiene su fuente directa en la Constitución y en la ley, y constituye desarrollo imprescindible tanto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 14 superior) como del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio general de libertad (art. 16 superior)".

innovadora que para el ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada "...nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley"; de igual forma trae enunciados teóricos novedosos como los de "libre competencia económica", "empresa" y "posición dominante".

La tendencia del derecho a autorregular los propios intereses¹², no es del todo absoluta y debe entenderse omnicompreensiva dentro de los límites y cargas propios de la autonomía privada; sometimiento que es aún más evidente en vigencia del Estado Social de Derecho. Así, la posibilidad de autoconducción de los intereses propios solo es posible en la medida en que estos correspondan al marco de acción dado por la legalidad emanada del ordenamiento jurídico, por las buenas costumbres y por las órdenes emanadas de las autoridades judiciales y administrativas. De

igual forma, si se pretende adquirir todos los efectos emanados de la autonomía privada, se deben hacer ingentes sacrificios en el cumplimiento de requisitos y formalidades *ad sustanciam actus* que le ha querido imprimir el legislador a la ejecución de negocios jurídicos¹³.

Desde ya avizoro un claro sometimiento de la "autonomía privada" a los designios del orden público; dicha vicisitud no es desconocida en el derecho comparado, tal como lo establece el Tribunal Constitucional Español al advertir que "...además, en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el art. 1 de la Constitución, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social"¹⁴.

⁹ Al respecto cita el profesor Alberto Montaña: "Nuestra jurisprudencia constitucional parece en algún momento haber considerado a la libertad económica como un derecho fundamental y consecuentemente susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela, en otro momento, y de manera más constante y reciente la ha concebido como un derecho fundamental por conexidad". Alberto Montaña Plata: «Alcances de la Libertad Económica Privada en el Régimen de Servicios Públicos introducido por la Constitución Política de 1991». *Revista de Jurisprudencia Administrativa* Núm. 2. Departamento de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. www.uexternado.edu.co. p. 62.

¹⁰ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-157 de 10 de marzo de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero: "Ahora bien, la autonomía privada goza de sustento en la Constitución de 1991, como quiera que se deduce de la garantía y protección de varios derechos que la concretan, a saber: el artículo 14 consagra el derecho a la personalidad jurídica, el 58 asegura la propiedad privada, los artículos 38 y 39 la libertad de asociación y el 333 en cuanto protege el derecho a la libre actividad económica e iniciativa privada y la libertad de empresa, todos estos derechos subjetivos que reconocen poderes en favor de una persona que puede hacerlos valer, frente a otros sujetos, a través de la intervención judicial".

¹¹ Cfr. Alberto Montaña Plata: «Alcances de la Libertad Económica Privada en el Régimen de Servicios Públicos introducido por la Constitución Política de 1991». *Revista Derecho del Estado*, Núm. 14. Universidad Externado de Colombia, Junio de 2003, p. 64.

¹² El maestro Fernando Hinestroza plantea la siguiente conceptualización: "Poder reconocido a los particulares para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses". Fernando Hinestroza: *Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada*. Universidad Externado de Colombia. Conferencias. 1987, p. 17.

Recuérdese que concurrir a la celebración de negocios jurídicos y realizar las más variadas transacciones comerciales, tradicionalmente había sido un poder detentado en forma casi exclusiva por parte de los particulares¹⁵, tanto que dicha participación es punto de referencia en la existencia de la economía de mercado¹⁶. De hecho que la doctrina¹⁷ enuncia como requisitos mínimos de existencia de un mercado eficiente, la libertad de contratar y la estabilidad y libertad de precios¹⁸.

La participación estatal en actividades que le generaran lucro¹⁹ no entrañaba trascendencia para la doctrina intervencionista²⁰ con la que creció el Estado moderno, desde la teorización keynesiana²¹. Nótese que la intervención estatal se centró en sectores básicos de bienestar, lo que coincide con la prestación de servicios públicos de

los que el Estado es titular; ello explica por qué bajo la visión keynesiana se hacen relevantes algunas consideraciones a favor tanto del déficit como de la deuda pública; la deuda, tanto pública como privada, desempeña un papel positivo en una economía próspera y creciente.

A medida que el ingreso aumenta, igual sucede con el ahorro. El estímulo del gasto a través de la prestación de servicios públicos y del fortalecimiento de los centros generadores de empleos públicos y privados genera, necesariamente, un incremento en la generación de oferta, lo que conduce indefectiblemente al aumento del consumo y expansión en materia de servicios públicos y, por otra parte, a la creación de más empresas que satisfagan la demanda creada. La consigna keynesiana era que la generación de

¹⁵ Las distintas proyecciones a la autonomía privada se evidencian en directa proporción con la dimensión de la libertad y son planteadas por el maestro Fernando Hiestrosa así: "Libertad de contratar, de escoger con quien se contrata, de seleccionar la figura más apropiada y su clausulado, de contratar con o sin representación..." (*Ibidem*). Gaspar Ariño afirma que la misma "...engloba la libertad de contratos, la libertad de transacciones económicas, la libertad de acceso a la actividad y la libertad de ejercicio de esta". Gaspar Arino Ortiz: *Principios de Derecho Público Económico*. Universidad Externado de Colombia-Fundación de Estudios de la Regulación, 2003, p. 104.

¹⁶ Tribunal Constitucional Español. STC 227 de 1993. En: Magdalena Correa Henao. «Relación entre la libertad de empresa e interés general. Pesquisa en la jurisprudencia del tribunal constitucional español». *Revista de Jurisprudencia Administrativa*, Núm. 2. Departamento de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. www.uexternado.edu.co, p. 16.

¹⁷ Queremos denotar con este vocablo el conjunto de agentes económicos no estatales, bien sean personas naturales o jurídicas.

¹⁸ Magdalena Correa recuerda que la misma consigna se denotó en el derecho español. Ello en relación a la providencia -STC 49 de 1988-, que resolvía los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra algunos artículos de la Ley 31 de 1985 de Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros y específicamente en razón al análisis que el Tribunal Constitucional Español hace del concepto "autonomía organizativa": "Conviene también recordar que dicho precepto se refiere a empresas privadas, es decir, a organizaciones que tienen una finalidad de lucro, y garantiza en último término la existencia de una economía de mercado" (F.J. 12). MAGDALENA CORREA HENAO, *Ob. cit.*, p. 17.

¹⁹ Cfr. Hugo Palacios Mejía: *La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano*. Ed. Derecho Vigente. 1999, p. 52.

empresas y el consumo de, entre otros, los servicios públicos genera más empleos y desarrollo económico²².

No obstante, la moderna doctrina administrativa empezó a considerar como benéfica la participación del Estado en sectores económicos antes vedados. De repente ya no se vio al Estado como un mal gestor, sino como un competidor más²³ en obtención de clientela para su propia producción de bienes y servicios; dicho cambio favoreció la conceptualización de unos servicios públicos caracterizados por su perfil netamente económico, lo que es llamado por algún sector de la doctrina²⁴ como Servicios Públicos Económicos de los cuales el Estado, más que titular²⁵, es gestor.

3. La participación del Estado en actividades industriales y comerciales a través de Empresas Industriales y Comerciales del Estado: vicisitudes en torno a su régimen jurídico

La posibilidad de participación del Estado en actividades industriales y comerciales se materializó a través de la estructuración de Empresas Industriales y Comerciales. Esta novedosa intervención tiene como prototipo inicial la actividad de transporte estatal en condiciones de prestación idénticas a la de los particulares, manifiesta en el "*arret Société commerciale de l'Ouest africain*" donde se advirtió que "...las operaciones de paso de los peatones y coches de una orilla de la

²² Condiciones distintas a las requeridas como requisitos para que operen los mercados, que no son otros que los de tener la posibilidad de apropiarse de los bienes y servicios (Artículo 58, Constitución Política) y el "respeto a los contratos". HUGO PALACIOS MEJÍA. *Ibidem*, p. 53.

²³ Magdalena Correa Henao: *Ob. cit.* "Así, se circunscribe la actividad empresarial a la actividad en donde existe la intención de percibir lucro, elemento con el cual se definen las unidades económicas sobre las que son predicables los atributos que se desprenden de la libertad de empresa prevista en el art. 38, posición valga anotar, se critica tanto en este fallo¹⁸, como en la doctrina constitucional". p. 18.

²⁴ Más que estorbo, el Estado se consideró como un mal gestor para que el mercado funcionara en forma tal, que en términos de SAMUELSON "compradores y vendedores de un bien en forma conjunta determinasen su precio y cantidad de producción". PAUL A. SAMUELSON y WILLIAM NORHAUS: *Economía*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 171.

²⁵ Jesús Antonio Bejarano: *¿Qué es neoliberalismo? Su significado en la historia de las ideas y en la economía*. Biblioteca Virtual, Banco de la república, www.banrep.gov.co: "La revolución keynesiana, como es sabido, implica la generalización del Estado de bienestar, entendido como aquel conjunto de acciones públicas tendientes a garantizar a todo ciudadano de una nación el acceso a un mínimo de servicios que mejore sus condiciones de vida. Este enfoque keynesiano predominó en la política económica hasta mediados de los años setenta; todos los gobiernos aplicaron como fundamento de la política económica el manejo de la demanda agregada y una política de gastos que tenía múltiples funciones, entre otras, garantizar el pleno empleo (con sus lógicas conexiones con el bienestar social), estimular el proceso de crecimiento en las economías de mercado y permitir el acceso a la educación, la sanidad, la vivienda, las pensiones y al seguro de desempleo, entre otros, a la población de bajos ingresos". p. 3.

²⁶ Evidentemente, el fenómeno puede ser contrario: cuando el Estado fomenta la desvinculación laboral se reduce el consumo y la demanda y la oferta se estanca, lo que obliga a que las empresas cierren y se desvinculen nuevos empleados. Ricardo Güell explica: "La teoría general del tipo de interés que

laguna a la colonia de Costa de Marfil explotan un servicio de transporte en las mismas condiciones que un industrial ordinario”, razón por la cual no se trata de una actividad ordinaria del Estado²⁶.

No obstante, en sus inicios dicha creación se da en forma incipiente. Para el caso francés, el profesor Georges Vedel anota que antes del año 1945 “...los antiguos servicios públicos...”, que excepcionalmente efectuaban prestaciones de carácter industrial y comercial, estaban circunscritos a los de “Tabaco, Cerillas, Imprenta Nacional, Manufacturas de Sévres, Gobelins...”²⁷. Para el caso nacional se destacan en los más variados órdenes²⁸: entidades bancarias, transporte, servicios públicos domiciliarios, hidrocarburos, etc.²⁹.

Resulta evidente que las distintas formas de expresión del Estado fueran automoldeando espacios abiertos donde se empezara a masificar la producción de bienes y servicios. A nivel meramente material, dichas actividades reúnen un sinnúmero de actos que, en atención a su indefinido objeto de producción, son difíciles de encasillar y catalogar por parte de la doctrina. Esta, en algunas oportunidades, se ha referido a ellos como actividad –cualquiera que implique “actos de comercio”³⁰ y, en otras, se refiere al criterio del “objeto del servicio y las condiciones generales en que funciona”³¹, manifestando que si la naturaleza de la actividad en cuanto a su organización, condiciones de funcionamiento, relaciones con los usuarios se asemejan a la empresa privada, entonces dicha actividad será de carácter industrial y comercial³².

hemos desarrollado nos determina la esencia del razonamiento keynesiano. Ya que la inversión por unidad de tiempo es función tanto de las tasas de interés, como del gasto en consumo, una disminución de la propensión a consumir tiene dos consecuencias, por un lado el descenso del gasto en consumo desalienta la inversión, pero la baja de la propensión a consumir provoca, por otro lado, una disminución de la tasa de interés que podría estimular la inversión”. RICARDO GÜELI. *La Globalización y el Empleo: una Visión Crítica*. www.ucentral.edu. p. 12.

²⁶ Fernando Garrido Falla: *Introducción general en el modelo económico en la Constitución Española*. Instituto de estudios económicos, Madrid, 1991, tomo I. “Pues bien, es en esta materia en la que se ha producido un giro copernicano en las ideas. La repugnancia frente al Estado gestor directo del servicio económico ha desaparecido en gran medida, incluso en sectores ideológicos no influidos por el modelo socialista”, p. 69.

²⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 70. No obstante, en estricto sentido no son verdaderos servicios públicos.

²⁸ Lo que le permite reglamentar, inspeccionar y vigilar el servicio respectivo.

²⁹ Marceau Long: *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Librería del Profesional, Bogotá, 2000. p. 619.

³⁰ Georges Vedel: *Derecho Administrativo*, Editorial Aguilar, Madrid, 1980, p. 633. “La primera creación de una empresa pública que tuviera una actividad exclusivamente comercial fue en 1920, la del Servicio Nacional Industrial de Nitrógeno –SNI–, hoy englobado por la Empresa minera y química”.

³¹ A título enunciativo, podemos enumerar a Ecopetrol, Adpostal, Imprenta Nacional de Colombia, Indumil, Satena, Prosocial, Seguro Social, Cajanal, Minercol, Ecogas, Fondo Nacional de Ahorro, Audiovisuales, Inravisión, Ferrovías y Fonade.

³² Cfr. Gustavo Penagos: *Empresas Estatales*. Doctrina y Ley, 1989, p. 133.

³³ Y en tal sentido tendría que hacerse referencia a las actividades que según los ordenamientos mercantiles se consideran como “de comercio”, que para el caso nacional está señalado en el artículo 20 del Código de Comercio.

No obstante, el tema está caracterizado por una total falta de unificación conceptual en la doctrina. El profesor Garrido Falla diferencia los “servicios públicos económicos” de los “asistenciales”, estableciendo que “...el concepto tradicional de servicio público económico queda reservado para aquellos servicios esenciales que la ley reserve al sector público”³³.

A pesar de la ausencia en su delimitación material, a esta nueva actividad administrativa se le catalogó –entre otras nociones– como “Servicios Industriales y Comerciales del Estado”³⁴.

No obstante el hecho de que se haya acuñado el término de servicios públicos “industriales y comerciales”, ello no implica que exista unicidad de

criterio doctrinal a este respecto: Gaspar Ariño afirma que en las actividades de gestión económica del Estado (servicios públicos “industriales y comerciales”), precisamente no hay una finalidad de “servicio al público, esto es a los ciudadanos individualmente considerados, sino una finalidad de ordenación económica, de conformación social, de servicio nacional, esto es de promoción económico-social de la nación considerada en su conjunto”³⁵, y en tal sentido desliga los términos “servicio público” y “gestión económica del Estado”.

Creo que en realidad opera una ampliación de la noción tradicional de servicio público³⁶, que no por ello hace que pierda sus rasgos ancestrales, ni la significancia amplia de su noción³⁷: “Recordemos, de paso, qué significa

³⁴ No en pocas oportunidades la regla por utilizar es la de la exclusión, es decir, el encasillamiento de ciertos servicios que, como los de naturaleza fiscal, no se consideran “industriales y comerciales”.

³⁵ Cfr. Fernando Garrido Falla: *Introducción general en el modelo económico en la Constitución Española*. Ob. cit., pp. 69-73.

³⁶ *Ibidem*. “Por lo que se refiere a los servicios cuya gestión implica una explotación económica, el derecho administrativo del siglo XIX estuvo obviamente influido por las ideas económicas prevalentes: el Estado debe ser abstencionista en materia económica porque –aparte prejuicios políticos– es un mal gestor. Aquí está la justificación del dogma del concesionario interpuesto: el Estado conserva la titularidad del servicio (lo que le permitirá facultades de reglamentación, imposición de clausulado y vigilancia del servicio), pero su gestión es concedida. El aliciente económico que se ofrece al concesionario consiste en el monopolio de la explotación; lo cual justifica, por lo demás, una prerrogativa tan importante en manos de la administración como es el poder tarifario. Pues bien, es en esta materia en la que se ha producido un giro copernicano en las ideas. La repugnancia frente al Estado gestor directo del servicio económico ha desaparecido en gran medida, incluso en sectores ideológicos no influidos por el modelo socialista. (...) Más aún: el sector público actual, como vimos, está constituido por una serie de empresas industriales y mercantiles la mayoría de las cuales no son servicios públicos en el sentido estricto de la expresión. Es decir, las cosas han llegado hasta eso: el Estado explota y gestiona económicamente actividades de las que no ha asumido la titularidad ni, por tanto, el monopolio”. En igual forma son catalogados dichos servicios por el profesor GEORGES VEDEL: Ob. cit., p. 695.

³⁷ Cfr. Gaspar Ariño Ortiz: ob. cit., p. 104.

³⁸ Cfr. Luis Ferny Moreno: *Servicios Públicos Domiciliarios. Perspectivas del Derecho Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 58.

³⁹ Cfr. León Duguít: *Traité de droit constitutionnel*. Versión en castellano. Manual de Derecho Constitucional. José Acuña. Madrid, Librería Española y Extranjera, 1943, p. 73.

el concepto de servicio público en el derecho administrativo tradicional: se trata de una actividad de prestación y satisfacción de necesidades colectivas cuya titularidad, precisamente por esto, asume el Estado³⁸.

Por otra parte, consideramos de enorme trascendencia apuntar en este acápite que el siglo XX, como constante testigo del vertiginoso crecimiento de las más variadas necesidades de los ciudadanos en relación al Estado, denota una tendencia al crecimiento y optimización del recurso público frente a la aparición de novedosos conceptos con clara connotación social, tendientes al impulso o incorporación de una política fiscal redistributiva del ingreso y la riqueza tales como "gasto público social", establecido en el artículo 350 constitucional³⁹, o "inversión social"⁴⁰.

Para ello debe contar con un flujo permanente de caja que le permita alcanzar el cubrimiento de propósitos tan loables como el "bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población"⁴¹; el Estado descubre, entonces, una enorme fuente de financiación que no obedece a la concepción tradicional hacendística que hace pender las finanzas estatales de impuestos, tasa y contribuciones⁴². Ello se da en la medida en la que participa en actividades de mercado⁴³. En principio, nada más plausible que los recursos, utilidades y ganancias, fruto de la participación en negocios privados por parte del Estado, estén, en últimas, destinados a cubrir el déficit que implica adelantar los amplios cometidos estatales⁴⁴.

³⁸ Cfr. Fernando Garrido Falla: *ob. cit.*, pp. 69 a 73.

³⁹ Juan Camilo Restrepo S.: *Hacienda Pública*. Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 204: "Esta norma, (...) marca una nueva orientación dentro del derecho constitucional colombiano, a saber: que en materia de gasto público la Constitución, por primera vez, hace juicios de valor".

⁴⁰ La relación entre los conceptos expuestos es tratada en forma precisa por el ex ministro Luis Camilo Restrepo Salazar, así: "Por gasto público puede entenderse toda erogación que efectúe el Estado con dineros públicos, que se contabiliza mediante la apropiación correspondiente, para una determinada vigencia fiscal, dentro de la Ley Anual del Presupuesto. La inversión, por su parte, constituye una forma especial de gasto público cuya particularidad reside en que se espera recuperar el monto del gasto efectuado en el mediano o largo plazo; y se prevé, además, que el proyecto en el cual se invierte a través de un determinado gasto genere rendimientos que pueden medirse ya en términos financieros, ya desde el punto de vista de las externalidades que genere para una determinada colectividad o para la sociedad en su conjunto". Juan Camilo Restrepo S.: *Ob. cit.*, p. 205.

⁴¹ Constitución Política de Colombia. Artículo 366.

⁴² Juan Camilo Restrepo S.: *Ob. cit.*, p. 205: "Los estudios modernos de finanzas públicas coinciden en afirmar que es más eficaz el gasto que el impuesto como instrumento redistributivo, cuando el primero se orienta prioritariamente hacia el gasto social, o sea, hacia la atención de las necesidades básicas de las personas más desprotegidas dentro de la sociedad".

