



Revista Cultural
UNILIBRE

ISSN 1909 - 2288



UNIVERSIDAD LIBRE - SEDE CARTAGENA

Año 13. Julio Diciembre 2014 - Cartagena de Indias - Colombia



Año 13. Julio - Diciembre 2014. Cartagena de Indias - Colombia

Revista Cultural
UNILIBRE

Universidad Libre
Sede Cartagena

Universidad Libre, Sede Cartagena
REVISTA CULTURAL UNILIBRE

Autores Varios

ISSN: 1909-2288 (FÍSICO)
ISSN: 2382-333X (VIRTUAL)

Diagramación e Impresión:

Alpha Editores
Centro, Cl. Estanco del Aguardiente, No. 5-36
Tels.: 57-5 664 3352 - 660 9438
E-mail: comercial@alpha.co
www.alpha.co
Cartagena de Indias, Bolívar, Colombia

Asistente editorial:

Jhorquis Machado Licona

La obra está amparada por las normas que protegen los derechos de propiedad intelectual.

Se autoriza su reproducción total o parcial de su contenido citando la fuente.

Los artículos son de responsabilidad exclusiva de sus respectivos autores y no comprometen a la "Revista Cultural Unilibre" ni a la Universidad Libre.

Impreso en Colombia
2014

Consejo Editorial

Beatriz Tovar Carrasquilla
Ariel Zambrano Meza
Armando Noriega Ruiz
María Cristina Bustillo

Coordinación Editorial

Zilath Romero González

UNIVERSIDAD LIBRE

DIRECTIVOS NACIONALES 2014

Presidente

Víctor Hernando Alvarado Ardila

Rector

Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

Censor

Antonio José Lizarazo Ocampo

Secretario General

Pablo Cruz Samboní

DIRECTIVOS SECCIONALES 2014

Presidenta Delegada Rectora

Beatriz Tovar Carrasquilla

Secretario General

Luis María Rangel Sepúlveda

Director Administrativo y Financiero

Ariel Zambrano Meza

Decano de la Facultad de Derecho

Armando Noriega Ruiz

Decana de la Facultad de Ciencias

Económicas, Administrativas y Contables

María Cristina Bustillo Castillejo

Directora Consultorio Jurídico y

Centro de Conciliación

Tulia del Carmen Barrozo Osorio

Directora Centro de Investigaciones

Zilath Romero González



CONTENIDO

EDITORIAL Zilath Romero	9
DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS	
LA LEY, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA FRENTE A LOS ACTOS REALIZADOS POR DISCAPACITADOS MENTALES ABSOLUTOS INTERDICTOS CELEBRADOS EN UN INTERVALO LUCIDO Cristian David Jurado Ferrer	13
LA INVESTIGACIÓN ACCIÓN EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA Elizabeth Ramírez Llerena	25
EL FUNCIONALISMO. PENSAMIENTO DE JAKOBS. PENSAMIENTO DE ROXIN Juan Carlos Cabarcas Muñiz	37
SOBRE LA EFICACIA DE LOS ACTOS REALIZADOS POR INCAPACES ABSOLUTOS EN RÉGIMEN DE INTERDICCIÓN DURANTE UN INTERVALO DE LUCIDEZ Vivian Monroy Saladén	46
LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL DERECHO A PROBAR EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Integrantes del Semillero Evelio Suárez Suárez	53
LEGISLACIÓN DIRIGIDA A LA PROTECCIÓN ANIMAL EN COLOMBIA Diana María Gil Cantor, Montserrat Magre Colorado	72
MADRES COMUNITARIAS: UNA REALIDAD LABORAL EN COLOMBIA Efraín Bohórquez Ruiz	80
MODELO ECONÓMICO COLOMBIANO ¿Intervencionismo o Neoliberalismo? Cristian Camilo Ramírez Severiche	86
LOS METADATOS EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA Alexander Gómez Flórez	90
EMPRESA Y SOCIEDAD	
DESEMPEÑO LOGÍSTICO DE EMPRESAS TRANSPORTADORAS DE CARTAGENA Teófilo Omar Boyano Fram, Jhorquis Machado Licona	99



CUENTOS Y POESÍAS

POEMAS DE UN PLEBEYO

Fernando Antonio Herazo Girón

113

POEMAS

René Arrieta Pérez

131

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

135



EDITORIAL

UNIVERSIDAD LIBRE, CAMINO A LA ACREDITACIÓN INSTITUCIONAL

Con el lema “la calidad académica un compromiso institucional”, la Universidad Libre se encuentra inmersa en la tarea de lograr la acreditación institucional, sello de alta calidad, que garantiza ante la sociedad, la calidad y evolución en los procesos educativos que viene desarrollando en sus diferentes seccionales, ubicadas en ciudades estratégicas del país, como son: Bogotá, Barranquilla, Cali, Cúcuta, Pereira, Socorro y la Sede Cartagena. La acreditación, en este caso institucional, es un reconocimiento por parte del Estado, de la calidad de la entidad, que implica una cultura de autoevaluación y la autorregulación, con miras de alcanzar altos estándares de calidad en sus procesos académicos. En este sentido, es pertinente señalar que de acuerdo con los estatutos, la excelencia académica es uno de los principios que orientan las funciones de la Universidad Libre, en sus diferentes seccionales.