⁴³ Eduardo Rodríguez Chirilo: *Privatización de la Empresa Pública y Posprivatización*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 52. "La expresión 'producción para el mercado' ha sido fuente de polémica, en especial si la producción o prestación de bienes y servicios exige el sometimiento de la empresa pública a las leyes del mercado. La referencia al mercado resulta específica o 'algo específico' de un cierto tipo de empresas públicas, como son aquellas que actúan en actividades no publicadas".

⁴⁴ Constitución Política. Artículo 2.

No obstante debemos anticipar que dicho carácter no implica la ausencia al sometimiento del derecho propio de los particulares con quienes se pugna⁴⁵. Es obvio que un Estado que rivalice en pro de mejores bienes y servicios, determine la conquista de clientela para ellos. Ahora, dicha acogida por parte de las empresas públicas al derecho privado⁴⁶ no debe entenderse como lo que algún sector doctrinal⁴⁷ ha denominado "huida del derecho administrativo"⁴⁸. No creo que la instrumentalización de mecanismos jurídicos propios de los particulares determine en forma alguna la posibilidad de un proceso de "fuga de toda ordenación de carácter general"⁴⁹ del derecho administrativo, tratándose de empresas públicas, ya que dicha regulación no es genérica para todas las

actividades de la empresa estatal. Lo anterior en atención a que en el *sub examine* el "interés público" no se devela en forma tradicional⁵⁰; ello no es mediante la prestación de un servicio para la satisfacción de necesidades de la población⁵¹, sino mediante el "aumento de bienes económicos"⁵². Es lógico que una actividad de "interés público" sea regulada mediante normas de derecho administrativo y es natural que este se fortalezca mediante la instrumentalización de formas no habituales que insistan en esta rama del derecho como una "...forma de garantía frente al poder: garantía de los ciudadanos frente a la autoridades (políticas) y funcionarios que en cada momento ocupan el Estado y disponen de la riqueza pública"⁵³.

⁴⁵ Aún más osada la propuesta del profesor George Vedel, citado por Jean Rivero, que habla de los "comerciantes públicos". Manifiesta el tratadista que "Las empresas del estado, como la nota MARIENHOFF, cuyas actividades sean comerciales o industriales, pueden adquirir la calidad de comerciantes, sin perjuicio de que el estatus legal de estos no les sea aplicable". Jean Rivero: *Droit administratif*. Dalloz. Paris, 1968. Tercera edición. p. 283.

⁴⁶ Cfr. Enrique Sayagues Laso: *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1974, p. 385.

⁴⁷ Según el profesor Sebastián Martín-Retortillo, el tratadista Clavero Arévalo fue el primero en acuñar una descripción del fenómeno de la "huida del Derecho Administrativo". Clavero Arévalo M.F.: *Personalidad Jurídica, Derecho general y derecho singular en la administraciones públicas*. Madrid, 1962. En: Sebastián Martín Retortillo Baquer: *Las Empresas Públicas: reflexiones del momento presente*. En: RAP Núm. 51, p. 123.

⁴⁸ Gaspar Ariño Ortiz: «Principios de Derecho Público Económico», *ob. cit.*, p. 93: "Existen tres vías fundamentales en las que se ha manifestado la tendencia de la huida del Derecho Administrativo respecto a la actuación del Estado: primero, a través de la empresa pública; en segundo lugar, a través de la utilización de formas y régimen jurídico privado para la realización de actividades típicamente administrativas, y en tercer lugar, a través de "privatización" del propio Derecho Administrativo...".

⁴⁹ Cfr. Sebastián Martín-Retortillo Baquer: *ob. cit.*, p. 123.

⁵⁰ Nótese las relaciones estrechas entre derecho público y derecho privado. Para tal efecto, Cfr. Otto Mayer: *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, Buenos Aires, ed. Desalma, 1949, p.181. JAIME Orlando Santofimio Gamboa: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001. Sebastián Martín-Retortillo Baquer: *El Derecho Civil en la génesis del derecho Administrativo y sus instituciones*. Madrid, Civitas, 1996.

⁵¹ La referencia al tema expuesto se denotará en el capítulo final de este trabajo.

⁵² Cfr. Sebastián Martín-Retortillo Baquer: *ob. cit.*, p. 136.

⁵³ Cfr. Gaspar Ariño Ortiz: *ob. cit.*, p. 103.

Es por lo mismo que la materialización de la participación estatal en las actividades antes enunciadas, y que se consolidan a partir de las empresas industriales y comerciales del Estado⁵⁴, deba someterse al derecho privado, tratándose de las actividades propias de su objeto social, la mercantilización de su producción y los actos que expidan en desarrollo de su objeto social⁵⁵, entre otras.

Lo expuesto debe armonizarse junto con el régimen que adopta la ley para los casos en los que se debe aplicar normatividad de derecho público; régimen que aplica a los contratos que celebren en cumplimiento de su objeto, por lo que "se sujetarán a las disposiciones del estatuto general de contratación de las entidades estatales"⁵⁶. Salvo las concesiones que le otorga el mismo estatuto contractual estatal para imprimir competitividad⁵⁷ al desarrollo de su objeto social⁵⁸. De igual

forma frente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de sus representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas y la calidad de agentes del presidente de la República para sus directores, gerentes o presidentes (tratándose del orden nacional), régimen disciplinario y controles, régimen presupuestal⁵⁹, asignación básica de los empleos⁶⁰ y desarrollo de procesos de carácter expropiatorio en lo que tenga relación con sus funciones⁶¹, entre otras.

Con algunas variaciones, la tendencia es similar en el derecho comparado, ya que "...si bien están sometidas al derecho privado en lo que se refiere a sus relaciones con su personal, sus proveedores y sus usuarios o clientes permanecen sometidas al derecho administrativo en muchos asuntos, debido a su carácter de establecimiento público⁶². Entre otros, podemos señalar:

⁵⁴ No pretendemos afirmar con ello que la aparición de las empresas industriales y comerciales del Estado responde históricamente a un momento coyuntural determinado. Nada más alejado de la realidad, ya que su génesis y desarrollo se gesta mediante un proceso decantado a lo largo del tiempo. De hecho, la gestación de una empresa industrial y comercial del Estado responde a la solución de determinada necesidad no satisfecha en el conglomerado social. En referencia a las empresas públicas, el profesor Sebastián Martín-Retortillo establece que "Las empresas públicas como, en definitiva, cualquier otra organización —lo hemos referido ya en relación a los organismos autónomos—, no se crean en principio respondiendo a esquemas normativamente predeterminados de carácter general. Se establecen caso por caso, para atender necesidades concretas y singulares". Sebastián Martín Retortillo Baquer: *ob. cit.*, p. 123.

⁵⁵ Ley 489 de 1998. "Artículo 93. Régimen de los Actos y Contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado".

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Tema que resulta bastante sugestivo en razón al análisis que hace del tema el Consejo de Estado, analizando la aplicación del Estatuto Contractual Estatal, para el caso de las sociedades de economía mixta: "Las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) —tal es el caso de Vecol S.A.— están en obligación de someter su régimen contractual a las reglas y principios de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, esta misma ley les otorga un tratamiento preferencial que procura hacerlas competitivas, en cuanto podrán celebrar directamente, es decir, sin sujeción a la regla general que dispone la convocatoria de licitación o concurso públicos,

estatuto de derecho público de su personal de dirección general y contable; carácter administrativo de algunos de sus contratos; prohibición de comprometer y excluir, respecto a ellas, de las vías de ejecución privadas y de la quiebra"⁶³.

Basta anotar que a diferencia del derecho francés, las relaciones de personal de las empresas industriales y comerciales del Estado se encuentran sometidas al derecho administrativo⁶⁴; de la misma forma, y como ya lo anoté, el vocablo "usuario" no es claramente identificable con el de "cliente": el primero es de corriente uso en el derecho administrativo, en la medida en que existe una relación desigual frente a la relación de prestación "Empresa-Usuario", y en la que subyace la defensa de la fracción desvalida por parte del ordenamiento jurídico-administrativo; en tanto que el vocablo "cliente" es propio del derecho económico, en el que existe una re-

lación eminentemente igualitaria en los nexos jurídicos frente a la empresa prestadora con el consumidor del servicio.

En el derecho nacional se enjuicia una diferenciación más marcada entre las actividades de prestación de servicio público y ejecución de función administrativa propias de los establecimientos públicos⁶⁵ frente a las actividades de gestión económica y desarrollo de actividades industriales y comerciales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado⁶⁶.

Finalmente, es notoria la diferencia entre los regímenes francés y colombiano en lo que respecta a los controles de las empresas públicas productoras de servicios industriales y comerciales, en atención a la que consideramos variada implementación de controles que se avizora en el sistema francés, con ocasión de la multiplici-

los contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales que los son propias, con excepción de los contratos de obra, concesión, consultoría, prestación de servicios, encargo fiduciario y fiducia pública que quedan sometidos al régimen ordinario (art. 24, núm. 1, letra m). En los aspectos mencionados tampoco se requerirá que el contrato se celebre con personas naturales o jurídicas inscritas en la cámara de comercio (art. 22, inc. 6)... Por lo expuesto, no es admisible el sometimiento de las sociedades de economía mixta, respecto del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, «sólo para los contratos que deban suscribir en cumplimiento de funciones públicas administrativas». Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia Núm. 975, 30 de abril de 1997. M.P. Javier Henao Hidrón.

⁵⁸ Ley 80 de 1993. "Artículo 24: del principio de transparencia. En virtud de este principio: 1. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: ... m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley". De contera, los contratos de obra, concesión, consultoría, prestación de servicios, encargo fiduciario y fiducia pública deben adelantar la licitación pública ordenada en dicho estatuto.

⁵⁹ En tal sentido, la Resolución Núm. 2416 de 12 de noviembre de 1997, emanada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Noviembre 12 de 1997. De igual forma el Decreto Núm. 353 de 1998 emanado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

dad de organismos que la ejercen. Según lo establece el profesor Georges Vedel,

Los controles sobre las empresas públicas son de carácter técnico (ministerio de tutela, que actúa mediante comisarios de gobierno), financiero y económico (ministerio de Hacienda, que actúa mediante inspectores de Estado o misiones de control), contable (comisión de verificación de las cuentas de las empresas públicas), parlamentario (comisiones de encuesta, comisiones de control no permanentes)⁶⁷.

En tanto en el derecho nacional, el legislador sólo determina en forma clara el "control administrativo" en los términos del artículo 106 de la Ley 489 de 1998 que reza:

Control de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta. El control administrativo de las empresas industriales y comerciales del

Estado y las sociedades de economía mixta se cumplirá en los términos de los correspondientes convenios, planes o programas que deberán celebrarse periódicamente con la Nación, a través del respectivo ministerio o departamento administrativo.

No obstante, ello no implica que sobre estas empresas no exista un control político, de gestión, disciplinario y fiscal, entre otros. Tratándose del control y orientación de su actividad, las empresas industriales y comerciales del Estado están sometidas, en el cumplimiento de sus funciones, a las directrices del presidente de la república, ministros y directores de departamentos administrativos –tratándose del orden nacional–, y la de los respectivos representantes legales para el caso de las entidades territoriales, control de tutela que emana de su carácter de "vinculadas"⁶⁸ donde "...desaparece la relación jerárquica, pues se tipifica la descentralización por servicios"⁶⁹.

⁶⁷ De conformidad con el Decreto Núm. 41 de 10 de enero 1998 emanado del Departamento Administrativo de la Función Pública.

⁶⁸ Artículo 11 de la Ley 9 de 1989.

⁶⁹ Gustavo Penagos: *ob. cit.*, p. 134: "No podría afirmarse, que por el hecho de estar sometidas al derecho privado en lo relativo a sus actividades meramente industriales y comerciales sean entidades de derecho privado".

⁷⁰ Cfr. Georges Vedel: *ob. cit.*, p. 637.

⁷¹ No obstante el régimen unificado en materia de derecho público, el decreto-ley 3135 de 20 de enero de 1968 y la misma jurisprudencia constitucional han anotado que por su carácter industrial y comercial –además que competitivo– la regla de vinculación general habrá de ser la contractual estatal, es decir, la de Trabajadores del Estado y la excepcional será la de Empleados del Estado. En tal sentido la Corte Constitucional, en Sentencia C-579 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara, estableció: "...no hay duda, pues, de que al asumir el organismo oficial la forma de empresa industrial y comercial del Estado, los actos y funciones inherentes a la atención de los servicios públicos del mismo, deben ser realizados, por regla general, por trabajadores vinculados por contrato de trabajo,

En suma, creo que la esencia de la novedosa participación aquí expuesta queda claramente expresada en los términos expuestos por Villar Palasi J. L.: "La gestión industrial de la administración aparecía como una

etapa superadora, y complementaria –hablaba del 'desbordamiento del Derecho Administrativo clásico'– de las precedentes formas de actuación de los poderes públicos"⁷⁰.

Bibliografía

ALARCÓN ROJAS, Fernando: "Fundamentos Constitucionales del Negocio Jurídico y de las Obligaciones". *Revista Ideación Jurídica* Núm. 5. Corporación Universitaria de Ibagué. 1996, p. 3.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2003): *Principios de Derecho Público Económico*. Universidad Externado de Colombia-Fundación de Estudios de la Regulación.

BEJARANO, Jesús Antonio: *¿Qué es neoliberalismo? Su significado en la historia de las ideas y en la economía*. Biblioteca Virtual, Banco de la República, www.banrep.gov.co

CLAVERO ARÉVALO M. F. (1962): *Personalidad Jurídica, Derecho general y derecho singular en las administraciones públicas*. En: SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *Las Empresas Públicas: reflexiones del momento presente*. En: *RAP*, Núm. 51, p. 123. Madrid.

con las prerrogativas laborales elevadas a canon constitucional en la Carta Fundamental de 1991, que garantizan el derecho de negociación colectiva, con la excepción que señale la ley". En igual forma pueden anotarse las sentencias C-003 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-283 de abril 23 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra emanadas de la Corte Constitucional.

⁶⁵ Ley 489 de 1998. Artículo 70.

⁶⁶ Ley 489 de 1998. Artículo 85.

⁶⁷ Cfr. Georges Vedel: *ob. cit.*, p. 638.

⁶⁸ Cfr. Gustavo Penagos: *ob. cit.*, p. 135.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 132.

⁷⁰ J. L. Villar Palasi: *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*. *RAP*, 1950, 3, 53 ss. Citado por: SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Ob. cit.*, p. 136.

COLOMBIA: *Constitución Política*.

_____ : Ley 80 de 1993.

_____ : Ley 489 de 1998

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicios Civil. "Concepto de 24 de noviembre de 1972". *Revista Jurisprudencia y Doctrina*. Tomo I. Núm. 12. Bogotá, pp. 752-753.

CORREA HENAO, Magdalena: «Relación entre la libertad de empresa e interés general. Pesquisa en la jurisprudencia del tribunal constitucional español». *Revista de Jurisprudencia Administrativa*, Núm. 2. Departamento de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. www.uexternado.edu.co. p. 16.

CORTE CONSTITUCIONAL: "Sentencia T-240 de 23 de junio de 1993". M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____ : "Sentencia T-423 de 23 de mayo de 2003". M. P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

_____. Sala Plena: "Sentencia SU-157 del 10 de marzo de 1999". M. P. Alejandro Martínez Caballero.

DUGUIT, León (1943): *Traité de droit constitutionnel*. Versión en castellano. ACUÑA JOSÉ: Manual de Derecho Constitucional. Madrid, Librería Española y Extranjera.

GARRIDO FALLA, Fernando (1991): *Introducción general en el modelo económico en la Constitución Española*. Instituto de estudios económicos, Madrid, tomo I.

GÜELI, Ricardo. *La Globalización y el Empleo: una Visión Crítica*. www.ucentral.edu.

HINESTROSA, Fernando (1987): *Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada*. Universidad Externado de Colombia. Conferencias.

LONG, Marceau (2000): *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Librería del Profesional, Bogotá.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Martín (1996): *El Derecho Civil en la génesis del derecho Administrativo y sus instituciones*. Madrid: Civitas.

MAYER, Otto (1949): *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, Buenos Aires: ed. Desalma.

MONTAÑA PLATA, Alberto (2003): "Alcances de la Libertad Económica Privada en el Régimen de Servicios Públicos introducido por la Constitución Política de 1991". *Revista Derecho del Estado*, Núm. 14, Universidad Externado de Colombia, junio de 2003, p. 64.

MORENO, Luis Ferney (2001): *Servicios Públicos Domiciliarios. Perspectivas del Derecho Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

PALACIOS MEJÍA, Hugo (1999): *La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano*. Ed. Derecho Vigente.

PAUL A. SAMUELSON y WILLIAM NORHAUS (1996): *Economía*. Madrid: Mc. Graw-Hill.

PENAGOS, Gustavo (1989): *Empresas Estatales*. Doctrina y Ley.

RESTREPO SALAZAR, Juan Camilo (1992): *Hacienda Pública*. Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

RIVERO, Jean (1968): *Droit administratif*. Dalloz. París, Tercera edición.

RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo (1995): *Privatización de la Empresa Pública y Posprivatización*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (2004): *Tratado de Derecho Administrativo*. "Contratación Indevida". Tomo IV. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

SAYAGUES LASO, Enrique (1974): *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo.

VEDEL, Georges (1980): *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Aguilar.

Ciencia y verdad del testimonio

*Quien no sabe para dónde va,
no sabe, si como va, va bien.
Séneca*

*Jaime Hernando Murcia Fénix**

Resumen

Se estudian con rigurosidad y detalle los diversos elementos específicos que aglutina la prueba testimonial y que nos permiten divisar con fruición el panorama de este interesante medio de prueba, enhiesto dentro del régimen probatorio colombiano. De modo que para el cuidadoso examen de las distintas aristas de la prueba testimonial nos ubicamos en su justa dimensión, buscando precisar su cardinal importancia y, por ende, su ineludible utilidad.

Estos razonamientos conducen a analizar la presencia y la efectiva aplicación de la psicología clínica y la sociología jurídica en la praxis y desarrollo integral de la prueba testimonial, traducida en imperativo categórico para que el operador judicial, junto a su preparación intelectual, agudice su intuición al mejor estilo de un buen psicoanalista, si pretende asegurar el éxito y eficacia de la prueba testimonial.

Palabras clave: Derecho procesal, Testimonio, Valoración probatoria, Teoría del proceso.

* Magister en Derecho Procesal.

Abstract**Testimony's science and truth**

Here it is studied with rigor and detail the diverse specific elements that covers the testimony proof, which allow us to discern with pleasure this interesting probe panoramic's mean, upright within the Colombian probatory's system. So that in the testimonial proof different edges' careful examination, we can place ourselves in the just dimension, searching to make precise its cardinal importance, and therefore, its inescapable utility.

These reasoning lead any one to analyze the presence and the application effectiveness of the psychology clinic and juridical sociology in the praxis and the testimonial proof's integral development, turn it into the judicial operator's categoric imperative, so that the judicial operator, jointly with its intellectual preparation, sharpens his intuition in the best psychoanalyst's style, if he pretends to make sure the testimonial proof's success and effectiveness.

Key words: Process Law, Testimony, Probatory assessment, Process theory.

1. Reseña histórica

El uso del testimonio como prueba es una práctica inveterada. Sus primeros antecedentes nos sitúan en el «Código de Manu», siglo xv a.C. Acompañado de impedimentos y limitaciones que se han depurado a través de la historia, «el código de Manu, en el libro VII, regulaba varios temas jurídicos relativamente avanzados, excepto en cuanto al atrasado concepto de la mujer frente a la sociedad y la justicia, lo cual era propio para ese tiempo»¹.

Aserto complementado por Núñez Cantillo, al mencionar: «El famoso código Manava Dharma-Sastra en la legislación de la India formula impedimentos para aceptar testimonios de amigos, sirvientes, locos y gentes de mala reputación»².

Acotando el mismo autor: «En el Antiguo Testamento, en las leyes de Moisés que dio al pueblo judío normas que dan valor probatorio al testimonio o imponen sanciones al testigo falso, como esta que a continuación transcribo: 'Un solo testigo no vale contra uno, en cualquier delito o cualquier pecado; en las palabras de dos o tres testigos se apoya la senten-

cia. Recordemos que el precepto octavo del decálogo prohíbe el falso testimonio y la mentira. El deuteronomio condena el falso testimonio con la Pena del talión»³.

En la evolución de la prueba testimonial puede destacarse:

...el Digesto Romano tachaba el testimonio de los parientes en línea recta, el testimonio del insano, del furioso, del demente, de los condenados en juicio público y de los apóstatas, [...], la ley de las siete partidas revela un avanzado concepto de observación psicológica en lo relativo al testimonio, pues mientras el Código de Manu no aceptaba el testimonio de la mujer, la ley de las siete partidas dice: mujer de buena fama puede ser testigo en todo pleito -partida tercera-. Siendo otro gran acierto de las siete partidas, su anticipación a la época moderna para calificar el testimonio de odias como deficiente vehículo de la verdad, solo apto para probar hechos muy antiguos y la fama⁴.

No podemos en el devenir histórico ignorar el gran aporte hecho por Jeremías Bentham al tema de la prueba testimonial. Él reestructuró los sistemas judiciales imperantes en el tiempo, erigiendo una crítica

¹ ROCHA, Antonio: *De la prueba en derecho*. Medellín: Edit. Dike, p. 325.

² NÚÑEZ, CANTILLO, Adolfo. *El testimonio como medio de prueba*. Edit. Librería el Profesional, segunda ed.

³ *Ibidem*, p. 6.

⁴ *Ibidem*.

revolucionaria contra las instituciones desuetas practicadas en su tiempo⁵.

El testimonio como prueba judicial ha sido blanco de múltiples alabanzas y de corrosivas críticas. A este medio de prueba se le han atribuido los más grandes errores de la justicia y los más elogiosos aciertos. Consideraciones que han evolucionado en tres grandes etapas:

1.1 ETAPA DE LA PRESUNCIÓN DE LA VERACIDAD

Corresponde a la antigüedad, en la cual recibió una extensa admisibilidad probatoria, dado que se le atribuyó una excepcional confianza aun en tiempos relativamente modernos. Bentham sostenía que "Los testigos son los ojos y los oídos de la justicia"⁶.

Equívocadamente se predica que su valor probatorio tenía un lugar preferente en razón de que se basaba sobre una presunción de la veracidad humana, apoyada esta únicamente en las condiciones morales del testigo, las cuales, a su turno, derivaban de la clase social a la cual pertenecía. Los títulos nobiliarios, ciertas profesiones, ciertas religiones, determinaban esa presunción y le daban plena

validez, credibilidad y eficacia al testimonio, si emanaba de testigo que reuniera tales condiciones. Se le daba, pues, una consideración empírica, ausente de análisis científico.

1.2 ETAPA DE LA DESCONFIANZA

Corresponde al período de las grandes monarquías e imperios. En esta etapa, de una prueba preferentemente acogida por el proceso penal y civil, se pasó—cuando se advirtieron sus riesgos—al extremo de considerarla con la más intransigente desconfianza. Se dijo, entonces, que el hombre es mentiroso por naturaleza, que la presunción no es de veracidad, sino de mendacidad, que el interés, las pasiones y la cambiante moralidad le dan al hombre una innata falsía. El cambio de posición guardó relación con los cambios económico-sociales, que incidieron en el campo judicial limitando las facultades valorativas de los juzgadores, esto es, con el auge del sistema inquisitivo y probatorio tarifario. Perdió confianza, entonces, el testigo «vivo» (que suele ser el hombre popular), para realzar la jerarquía del testigo «muerto», representado por la prueba documental⁷.

⁵ BENTHAM, en su obra *Tratado de las pruebas judiciales* plantea, respecto del testimonio, la necesidad de considerar un valor gradual de persuasión sobre el cálculo de las posibilidades; supuesta la fuerza de la convicción que produce un testimonio de tipo medio y la persuasión graduada, seguramente que el testigo diga: "me inclino a creer, o yo creo, o yo sé, etc.". Y habiendo también grados en la escala de la duda, como son las posibilidades y la probabilidad, es posible adoptar una escala de grandes persuasiones. Capítulos XVI y XVII del Libro I.

⁶ BENTHAM Jeremías. Op. cit., T. II, p. 93.

⁷ GORPHE, Francois, "Crítica del Testimonio" Edit. Rers S.A.

1.3 ETAPA DE LA CRÍTICA CIENTÍFICA

Propia de los tiempos contemporáneos, en los cuales, por medio de investigaciones y experimentos en colaboración con la psicología y la psicopatología (clínica), se hace del testimonio un estudio profundo hasta pretender elevarlo a la categoría de ciencia, y entonces se descubre en su apreciación los adversos errores que él encierra, según los distintos sujetos que declaran. Gracias a los trabajos realizados por los representantes de dicha escuela científica: Binet en Francia, Stern en Alemania, Mira y López en España y Clapared en Suiza, los errores en el testimonio son desde entonces posibles de descubrir a través de la responsabilidad del declarante.

En realidad, la ciencia jurídica da mucho, especialmente a la psicología experimental, que ha escudriñado en la conciencia humana cómo nace, se desarrolla y desenvuelve el proceso testimonial; cuáles son sus fallas, restricciones y aciertos, de acuerdo con la variedad de factores que gravitan en la responsabilidad del sujeto que ha percibido y narra al juez los hechos materia de la deposición⁸.

Sin duda el avance de la psicología experimental, en asocio con la socio-

logía jurídica, el nacimiento de la lógica, en amalgama con las reglas de la experiencia⁹, dieron origen a la sana crítica, para entregarle un nuevo enfoque a la prueba testimonial. Donde su credibilidad y su valor dependen no de consideraciones empíricas, sino científicas: del análisis *sujeto-objeto* y la relación causal entre estos. Luego "el testimonio no es malo ni bueno en sí mismo considerado, sino que depende de los resultados de ese análisis, de su crítica. Mas, como las ciencias se renuevan diariamente, debe aceptarse que si el testimonio es viejo como el mundo, la ciencia del testimonio es tan joven como nuestro siglo xx y no ha acabado de nacer todavía"¹⁰.

2. Ciencia del testimonio

2.1 PROCESO DEL CONOCIMIENTO

Puede afirmarse que conocer es la actividad por medio de la cual adquirimos la certeza de que hay una realidad: que el mundo circundante existe y que está dotado de ciertas características que no ponemos en duda. O en voces de la Real Academia Española de la Lengua: "averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales, la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas". El conocimiento presente como rasgo principal es

⁸ NÚÑEZ, CANTILLO, Adolfo. Op. Cit. p. 7.

⁹ MURCIA FENIX, Jaime H. "Sinopsis del Derecho Procesal Civil" Edt. Doctrina y Ley, Bogotá, 2005, p. 317.

¹⁰ GORPHE, Francois "Crítica del testimonio", Edit. Reus S.A., p. 2.

poner "frente a frente la conciencia y el objeto, el sujeto y el objeto"¹¹ y constituye un proceso a través del cual la mente del hombre (sujeto cognoscente) se apropia de las cosas y sus relaciones (objeto conocido).

La ciencia, por su parte, es una forma de conocimiento que no difiere del conocimiento cotidiano de cualquier ser humano, en el sentido que acepta la existencia de dicho mundo y no se plantea la posibilidad filosófica de su no existencia. Lo que hace especial a esta forma de conocimiento son su: racionalidad, sistematicidad, exactitud, verificabilidad y perfectibilidad. Características que se hallan ausentes en el conocimiento raso o no científico y que apuntan a lograr una explicación segura de la realidad.

Lo dicho es aplicable al proceso judicial, dada la cadena de procesos del conocimiento preexistentes a él, que a su vez constituyen uno nuevo para el juez, siendo el llamado "thema de la prueba", el objeto de conocimiento en cada proceso, cuya aprehensión se logra por medio de recursos como el testimonio -recursos de conocimiento- a los que debe acudir el funcionario judicial por cuanto la actividad probatoria es a su vez actividad cognoscitiva.

Es necesario, entonces, darle al testimonio la dimensión científica que

tiene, a partir del carácter llano y simple en que nos lo presenta el conocimiento corriente: "aseveración de una cosa".

Veamos, entonces, la estructura del proceso cognoscitivo, propia también del testimonio, que suelen los autores dividir en dos niveles o fases¹²: el nivel o fase sensorial o psicológica y el nivel lógico o fase intelectual.

Aserto, sugerido con la aplicación juiciosa de los eruditos del tema, cuya versación nos servirá de fanal al tratamiento ponderado de este medio probatorio.

2.1.1 Fase sensorial o psicológica: que se explica en primer lugar por cuanto la realidad a la que se pretende acceder se manifiesta a través de formas sensibles a nuestros sentidos.

Esta fase, a su vez, se desenvuelve en tres etapas que se suceden, cada una de ellas más compleja que su anterior, así:

2.1.1.1 Sensación: son los efectos producidos por la excitación de nuestros órganos sensoriales ante las propiedades del objeto por conocer; propiedades que son estímulos externos y cuya correspondencia se puede ver así: vista-color, textura-tacto, olor-olfato, sonido-oído, sabor-gusto. Por esto, se dice que son impactos de las características

¹¹ HESSEN, Johannes, "Teoría del conocimiento", Vigésima primera edición, pp. 70-74 Edit. Losada, Buenos Aires, 1983.

¹² ARENAS, SALAZAR, Jorge, "Pruebas Penales", pp. 118 y s.s., Edit. Doctrina y Ley, Bogotá, 1996.

de ese objeto en algunos de tales órganos.

2.1.1.2 Percepción: aquí, las sensaciones que tenemos del objeto aparecen estructuradas en rasgos comunes, de tal forma que es posible apreciar ya no cada cualidad aislada, sino la totalidad del objeto.

Algunos autores¹³ integran esta etapa con la anterior para efectos de exponer las dificultades que se le presentan, tanto al testigo o sujeto cognoscente, que podamos llamar de primer nivel, como, posteriormente, al juez o sujeto cognoscente de segundo nivel, quien debe verificar el modo como el deponente ha percibido el hecho examinado a posteriori, las circunstancias en que el primero se hallaba al momento de percibir.

Auxiliándonos en Francois Gorphe¹⁴, podemos hablar de unas condiciones *objetivas* y *subjetivas* de la percepción.

Las condiciones objetivas de la percepción hacen referencia al tiempo y al lugar de la relación sujeto-objeto y se dice que, por ende, van hasta los propios límites que tiene la sensibilidad exterior del testigo. En cuanto al primero, debió contarse con una duración suficiente para que los órganos de los sentidos hayan recibido el estímulo necesario que permita integrar

las respectivas sensaciones para la captación global del objeto. En cuanto al lugar, juegan factores como la iluminación o la acústica, según el caso, la distancia, el ángulo visual o perspectiva que tenga el sujeto frente al objeto de que se trate.

Entre las condiciones subjetivas están: la atención, la emoción y la integridad cerebral del testigo.

2.1.1.3 Representación mental: son las reproducciones que hacemos en nuestra mente del objeto percibido cuando ya han cesado los estímulos.

Ello se debe a la llamada *memoria* o fijación de la percepción en la corteza cerebral. También, esta facultad se ve afectada por factores que llegan a mutilar, deformar y, en algunos casos, eliminar cualquier recuerdo, como pueden ser el transcurso del tiempo, la sugestión, la edad, las condiciones personales y sociales del testigo, etc., que bien apreciados por el juez le permiten convencerse de lo que el testigo haya memorizado o no.

Con la llamada *evocación*, el testigo, de manera voluntaria, hace una reproducción de las imágenes de la percepción memorizada. Tal fenómeno fisiológico se denomina *catexis* y no es más que el traslado de datos e información del inconsciente al

¹³ RODRÍGUEZ, Gustavo H. y RODRÍGUEZ, María C., "Derecho Probatorio", pp. 151 y s.s., Séptima Edición, Edit. Ciencia y Derecho, Bogotá 1997.

¹⁴ GORPHE, Francois, "La Crítica del testimonio", Traducción española de la segunda edición francesa de Mariano Ruiz Funes, Cuarta edición, Edit. Reus, 1962.

consciente del individuo. Dado su estrecho vínculo con la memoria, puede dificultarse por factores análogos a los ya indicados, ejemplo: la emoción producida en el momento de evocar. Es independiente de la exteriorización de lo evocado o catarsis, que es la declaración propiamente dicha.

2.1.2 Fase lógica o intelectual: se presenta cómo un proceso de abstracción creciente. En esta fase somos capaces de dotar la información que hemos recogido (cualidades del objeto y el objeto en sí) de una significación que la etapa anterior no nos puede brindar.

2.1.2.1 Formación del concepto: al concepto se llega tras un reiterado proceso de comparación de objetos. El concepto es una idea que nos permite asemejar y diferenciar los objetos percibidos, ya que en él se fijan las notas esenciales de ellos, o sea, las que hacen que sean esas y no otras (es decir, se pone de presente el principio de *identidad*), diferenciándolas de las accidentales, que son aquellas de las cuales no depende la existencia del objeto.

Para ello tienen aplicación los principios lógico-dialécticos de identidad y de contradicción, que nos enseña que un objeto "no puede ser y no ser al mismo tiempo".

2.1.2.2 Formación del juicio. El juicio es la idea que predica calidades o calificativos del objeto. Se estructura con tres elementos: el sujeto, el

predicado y la cópula y el nexo entre estos.

2.1.2.2.1 Juicio verdadero: puede ser verdadero cuando hay correspondencia entre las características atribuidas al objeto o predicadas de él y las que le corresponden en realidad o cuando se reiteran cualidades que no posee.

2.1.2.2.2 Juicio falso: el juicio es falso cuando predica cualidades que no tiene el objeto o cuando le niega atributos que sí posee.

2.1.2.3 Formación del raciocinio. El raciocinio es la tercera operación del entendimiento y se presenta cuando a partir de hechos previamente conocidos surge un nuevo conocimiento, como sería el caso del silogismo.

Dependiendo de la generalidad de los juicios, de los cuales parte, el raciocinio puede ser: inductivo, deductivo o traductivo.

2.1.2.3.1 Inductivo: cuando se obtiene un juicio de mayor generalidad que aquel del que se partió.

2.1.2.3.2 Deductivo: contrario sensu, cuando se desciende de lo general a lo particular.

2.1.2.3.3 Traductivo: cuando son equiparables en su generalidad tanto el primero como el segundo. Es decir, la formación del raciocinio se presenta a partir de hechos previamente conocidos, decantándose mediante reglas de inferencia lógica, para obtener conocimientos nuevos.

2.2 SUJETO COGNOSCENTE PRIMARIO

El problema esencial de la prueba es el problema nosológico, referido principalmente al objeto del conocimiento, al objeto cognoscente y a la relación que entre ellos se establece.

El testimonio, como todos los demás medios de prueba, tiene referentes culturales, de profesión y oficio, de adiestramiento y de personalidad, que influyen en alto grado en la aprehensión del objeto material y, posteriormente, del objeto del testimonio.

Aquí nos referimos al sujeto cognoscente como componente sustancial del testimonio. Al decir de Erich Dohring, al testigo, en especial, se le debe sopesar en relación con:

A. Si el testigo estaba, en general, capacitado para percibir, y las condiciones de observación eran tan favorables que se pudo llegar a una declaración en la cual pudiera descansar.

B. Si la situación permitía que el testigo retuviera fielmente en su memoria lo percibido.

C. Si, trazándose de sucesos complicados, el testigo, por sus facultades y por su experiencia, era idóneo (no solo para captar, sino también para laborar ordenadamente en su mente lo percibido) y si lo dijo cabalmente.

D. Si la percepción y memoria del testigo fueron perturbados por sugestión o prejuicios inconscientes. Si el testigo tienen la suficiente voluntad para declarar la verdad¹⁵.

2.2.1 Momento del conocimiento: desglosado para su presentación, de la siguiente forma:

2.2.1.1 Sujeto cognoscente: al respecto puede sostenerse que, por regla general, las personas que declaran como testigos en los procesos son capaces de conocer, pero puede ocurrir que se presenten limitaciones que impidan una relación adecuada entre el objeto del conocimiento y el sujeto cognoscente. Es la persona en sí portadora del conocimiento (*intitu personae*), no pudiendo ser reemplazada por otra en la que debe concurrir:

2.2.1.1.1 Aptitud: el proceso de conocimiento está formado por dos fases, una de orden sensorial y otra intelectual o lógica.

2.2.1.1.1.1 Fase sensorial: se refiere al equilibrio psicossomático óptimo que debe tener el sujeto para percibir, memorizar, evocar y declarar. Para ello se requiere que los objetos impacten los órganos de los sentidos por lo menos en la sensación y la percepción.

2.2.1.1.1.2 Fase lógica: la constituye la unidad de pensamiento o el

¹⁵ DOHRING, Erich. "La prueba, su práctica y apreciación", p. 88 y ss.

concepto mediante el cual propiamente se conocen los objetos, por cuanto se les fijan los caracteres esenciales y se los puede comparar para encontrar similitudes con objetos diferentes y diferencias con objetos similares.

Nosotros, en materia nosológica, participamos de la concepción trascendente y el conocimiento propiamente dicho, es decir, que "...el conocimiento es la aprehensión de las categorías generales y esenciales del objeto..."¹⁶.

2.2.1.1.2 Madurez: esta condición nos indica que el sujeto cognoscente es apto emocionalmente para conocer, que han desaparecido de él las fantasías y las ilusiones y puede aprehender los caracteres esenciales del objeto, los que posteriormente debe vertir en su declaración. La madurez es un factor subjetivo y emocional que hace parte de las condiciones necesarias para que el sujeto establezca una relación adecuada con el objeto, y así posteriormente poderlo reproducir fielmente, poderlo recrear, reconstruir y, sobre todo, poderlo verificar. En sí, el grado de madurez del individuo puede medirse en su personalidad estructurada, el temperamento y el carácter, como un todo armónico¹⁷.

La madurez puede presentar limitaciones al momento de la aprehensión del conocimiento, refiriéndonos en concreto:

2.2.1.1.2.1 La dispersión: puede darse por la simultaneidad de impactos sensoriales, es decir, cuando frente al sujeto cognoscente se presentan coetáneamente diferentes hechos, trayendo como consecuencia fijaciones débiles, producto de la desconcentración, fijando imágenes borrosas que imposibilitan el conocimiento exacto.

2.2.1.1.2.2 La indistinción: es decir, que el sujeto cognoscente aglutina imágenes de diferentes objetos, que le impiden fijar de ellos las notas esenciales de las accidentales que los distinguen, pudiendo caer fácilmente en la especulación o fantasía, con ausencia de criterios suficientes que le permitan diferenciar la verdad de la mentira.

2.2.1.1.3 Normalidad: se puede sostener entonces que el testigo ideal es la persona que siendo madura goza, además, de la plenitud de sus funciones sensoriales e intelectivas. Sus órganos de los sentidos están perfectos y los hechos tienen ocurrencia dentro de la órbita normal de su radio cognoscitivo, así mismo de capacidad intelectual para elaborar conceptos. Su capacidad afectiva para controlar sus emociones frente al impacto que le produce el hecho se integra en armonía para su equilibrio psicosomático, reportándole el estado de normalidad necesario para la formación del conocimiento.

¹⁶ HASEN, Johannes. Op. Cit., p. 116.

¹⁷ FROMM, Erich, "Ética y psicoanálisis", Fondo de cultura económica, pp. 63-67.

2.2.1.1.4 Inéptitud: signada por los siguientes factores:

2.2.1.1.2.1 Inmadurez: se presenta cuando hay un desfase en los elementos estructurales que conforman la personalidad del individuo, aunado a otros factores, como la inexperiencia por falta de tiempo, que impiden la formación decantada del conocimiento. Por ejemplo, el niño no tiene las bases suficientes por no haber acumulado experiencia necesaria para formar conceptos sólidos, generándole indistinción y especulaciones (como sería el caso de creer que todas las personas que tienen bata blanca son médicos).