En una sociedad de gran convulsión política, económica, social, cultural y moral, la Universidad Libre, en su actuar cotidiano, a través de su función misional – docencia, investigación y proyección social– propende por una gestión socialmente responsable, en cuanto a la organización, a la formación académica, a la producción y difusión del saber; y, a la participación social en el desarrollo humano y sostenible de la comunidad regional y nacional. El compromiso del docente permite formar al futuro profesional en los campos disciplinarios, que impactan las diferentes esferas en las que se desenvuelve en su accionar diario. La gestión investigativa, a su vez, se encarga de formar al estudiante en los principios y prácticas académicas para transformar procesos, buscar soluciones a las problemáticas identificadas, y generar conocimiento, orientados al desarrollo de la ciencia, mediante la incorporación del método científico. La proyección social, se visibiliza a través de la gestión que desde el Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación; y, el Centro Empresarial desarrollan en su entorno, con el deseo de contribuir al progreso y bienestar de la sociedad a través de la solución de las problemáticas de la comunidad.



La Universidad Libre, Sede Cartagena, que fue una de las visitadas para la apreciación de condiciones iniciales, realizadas por los doctores Jaime Bernal Villegas, y Diana María Ramírez Carvajal, Consejeros del CNA, ha participado activamente en todos los procesos de documentación, y requerimientos realizados para que la contribución al proceso desde los estamentos de Cartagena, sea exitosa. Por lo tanto, estamos confiados en que el grupo de trabajo liderado por la Presidenta – Delegada – Rectora, Beatriz Tovar Carrasquilla, culmine a cabalidad los procesos y resultados de autoevaluación que visibilicen la calidad del trabajo académico y administrativo del proyecto educativo institucional de la Sede Cartagena.

Sea esta nueva edición de la *Revista Cultural Unilibre*, un testimonio de la gestión investigativa y de proyección social, liderada por profesores y estudiantes, inspirados en los principios filosóficos unilibristas, direccionados al fortalecimiento de la ciencia, fuente de libertad.

Zilath Romero González

Directora del Centro de Investigaciones

1



DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

LA LEY, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA FRENTE A LOS ACTOS REALIZADOS POR DISCAPACITADOS MENTALES ABSOLUTOS INTERDICTOS CELEBRADOS EN UN INTERVALO LÚCIDO

Cristian David Jurado Ferrer¹

INTRODUCCIÓN

La validez de los actos jurídicos es un tema que desde los albores del derecho romano ha generado una gran preocupación por parte de los juristas, adquiriendo mayor relevancia en la actualidad, a pesar de que se ha presentado un significativo avance en el desarrollo de los conceptos e instituciones relacionadas con dicha temática.

Lo anterior, toda vez que los actos jurídicos en sentido amplio encarnan la aplicación del postulado básico que en materia de derecho privado rige las relaciones entre los particulares, esto es, el principio de la Autonomía de la Voluntad o Autonomía Privada, que guía a los sujetos en la producción de efectos que en su órbita desarrollan frente sus extremos contractuales, terceros y la sociedad en general.

Pero como es sabido, el postulado de la Autonomía de la Voluntad no es un principio absoluto en nuestro Derecho -aunque el mismo es considerado como de raigambre

constitucional-, puesto que los intervinientes en una relación obligacional necesariamente deben estarse a los *lineamientos* por una parte, y *límites* por otra.

Quiere decir esto que, aunque no compartamos que el postulado de la autonomía de la voluntad se encuentre en una crisis, así se discuta su soberanía, creemos que el principio está en un proceso de transformación y acomodamiento a nuestra era, pero que es evidencia que mantiene una tenue subordinación al ordenamiento jurídico, los cuales entendemos como lineamientos por una parte -necesarios para encajar dentro de la teoría y dogmática de los actos que se ha fraguado desde los antiguos pueblos hasta el día de hoy-, y limitaciones por otra. Estos lineamientos y restricciones derivan en la regulación de los contratos por la ley. Los primeros, hacen referencia a las pautas ordenadoras del contrato. Las segundas, a las directrices prohibitivas a los contratantes².