2.2.1.1.2.2 Decrepitud: es el deterioro de la capacidad para conocer y de la capacidad de recordación, de un lado, por el desgaste de los órganos sensoriales y, de otro, por la presencia de demencias seniles: retrógradas o anterógradas; produciendo además la pérdida de valores éticos y morales. Cuadro sintomático propio de los ancianos, aun cuando excepcionalmente lo padecen personas jóvenes, al presentarse:

* *Deterioro de los órganos de los sentidos:* ceguera, daltonismo, miopía, sordera, etc.

* *Desordenes de tipo mental:* demencias, esquizofrenias, neurosis, etc.

* *Deterioro de la personalidad:* se distorsionan los valores éticos y morales alterándose el ánimo; se presentan resentimientos y estados de

inadversión, estados de ansiedad que afectan ostensiblemente la sociabilidad. Por ejemplo, los ancianos tienen tendencias a la injuria y la calumnia, aprovechando la oportunidad para hacer protagonismo en busca de notoriedad.

En suma, el deterioro progresivo por el transcurso de los años incide gradualmente en las facultades sensoriales, intelectivas y volitivas, afectando en sumo grado el proceso del conocimiento.

2.2.1.1.2.3 Anormalidad: puede presentarse física o psicológicamente. Lo primero: por defectos físicos congénitos o adquiridos, por enfermedades o procesos mórbicos, pudiendo originar complejos. Lo segundo: por perturbaciones de orden emocional, temporales o permanentes, que originan delirios disonantes con el entorno social. Limitaciones que son altamente peligrosas para las declaraciones, por no ser detectables fácilmente, como sería el caso de los mitómanos.

2.3 TIEMPO TRANSCURRIDO

Entre el momento de la aprehensión del hecho (momento del conocimiento) y el momento en que se va a rendir la declaración. Presentándose durante este lapso factores influyentes, como:

2.3.1 El mayor o menor tiempo transcurrido: corresponde al interregno que va desde cuando se conoce hasta cuando se declara, teniendo gran incidencia la multiplicidad de

circunstancias que pueden alterar el conocimiento de los hechos, contaminando la declaración. Premisa corroborada según comentario del tratadista Jorge Arenas Salazar, cuando afirma: "El transcurso del tiempo es el principal enemigo de la prueba y en especial de la prueba testimonial"¹⁸.

En muchos sistemas judiciales especialmente ágiles, el testimonio se recepciona en un tiempo muy próximo al acontecimiento que se quiere probar, pero esto no siempre es posible. En el caso de Colombia, lo usual es que los testimonios se reciban mucho tiempo después de ocurrido el acontecimiento que se quiere probar, factor que contribuye al no establecimiento procesal de los hechos.

La capacidad de memoria también tiene límites, y, por ende, muchos episodios conocidos por una persona caen en el olvido irremediamente.

La capacidad de olvido, como decía Nietzsche, es una capacidad muy dinámica; de no poder olvidar, el hombre no tendría un pasado, viviría un eterno presente. Este olvido es gradual, lento, paulatino, pero inexorable.

De ahí la importancia de que los testimonios se recepcionen dentro del lapso que de ordinario, y comúnmente, las personas puedan recordar lo que ha llegado a su conocimiento.

2.3.2 La mayor o menor capacidad de memorizar: no es posible fijar pautas o patrones absolutos, toda vez que esto va ligado en cada caso y en cada persona en forma particular, según su capacidad física y síquica, infiriéndose de lo anotado anteriormente. No siendo posible entonces, fijar pautas o patrones absolutos con pretensiones y reglas estables, validas para todos los casos. Hay contenidos cuya recordación durante el tiempo se consideran normales y otros que después de cierto tiempo se consideran de imposible recordación. Aspectos que se pueden mejorar o afianzar con ejercicio mental o con ayudas *memotécnicas*.

2.3.3 Trascendencia del hecho: relacionado con el grado de sugestionabilidad o impacto que produce en el sujeto cognoscente al momento de su percepción. Traduciéndose en un especie de influencia endógena, pudiendo servir para olvidar, por el grado de repulsión, o bien para tenerlo como punto de referencia al momento de la recordación (muletillas del recuerdo).

2.3.4 Medios de comunicación. Durante la conservación del recuerdo, los medios de comunicación ejercen influencia sobre el sujeto cognoscente primario; se trata de una influencia externa o exógena. Los comentarios y opiniones de prensa, radio y televisión, con criterios muchas veces distorsionados, sesgados o malintencionados, pueden producir

¹⁸ ARENAS SALAZAR, Jorge. "Pruebas penales". Ediciones Doctrina y Ley 1996, p. 118 y s.s.

confusión o inseguridad en el testigo frente a los hechos percibidos.

2.3.5 El objeto de la recordación: corresponde al conjunto de circunstancias físicas u objetivas susceptibles de recordarse, todo porque en el proceso de recordación el objeto juega un papel fundamental: Así un objeto simple será más fácil de recordar que un objeto complejo.

Tratándose de pluralidad de objetos, se recordarán con mayor facilidad si están ordenados. Y en relación con las especiales capacidades de la memoria de cada persona, será más fácil recordar los objetos afines a su actitud, su oficio, su profesión, etc. Ejemplo: la voz de una persona será de fácil recordación para quien tenga memoria auditiva.

2.4 MOMENTO DE LA DECLARACIÓN

2.4.1 Condiciones ambientales óptimas: hace alusión a la necesidad, así parezca trivial, de dotar al escenario donde se va a desarrollar la declaración de condiciones ambientales confortables, para que el declarante no se incomode o distraiga, logrando una deposición hilvanada y eficaz.

De otro lado, se recomienda facilitarle al testigo un cuadro natural que haga revivir sus recuerdos, por medio de la asociación de imágenes e ideas, trasladándolo mentalmente al teatro de los acontecimientos.

Hay que procurar que la declaración personal, reproduzca fielmente los hechos percibidos por el declarante, evitando que los otros testigos escuchen las declaraciones ya vertidas. Por ello el lugar donde ha de recibirse la declaración debe adecuarse de tal manera que el testigo no reciba ninguna influencia extraña, a fin que las versiones sean espontáneas y transparentes.

2.4.2 Solemnidades de la declaración: son los requisitos o ritualidades que conforman la aducción de la prueba y que al omitirse pueden dar lugar a nulidades, entre estos tenemos:

2.4.2.1 Competencia: circunscrita al funcionario encargado de recepcionar y valorar la prueba, pudiendo esta producirse:

2.4.2.1.1 Extraproceso: es la prueba anticipada, que se puede solicitar con fines judiciales para hacerla valer en un futuro proceso, al tenor de lo dispuesto en el Art. 299 del CPC, donde, en su parte pertinente, señala:

Testimonio ante notarios y alcaldes [...] igualmente los que tengan fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso el peticionario afirmará bajo juramento que se considera presentado con la presentación del escrito, que sólo estarán destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y solo tendrán valor para dicho fin.

Prueba anticipada que debe ser ratificada y controvertida, cuando se aduzca al proceso al cual va dirigida, según el art. 229 y 279 *ut supra*. Cuya competencia privativa corresponde solo a los jueces municipales, en la medida que se vaya a aducir en un futuro proceso civil, porque si se va a postular ante la jurisdicción de familia o laboral serán estos jueces los que conozcan privativamente de estas pruebas anticipadas (ley 794 de 2003).

También puede producirse extraproceso cuando el testigo se encuentra impedido para concurrir al despacho por enfermedad, en este caso el juez le recibirá la declaración en audiencia que tendrá lugar en el sitio que se encuentre, con citación de la parte contraria, según lo dispuesto en el art. 22, inciso 3.º, *Idem*.

2.4.2.1.2 Intraproceso: la aducción de la prueba testimonial puede presentarse: por solicitud de las partes en las oportunidades procesales (art. 219, 183 *op. cit.*), o bien, decretada de oficio (art. 179, 180, *ibidem*¹⁹).

¹⁹ Configúrase a plenitud en la aducción de esta prueba el principio de inmediación, a voces del art. 181 del CPC, que señala: "El Juez practicará personalmente todas las pruebas...". Advertiendo que el juez podrá citar a un testigo de manera oficiosa, siempre que este aparezca mencionado en alguna parte del proceso.

²⁰ Es importante la citación telegráfica de los testigos, tal como lo prevé el art. 224 del CPC, para dejar prueba física de ella, para aplicar las sanciones por contumacia, tal como dispone el art. 225, *ibidem*.

²¹ Declaración por certificación: el presidente de la República, los ministros del despacho, el contralor general, los gobernadores, los senadores y representantes, mientras gozan de inmunidad, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los consejeros de Estado y los fiscales del Consejo, el procurador general de la nación, los arzobispos y obispos, los agentes diplomáticos de la república y los magistrados, jueces, fiscales y procuradores al rendir testimonio ante funcionario inferior, declararán por medio de certificación jurada, para lo cual se les enviará despacho con los insertos del caso.

2.4.2.2 Formas de rendir el testimonio: por principio de inmediación, en lo posible, debe ser oral, mediante citación y audiencia en fecha y hora previamente señalada por el despacho judicial al decretar la prueba²⁰. Pero la ley contempla la posibilidad de presentar la declaración testimonial por escrito (prueba anticipada), que tendrá el rango de prueba sumaria, como se dijo ya, y que debe ser ratificada por el declarante y controvertida por la parte contra la cual se opondrá; o por medio de declaración certificada, práctica contemplada en materia procesal civil, como también en materia procesal penal y otras ramas, según se trate de altos dignatarios de la república²¹ o de agentes diplomáticos²² y sus dependientes.

2.4.2.3 Idioma: la prueba testimonial debe producirse en idioma español²³, oral o escrito, pero si es en idioma extranjero y se rinde oral tendrá que asistirse por un intérprete, o acompañarse senda traducción si se rinde por escrito.

2.4.2.4 Petición: la solicitud debe formularse por escrito en las debidas oportunidades procesales (art. 183 del CPC). El juez la decretará, si se trata de una prueba de aquellas que deban rechazar *in limine*, por no sujetarse al asunto materia del proceso, por ser legalmente prohibidas o ineficaces, o porque versen sobre hechos notoriamente impertinentes o manifiestamente superfluos. Solicitud que debe reunir las siguientes formalidades (arts. 219 y 220 del CPC):

Nombre de los testigos
Edad
Domicilio o residencia
Enunciación sucinta del objeto de la prueba

2.4.2.4.1 Decreto de la prueba: el juez, si la prueba no es pedida extemporáneamente, y valorando su utilidad, pertinencia y conducencia, la decreta. Así mismo, si lo considera

necesario también podrá ordenarla de oficio, al tenor de lo dispuesto en los arts. 179 y 180 del CPC, fijando fecha y hora para la diligencia.

2.4.2.4.1.1 Citación: una vez decretada la prueba, dispondrá la citación, bien por intermedio de la parte que solicitó la prueba o bien por medio telegráfico. Siendo esta última la forma idónea de materializar la citación, porque al quedar constancia escrita en el expediente se podrá verificar la renuencia del testigo, para poderle aplicar las sanciones correspondientes. (art. 225 del CPC).

2.4.2.4.1.2 Identificación del testigo: en principio se realizará por medio de su cédula de ciudadanía, como único documento de identificación personal reconocido legalmente (ley 39 de 1961)²⁴. Pero dejando la posibilidad de identificar al testigo por otros medios: descripción morfológica, huella dactilar, etc.²⁵.

²² Según el decreto 3531 de 1956, que reglamentó la convención de La Habana, en 1928, en el art. 10 establece que por personal diplomático se entiende el acreditado en el país como: "embajadores, nuncios, internuncios, enviado extraordinario, ministro plenipotenciario, encargado de negocios con carta de gabinete, encargado de negocios ad interim, ministro consejero, auditor, consejero, primer secretario, segundo secretario, tercer secretario, adjuntos militares, navales y aéreos y agregados civiles y especializado. Fuera de los anteriores funcionarios, se asemejan según disposición del art. 9 del citado decreto, "la esposa, las hijas solteras, cualquiera que sea su edad, y los hijos menores de 21 años, siempre y cuando vivan con el funcionario diplomático y dependan económicamente de él".

²³ En el proceso debe emplearse el idioma castellano, Art. 102 del CPC.

²⁴ IDENTIFICACIÓN DEL TESTIGO EN EL PROCESO PENAL: la falta de identificación del testigo mediante la exhibición de su cédula no le quita ni resta validez a la declaración, porque el CPP no dice en parte alguna que el testigo deba ser identificado exclusivamente con su cédula. CSDJ SALA DE CASACIÓN PENAL, SENTENCIA DE FEBRERO 12 DE 1991, M. P. GUILLERMO DUQUE RUIZ.

²⁵ IDENTIFICACIÓN DE TESTIGOS SIN CÉDULA DE CIUDADANÍA: ante la necesidad de allegar a un proceso el testimonio de quien por fuerza mayor no porta cédula en un momento determinado (destrucción o pérdida), la administración de justicia puede excepcionalmente recepcionar la declaración y valorarla, a pesar de lo previsto en el art. 1 de la ley 39 de 1961, que dispone: "A partir del 1 de enero de 1962, los colombianos que hayan cumplido 21 años, sólo podrán identificarse con la cédula de ciudadanía laminada, en todos los casos civiles, políticos, administrativos y judiciales..." CSDJ, SALA DE CASACIÓN CIVIL, SENTENCIA DE SEPTIEMBRE 29 DE 1994, M.P. PEDRO LAFONT PIANETTA.

2.4.2.4.1.3 Juramento: es el constreñimiento de carácter moral, (anteriormente de carácter religioso), mediante el cual el juez apremia al testigo a decir la verdad con una perspectiva laica y no religiosa.

De la fórmula religiosa donde se conminaba al testigo a decir la verdad por temor a Dios, se pasó al de exigirle al testigo: "¿Jura usted decir toda la verdad en la declaración que va a rendir...?"²⁶, despojando el juramento, como se observa, de las connotaciones religiosas, para obviar cualquier interferencia con la objeción de conciencia en la persona, consagrada constitucionalmente como derecho fundamental²⁷. Sin embargo la misma Corte Suprema de Justicia recomienda utilizar en la fórmula la frase "¿se compromete a decir la verdad en la declaración que va a rendir?", para omitir la palabra "Jura".

2.4.2.4.1.3.1 Advertencia de los riesgos por faltar a la verdad: como complemento al juramento laico, al testigo se le debe amonestar poniéndole de presente las consecuencias por faltar a la verdad, previstas en el la ley penal.

Advertiendo que los testigos en materia penal están exentos de *declarar contra sí mismos, o contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil*. Excepción que quiso trasladarse por analogía interpretativa a materia procesal civil, siendo necesario un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia para disipar las dificultades que esto representó al interpretarse genéricamente el art. 33 de la Constitución Política de 1991²⁸.

2.4.2.4.1.3.2 Generalidades de la Ley: al inicio del acta correspondiente se deben reseñar todos los datos personales del declarante, que sirvan para la identificación plena del testigo (art. 228 Núm. 1, CPC).

2.4.2.4.1.3.3 Declaración: el funcionario instructor, directamente (principio de inmediación), deberá ilustrar primero al declarante sobre el motivo de la citación, exhortándolo luego para que relate todo lo que le conste de los hechos. Posteriormente lo interrogará en detalle con preguntas específicas, acto seguido la parte

²⁶ PARRA, QUIJANO, Jairo, "Tratado de la prueba judicial, el testimonio". Edit. Librería el Profesional. p. 23.

²⁷ LIBERTAD DE CONCIENCIA. Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas, ni obligado a actuar contra su conciencia (art. 18 C.N.).

²⁸ INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL ARTÍCULO 33 DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA: según el cual nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Muestra que su aplicación queda limitada únicamente a los asuntos en que va envuelta la potestad sancionatoria del Estado, que son los criminales, correccionales o de policía. CS DE J. SALA PLENA. SENTENCIA DE OCTUBRE 17 DE 1991. M. P. RAFAEL MÉNDEZ ARANGO.

que pidió la prueba y, luego, la contraparte, en ejercicio del derecho de contradicción, podrán interrogar.

En este punto decimos que el principio de inmediación se podrá realizar plenamente, cuando la prueba es practicada directamente por el funcionario de conocimiento, mas no sucede lo mismo cuando quien practica la prueba es un funcionario comisionado (arts. 31-35 del CPC), toda vez que este solo conoce piezas fragmentarias del proceso, contenidas en los insertos del comisorio, quedándole vacíos que hacen imperfecto el interrogatorio en su recepción.

Las preguntas deben formularse oralmente en audiencia, a menos que prefieran las partes entregar al secretario, antes de la fecha señalada, un pliego que contenga las respectivas preguntas; estas y el pliego podrán sustituirse como lo autoriza el art. 207 del CPC. Dicho pliego podrá entregarse *al secretario del comitente para que lo remita con el despacho comisorio, o al comisionado* (art. 226 *Ibidem*). Cada pregunta versará sobre un hecho y deberá ser clara y concisa, si no reúne los anteriores requisitos, el juez la formulará de la manera indicada.

Cuando la pregunta insinúe la respuesta deberá ser rechazada, sin perjuicio de que una vez terminado el interrogatorio, si lo considera necesario el

juez, la formule eliminando la insinuación. Tales decisiones no tendrán curso alguno.

El juez debe rechazar las preguntas impertinentes (art. 178 *op. cit.*), como también las superfluas, por ser repetición de una ya respondida, a menos de que sean útiles para precisar la razón de la ciencia del testigo sobre el hecho, y las que recaigan sobre hechos que perjudiquen al testigo, en caso de que este se oponga a contestarlas (art. 227 *op. cit.*).

2.4.2.4.1.4 Testigo técnico: es el sujeto a quien se le pueden provocar conceptos en su declaración, cuando se trate de una persona especialmente calificada, por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la material²⁹. Esto presupone:

- a. Percepción (del latín *perceptio*). Sensación interior que resulta de una impresión material hecha en nuestros sentidos.
- b. Especialmente (adverbio con especialidad). Especialidad (del latín *especialitas, atis*). Particularidad, singularidad, caso particular.
- c. Calificado. (adjetivo). Dícese de la persona de autoridad, mérito o respeto.
- d. Conocimiento (acción o efecto de conocer). Entendimiento, inteligencia, razón natural.

²⁹ De la redacción del Art. 227 inciso segundo del CPC, se puede colegir de los términos empleados "lo que interesa al Legislador son los conocimientos del testigo y no el vocabulario que emplee".

Aunque somos conscientes de que lo importante no es la significación gramatical de los términos que se empleen para sacar conclusiones de una norma jurídica, en el caso presente se puede sostener con esta interpretación, como lo hemos dicho, que el criterio del Legislador fue el de identificar al testigo técnico como la persona que tiene conocimientos sobre una ciencia o arte".

En síntesis, podemos afirmar que el testigo aporta al proceso su percepción individual, en tanto que el perito aporta su saber no individual, ya que el concepto que emite debe fundarse sobre los conocimientos de la ciencia, la técnica o el arte. Sin embargo, podemos destacar de lo anteriormente expuesto, la semejanza existente entre el testigo técnico y el perito; para lo cual recomendamos a fin de establecer sus diferencias, consultar a Jairo Parra Quijano³¹.

2.4.2.4.1.3.4 Lectura y firma del acta: el acta de la audiencia se sujetará a lo dispuesto en el art. 109 (op. cit.): "Las actas de audiencias y diligencias deberán ser autorizadas por el juez y firmadas por quienes intervinieron en ellas el mismo día de su práctica".

Cuando se emplee el sistema de grabación magnetofónica o electrónica, dentro de los dos días siguientes a la fecha de la audiencia deberá elaborarse

un proyecto de acta que, firmada por quien la hizo, quedará a disposición de las partes por igual término, para que presenten observaciones escritas, que tendrá en cuenta el juez antes de firmarla a más tardar el día siguiente. Las demás personas las suscribirán en el transcurso de los dos días posteriores; si alguna no lo hiciere, se prescindirá de su firma. Firmada el acta, se podrá prescindir de la grabación.

Las intervenciones de cada parte, o de su apoderado en audiencia o diligencia, no podrán exceder de quince minutos, salvo norma que disponga otra cosa.

Cuando alguno de los intervinientes en la audiencia o diligencia no sabe, no puede o no quiere firmar, se expresará esta circunstancia en el acta. Si fueren varios los testimonios que deben recibirse en la misma audiencia, cada testigo deberá firmarla inmediatamente termine su interrogatorio, o al finalizar la audiencia, según lo disponga el juez. Advirtiéndose que el juez podrá en cualquier momento de la instancia ampliar los interrogatorios y exigir al testigo aclaraciones y explicaciones.

Una vez leída el acta debe ser firmada por las personas que intervinieron, previa lectura y aprobación de su dicho. La renuencia del testigo a firmar no hace ineficaz el testimonio, dando lugar a la imposición de multas

³¹ PARRA, QUIJANO Jairo, Op. Cit. p. 12.

contempladas en los arts. 225 y 228, numeral 9 del CPC. Los testigos pueden hacer las enmiendas, supresiones, adiciones o aclaraciones que a bien estimen, sin borrar lo que ya está escrito.

Complementando lo anterior, hacemos referencia a la reforma que introdujo el decreto 2651 de 1991, en cuanto a la recepción de declaración testimonial. La novedad consiste en poder recepcionarse la prueba sin la intervención del juez, a voces del art. 21, numeral tercero del citado decreto,³² al disponer:

En todo proceso las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios: Presentar la versión que de hechos que interesen al proceso haya efectuado ante ellos un testigo. Este documento deberá ser autenticado por las partes y por el testigo en la forma como se dispone para la demanda (art. 84 del CPC)³³. Se incorporará al expediente y suplirá la recepción de dicho testimonio. La declaración será bajo juramento, que se entenderá prestado por la autenticación del documento.

2.4.2.5 Técnicas del interrogatorio: como anteriormente se dijo, luego de informarle al testigo el objeto de su declaración, vendrá su libre exposición. Es de trascendental importancia la forma y el tipo de preguntas. Estas deben estar exentas de promesas

coactivas o amenazas. Debiendo formularse de manera imparcial, ejemplo: ¿Dónde? ¿Cómo? ¿Por qué?

Las preguntas sugestivas (del latín *suggestus*, acción de sugerir) están proscritas, según lo dispone el art. 226 del CPC, cuando establece: "Cada pregunta versará sobre un hecho y deberá ser clara y concisa, sin insinuar en ella la respuesta; si la pregunta no reúne los anteriores requisitos, el juez la formulará con arreglo a estos". En tanto que material penal, se establece: "Prohibición. El funcionario se abstendrá de sugerir respuestas, de formular preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo". Al tiempo que agrega: "Las respuestas se copiarán textualmente y el funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación".

Presupuesto relativizado por un sector de la doctrina, cuando estiman que la pregunta sugestiva es admisible si parece necesaria para la determinación de los hechos.

Se contempla doctrinalmente una división de las preguntas sugestivas: en pasivas o activas, alternativas e imparciales.

Las *imparciales* tienen la ventaja de que procuran brindar confianza

³² Adoptado como legislación permanente, según lo dispuso el Art.162 de la Ley 446 de 1998.

³³ Ley 962 de 2005. (Supresión de trámites).

al interrogado, ofreciéndole un estado psíquico exento de prejuicios, mientras que las *alternativas* dividen el tema de la conversación, entregándole al declarante la posibilidad de elegir entre uno u otro punto. Se denota en estas cierto rictus de sugestibilidad, toda vez que se está encasillando al testigo. Las *sugestivas pasivas* favorecen la condición mental del declarante, como quiera que si es una persona con limitaciones, difícilmente deduce la respuesta. Las *sugestivas activas* implican para el declarante cierto grado de resistencia para responder afirmativamente. En colofón, puede afirmarse: "Cuando los testigos deponen sobre la existencia de un hecho y este es reconstruido combinando simplemente las declaraciones, el medio de prueba utilizado es el testifical"³⁴.

2.4.2.5.1 Formas o sistemas de respuestas: las respuestas deben ser orales. El art. 228, numerales 6 y 7 del CPC, expresa: "El testigo no podrá leer notas o apuntes, a menos que el juez lo autorice, cuando se trata de cifras o fechas, y en los demás casos que considere justificados siempre que no afecte la espontaneidad del testimonio". A renglón seguido se lee: Los testigos podrán presentar documentos relacionados con los hechos sobre los

cuales declaran, se agregarán al expediente y se darán en traslado común por tres (3) días, sin necesidad de auto que lo ordene"³⁵.

Las respuestas deben ser exactas y completas, exponiendo el testigo la razón de la ciencia de su dicho y explicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió cada hecho y cómo llegó a su conocimiento. No se tendrá como admitida la respuesta que dice simplemente que es cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción de textos de ella.

Cuando el testigo se rehusa a declarar, a prestar juramento³⁶ o diere respuestas evasivas, a pesar de los requerimientos del juez para que conteste categóricamente, se le aplicarán las multas contempladas en el art. 225 del CPC (multa de 2 a 5 smm), salvo cuando el testigo manifieste que no recuerda los hechos sobre los cuales se le interroga. Esto sin perjuicio de que si el testigo falta a la verdad se le pueda endilgar el punible de falso testimonio contemplado en la ley penal.

2.4.2.6 Indemnización al testigo: en materia civil (art. 221 del CPC), el testigo podrá ser indemnizado una vez rinda la declaración pidiéndole al juez

³⁴ DELLEPIANE, Antonio "Nueva teoría de la prueba", Edit. Temis. p. 53.

³⁵ Artículo modificado por el Art. 23 de la Ley 794 de 2003.

³⁶ OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL JURAMENTO: si la ley exige la formalidad del juramento, la persona debe sujetarse a lo ordenado. Excepcionalmente, el declarante, querellante, peticionario o quien intervenga en el proceso, puede manifestar objeción de conciencia respecto al juramento y utilizar otra palabra diferente que implique el compromiso serio de decir la verdad. Corte Constitucional, Sala Séptima de revisión, Sentencia T-547 de noviembre 26 de 1993. M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

que se le reconozcan los estipendios correspondientes al tiempo empleado y a la utilización de transporte y el reconocimiento de gastos de alojamiento y alimentación, si tuvo necesidad de desplazarse desde otro lugar.

2.4.2.7 Protección y reserva de identidad del testigo: en materia penal pueden tomarse otras decisiones tendientes a proteger la reserva de la identidad del testigo y su protección por seguridad, sin olvidar aquella premisa que nos impone la identificación del testigo, no como una formalidad, sino como una necesidad de primer orden para lograr la certeza sobre quien declara con fines probatorios y para efectos judiciales.

Una vez se declara bajo el sigilo del secreto, si no se le presta protección alguna al testigo, queda a disposición de los allegados al procesado, quienes fácilmente saben quien es el declarante, y pueden hacerlo objeto de vindictas, de homicidio, como ha ocurrido en no pocas oportunidades³⁷. Esto dificulta que los testigos se aventuren a colaborar con la administración de justicia.

Valga en este punto la oportunidad de mencionar el desmonte de la jurisdicción de orden público³⁸, dosificando el conocimiento de los delitos, dejándole

la competencia a los jueces penales del circuito especializados el conocimiento de los delitos más graves.

3. Objeto del conocimiento

Por objeto de la prueba debe entenderse todo aquello que puede ser susceptible de probar de manera general, es decir, sobre lo que puede recaer la prueba. Es una noción puramente objetiva y genérica, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes; es de idéntica aplicación en actividades procesales y extraprocesales, sean o no adjudicadas, es decir, que, como la noción misma de la prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual. Por objeto de la prueba debe entenderse, entonces, todo aquello que es susceptible de comprobación ante el órgano jurisdiccional del Estado, para los fines del proceso en general, excluyendo los fines de cada proceso en particular.

4. Relación circunstancial de: tiempo, modo y lugar entre sujeto y objeto

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar obligan a analizar si la percepción se logró de día o de noche, las condiciones climáticas, la distancia entre el

³⁷ RODRIGUEZ, Orlando A. *La ineficacia probatoria del testimonio secreto*, pp. 73, 127. Edit. Gustavo Ibáñez. Bogotá, 1996.

³⁸ Ley 504 del 25 de junio de 1999, que crea los jueces penales del circuito especializados y sus respectivos fiscales delegados.

sujeto y el objeto y cómo tuvo conocimiento del hecho, si fue al comenzar el día, cuando el sujeto está descansado, o al finalizar, cuando está asediado por el cansancio y sus condiciones psicósomáticas están mermadas, limitando la agudeza de sus órganos sensoriales, la duración del hecho frente al grado de percepción, la relación entre el testigo y el hecho, sus condiciones de percepción y la facilidad o dificultad para manejar su memoria auditiva o visual. Se observa, además, si el lugar es despoblado o demasiado concurrido, frente a la fijación del objeto y la espontaneidad de la ocurrencia en relación con los obstáculos de la percepción.

En la valoración ha de estimarse la personalidad del declarante, lo que hace que el funcionario deba tener en consideración la aptitud mental, la capacidad de percepción, evocación y narración y la facilidad de palabra; así como las calidades morales derivadas de la conducta anterior y los antecedentes, edad y sexo, en cuanto puedan influir en la capacidad de percepción, y las condiciones sociales, es decir, educación, costumbres, tendencias, emociones, sentimientos de solidaridad o parcialidad del deponente y su relación con el grado de distinción de los objetos respecto a la calidad, cantidad, forma, textura, etc., que repercutan en la fidelidad de su evocación.

5. Sinceridad o moralidad del testimonio

5.1 Veracidad

Un testigo es sincero cuando narra lo que percibió o creyó percibir, independientemente de si los hechos por él transmitidos tuvieron o no real ocurrencia en la forma como él los aprehendió. Lo que importa para que exista sinceridad no es que el relato coincida exactamente con la forma como los hechos ocurrieron, sino que el testigo los relate convencido de que realmente acaecieron en la forma como él los transmite o pretende reproducirlos.

Por su parte, un testigo es veraz (y su testimonio verídico) cuando la narración que hace de los hechos coincide exactamente con la forma en que realmente ocurrieron.

Como puede verse, es mucho más fácil controlar la sinceridad del declarante que su veracidad, porque los testimonios no son sino simples narraciones de la forma como los hechos fueron observados, y la única posibilidad de señalar con absoluta precisión si son o no veraces sería mediante la observación directa que el funcionario hiciera de los acontecimientos, lo cual normalmente resulta imposible³⁹.

³⁹ Así se disponga de una reconstrucción mediante inspección judicial, la fidelidad de los hechos se diluye del teatro de los acontecimientos, con el devenir del tiempo.

La valoración del testimonio debe, entonces, centrarse en el control de la sinceridad del testigo, pues a la postre los procesos se deciden de acuerdo con la forma como los hechos resulten procesalmente demostrados, independientemente de si esa reconstrucción procesal (verdad virtual o formal) coincide o no con la manera como realmente ocurrieron (verdad verdadera o material).

5.1.1 Relación entre los hechos y el testimonio: se entiende por *hecho* el acaecer sobreviviente atribuido a un caso fortuito o a fuerza mayor, ajeno a la voluntad de las personas, y con repercusiones o efectos jurídicos, al paso que el *acto* si emana de la voluntad de las partes, del yo o de la actitud consciente de las personas, trayendo consigo consecuencias jurídicas. *Hechos* y *actos* corresponde, entonces, al resorte de la percepción humana y, por ende, son materia de versión testimonial, en sintonía con el grado de inmediación que con ellos haya tenido el declarante.

5.1.2 Identificación del sujeto con los hechos: la experiencia es un elemento importante en el desarrollo cognoscitivo, pero la experiencia, tratándose del testimonio, es una interacción efectiva entre un organismo activo (el deponente) y su ambiente o entorno (los hechos y el escenario).

Las emociones forman parte esencial de la experiencia consciente y sus

experiencias personales, privadas y subjetivas. Así también, las diferentes emociones operan conforme a los cánones culturales; los factores biológicos ayudan a precisar el tipo de estímulo que produce mayores o menores emociones.

En el componente cognoscitivo, el acto de la percepción consiste en conferir sentido a las sensaciones; cuando el objeto se percibe como positivo o beneficioso sentimos alegría, placer, simpatía, amor, etc., y al percibir un objeto como indeseable aparecen emociones negativas, como antipatía, odio, rencor, resentimiento, etc.

La hipótesis de que las reacciones emocionales se deben a la percepción cognoscitiva y no a situaciones externas ayuda a explicar por qué algunos individuos (a veces la misma persona en circunstancias diferentes) comportan una reacción distinta ante la misma cosa o persona.

5.1.3 Interés: la valoración que damos a ciertas clases de situaciones y personas refleja a menudo la concepción personal del mundo y del lugar que ocupamos en él, estrechamente ligado con la conveniencia o inconveniencia personal en su aceptación. La personalidad ejerce profundos efectos en los procesos de valoración cognoscitiva y esta, a su vez, indica aspectos importantes de la personalidad, producto de la sumatoria del temperamento y carácter del individuo⁴⁰.

⁴⁰ FROMM, Erich. *Ética y psicoanálisis*. México: Fondo de Cultura Económica, 1966.

El aprendizaje cultural es otro factor que contribuye a moldear las estimaciones endógenas y exógenas del individuo. Como base fisiológica de la emoción, tenemos cierta zona del cerebro, sistema nervioso autónomo y sistema endocrino, que interactúan produciendo la excitación psicológica que llamamos emoción y que excita nuestros sentimientos hacia las personas o las cosas.

La mediación cognoscitiva de la perturbación emocional, en casi todas las personas, con frecuencia, fija varias ideas importantes: irracionales o modos absolutistas o antiempíricos de pensar que interfieren en sus pensamientos, emociones o comportamientos sanos y correctos.

Cuando cambian estas ideas, la conducta perturbada tiende a cambiar de modo significativo, variando al único su predisposición por las personas y las cosas. Las personas, especiales o perturbadas, tienden a tener varias clases de dificultades cognoscitivas y a pensar irracionalmente o de modo desordenado; en muchas ocasiones con tendencia tanto biológica como cultural para actuar así cotidianamente, degenerando en un comportamiento

voluble en la aceptación de las cosas que conforman su entorno.

Al respecto tendrá que considerarse el influjo de las emociones en aquellas personas declarantes a ultranza hedonistas. Por cuanto la percepción de sus emociones puede variar la fidelidad de la evocación.

Valoración que compromete la agudeza de análisis crítico que ha de morir en el funcionario que conduzca la deposición.

5.1.4 Inhabilidades: en materia procesal civil pueden clasificarse en: *inhabilidades absolutas*, como sería el caso de los menores de doce años⁴¹, los que se hallen en interdicción por causa de demencia y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito o por lenguaje convencional de signos traducibles por intérpretes⁴².

Sin embargo, vale acotar que la Corte Constitucional declaró inexecutable el art. 127 del CC, por contrariar los arts. 13 y 83 de la Carta Magna, en el sentido de no permitirles a ciegos, sordos y mudos ser testigos hábiles para efectos de presenciar y autorizar un matrimonio civil por vía judicial⁴³.

⁴¹ La exoneración que la ley hace del juramento al menor de doce años, la Corte estima que no es razón para dudar de la verdad de la declaración del testigo, la ausencia del juramento no significa que el deponente voluntariamente no pueda decir la verdad. Pues lo que sigue es la evaluación crítica del testimonio por los funcionarios judiciales. CSJ Sala Penal. Sentencia de julio 29 de 1999. M. P. Dr. JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGÓ.

⁴² En concordancia con el art. 192 del CPC tenemos: "Siempre que deba recibirse declaración a un sordo o mudo que se dé a entender por signos o alguna persona que no entienda el castellano, o no se exprese en este idioma, se designará por el juez un intérprete, quien deberá tomar posesión del cargo bajo juramento".

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-401, de junio 2 de 1999. M.P. FABIO MORÓN DÍAZ.

También en materia civil se contemplan las inhabilidades relativas para testimoniar, como son: las personas que al momento de declarar sufran trastornos mentales o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol, sustancias estupefacientes o alucinógenas.

Igualmente, la codificación civil adjetiva le entrega discrecionalidad al juez para considerar inhábiles para testimoniar en un momento dado a aquellas personas que a su juicio así lo considere, según las reglas de la lógica y la experiencia, es decir, la sana crítica⁴⁴.

En lo penal se consagra el deber de toda persona a rendir el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, bajo juramento, salvo las excepciones constitucionales y legales⁴⁵.

Al tiempo, el CPP transcribe el enunciado constitucional señalado en el art.

33. Interpretación que se ha querido extender a la materia civil, pero oportunamente la Corte Suprema de Justicia le ha salido al paso al preceptuar que "su aplicación [del art. 33 de la Carta Política] queda limitada únicamente a los asuntos en que va envuelta la potestad sancionatoria del Estado, que son los asuntos criminales, correccionales o de policía"⁴⁶.

5.1.5 Testigos sospechosos: tenemos un testigo sospechoso cuando su declaración puede ser cuestionada o puesta en tela de juicio por cuanto su credibilidad o imparcialidad se pueden ver afectadas en razón del parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas⁴⁷.

En este orden de ideas, podemos sostener que cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez⁴⁸.

⁴⁴ TESTIMONIO DE PARIENTES Y MENORES: los testimonios de parientes, amigos o enemigos no pueden calificarse de falsos o rechazarse por este solo hecho. En todo caso deben juzgarse con especial cuidado, porque el juego de los sentimientos les puede restar independencia e imparcialidad. La psicología del testimonio recomienda analizar con cuidado el relato de los niños, que pueden ser fácilmente sugestionables, por no disfrutar de pleno discernimiento. CSJ Sala de Casación Penal. Sentencia de marzo 19 de 1992. M. P. Dr. JORGE CARREÑO LUENGAS.

⁴⁵ Art. 33 de la CN: "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil".

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de octubre 17 de 1991. M. P. Rafael Méndez Arango. TACHA DE TESTIGOS: puede ser: 1) Por inhabilidad absoluta, caso en el cual si se acepta la tacha no se recibe la declaración. 2) Por inhabilidad relativa, en cuyo caso, si se acepta la tacha se aplaza la recepción. 3) Por sospechoso, caso en el cual la declaración se recibe y se resuelve la tacha en la providencia en que se aprecie el testimonio. TESTIMONIO DE PARIENTES Y AMIGOS EN PROCESOS DE FAMILIA. No pueden tildarse de sospechosos por el solo hecho de provenir de personas a quienes generalmente unen lazos de afecto, ya que las circunstancias y controversias de esta índole generalmente no trascienden a terceros. CSJ Sala Civil, Sentencia de octubre 28 de 1987. M. P. Dr. JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ.

La tacha podrá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a estos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba⁴⁹.

Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia; si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.

El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Vale destacar la operancia de la credibilidad o imparcialidad de las declaraciones rendidas por parientes en los litigios entre cónyuges, para lo

cual es menester tener en cuenta el pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, al sostener: Si bien uno de los declarantes resulta ser pariente de la demandante, respecto del cual pudiera considerarse que se encuentra en circunstancias que afectan su imparcialidad, tiene dicho la Corte que

...no se puede subestimar que en estas causas son los parientes de los cónyuges los que generalmente se encuentran más cerca del desenvolvimiento de la vida conyugal y los que por tanto, pueden percibir mejor los hechos tal como ocurrieron⁵⁰.