De este modo, resulta relevante indagar si realmente nuestro ordenamiento le concede

¹ Abogado. Especialista en Derecho Comercial. Diplomado en Pedagogía Universitaria. Candidato a Magister en Derecho Privado de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Email: cristian_jurado_ferrer@hotmail.com

² En diferentes trabajos académicos personalmente he dejado clara mi postura al respecto, donde el entendimiento de la autonomía de la voluntad lo explico distinguiendo lo que considero lineamientos y lo que se ha desarrollado nutridamente como límites al postulado.



validez a los actos jurídicos realizados por discapacitados mentales absolutos que han sido declarados interdictos, aun cuando éstos actúen en un intervalo de lucidez que suponga cumplir con los requisitos para contratar. Máxime si hace algunos años el legislador introdujo una importante modificación al régimen legal de guardas y se dictaron disposiciones precisas para la protección de estos sujetos, mediante la ley 1306 de 2009.

I. LOS ELEMENTOS DEL ACTO JURÍDICO

Vale la pena hacer la advertencia que si bien los códigos, la jurisprudencia y doctrina, han utilizado las expresiones *hecho jurídico*, *actos jurídicos*, *negocios jurídicos* y *contratos*, atribuyéndole algunos diferencias notables y clasificaciones diversas que tienen que ver con todo el andamiaje de la teoría contractual. Siendo un asunto más profundo que una problemática de traducción. Nos referiremos indistintamente a acto, negocio jurídico o contrato para abarcar y englobar en lo posible todos estos conceptos, tanto por la indiferencia que para la vida práctica representa esta identificación, como por no ser trascendente para este trabajo de investigación.

Además, tanto en el ámbito nacional³ como en el derecho comparado, las normas de derecho privado, autores y jurisprudencia, en general se expresan en una y otra forma para referirse a todas estas expresiones humanas⁴. Súmese a todo lo anterior la sinonimia que también se emplea indiferentemente por las diversas fuentes formales del derecho para hacer alusión a los actos jurídicos, tales como “manifestación de voluntad” o “declaración de voluntad”. Que si bien tienen connotaciones diferentes, la homogeneización sufrida es generalizada, resultando aplicable la antitécnica similitud de todos estos conceptos para nuestra tesis.

También permitimos advertir desde ahora que por las mismas razones utilizamos indistintamente las expresiones autonomía de la voluntad, libertad contractual o autonomía privada; teniendo en cuenta que todas ellas conducen a lo mismo: la facultad de los particulares a regular sus intereses, de crear normas jurídicas, donde el contrato es una de sus manifestaciones por excelencia. Sin tomar partido por las distinciones que la doctrina ha realizado sobre estas locuciones, que asumimos como válidas para otros propósitos, pero indiferentes para los fines en que nos comprometimos en esta ocasión.

3 El Código Civil colombiano emplea la expresión “acto jurídico”, mientras que el Código de Comercio se inclina mayormente por utilizar “negocio jurídico”, aunque también habla de “actos”. Esta dicotomía en el uso del lenguaje técnico, se debe a los antecedentes normativos que inspiraron una y otra codificación. Por su lado la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia utilizan como sinónimos ambas expresiones.

4 Sin embargo, vale la pena traer a colación la opinión de GÓMEZ, Carlos, en: *Teoría del Contrato*. Medellín, Universidad de Medellín, 2010, p. 20 y ss. Señalando que las nociones de acto jurídico – en sentido estricto- y negocio jurídico son claramente diferenciables, pero que a pesar de ello la gran mayoría de la doctrina colombiana hace un uso indiscriminado de estos términos, apoyándose este equivoco en la llamada “teoría francesa del acto jurídico”, que según señalan es más acorde con la terminología del Código Civil de Bello. Lo cual rebate el autor mencionado por un lado, que nuestro ordenamiento civil menciona la expresión *negocio* como sinónimo de contrato, pero que aunque el codificador empleara únicamente el término *acto jurídico*, tal situación no empece para que la doctrina formule el concepto de *negocio jurídico*. Por demás, que a su juicio nunca ha existido la tal “teoría francesa del acto jurídico”, pues la misma corresponde a estudios de autores franceses en las primeras décadas del siglo XX sobre los avances de la escuela histórica de Savigny, conocida como pandectística alemana. Evidentemente el autor citado se apoya en LEÓN, Leysser. *El sentido de la codificación civil: estudios sobre los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*. Lima, Palestra, 2004.

Desde esta perspectiva, los elementos generales de todo contrato han sido tratados diversamente por los principales autores colombianos, a la luz del artículo 1502 del Código Civil que desarrolla sus presupuestos, en consonancia con el artículo 1501 sobre los elementos *esenciales, naturales y accidentales* que pueden distinguirse de todo acto jurídico⁵.

Se dice por ejemplo que son elementos esenciales de todo acto en general⁶, la capacidad, el consentimiento, la causa y el objeto⁷. En ese mismo sentido, SUESCÚN identifica los elementos esenciales de todo acto con el consentimiento, la capacidad de los contratantes, el objeto y la causa, además de la forma solemne⁸.

Del mismo modo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia los identifica desde antaño así: *“...por supuesto que el análisis comprende implícitamente el lleno de los requisitos que para la existencia y validez de todo tipo de negocio jurídico, consagra el art. 1502 del C. Civil”*⁹. En igual sentido se pronunció más recientemente: *“La regla segunda del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, atañe, estricto sensu, a los*

*presupuestos de validez del negocio jurídico prometido, esto es, en la nomenclatura legislativa a la capacidad de las partes, licitud de causa y objeto y, consentimiento exento de todo vicio, los cuales, deben concurrir tanto respecto del contrato preparatorio cuanto del definitivo”*¹⁰.

Por otra parte, un amplio sector de la doctrina nacional apunta a diferenciar los requisitos para la *existencia*, de los requisitos para su *validez*. Así, OSPINA considera como esenciales para la existencia del acto: la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto y la forma solemne. Mientras para su validez ubica la capacidad de los agentes, la ausencia de vicios de la voluntad, la ausencia de lesión enorme, la licitud del objeto, la realidad y la licitud de la causa, y la plenitud de las formalidades prescritas por la ley¹¹.

En este mismo sentido VALENCIA distingue como elementos esenciales de existencia la declaración de voluntad y la formalidad para ciertos negocios cuando esta es *ab substantiam actus o ad solemnitatem*¹². Y con referencia a las exigencias de validez, señala que sean celebrados por personas capaces de ejercer sus derechos; que exista una

5 Artículo 1501: Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

6 Diferenciando los esenciales para cada acto en particular, como por ejemplo el precio y la cosa en la compraventa; el uso y goce del bien y el precio en el arrendamiento; etc.

7 PEÑA, Lisandro. *Contratos mercantiles. Nacionales e internacionales*. 3° ed., Bogotá, Temis, 2010, p. 72.

8 SUESCÚN, Jorge. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. 2° ed., Bogotá D.C., Legis, 2005, T.I., pp. 76 y ss.

9 Sentencia de 14 de julio de 1998. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez. Expediente No. 4724

10 Sentencia de 7 de febrero de 2008. Magistrado Ponente: William Namén Vargas. Expediente 2001-06915-01.

11 OSPINA, Guillermo; & OSPINA, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 7° ed., Bogotá, Temis, 2009, pp. 83 y ss.

12 VALENCIA, Arturo; & ORTIZ, Álvaro. *Derecho civil. Parte general y personas*. 16° ed., Bogotá D.C., Temis, 2008, Tomo I., p. 588.



declaración de voluntad exenta de vicios; y que dicha declaración de voluntad tenga un contenido u objeto posible y lícito¹³.

Vale decir que no es de nuestro interés profundizar en esas distinciones. Nos conformaremos con reiterar que nos ubicamos conforme la estructuración dada por la Escuela Clásica Francesa adoptada en el artículo 1502 del Código Civil, teniendo como pilares y soportes del contrato el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa. Debiendo referirnos únicamente en lo atinente al elemento capacidad, por ser este el directamente involucrado en los actos de los interdictos.

II. LOS DISCAPACITADOS MENTALES ABSOLUTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Como es sabido, existen dos categorías de capacidad. Una es la denominada *de goce, natural o de derecho*, que es la que se considera un atributo de la personalidad y que se traduce en la aptitud de una persona para adquirir derechos o contraer obligaciones, pero que no se encuentra recogida en nuestros códigos.

También está la denominada *capacidad legal, de obrar, de ejercicio, negocial o de hecho*, que implica que la persona pueda desarrollar su capacidad natural o de goce sin

intervención de otra, es decir por sí misma y directamente.

Esta última categoría de capacidad está contenida en el inciso segundo del artículo 1502 del Código Civil, cuando señala que “*La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra*”. Mientras que el artículo 1503 del mismo estatuto indica que toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces.

Dentro del grupo de sujetos que conforman la excepción a la regla general de la capacidad, se encuentran con las características y condiciones actuales:

1. El impúber. Esto es el menor de 12 años.
2. El sordomudo que no se puede dar a entender de ningún modo.
3. El discapacitado mental absoluto.

Para saber quiénes son considerados hoy en día como discapacitados mentales absolutos, hay que verificar el artículo 17 de la Ley 1306 de 2009, que es el nuevo régimen de representación legal de incapaces emancipados. La mencionada disposición señala que: “*Se consideran con discapacidad mental absoluta quienes sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental. La calificación de la discapacidad se*

¹³ Ibid. p. 525.

hará siguiendo los parámetros científicos adoptados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación y utilizando una nomenclatura internacionalmente aceptada”.