En corolario, debe observarse el señalamiento dispuesto por la Corte Suprema de Justicia para apreciar al testigo sospechoso, cuando señala

... uno de los motivos de sospecha más comunes es el parentesco que exista entre el testigo y una de las partes, porque ese vínculo familiar presupone afecto, como generalmente ocurre, y el afecto puede llevar a que el testigo mienta al rendir su declaración en su afán de favorecer a su pariente⁵¹.

⁴⁹ TESTIGO SOSPECHOSO: la ley no impide que se reciba la declaración del testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconseja que se aprecie con mayor severidad. El testigo presencial merece mayor credibilidad que el de oídas. CARGA DE LA PRUEBA: Es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba (art. 177 del CPC). CONFESIÓN: La confesión debe versar sobre hechos que produzcan consecuencias adversas al confesante y si así no ocurre, es decir, si lo afirmado favorece al declarante, la declaración carece de todo poder de convicción. CSJ Sala Civil, Sentencia de febrero 12 de 1980. M. P. Dr. JOSÉ MARÍA ESGUERRA SAMPER.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de marzo 24 de 1981.

⁵¹ Idem, Sentencia de febrero 12 de 1980. M. P. José Mario Esguerra Samper.

6. Valoración del testimonio

6.1 Sujeto del conocimiento

El principio de inmediación impone el imperativo categórico al funcionario del conocimiento, en la práctica de pruebas, para el caso específico, la recepción de la declaración testimonial (art. 181 CPC), sin perjuicio de que pueda comisionar la aducción de la prueba, según los casos estipulados por la ley (arts. 31-36 CPC). Esto, si situamos al funcionario judicial de cara al objeto de la prueba

la esencia del testimonio consiste en que una persona que ha conocido un hecho le transmite ese conocimiento al funcionario judicial. La condición de testigo se adquiere fácticamente desde cuando se ha tenido conocimiento de un hecho y, procesalmente, cuando mediante providencia judicial se ordene a esta persona deponer en el proceso⁵².

Respecto a este tema se tendrá que reiterar: primero, que la competencia, además de ser del juez de la causa, también lo es del comisionado, a voces del art. 181 del CPC cuando señala:

EL JUEZ QUE DEBE PRACTICAR LAS PRUEBAS. El juez practicará personalmente todas las pruebas, pero si no lo pudiere hacer por razón del territorio, comisionará a otro para que en la misma forma las practique.

Es prohibido al Juez comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para la de inspecciones judiciales dentro de su jurisdicción territorial...

No obstante, el Decreto 2651, en sus arts. 28, 29 y 30, contemplaba la posibilidad, para efectos de descongestionar los juzgados del respectivo distrito, de autorizar a los respectivos Tribunales Superiores para seleccionar y determinar los procesos cuyas pruebas, incluso inspecciones, pudieran ser practicadas mediante comisión conferida por jueces de conocimiento a jueces de igual o inferior categoría del lugar de su sede⁵³.

6.1.1 Competencia para conocer: la competencia es necesaria inclusive para la práctica de pruebas fuera del proceso, con fines de aseguramiento. Sin embargo, la ratificación en debida forma y en el curso del proceso, sana el vicio que pueda existir. Si el juez es incompetente para el proceso, si no se alega la nulidad durante su curso, el vicio se sana con la sentencia final y, por tanto, quedan convalidados los actos de pruebas que allí se ejecutaron. Si la parte interesada reclama oportunamente la falta de competencia o el juez la observa oficiosamente, la ley mantiene la validez de lo actuado y se limita a ordenar que pase el expediente al juez competente, los actos de prueba

⁵² ARENAS SALAZAR, Jorge "Pruebas penales", p. 19.

⁵³ La Ley 446 del 6 de julio de 1998, que estatuyó varias normas del Decreto 2651/91, en legislación permanente, no se pronunció al respecto, lo que implica la derogatoria de estos preceptos, reafirmando su condición de transitorias.

conservan también su valor, lo mismo ocurre cuando se sana expresamente el vicio o se revalida a pesar de haberse declarado ya la nulidad; por último, si el proceso se anula y no hay revalidación, las pruebas practicadas en él pueden ser validadas al trasladarlas a otro proceso⁵⁴.

La competencia, en todo caso, tiene que ver necesariamente con el principio de inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba, para su eficacia, en el cumplimiento de sus formalidades. Buscando la lealtad e igualdad en el debate (art. 13 CN)⁵⁵ y su contradicción efectiva, es indispensable que el juez sea quien de manera inmediata la dirija, resolviendo primero sobre su viabilidad, pertinencia y conducencia y, por ende, disponiendo su admisibilidad, para posteriormente intervenir en su recepción.

Estas connotaciones contribuyen a imprimirle transparencia a la prueba, para que redunde en seriedad, autenticidad y validez. Lo contrario sería convertir el debate probatorio en una lucha privada, donde la prueba dejaría de tener el verdadero carácter de un acto procesal de interés público. En corolario, debe afirmarse

que el juez debe ser activo, es decir, no hacer el papel de simple órgano pasivo receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en su práctica, solo así puede decirse que el juez es el director del debate probatorio.

6.1.2 Capacidad para valorar: el juez debe estar preparado ontológicamente para la asunción y valoración de las pruebas, en especial la testimonial. Cuando entra en contacto directo con ella se presenta la comunicación subjetiva con el medio probatorio, a través de operaciones mentales, intelectuales y sensoriales.

Preséntase entonces unas fases que el profesor Hernando Devis Echandía ilustra y clasifica como: *fase de producción* u obtención de la prueba, realizada por el juez, las partes y los auxiliares de la justicia, que constituyen los sujetos de la prueba y sus órganos; *fase de asunción*, cuando el juez entra en contacto directo con la prueba mediante sus órganos sensoriales, y *fase de valoración* o de apreciación, en la que se presenta una confrontación dialéctica respecto de su validez y eficacia, dentro del debate probatorio.

⁵⁴ Art. 185 del CPC PRUEBA TRASLADADA: las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.

⁵⁵ IGUALDAD ANTE LA LEY Y LAS AUTORIDADES: todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

En cuanto a la primera fase, el citado tratadista, sostiene

... para que esta sea válida debe reunir requisitos de carácter tanto intrínsecos como extrínsecos, referidos los primeros al medio probatorio y a su objeto y, los segundos, a circunstancias que están separadas de dicho medio, pero relacionadas con él y que le sirven de complemento.

Dentro de los requisitos intrínsecos sitúa la conducencia del medio, la pertinencia o relevancia del hecho u objeto de la prueba, la utilidad del medio y la ausencia de prohibición legal de investigar el hecho.

Como requisitos extrínsecos, señala la oportunidad procesal o ausencia de preclusión, las formalidades procesales, la legitimación y postulación de quien la pide o la presenta y la legitimación del juez que la decreta con base en su poder oficioso, la competencia del juez o de su comisionado, y los órganos de la prueba, así como la ausencia de impedimentos legales de todos ellos.

En este orden de ideas, debe considerarse que es requisito extrínseco de la fase de obtención o producción de la prueba judicial, la competencia del juez, cuando practica directamente las pruebas en virtud del principio de inmediación, o cuando comisiona a otro funcionario judicial en los casos previstos por la Ley.

Significa lo anterior que la actividad probatoria la debe realizar el juez

competente para conocer del proceso, directamente o por comisionado, pues de lo contrario las pruebas carecen de validez por falta de uno de los requisitos extrínsecos, como es el originado en la competencia determinada por sus diversos factores, como ocurre con la territorial, salvo cuando la ley autoriza expresamente ciertos casos en que el juez puede desbordar su comprensión territorial, como cuando el proceso versa sobre bienes inmuebles situados parcialmente en territorio distinto al del juez de conocimiento.

6.1.3 Capacidad de raciocinio: el raciocinio es una operación lógica, mediante la cual, con fundamento en un conocimiento previamente adquirido, se infiere un conocimiento nuevo. Puede clasificarse, como ya se dijo, en tres modalidades: *inductivo*, *deductivo* y *trductivo*.

Estos conceptos, al decir de Arenas Salazar, son necesarios para comprender adecuadamente el desarrollo de conocimiento de los sujetos que informan el proceso, así como del funcionario judicial, para lograr la realización de un estudio crítico del proceso del conocimiento que se realiza en la actividad probatoria.

Devis Echandía sostiene que

Los hechos que aparezcan debidamente probados y que apenas sirven como elementos incompletos de la convicción deben ser clasificados y ordenados con lógica rigurosa, teniendo en cuenta sus

concordancias y discrepancias, para que no haya oposición entre ellos, sino que unos sirvan de base a los otros.

Por último, Gorphe acoge la similitud existente entre un conjunto de hilos que conforman un cable, pues todos se apoyan recíprocamente en cada punto, formando un conjunto conexo en cada uno de sus puntos: así, cierto número de líneas entrelazadas forman siempre un nexo más poderoso.

Ahora, vista la capacidad de raciocinio desde una perspectiva filosófica, puede decirse que el juez, una vez cumplida su misión o, mejor, en cumplimiento de ella, después de desentrañar el verdadero sentido de las leyes, debe proyectarse desde la majestad de su propia investidura que le ha asignado la soberanía nacional, para llevarlo hasta el medio en que su actividad se concreta y así llegar hasta las dificultades que se presentan en una sociedad cambiante. Es decir, el juez, para cumplir su sagrada misión, debe ser protagonista permanente de la ciencia jurídica que entraña la interpretación racional de la normatividad positiva que se debe aplicar a un caso concreto, y, más aún, en razón de ser un garante de los derechos constitucionales, jamás puede ser ajeno a la realidad social de la nación, como destinataria directa del derecho positivo estatal. El juez en desarrollo de sus funciones,

de ninguna manera puede brindarle culto exagerado a un texto jurídico sustancial como intangible e inerte, sino que al tutelar los derechos individuales, supuestamente violados, debe hacer énfasis, a través de mecanismos procesales idóneos, en darle vigencia al texto, a través de la actividad interpretativa como ciencia, obteniendo de paso una gran flexibilidad para su justa aplicación.

6.1.4 Calidad de quien va a valorar la prueba: la ontología moral con la que debe estar investido el funcionario, convencido de que está administrando justicia con probidad y vocación, debe representar el bagaje de la formación humanística de todo funcionario judicial para administrar justicia con rectitud, en una sociedad tan convulsionada y con disímiles intereses como la actual.

Tanto jueces como fiscales y demás funcionarios que administran justicia⁵⁶ deben anteponer los valores morales, para cumplir con dignidad su función. Así, se recupera la credibilidad en el funcionario que administra justicia y retorna la fe y la confianza en la justicia misma.

A pesar de la crisis estatal, no debe permitirse que la corrupción invada impunemente el hogar de la justicia; hay que evitar en todo momento que esa contaminación la lleve a la decadencia absoluta, porque, si no, llegamos a un caos social incontrolable.

⁵⁶ Enténdase como actividad jurisdiccional, que abarca, en sentido amplio, la administración de justicia en sus distintas aristas, correspondiendo a un concepto general que supera el concepto restringido de función judicial, que solamente cobijaría a los jueces.

Por eso es que el funcionario debe obrar con imperturbable rectitud, sólida formación profesional, inquebrantable entrega y abnegado sacrificio, con honda y sentida vocación por los derechos humanos, tanto individuales como colectivos, convencido siempre de que la grandeza de los jueces se fundamenta más en su patrimonio moral, en sus inquietudes de espíritu y plena conciencia de los deberes encomendados por el Estado, que en la magnificación egoísta y soberbia de su vanidad personal.

En síntesis, el funcionario judicial debe verse como el vértice de la immaculidad de la justicia, pensando siempre en adonecer sus principios y valores morales, para irradiar confianza y fe en una pronta y cumplida administración de justicia.

6.1.5 Aptitud ética: es aquella condición interiorizada indispensable para valorar adecuadamente la prueba, constituyéndose en su razonamiento crítico, en el que priman los valores humanos.

Las instituciones estatales que desarrollan el orden social, se componen, obviamente, de valores e intereses, lo que da estabilidad a un orden de la regulación normativa basada en principios, ideas y normas de conducta. En estas instituciones debe imperar la racionalidad y la ética, de modo que al

aplicarla permita la reconciliación de intereses. Es por esto que el funcionario judicial debe reunir condiciones éticas tal y como lo establece la ley Estatutaria de la administración de justicia⁵⁷.

La Corte Constitucional considera que la ley estatutaria, en su art. 126, busca preservar la dignidad que supone hace parte de la administración de justicia, la cual acarrea una responsabilidad y unas consecuencias para quienes no ejerzan sus labores de conformidad con esos parámetros.

El funcionario judicial debe obrar con fe en sí mismo y en su capacidad de raciocinio, y con la seguridad que implican los principios que inspira la organización del Estado, lo cual se traduce en armonía y coherencia para la Administración de Justicia.

El juez debe tener presente la moral, como baluarte del equilibrio de poderes iguales, entendiéndose que sólo con autoridad moral se puede ejercer el poder de juzgar con dignidad. Así como los hombres hacen las instituciones jurídicas, también en la aplicación de esa normalidad positiva debe obrar el factor humano, mirando desde la perspectiva de la ética y la moral, cualidades integrantes de las acciones buenas de la humanidad, anteponiéndolas a toda consideración mezquina, a fin de darle aplicación

⁵⁷ CONDICIONES ÉTICAS DEL SERVIDOR JUDICIAL: solamente podrá desempeñar cargos en la rama judicial quien observe una conducta acorde con la dignidad de la función (art. 126, ley 270 de 1996).

efectiva a los principios de dignidad y equidad.

La honestidad, que como virtud debe tener el juez, es un principio necesario para mantener la confianza en la sociedad. Sabemos que el desarrollo moral, según Kohlberg, gran pedagogo, es "Que esta moral tiene una secuencia distinta en cada persona, que depende de la cultura, país, clase social, religión, política, etc."

En una sentencia justa no se puede mentir, sino que se debe atener a la verdad procesal, buscando que coincida con la verdad verdadera, como la única forma en que se materializa: la responsabilidad, firmeza y seguridad que como plus ideal espera la sociedad.

En la historia, Ulpiano formula tres principales cruciales del derecho: "Vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada cual lo suyo". Estos principios, agregados a los que se mencionaron anteriormente como valores humanos, son los que debe reunir el funcionario en su vida cotidiana, en todos los campos y actividades. Porque si este debe formular juicios de censura, ello le exige coherencia para ser paradigma, ya que solo quien tiene esa autoridad y responsabilidad puede juzgar con virtud e imparcialidad.

6.1.6 Sínderesis jurídica: es la especial capacidad para manejar la crítica, el análisis y la lógica jurídica; dentro de las reglas de la experiencia se define como la capacidad natural para juzgar rectamente. El juez no puede actuar ajeno al ordenamiento jurídico, al cual debe un necesario sometimiento⁵⁸. Y el papel que desarrolla tiene que estar adecuado a la gestión constitucional que se le asigna. El inmenso honor que debe acreditar el juez conlleva la vocación y la mística que hacen de su labor un apostolado, pero para cumplir su misión se requiere que sus razonamientos estén dotados de valoración crítica personal, de acuerdo con las normas obvias e implícitas de todo razonamiento humano, dejando de lado sentimientos y prejuicios, que puedan afectar una decisión justa.

Franmarino sostiene al respecto que "el convencimiento judicial no es más que el convencimiento racional en cuanto es necesario para juzgar". No son suficientes, entonces, las condiciones ontológicas que hacen del juzgador un coloso en la ciencia de administrar justicia, porque a esto habrá de agregarse el cúmulo de experiencias para poder con esa amalgama de virtudes administrar justicia pronta y cumplidamente, conforme al ordenamiento jurídico positivo. Todo porque un fallador desprovisto de la experien-

⁵⁸ Art. 230 de la Constitución Política: CRITERIOS AUXILIARES EN LAS DECISIONES JUDICIALES: los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la Ley... La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

cia estaría en condiciones, solamente, de acuerdo a su aptitud humanística: a fallar, apartándolo del genuino juzgamiento acorde con la estatura propia del funcionario judicial: fallo en derecho, en armonía con lo probado. Lo que traduce *sínderesis* y experiencia, en la combinación ideal para la formación del juzgador.

De lo anterior se desprende que, además de las condiciones mentales e intelectuales que debe reunir el juzgador, si este ha realizado una amplia trayectoria en la judicatura estará provisto de una auténtica formación jurídica para administrar justicia profesionalmente. Razones que demuestran la urgencia en la preparación profesional para optar a ser juez de la República.

6.1.7 Aptitud intelectual y cultural del funcionario: ítem este estrechamente relacionado con las consideraciones prenotadas. Aquí tenemos el influjo que irradia el interés de actualización jurídica y cultural del funcionario, para dotarse de mejor perspectiva intelectual de juzgamiento, lo que implica una preparación sostenida y permanente que le permita al juez trascender con su erudición al pináculo de quienes imparten justicia con rectitud y probidad⁵⁹.

El funcionario judicial, para ejercer cabalmente la administración de

justicia, debe mantener un proceso continuo en búsqueda de nuevos conocimientos, hechos y circunstancias, mediante un proceso instruccional que le posibilite adquirir y desarrollar técnicas y métodos de interpretación para resolver los problemas con mayor fluidez y acierto. En Colombia, la ley Estatutaria de la Administración de Justicia dispone como un deber legal la capacitación constante de los funcionarios a través de cursos de especialización, maestrías o doctorados. O la obligación de tomar cursos de actualización judicial con el objetivo de lograr que la justicia sea un sólido servicio público que interprete cabalmente los principios de: eficiencia, eficacia, celeridad, imparcialidad, economía e igualdad. La capacitación de los administradores de justicia busca su perfeccionamiento con una finalidad clara, cual es: distribuir a cada uno aquello que le corresponda (justicia distributiva). Objetivo que supone absoluta independencia, nítida dignidad y claras vinculaciones entre quienes dispensan y quienes reciben justicia. Retos que han de superar con generosidad los funcionarios judiciales, *ad initio* del siglo XXI, si desean pertenecer a la selecta bancada de profesionales virtuosos en el arte de dispensar justicia.

6.1.8 El estado psicosomático del fallador: el fallador debe gozar de óptimas condiciones mentales y físicas, no solamente en el momento

⁵⁹ EDUARDO J. COUTURE: "Los mandamientos del Abogado" 1) ESTUDIA: El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos serás cada día menos abogado. 2) PIENSA: El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.

de proferir sus decisiones, sino durante todo el tiempo en que perdure ejerciendo el cargo.

El fallador, en lo posible, debe estar dotado físicamente y a plenitud de todos los sus órganos de los sentidos, que le posibiliten aprehender el conocimiento. La ausencia total o parcial o los defectos de los órganos de la percepción son un obstáculo para el normal ejercicio de su función. A manera de ejemplo, la pérdida total de la visión o del oído puede impedirle al juez de manera absoluta percibir hechos que más tarde va a tener que valorar, y que de no hacerlo personalmente pueden dejar la excusa abierta, como sería el caso de un testigo, al tergiversar o alterar el contenido de su versión, sin que pueda el juzgador percatarse de tal circunstancia.

Desde el punto de vista psicológico, el fallador no debe padecer de enfermedades mentales que le impidan discernir sobre los hechos que deba valorar o que enerven la aprehensión del conocimiento de manera absoluta o relativa. En el momento de proferir sus decisiones, no debe estar bajo el influjo de bebidas embriagantes o drogas que alteren o perturben su razón o conciencia. Desde el punto de vista emocional, debe estar despojado de alteraciones que afecten la sana crítica del testimonio, puesto que la ira, el miedo, la depresión, el cansancio, son factores que inciden de manera negativa en la adecuada y científica valoración de la prueba testimonial.

6.1.9 Objeto por conocer: la aproximación al conocimiento de la verdad verdadera o material, a través de la prueba testimonial, como en casi todas las relaciones con las demás pruebas judiciales, ha dado cabida a diversas teorías, muy disímiles; se traen a colación tres: a) la que considera como fin u objeto de la prueba judicial establecer la verdad, b) la que estima que con ella se busca producir el convencimiento del juez o llevarle la certeza necesaria, para su decisión y c) la que sostiene que persigue fijar los hechos en el proceso. Examinemos en forma individual estas teorías.

a) *Doctrina que le asigna a la prueba judicial el fin de establecer la verdad.* Defienden esta tesis, entre otros: Benthán, Ricci, Bonnier y Claria Olmedo.