La actual legislación que derogó los artículos 428 a 632 del Código Civil, introdujo notables cambios, dentro de los cuales se encuentran la eliminación de la figura de tutor; la consagración de otros sujetos guardadores, como lo son el consejero y el administrador fiduciario; pero como señala PARRA: “Mas, fue su propósito modernizar el tratamiento jurídico a las personas con discapacidad mental, haciéndolo acorde con los avances en la clasificación médica y científica y con lo consagrado en la Constitución Política...”¹⁴.

1. Efectos de la interdicción frente a los actos jurídicos del discapacitado mental absoluto

Como quiera que no todos los individuos de la especie humana tienen capacidad legal o de ejercicio y por ello el ordenamiento los considera incapaces, se han ideado medidas para proteger sus derechos, puesto que al no cumplir con uno de los elementos estructurales del acto jurídico como lo es precisamente la capacidad, los contratos que celebre adolecerán de nulidad absoluta, por lo que se frustran sus efectos. Una de estas medidas es la denominada interdicción, que con la

Ley 1306 de 2009, funge además como “una medida de restablecimiento de los derechos del discapacitado, y en consecuencia, cualquier persona podrá solicitarla”¹⁵.

Dentro de los aspectos que merecen ser examinados con la expedición de este nuevo régimen de representación de incapaces emancipados, está lo concerniente a la validez de los actos realizados por el discapacitado mental absoluto en intervalos de lucidez cuando ha mediado previa declaratoria de interdicción del incapaz.

Es de rememorar que el artículo 553 del Código Civil consagraba en cuanto a los dementes –denominación que ya no es utilizada y cedió a la de discapacitado– que: *Los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente.*

Al ser derogado expresamente dicho artículo, la norma actualmente aplicable es del siguiente tenor:

Artículo 48: Eficacia de los actos de los interdictos: Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el presente capítulo, los actos

14 PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Derecho civil general y de las personas*. 2ª ed., Bogotá, Leyer, 2010, p. 338.

15 Artículo 25.



realizados por la persona con discapacidad mental absoluta, interdicta, son absolutamente nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido.

Los realizados por la persona con discapacidad mental relativa inhabilitada, en aquellos campos sobre los cuales recae la inhabilitación son relativamente nulos.

Por consiguiente, la Ley 1306 de 2009 no modificó lo que tiene que ver con la nulidad de los actos que realice el discapacitado mental absoluto que ha sido declarado interdicto, pues se mantiene que en ese evento no tendrán validez aunque se alegue que lo celebró en un intervalo de lucidez.

La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema en cuanto a los actos celebrados por el interdicto por “demencia” (léase discapacidad mental) ha indicado reiteradamente que frente a ellos se aplica una presunción de derecho de su incapacidad, bastando acreditar que con anterioridad se había declarado la interdicción, por lo que no es necesario demostrar la discapacidad.

Contrario al tratamiento que se le da a los actos que hubiese celebrado el discapacitado mental absoluto no interdicto, puesto que allí al operar la presunción de hecho de capacidad legal, se podría desvirtuar demostrando que la persona que realizó el acto se encontraba

en ese intervalo padeciendo de una grave anomalía síquica.

La Corte Suprema lo ha cristalizado así:

“a) Presunción de derecho de incapacidad del interdicto. Es de derecho la presunción de incapacidad del interdicto por demencia, porque el mencionado artículo 553 establece que serán nulos los contratos que celebra “aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido”. De esta suerte, para declarar la nulidad de todo acto o contrato celebrado por in interdicto por demencia, basta acreditar que con anterioridad se había declarado la interdicción; no es necesario, pues, demostrar que estaba entonces demente”.

“b) Presunción legal de capacidad del no interdicto. En cambio, la presunción de capacidad es legal, porque el citado artículo 553, en su segundo inciso, admite desvirtuarla si se demuestra que la persona que celebró o ejecutó el acto o contrato, ‘estaba entonces demente’. Por consiguiente, las actuaciones en la vida civil de las personas legalmente capaces que no han sido declaradas en interdicción judicial por insanidad de juicio, están amparadas por la referida presunción legal de capacidad y en tal virtud son válidas, mientras no se declare judicialmente lo contrario. Para este efecto será necesaria la plena prueba de que la

persona que los celebró padecía “entonces” una grave anomalía síquica”¹⁶.

Del mismo modo la doctrina nacional ha coincidido con la presunción de incapacidad¹⁷ que ampara a los discapacitados mentales interdictos, manifestando que en esos eventos los actos generan nulidad absoluta y no es dable argüir que fueron realizados en un intervalo de conciencia del sujeto, pues una vez media interdicción los actos posteriores no tienen validez, al tenor de las normas transcritas.

Pero, aunque se tenga como regla que no están llamados a producir efectos los actos del discapacitado mental absoluto luego de su declaratoria de interdicción, lo que podemos observar es que tal apreciación no es tan cierta, pues el mismo ordenamiento le confiere validez a múltiples actos que actuando en periodos de lucidez pueden celebrar estos incapaces, como pasa a explicarse a continuación.

2. Actos jurídicos validos del discapacitado mental absoluto interdicto

En el régimen actual establecido por la Ley 1306 de 2009, el incapaz absoluto interdicto a razón de una discapacidad mental absoluta, sí tiene aptitud para obligarse a sí mismo sin necesidad de la intervención de su

curador, que en virtud de las normas es su representante legal.

Esta categórica afirmación que presentamos se sostiene no sólo en los eventos en que el discapacitado actúe en intervalos lúcidos como la otrora disposición del Código Civil preceptuaba, es decir, sino que aun existiendo sentencia declaratoria de la interdicción del sujeto protegido por las normas y en algunos casos sin necesidad de recurrir a la exigencia probatoria de acreditar que se trataba de un intervalo de auténtica lucidez del incapaz, muchos de sus actos tendrán plena vocación de validez, sin que se pueda discutir que está viciado de nulidad absoluta.

Compartimos la opinión referente a que resulta poco probable que un discapacitado mental absoluto pueda gozar de continuos y frecuentes periodos de conciencia que le permitan realizar actos jurídicos lúcidamente, dado que la misma consideración que la Ley 1306 de 2009 hace de cuándo hay discapacidad mental de categoría absoluta, exige que se trate de: 1. Una afección o patología; 2. Que ésta sea severa o profunda; 3. Que la afección o patología lo sean del aprendizaje, o del comportamiento, o impliquen deterioro mental. 4. Que se califique la discapacidad conforme a parámetros científicos y patrones internacionales; lo que de suyo impide que

16 Sala de Casación Civil. Sentencia de 25 de mayo de 1976. Reiterada en providencia del 10 de octubre de 1978. Línea jurisprudencial que se mantiene por ejemplo en sentencia del 13 de julio de 2005.

17 En este sentido: PARRA BENÍTEZ, Jorge. Op. Cit.; VALENCIA, Arturo & ORTIZ, Álvaro. Op. Cit.; SERRANO GÓMEZ, Rocío. *Modificaciones al régimen de capacidad humana en la ley 1306 de 2009*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Volumen 40 No. 113, 2010. LAFONT PIANETTA, Pedro. *Derecho de familia. Derecho Marital-Filial-Funcional. Addenda. Reforma de la ley 1306 de 2009. Guarda familiar*. Bogotá, Librería del Profesional, 2010. Entre otros destacados autores.



cuantitativamente se dé en el tráfico jurídico patrimonial relevante la hipótesis en estudio. No obstante, sí pueden presentarse los casos y al momento de incurrir en el supuesto de hecho se deben tener presente las consecuencias jurídicas de ese actuar, para lo cual es necesario auscultar las fuentes del derecho y con ello poder darle sentido y alcance a las disposiciones, que aunque parezcan tener claridad en su regulación, es discutible cualquier postura que se asuma.

De acuerdo con el marco normativo vigente, se observa prístinamente sendos actos de familia, en los que la misma legislación vigente sobre régimen legal de incapaces emancipados señala que tendrán validez. Esto ocurre por ejemplo en lo referente al matrimonio, la adopción, reconocimiento o impugnación de la filiación, y otros actos que se le asimilen. Estos actos están expresamente consagrados en el artículo 50 de la Ley 1306 de 2009, de tal manera que aunque preceda declaratoria de interdicción, puede el discapacitado realizarlos frente al Juez de Familia, mientras se encuentra en un intervalo de lucidez. Así lo preceptúa la norma:

ARTÍCULO 50. Situaciones de familia del sujeto con discapacidad mental absoluta:

Todo acto relacionado con el Derecho de Familia de personas con discapacidad mental absoluta, deberá tramitarse ante

el Juez de Familia. Son ejemplos de estos actos, el matrimonio, el reconocimiento o impugnación de la filiación, la entrega en adopción de hijos, la prestación alimentaria a favor de terceros y otros actos que se asimilen.

Dentro de estos procesos el Juez de Familia deberá escuchar a la persona con discapacidad mental absoluta cuando, en opinión de los facultativos, se encuentre en un intervalo lúcido y tenga conciencia del alcance de sus decisiones.

En todo caso, para la determinación de la filiación de un hijo atribuido a la persona con discapacidad mental absoluta, concebido durante la interdicción, se deberán practicar las pruebas científicas que permitan tener la mayor certeza sobre la filiación de conformidad con la Ley 721 de 2001 y las normas que la reglamenten, sustituyan o adicionen.