Esta teoría es inaceptable, porque el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad real, a pesar de llevarle al juez el convencimiento necesario para fallar.

Benthán explica que la persuasión es susceptible de diferentes grados de fuerza o de intensidad, cuando afirma: "en un caso decimos me inclino a creer, en otro, creo; en otro no sé. Pero estas palabras están muy lejos de expresar todos los matices intermedios, desde la simple probabilidad hasta la certeza moral". Cada elemento judicial está sujeto a variaciones de cantidad y de grado. Estas palabras podrían hacer creer que para

el ilustre precursor de la ciencia de las pruebas judiciales en el mundo moderno su fin consiste en producir la persuasión en el juez.

Bonnier acepta esta teoría cuando dice:

.... descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestra idea y los hechos del orden físico o del orden moral que deseamos conocer. Probar es establecer la existencia de esta conformidad. Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad.

Nicola Franmarino dei Malatesta se adhiere a esta tesis, según lo siguiente: "La finalidad suprema y sustancial de la prueba es la comprobación de la verdad y el espíritu humano; la prueba es, pues, por este aspecto, el medio objetivo a través del cual la verdad logra penetrar en el espíritu".

Al tiempo, la posición de Hugo Alsina es también indecisa. Por una parte, dice que la función de la prueba consiste en "La comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido, del cual depende el derecho que se pretende". Esto incorpora a dicho tratadista en el primer grupo de autores. Pero luego sostiene lo contrario: "El esfuerzo que las partes realizan con la producción de la prueba tiende a producir en el juez la convicción de la verdad de sus afirmaciones". Nos inclinamos a creer que el segundo es su verdadero concepto y que en el párrafo citado en primer lugar ocurrió en un lapsus de redacción.

b) *Teoría que reconoce como fin de la prueba judicial obtener el convencimiento o la certeza subjetiva del juez.* Los autores que sostienen esta segunda teoría parten de la base de que la "verdad es una noción etiológica, objetiva, que corresponde al ser mismo de la cosa o hecho y que, por tanto, exige la identidad de este con la idea o el conocimiento que de él se tiene, lo cual puede ocurrir algunas veces, pero no siempre, a pesar de que el juez considere que existe prueba suficiente. De esto deducen que el fin de la prueba es producir en el juez la certeza o el convencimiento sobre los hechos a que ella se refiere, certeza que bien puede no corresponder a la realidad, es decir, que equivale a la creencia subjetiva de que existe o no existe. Esto le permite a Lessona sostener que el efecto probatorio "se dirige a convencer al juez".

Chioyenda da una definición de la función de probar que lleva al mismo resultado: "crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso".

Gorphe considera que la verdadera demostración "tiende a convencer al juez" y que "la finalidad de las pruebas debe consistir en obtener una certeza".

Micheli dice que la sentencia contiene "la declaración completa de certeza de la relación o del estado jurídico controvertido" y que con la prueba se

alcanza la certeza que le permite al juez emitir un juicio.

Carrara afirma que "en general se llama prueba todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición. La certeza esta en nosotros, la verdad en los hechos".

Ugo Rocco sostiene que la prueba tiene como fin "formar la convicción de órganos (jurisdiccionales) sobre la verdad o existencia de los hechos", el convencimiento es siempre subjetivo, por lo cual "la verdad concebida a través de la prueba y de los medios de prueba es siempre una verdad subjetiva".

Guasp dice que:

la contraposición entre la teoría de carácter sustantivo material que ve en el fin de la prueba, la demostración de la verdad o falsedad de una afirmación y la que desde un punto de vista formal ve en ella un simple mecanismo de fijación formal de los hechos procesales, puede superarse, [acotando:] si se ve en la prueba, no una actividad sustancialmente demostrativa ni de mera fijación formal de los datos, sino un intento de conseguir el convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad de los datos mismos.

Cossio, filósofo del derecho, afirma que "la verdad toma el modo de fuerza de convicción como una intrínseca calidad de la sentencia misma" y que "nuestra pesquisa por la verdad jurídica queda limitada a analizar donde está la fuerza de convicción de una sentencia".

Eduardo J. Couture opina, en el mismo sentido, que el juez debe "formarse la convicción".

c) Tesis que ve como fin de la prueba la fijación de los hechos del proceso. Esta tesis está vinculada principalmente al sistema de tarifa legal para la apreciación de las pruebas.

Francisco Carnelutti dice al respecto que el juez tiene la "obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley". Y luego agrega que en realidad el proceso no sirve para "conocer los hechos, o sea para establecer su verdad, sino únicamente para conseguir una fijación formal de ellos".

Hernando Devis Echandía señala que

... la verdad es una noción ontológica, objetiva, y el conocimiento que creamos tener de ella es subjetivo. Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos no se habría cumplido con ese fin, a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencido por ella. Siempre que, gracias a la prueba suministrada, se pronuncia sentencia, aquella ha cumplido su función. Este simple razonamiento indica que el fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión; sea que esa certeza corresponda a la realidad, en cuyo caso se estará en la verdad, o que se encuentre desligada de ella y exista un error.

Agrega:

Debido a lo limitado de los medios humanos de cognición, nadie puede saber con certeza absoluta que algún hecho haya ocurrido efectivamente (ni siquiera habiéndolo presenciado directamente) siempre cabe imaginar posibilidades de que las cosas hayan sucedido de otro modo. Quien tenga conciencia de las limitaciones puestas al conocimiento humano, no supondrá nunca que su convencimiento de verdad en alto grado de verosimilitud que se obtiene aplicando los medios de cognición disponibles de una manera en lo posible exhaustiva y concienzuda, y si el que conoce tiene conciencia de que existe esa alta verosimilitud así terminada, ello equivale a estar convencido de la verdad.

6.1.10 Valoración sistemática de la prueba testimonial: establecida la convicción sobre la existencia del hecho objeto de la prueba, se aplicarán las consecuencias contempladas en las normas jurídicas, declarando probado el presupuesto fáctico de la pretensión. Contrario sensu, se desestimará⁶⁰.

Armado de los elementos básicos que le dejan las críticas al contenido de cada testimonio al sujeto testigo y al aspecto

formal y extrínseco, el juez precede a la reconstrucción mental de los hechos que de esos elementos resultan, entrelazando unos con otros para conocer si existe armonía necesaria en su conjunto, es decir, si puede armar el rompecabezas judicial sometido a su estudio, descartando los anómalos, ilógicos, imposibles, inverosímiles o contradictorios entre sí, atendiendo lo mismo a lo favorable que a lo desfavorable para cada hipótesis. Si de ese conjunto de testimonios en armonía con la masa general de las pruebas aportadas al proceso le resulta al juez ese conjunto de argumentos de prueba que, como un cable formado por múltiples hilos que se dan mutuo apoyo en todos sus puntos, le deje la certeza histórica necesaria para resolver el litigio o el asunto sin necesidad de utilizar el recurso sucedáneo de la carga de la prueba, el juez les dará completa credibilidad; por tanto, les reconocerá plena eficacia probatoria. En el supuesto contrario, deberá rechazarlos, a menos de que como pruebas imperfectas o completas les sirvan para reforzar otras (documentos, indicios, inspecciones, dictámenes de peritos) o para corroborar presunciones y que de la masa global de pruebas pueda adquirir la certeza que los solos testimonios no le ofrecen⁶¹.

⁶⁰ INVESTIGACIÓN INTEGRAL Y RECHAZO DE PRUEBAS: para los funcionarios es un imperativo realizar la estigación integral, indagando todo lo relacionado con la demostración de la infracción y de la responsabilidad penal, conjuntamente con aquello que pueda llevar a la absolución o al reconocimiento de atenuantes. De todas formas, el funcionario no está obligado a decretar pruebas ilegales, impertinentes, inconducentes o inútiles: CDJ SALA PENAL SENTENCIA FEBRERO 25 DE 1993, M. P. EDGAR SAAVEDRA ROJAS.

⁶¹ APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonablemente el mérito que le asigne a cada prueba: art. 187 del CPC.

A esa conclusión final debe llegar el juez después de un examen reiterado de cada uno y del conjunto de los testimonios, sin adoptar decisiones precipitadas ni dejarse llevar por la primera impresión, ni por simpatías o antipatías, ni por prejuicios o presiones extrañas, previo el repaso de todos los aspectos y requisitos para la validez y eficacia probatoria. Su pereza intelectual y física puede inclinarlo a reducir su trabajo en la percepción y crítica de los testimonios, pero debe acordarse de que en esta materia, quizá más que en cualquier otra, el incumplimiento de sus deberes reviste una extraordinaria gravedad y lo puede constituir en reo moral de iniquidades y de monstruosas injusticias⁶².

Gorphe advierte que, como los psicólogos lo han demostrado, “la confianza espontánea en la palabra humana es una ilusión ingenua, los testigos más sinceros incurrir en múltiples errores” y “se requiere un esfuerzo de espíritu crítico y reflexivo para indagar, bajo las apariencias de verdad, las posibilidades de errores inherentes a la habilidad humana”, que vaya al fondo del problema, para escudriñar su exactitud y sinceridad, analizando las diversas pruebas en sus elementos y conexiones. En otro lugar exclama: “Ciertamente es un

problema angustioso extraer la verdad de un testimonio para pronunciarse sobre la culpabilidad de un acusado. Nunca habrá demasiada luz para resolverlo”, e insiste en la necesidad de “examinar no solamente la sinceridad del testigo, sino su capacidad de autocrítica, porque no basta el buen sentido para relatar fielmente lo percibido, su personalidad, sus aptitudes físicas para la percepción”, etc., por lo cual aconseja “reducir en lo posible la reglamentación legal en materia de testimonio, a fin de dejar a la crítica judicial la flexibilidad y la libertad de que tiene necesidad para ejercitarse” e igualmente “reformular el procedimiento de los asuntos civiles, a fin de dejar al juez instructor la libertad de someter a los testigos a medios de crítica” y de exigirle una efectiva participación en la práctica de la prueba, evitando las influencias sugestivas.

Franmarino aconseja la crítica formal y del contenido de cada testimonio, su comparación con los demás, con criterios intrínseco y extrínseco, para determinar la credibilidad que merecen separadamente y tomados en su conjunto; recuerda que “el testimonio no puede ejercer su gran influjo sino cuando la certeza pasa de la conciencia del Juez” y que su contenido “tiene tanto mayor valor cuando mejor refleje la concreta realidad de los

⁶² VALORACIÓN DE TESTIMONIOS: al valorar los testimonios, el juez debe hacerlo en conjunto con las demás pruebas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, verificando si son responsivos, exactos y completos y teniendo en cuenta adicionalmente la probidad de las personas, la ciencia del testigo, su credibilidad y concordancia con otras pruebas del proceso: CSJ Sala Civil, Sentencia de septiembre 7 de 1 993, M. P. Esteban Jaramillo Schloss.

hechos”, para lo cual debe ser determinado, claro, exacto respecto a la percepción de los hechos y a su narración, libre de contradicciones, y contener la razón del dicho.

Couture advierte que

en la crítica del testimonio es donde debe utilizarse con mayor rigor las reglas de la sana crítica, examinando el origen y los medios de la declaración, calculando la posibilidad de error, teniendo en cuenta que las contradicciones leves, frente a circunstancias de detalles, son naturales y pueden significar un mérito y no un defecto de la prueba, y que “los antiguos preceptos relativos al número, sexo, raza, categoría social y económica de los testigos, carecen hoy de justificación científica” en cambio, “un examen de la idiosincrasia de cada testigo, de su moralidad, de su inteligencia, de su penetración, son indispensables antes de toda valoración...”,

como también de sus disposiciones afectivas, de la manera como ocurrió la percepción y el órgano empleado, del tiempo de su duración.

El error judicial en materia de pruebas es frecuente y pesa inevitablemente sobre el panorama de la justicia; esa posibilidad aumenta cuando se trata de prueba por testimonios, si el juez no los somete a una crítica técnica, concienzuda y severa. Pero si la aplica sin pereza y con rigor necesario, ese

peligro no es mayor que el propio de todo medio de prueba. Por esta razón somos partidarios de eliminar las trabas legales al empleo de la prueba testimonial, cuando no se trata de requisitos *ad substantiam actus*, y de rechazar la desconfianza que *a priori* le profesan algunos autores, porque no es en el medio mismo, sino en la deficiente manera de practicarlo y valorarlo, en donde radica el verdadero peligro.

6.2 Pautas legales

6.2.1 Tarifa legal: no existe rigurosamente, salvo en casos aislados. A partir de los decretos 1400, del 6 de agosto de 1970; 2019, de octubre de 1970, y 2282, del 7 de octubre de 1989, y de las leyes 446, de 1998, y 794, de 2003, en materia civil, y en materia penal con la ley 906 de 2004, se establece la libre apreciación de la prueba. Destacándose que el indicio puede o no considerarse como medio probatorio, según se tome como prueba directa o indirecta⁶³.

Se refiere al valor de convicción de los diversos medios de prueba y no a la ritualidad que la ley procesal exige para que estos puedan ser tenidos en cuenta. Observando que en el sistema tarifario, a pesar de haberse superado, perduran rasgos característicos de él y propios del sistema inquisitivo.

⁶³ DELLAPIANE ANTONIO “Nueva teoría de la Prueba”, Edit. Temis, Bogotá.

Aserto corroborado en el artículo 279 del CPC, al señalar que deben tenerse como prueba sumaria los documentos privados desprovistos de autenticidad si han sido suscritos ante dos testigos. Al paso, el art. 189 (*ibidem*) prescribe que tratándose de probar los usos y costumbres podrá hacerse en ausencia de documentos auténticos, con un conjunto de testimonios.

6.2.2 Legalidad de la prueba: hace relación a la ritualidad de la prueba, considerando parámetros para establecer si es legal, entendiéndose por fijación legal de los medios probatorios para que ingresen al proceso y puedan ser tenidos en cuenta. Si la Ley les niega valor a las pruebas que no sean aportadas al proceso con el lleno de las formalidades procesales, le está suprimiendo al juez la libertad de apreciarlas. El valor y fuerza probatoria de un medio depende, especialmente, de que gravite en torno a los siguientes aspectos:

- * Conducencia
- * Pertinencia
- * Existencia
- * Validez
- * Eficacia
- * Que no sea superflua

Condiciones vistas desde la siguiente perspectiva:

⁶⁴ *Ibidem*, p. 27.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 29.

6.2.2.1 Prueba pertinente: consiste en que el medio probatorio utilizado esté autorizado por la Ley. Es decir, que no esté prohibido expresa o tácitamente para el hecho que con él se pretende probar. Al respecto, el maestro Jairo Parra Quijano acota: "Es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso"⁶⁴.

6.2.2.2 Prueba conducente: es cuando los hechos objeto de ella tienen relación con los que son materia del proceso. A propósito, observa el profesor Jairo Parra Quijano: "La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la Ley, a fin de saber si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio"⁶⁵.

6.2.2.3 Prueba superflua: la prueba superflua o inútil es cuando sobra, por no ser idónea en relación con la utilidad que le debe prestar al proceso, es decir, busca probar lo ya probado.

Se dan cuatro casos de cuando la prueba es superflua:

- a. Cuando los hechos objeto de ella se encuentran probados en el proceso.
- b. Cuando se llevan pruebas encaminadas a demostrar hechos contrarios

a su presunción de derecho, es decir, las presunciones que no admiten prueba en contrario.

c. Cuando se trata de demostrar el hecho presumido, sea por presunción *jure et de jure* o *juris tantum*, cuando no se está discutiendo aquel.

d. Cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y que ha hecho tránsito a cosa juzgada⁶⁶.

6.2.2.4 Prueba inexistente: en Colombia la ley procedimental penal distingue entre nulidad e inexistencia de las diligencias, a pesar que la inexistencia suele tener una apariencia de realidad. Para la ley procesal penal el acto inexistente no produce efectos jurídicos por el hecho de no existir. En las normas procesales civiles, laborales, administrativas, etc., no se clasifican las irregularidades procesales en estos dos grupos (inexistencia y nulidad), puesto que, solamente se habla de nulidad⁶⁷. Premisa corroborada en la Constitución Política, que indica en su norma pertinente⁶⁸ como garantista de la plena efectividad del derecho de defensa del imputado. Máxime si se tiene que el sindicado es sujeto proce-

sal y no víctima procesal. Evitándose con esta norma vulnerar de manera palmaria el derecho de defensa que a este le asiste.

Cuando el acto nace a la vida jurídica en forma imperfecta o precaria, debe ser anulado por el funcionario judicial.

La jurisprudencia plantea la diferencia entre las pruebas legalmente prohibidas, ineficaces, impertinentes y superfluas, así:

El Código de Procedimiento Civil, al tratar las pruebas establece algunas disposiciones generales, las cuales se extienden desde el Art. 174 al 193. Dentro de dichas normas se reglamenta el rechazo *inlimine* o de plano de pruebas solicitadas temporalmente (Art. 178) determinando que su rechazo refiere a las legalmente prohibidas o ineficaces; las que versan sobre hechos notarialmente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

Ahora bien, ha entendido el Código de Procedimiento Civil por pruebas legalmente prohibidas aquellas tendientes a demostrar hechos que la ley prohíbe investigar, como son aquellos en defensa de la moral. Un ejemplo, según Devis Echandía, existe en

⁶⁶ Adviértase en este punto que se refiere a cosa juzgada material o sustancial, pero dejando a salvo la posibilidad de incoar el recurso extraordinario de revisión. Porque si tenemos como referencia la cosa juzgada formal, esta podría mutarse en virtud de un nuevo proceso, a voces de los arts. 332 y 333 del CPC.

⁶⁷ INEXISTENCIA DE DILIGENCIAS: se consideran inexistentes para todos los efectos procesales las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de un defensor.

⁶⁸ EL DEBIDO PROCESO: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas [...] En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable [...] Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio [...] (art. 29 de la C.N.).

materia de investigación civil de paternidad, cuando se trate de relaciones sexuales adúlteras en cuanto a la mujer se refiere, puesto que la presunción de paternidad del marido no puede ser impugnada por terceros en vida de aquel. Por ineficaces, cuando se trata de un medio por el cual es jurídica o legalmente imposible probar el hecho a que se refiere ya sea porque se exige un medio determinado de prueba (ej. escritura pública o documento privado para determinados actos o contratos) o cuando se prohíbe para cierto hecho un medio determinado (ej. en caducidad de dominio en la agraria, la prueba testimonial). Por impertinentes aquellas que tratan de probar un hecho que nada tiene que ver con lo discutido dentro del proceso y por superfluas aquellas que se hacen innecesarias en virtud de haberse practicado ya dentro del proceso suficientes pruebas para darle la plena certeza sobre un hecho determinado⁶⁹.

6.2.3 Sistema de tarifa legal de pruebas: se caracteriza por que la ley con antelación le fija al juez las reglas conforme a las cuales ha de apreciar la prueba. En Colombia, en el Código Procesal Civil se eliminaron las calificaciones legales que anticipadamente daba la ley, descartando las calificaciones de "Plena Prueba" y "Plena incompleta" que en ocasiones daba el estatuto, y se impuso el sistema calificador de la sana crítica⁷¹.

⁶⁹ EFECTOS DE LA NULIDAD DECLARADA: [...] El auto que declara una nulidad indicará la actuación que debe renovarse y condenará en costas a la parte que dio lugar a ella (art. 146 del CPC).

⁷⁰ T.S. Bogotá, Auto jun. 19/78. M. P. Humberto Rodríguez Robayo.

⁷¹ MURCIA FENIX, JAIME H., *op. cit.*, p. 317.

⁷² "Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la Ley, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial" (art. 230 de la C.N.).