PARÁGRAFO: Los sujetos con discapacidad, no podrán ser discriminados por su situación en cuanto a las relaciones de familia, en especial al ejercicio pleno de sus derechos relacionados con la constitución de una familia y su participación en ella.

Corresponde al Juez de familia autorizar las restricciones a estos derechos por razones de protección del individuo.

Es pertinente señalar que el matrimonio, adopción, reconocimiento de la filiación, etc. encajan perfectamente dentro de la categoría de actos jurídicos en sentido amplio, pues aunque se discuta la naturaleza de contrato del matrimonio, por ejemplo, es indiscutible que configura una manifestación de la voluntad dirigida a producir efectos jurídicos.

Asimismo, los contratos laborales o de prestación de servicios que celebren los discapacitados mentales absolutos, así hayan sido sometidos a interdicción, también tienen plena validez en nuestro sistema jurídico. Basta con observar el artículo 51 de la Ley 1306 de 2009, en lo que se les reconoce capacidad para celebrar contratos laborales. La norma en mención indica:

ARTÍCULO 51. Labores personales del sujeto con discapacidad: Las personas con discapacidad mental absoluta tendrán derecho a una justa remuneración por todas aquellas labores personales que realicen en favor de terceros, sin importar la causa de la actuación. Quien alegue que la actuación era gratuita, deberá demostrar que existió voluntad sana y consciente de la persona con discapacidad.

Corresponderá a los Jueces de Familia resolver las cuestiones relacionadas con la remuneración de las obras y servicios prestados por personas con discapacidad

mental absoluta y los problemas relativos a su vinculación más o menos permanente y determinar el alcance de las obligaciones y valor de las prestaciones.

PARÁGRAFO: El Juez en la determinación de la remuneración tendrá en cuenta, especialmente, la ventaja económica que la labor de la persona con discapacidad mental absoluta reporta para el beneficiario de la prestación.

Esta norma debe ser acompañada con el artículo 13 de la misma ley, que en su parte pertinente consagra: *“Derecho al trabajo: El derecho al trabajo de quienes se encuentren con discapacidad mental incluye la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo estable, libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles en condiciones aceptables de seguridad y salubridad”*; por lo que no hay dudas que aunque tengan incapacidad absoluta, pueden celebrar contratos de esta naturaleza sin que se les reste validez, los cuales un sector de la doctrina considera que la ley al decir que será la voluntad autónoma del incapaz, no requiere al representante legal para pactarlos¹⁸.

Lo que sí es claro es que en materia de los contratos laborales, no exige siquiera la norma que haya un intervalo de lucidez para

18 En este sentido: SERRANO GÓMEZ, Rocío. Op. cit. En contrario: MONTOYA OSORIO, María & MONTOYA PÉREZ, Guillermo. *Las personas en el derecho civil*. 3ª ed., Bogotá, Leyer, 2010.



que produzcan efectos, siendo otra excepción a la regla general de la nulidad de los actos del interdicto discapacitado mental absoluto, por el contrario quien alegue que se trataba de una actuación gratuita, deberá demostrar la voluntad y consciencia del incapaz.

No resulta extraño al ordenamiento privado colombiano que un incapaz actúe por sí mismo negocios jurídicos dotados de validez, pues no puede perderse de vista que además de estas excepciones arriba reseñadas, verbigracia el Código de Comercio faculta a los incapaces para celebrar contratos de transporte de personas, como lo establece el artículo 1000, contemplando a sazón que el contrato celebrado para sí por persona relativamente incapaz no será anulable. Lo mismo ocurre en esa codificación con el contrato de seguro en cuanto a menores adultos, que a la postre son incapaces relativos, donde permite que den su consentimiento personalmente y no por intermedio de sus representantes¹⁹.

Esto lleva a considerar también que en la vida cotidiana y el tráfico jurídico actual, los discapacitados mentales interdictos –así como los demás incapaces absolutos- realizan constantes actos jurídicos de tipo contractual, como lo es la compraventa de productos para su alimentación, la celebración de contratos de transporte, etc. Que como ha sido abordado por la doctrina, no ameritan sanción por ineficacia, dado que no tienen

mayor relevancia jurídica ni trastoran los intereses que buscan proteger las normas.

Por último, no podemos perder de vista que también resultan válidos los actos gratuitos o desinteresados a favor del discapacitado mental absoluto, así como aquellos que sean bilaterales onerosos que le sean útiles, de manera similar a como lo consagraba la primigenia redacción del Código Civil²⁰.

III. CONCLUSIONES

Si bien el principio de la Autonomía de la Voluntad es el pilar básico donde reposa el derecho privado, su incidencia y aplicación no es absoluta en todos los actos jurídicos, de tal suerte que ellos deben estar acorde a los preceptos normativos que le guían para la correcta producción de efectos jurídicos.