Parra Quijano describe las ventajas y desventajas de la tarifa legal de las pruebas así:

Ventajas:

1. Les permite a las partes saber de antemano cuál es el valor que se le debe dar a las pruebas que se aportan o que se practican en el proceso.
2. Habrá uniformidad en las decisiones judiciales.
3. Evita que el Juez, por cuestiones personales, favorezca a alguna de las partes, ya que, basándose en el valor preestablecido por el legislador, no habrá lugar a subjetividades.
4. Suple la ignorancia y falta de experiencia de los jueces, ya que las normas redactadas por el legislador son hechas por personas doctas en el derecho⁷².

No es posible saber cuál es el valor que se le va a dar a la prueba antes de su valoración, pues puede que no se den los presupuestos que deben tenerse en cuenta para que sea prueba ajena.

Desventajas:

1. Relega la función del juez, sobre todo en las pruebas personales, ya que, al preestablecerse su valor, se desvirtúa prácticamente la función del proceso.
2. El Juez negligente encuentra acomodo fácil en este sistema, en cambio, en el de la libre convicción, tiene necesariamente que ser activo, sobre todo en la producción de la prueba.
3. La tarifa legal termina por mecanizar y domesticar al juez, lo envuelve en la rutina.

6.2.4 Sistema de la libre apreciación: le permite al juez apreciar el acervo probatorio, con su acto de inteligencia y conforme a las reglas de la experiencia, la psicología judicial, la psiquiatría forense y la medicina legal, en armonía con la lógica formal y jurídica.

El juez puede, y debe, valorar libremente la prueba, pero esa libertad de apreciación se refiere a los medios probatorios⁷³.

Franmarino dei Malatesta advierte:

... al combatir la certeza legal y, de consiguiente, la prueba legal, no intentamos de modo alguno negarle a la ley la posibilidad de establecer preceptos relativos a la

producción de las pruebas; sólo combatimos la disposición legal que, no contenta con prescribir formas para la producción de las pruebas, quería llegar hasta la previa apreciación de la escénica de ellas.

Más adelante agrega:

... ante todo, la ley puede establecer disposiciones obligatorias y taxativas con relación a las pruebas que deben descartarse siempre y en forma absoluta por razones superiores a las circunstancias de su especial manifestación concreta", [como la declaración del pariente del sindicado, y] "puede establecer también preceptos especiales en cuanto a la forma de las pruebas, preestableciendo, para la producción de ellas, determinadas condiciones formales.

La libre apreciación significa la libertad que tiene el juez para apreciar las pruebas en forma razonada y crítica, de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia y la psicología, que lo conducen a la sana crítica, y no a la arbitrariedad, para decantar su criterio personal aplicable al caso concreto. Traduciéndose este pandemionum de circunstancias en auténtica sindéresis.

6.2.5 Mérito probatorio: en cumplimiento de los principios de la comunidad y unidad de la prueba, y con fundamento en la apreciación razonada de las prenotadas reglas de la sana crítica, el juez no solo se

⁷³ APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS: las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El funcionario judicial expondrá siempre razonablemente el mérito que le asigne a cada prueba (arts. 254 del CPP y 187 del C.P.C.).

ve obligado a examinar el grado de veracidad inherente a los testimonios, sino que también necesita sopesar a cuál de los testigos dar crédito, teniendo en cuenta que hasta el testigo fidedigno puede equivocarse.

Es preciso que el funcionario someta a un examen minucioso todos los medios de prueba allegados al proceso en forma legal, regular y oportuna, analizando los motivos de credibilidad de las pruebas para no incurrir en un fallo de conciencia, apartándose de la adecuación del hecho y la norma⁷⁴.

El juez deberá apreciar las pruebas en su conjunto, siguiendo las directrices de la sana crítica, para su formación, convencimiento y certeza⁷⁵, de modo que podrá rechazar *in limine*, o de plano, aquellas legalmente prohibidas o ineficaces en las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas⁷⁶.

El Código de Procedimiento Penal exige que para dictar sentencia condenatoria obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado. Dicha certeza se obtiene evaluando el conjunto de las pruebas para evitar una decisión arbitraria⁷⁷.

La jurisprudencia colombiana señala que para el juez es un deber, y no una facultad, evaluar en conjunto las pruebas, pero ello no exime de analizar cada una de ellas⁷⁸.

Al apreciar las pruebas en conjunto, el funcionario debe examinarlas teniendo en cuenta lo siguiente:

- a. Apreciar las pruebas en cuanto al medio probatorio en sí.
- b. Analizar las pruebas con base en su cotejo con las demás.

⁷⁴ CSJ SENTENCIA DE FEBRERO 12/80 M. P. JOSÉ MARÍA ESGUERRA SAMPER. "Además, debe exponer razonablemente en cada caso, cuál fue el mérito que le asignó a cada prueba y a todas ellas en conjunto y los motivos que tuvo para hacerlo, pues de lo contrario su apreciación sería en conciencia, sistema éste que sólo es de recibo para los jurados en las causas penales en que intervienen y para ciertos laudos arbitrales".

⁷⁵ Art. 174 del CPC.

⁷⁶ Art. 178 del CPC.

⁷⁷ REQUISITOS SUSTANCIALES DE LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN. El fiscal dictará resolución de acusación cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado.

⁷⁸ CSJ, Sentencia de junio 14 de 1982, M. P. HUMBERTO MURCIA BALLÉN. "En Colombia, según el principio de la apreciación racional de la prueba, implantado en este país por claro mandato del Art. 187 del Código de Procedimiento Civil, es deber del Juez y no mera facultad suya, evaluar en conjunto las pruebas para obtener de todos los elementos aducidos, un resultado homogéneo o único, sobre el cual habrá de fundar su decisión final.

Tal obligación legal, que impide la desarticulación del acervo probatorio ha sido la causa de que los falladores de la apreciación racional de ese expediente de la apreciación en conjunto para formar su criterio, sin atender de modo especial o preferente a ninguna de las diversas pruebas practicadas. Con tal procedimiento resulta que su convicción se forma no por el examen aislado de

c. Valorar las pruebas siempre en función de la división sistemática que arroje el material probatorio.

Premisas que corresponden a la cosmovisión integral y sistemática de las pruebas, según los nuevos paradigmas de la valoración probatoria.

Siguiendo estos lineamientos, podemos recoger posturas jurisprudenciales plasmadas por la Corte Suprema de Justicia⁷⁹, que nos servirán de fulcros para ilustrar de manera puntual las apreciaciones precedentes.

En colofón, estimamos que si el juez aplica juiciosamente las consideraciones prenotadas podrá obtener absoluta convicción sobre la sinceridad y moralidad del testimonio recepcionado, pero siempre y cuando esa convicción sea razonada, originada en un profundo estudio crítico-analítico del testimonio y de una apreciación libre y contrastada con todos los medios de prueba allegados al proceso.

Conclusiones

El arte de juzgar no puede prescindir de ningún método, por inapropiado o inoportuno que parezca, ora el empírico, ora el racional. Pero, eso sí, sin desconocer la habilidad intrínseca del funcionario instructor para su manejo; destrezas innatas o acumuladas por la fuerza de las circunstancias y explícitas a lo largo de este estudio que nos ocupa.

Ensayo que, para lograr su cometido, nos permitió acudir a la juiciosa aplicación del método cartesiano, que nos enseña la descomposición del todo en tantas partes como sea necesario, a fin de cubrir por separado, en riguroso análisis y crítica conceptual, sus diversos componentes; para luego de un ejercicio integrador ofrecerlos articulados con una visión unitaria, sistemática y precisa. Pretendiendo entregar globalizada, para nuestro caso, la ciencia y verdad del testimonio.

cada probanza, sino por la estimación conjunta de todas las articuladas, examinadas todas como un supuesto integrado por elementos disímiles.

Y ello está bien si, como lo agrega el artículo 187 citado, en el examen conjunto del juez, éste expresa "razonablemente el mérito que le asigna a cada prueba" pues si así no actúa, su análisis resulta no solamente ilegal, sino peligroso, porque arbitrariamente saca una deducción, o por lo menos oculta los fundamentos o razones que le sirvieron para establecer como válida esa conclusión".

⁷⁹ CSJ SALA DE CASACIÓN CIVIL, SENTENCIA DE MARZO 4 DE 1991. El principio de la apreciación en conjunto de las pruebas instituido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, halla su origen en el de la comunidad de las mismas. Por virtud de este último, una vez practicadas las pruebas, pertenecen al proceso y no a quien las solicitó. De modo que al pasar a corresponder al proceso, y, por ende, a servirle a todas las partes que en él intervienen, aparece como lógico señalar que su apreciación no se puede cumplir de manera aislada; que, por el contrario, esa labor, para que sea cabal, tiene que realizarse a partir de la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia, respecto de la variada hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puede suscitarse. Establecidos los aspectos en los cuales las pruebas concuerdan, o se contradicen, el juzgador se podrá dirigir a concretar aquellos hechos que, en su sentir, hubieren quedado demostrados como fruto de la combinación o agrupación de los medios, si es que en estos nota la suficiente fuerza de convicción para ese propósito.

Dilatadas reflexiones nos depararon el estudio en detalle de los diversos elementos específicos que aglutina la prueba testimonial, y que nos permitieron divisar con fruición el panorama de este interesante medio de prueba, enhiesto dentro del régimen probatorio colombiano. De modo que, para el cuidadoso examen de las distintas aristas de la prueba testimonial, nos ubicamos en su justa dimensión, buscando precisar su cardinal importancia y, por ende, su ineludible utilidad.

Aserto corroborado al partir del lumen ontológico del proceso cognoscitivo, pasando por la parte emotiva y sensible, junto a las reacciones y comportamientos del sujeto cognoscente primario, al tiempo transcurrido entre el conocimiento y la deposición, al momento coetáneo a la declaración y su intrínquis con el objeto del conocimien-

to y a la estrecha relación circunstancial de tiempo, modo y lugar entre el sujeto y el objeto para circunscribir la hipérbole de sinceridad, moralidad y credibilidad propia de la declaración testimonial. Estudiando luego, de contera, la presencia de estos elementos al momento de valorar la prueba con auténtica sindéresis jurídica, como emanación de la sana crítica que debe morar en todo funcionario judicial.

Razonamientos que nos condujeron a analizar la presencia y la efectiva aplicación de la psicología clínica y sociología jurídica en la praxis y desarrollo integral de la prueba testimonial. Traducida en imperativo categórico para que el operador judicial, junto a su preparación intelectual, agudice su intuición al mejor estilo de un buen psicoanalista, si pretende asegurar el éxito y eficacia de la prueba testimonial.

"De ahí que se haya dicho, con razón, que la cuestión concerniente al mérito de las pruebas debe ser examinada desde un doble punto de vista, pues ha de serlo no sólo en cuanto al medio en sí, sino también con base en su cotejo con los restantes y siempre en función de la visión sistemática que arroje el material probatorio. Por eso es posible que medios que, considerados en sí mismos, no sean susceptibles de reproche, no obstante, al tratar de conectarlos con las otras piezas probatorias, pierdan toda importancia; pero, también es posible que cuando se le contempla de una manera aislada no sólo les halla mayor significado, al unirlos o interrelacionarlos con otras pruebas, aforce todo su grado de persuasión para la elaboración del trazado fáctico del proceso.

"Este principio de la apreciación en conjunto de las pruebas es un complemento natural del método adoptado por el Código en el mismo artículo 187 para la estimación de aquella: sí, con las conocidas excepciones legales, el análisis de las pruebas no se encuentra predeterminado por normas legales que señalen el valor que les atañe, sino que debe ser abordado con un criterio eminentemente lógico y científico, claramente comprensible resulta que la susodicha tarea no se puede adelantar dejando de relacionar los medios en pos de una visión amalgamada o coherente de los hechos porque, pensando de otro modo, ellos conducirán a que de estos se de una figuración errática, fragmentaria o descoordinada".

Bibliografía

- ARENAS, SALAZAR, Jorge (1996): *Pruebas penales*. Bogotá: Edit. Doctrina y Ley.
- BENTHAM, Jeremías *Tratado de las pruebas judiciales* Capítulos XVI y XVII del Libro I.
- DOHRING, Erich: La prueba, su práctica y apreciación.
- FROMM, Erich (1996): *Ética y psicoanálisis*. México: Ed. Fondo de Cultura Económica.
- GORPHE, Francois (1962): *La crítica del testimonio* [Traducción española de la segunda edición francesa, de Mariano Ruiz Funes], Cuarta edición. Edit. Reus.
- HESSEN, Johannes (1983): *Teoría del conocimiento*, vigésima primera edición. Buenos Aires: Losada.
- MURCIA FÉNIX, Jaime H. (2005): *Síntesis del Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley,
- NÚÑEZ, CANTILLO, Adolfo. *El testimonio como medio de prueba*. Edit. Librería el Profesional, segunda ed.
- PARRA, QUIJANO, Jairo: *Tratado de la prueba judicial, el testimonio*. Edit. Librería el Profesional. DELLEPIANE, Antonio: *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá: Temis.
- ROCHA, Antonio: *De la prueba en derecho*. Medellín: Edit. Dike.
- RODRÍGUEZ, Gustavo H. y RODRÍGUEZ, María C. (1997): *Derecho Probatorio*, Séptima Edición. Bogotá: Edit. Ciencia y Derecho.
- RODRÍGUEZ, Orlando A. (1996): *La ineficacia probatoria del testimonio secreto*. Bogotá: Edit. Gustavo Ibáñez.

Instrucciones para los autores

Derecho y Realidad es la revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC. Su periodicidad es semestral y acepta para publicar en sus páginas documentos de carácter experimental o teórico que aporten al desarrollo del derecho y las ciencias sociales en general.

Los documentos publicables en la revista pueden ser: artículos originales de investigación; artículos de reflexión original; artículos de revisión (reviews); notas (letters, short papers); comunicaciones breves (rapid communications); cartas de los lectores; noticias; reseñas bibliográficas; ponencias; traducciones.

Se reciben colaboraciones de profesores, estudiantes y administrativos de la Universidad y de otras universidades, tanto del país como del exterior, y de escritores en general y tratadistas de la temática de la revista.

Requisitos

Deben ser documentos originales e inéditos. Excepcionalmente se podrán reproducir documentos ya publicados, dada su importancia y dificultad de consecución. Las colaboraciones deben cumplir las exigencias necesarias de coherencia, cohesión, claridad, concreción, pertinencia y centralidad que las hagan comunicables.

Extensión: máximo 25 páginas tamaño carta, en letra arial de 12 puntos y a doble espacio.

El original debe ser enviado al Comité Editorial en archivo electrónico (disquete o CD) y con una copia impresa en papel, a doble espacio, en tamaño carta y letra arial de 12 puntos. Se debe acompañar el original de una carta o declaración en la que se cede a la revista los derechos patrimoniales de autor o de reproducción del artículo.

Si se utilizan fotografías, gráficos o cualquier otro material tomados de otro autor y protegidos por derechos de reproducción se debe adjuntar todos los datos para el respectivo crédito, junto con la autorización escrita del autor o editor de la publicación original.

Las colaboraciones deben ceñirse al las siguientes normas de estilo editorial:

Las **notas a pie de página** numeradas en orden consecutivo se utilizarán para aclaraciones, comentarios, discusiones, digresiones, envíos, etc., por parte del autor.

Las **notas a pie de página** con asterisco se utilizará para notas aclaratorias de Comité Editorial o del traductor, cuando sean del caso.

Para las **referencias bibliográficas** adoptamos el sistema **autor, año página** o sistema Harvard. Con este sistema se da la referencia no al pie de la página, sino en el mismo texto, inmediatamente después de lo citado, entre paréntesis así: *Apellido del autor citado, año de publicación de la obra citada y página de donde se tomó lo citado.*

La **bibliografía** debe citar todos los textos a los cuales se refirió el autor en el suyo y solo esos. Se presenta en orden alfabético el apellido del autor o del primer autor. El segundo dato que se escribe es el año de la obra, entre paréntesis, el tercero el título (y subtítulo) de la obra, en cursiva, seguido de la edición (diferente a la primera), lugar de publicación y editorial.

Las citas

La **cita textual**, directa, debe ser transcrita con sumo cuidado para garantizar total fidelidad al original; se deben respetar las cursivas, los entrecuillados, negrillas, ortografía, puntuación, etc., originales, incluso los posibles errores sintácticos, de cifras u otro tipo; en estos casos, para advertir que el error es original se usa la sigla *sic* entre corchetes: [sic]. En caso de que el autor introduzca en la cita cualquier elemento lo debe hacer entre corchetes o advertir entre corchetes; por ejemplo, si subraya parte de la cita debe anotar: [subrayado mío]; si se introducen palabras para facilitar la cohesión o coherencia de lo citado estas deben ir también entre corchetes. Cuando se omite una parte de la cita se indica con puntos suspensivos entre corchetes: [...].

La cita textual debe diferenciarse nítidamente en el texto, ya sea entrecuillándola o sangrándola en todas sus líneas, por lo que es un error transcribirla con cursiva o negrilla, pues esto significaría alterarla.

La cita textual breve (menos de cinco líneas) va entre comillas, y antes del signo de puntuación van los paréntesis con la respectiva referencia. En este caso, si el fragmento citado tiene palabras entre comillas dobles, estas en la cita se transforman en comillas sencillas.

Si la cita es extensa (más de cinco líneas) se escribe en el renglón siguiente, sangrada en todas sus líneas (sangría de cuatro espacios tanto del margen izquierdo como del derecho), a espacio sencillo, con un tamaño de letra menor (en nuestro caso a 11 puntos) y sin comillas.

La **paráfrasis** va en la misma línea del texto normal y sin comillas, y la referencia se anota, por lo general, inmediatamente después de mencionar el nombre del autor.

La **cita de cita**, que no es aconsejable en los trabajos académicos, va igual que la cita directa, atendiendo la extensión; la referencia se da así: (en: León, 1997: 174), si ya se mencionó el autor original, o "citado por León Gómez (1997: 174)".

En la bibliografía aparecerá, en consecuencia, sólo el libro de León Gómez.

Tablas y figuras. Son auxiliares del texto, complementan lo dicho en el texto, no lo repiten.

Todas las tablas y las figuras deben estar numeradas por capítulos y referidas en el texto: ejemplo: (véase tabla 2.4), donde 2 indica el capítulo y 4 el consecutivo de la tabla en tal capítulo; la figura 1.5 permite apreciar... (quinta figura del capítulo 1).

Las tablas y figuras deben llevar título, explicaciones sobre escalas, convenciones utilizadas, etc., así como la fuente (si es propia o tomada).

Las tablas van dentro del texto, en el lugar correspondiente.

Las figuras, como fotografías, ilustraciones o dibujos, gráficos, diagramas, esquemas y similares se deben enviar en archivos electrónicos aparte o los originales en papel. En el texto irán las leyendas respectivas: título y número de la figura, pie de figura, fuente, etc.

Revisión por árbitros

La recepción de una colaboración no implica automáticamente su publicación; todas las colaboraciones serán sometidas a revisión y aprobación. Los artículos originales, en particular, luego de ser preseleccionados por el Comité Editorial serán enviados a árbitros externos o pares evaluadores para su respectivo concepto o evaluación sobre su originalidad y calidad.

Proceso editorial

Los documentos aprobados se someterán al proceso editorial, que incluye corrección de estilo y adecuación a las normas de estilo editorial de la revista. Al autor se le enviará la versión final para su correspondiente conformidad.

Los artículos deben llevar:

TÍTULO y, si es del caso, subtítulo. El título debe ser informativo, claro, preciso, breve y sin abreviaturas.

AUTOR(ES), nombres y apellidos completos, afiliación institucional, cargo y dirección electrónica.

RESUMEN. De 150 a 200 palabras máximo (en español e inglés). Contiene los puntos fundamentales del trabajo.

PALABRAS CLAVE. De 3 a 7 (en español e inglés). Se recomienda para estas apoyarse en tesauros especializados según el tema tratado.