Aunque el sistema jurídico colombiano no tenga una clara teoría general del acto, negocio jurídico y contrato, se extraen de la legislación, jurisprudencia y doctrina, que se estructuran bajo las premisas de la Escuela Francesa, por lo que toda manifestación o declaración de voluntad debe tener necesariamente capacidad, consentimiento libre, objeto y causa revestidos de licitud. Siendo vital para la producción de efectos que el contratante goce de la capacidad legal para que genere vínculos obligacionales saludables y no repugnen al ordenamiento.

¹⁹ Artículo 1137 del Código de Comercio

²⁰ Artículo 49 de la ley 1306 de 2009.

La ley 1306 de 2009, modificó lo relativo a los incapaces, estableciendo que algunos sujetos no gozarán de la aptitud para obligarse por sí mismos, denominándolos discapacitados mentales absolutos, ellos estarán representados por un curador y cualquier persona puede solicitar que sean declarados interdictos.

Una vez interdictos, la norma indica que los actos celebrados por éstos serán nulos, sin que sea dable alegar que fueron realizados en intervalos de lucidez, lo que en principio conllevaría a pensar que es una regla absoluta y que en consecuencia no habría ningún acto que pudiese tenerse como válido. Pero esa apreciación no es del todo acertada. En efecto existen actos jurídicos que la misma ley le permite celebrar al discapacitado mental absoluto interdicto, como lo son algunos actos de familia, contratos laborales y los que cotidianamente se celebran en el tráfico jurídico de poca relevancia.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK MANASEVICH, René. (2004). Las obligaciones. Tomos I y II (4ª ed.). Editorial Dislexia Virtual.
2. ARRUBLA PAUCAR, Jaime. (2006). Contratos mercantiles. Contratos atípicos. Tomo III (6ª ed.). Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Diké.
3. ARRUBLA PAUCAR, Jaime. (2007). Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil. Tomo I (12ª ed.). Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Diké.
4. BETTÍ, Emilio. (1983). Teoría general del negocio jurídico (3ª ed.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
5. BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. (2009). De los negocios jurídicos en el Derecho Privado colombiano. Vol. I (4ª ed.) Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
6. BOHÓRQUEZ, Antonio (2013). De los negocios jurídicos en el Derecho Privado colombiano. Generalidades contractuales. Vol. II. (2º ed.) Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
7. GÓMEZ, Carlos. (2010) Teoría del Contrato. Medellín: Universidad de Medellín.
8. LAFONT PIANETTA, Pedro. (2009). Derecho de familia. Derecho Marital-Filial-Funcional. Addenda. Reforma de la ley 1306 de 2009. Guarda familiar. Bogotá D.C., Librería del Profesional.
9. LEÓN, Leysser. (2004). El sentido de la codificación civil: estudios sobre los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano. Lima, Palestra.
10. LUTZESCO, Georges (2006). Las Nulidades de los actos jurídicos (teoría y práctica). Bogotá D.C.: Editorial Leyer.
11. NICOLAU, Noemí. (2009). Fundamentos de derecho contractual, Tomo I, Teoría general del contrato. Buenos Aires: Editorial La Ley.



12. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo & OSPINA ACOSTA, Eduardo. (2009). Teoría general del contrato y del negocio jurídico (7ª ed.). Bogotá D.C.: Editorial Temis.
13. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. (2008). Régimen general de las obligaciones (8ª ed.). Bogotá D.C.: Editorial Temis.
14. PARRA BENÍTEZ, Jorge. (2010). Derecho civil general y de las personas. (2ª ed.). Bogotá D.C.: Leyer, 2010.
15. PLANIOL, Maurice. & RIPERT, George. (1946). Tratado práctico de derecho civil francés. Habana. Editorial Cultural.
16. POTHIER, Robert. (2002). Tratado de las Obligaciones. Buenos Aires: Tribunal Superior de Justicia.
17. RAMÍREZ BAQUERO, Edgar. (2008); La ineficacia en el negocio jurídico. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
18. SERRANO GÓMEZ, Rocío. (2010). Modificaciones al régimen de capacidad humana en la ley 1306 de 2009. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Volumen 40 No. 113.
19. VALENCIA ZEA, Arturo. & ORTIZ MONSALVE, Álvaro. (2010). Derecho civil. Tomo III, De las obligaciones. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
20. VALENCIA, Arturo; & ORTIZ, Álvaro. (2008) Derecho civil. Parte general y personas. 16º ed., Bogotá D.C.: Editorial Temis.

LA INVESTIGACIÓN ACCIÓN EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Elizabeth Ramírez Llerena¹

Empezamos introduciendo este ensayo señalando, que el termino Investigación Acción, proviene de Kurt Lewis² y fue utilizado por primera vez en 1994. Este autor describía una forma de investigación que ligaba el enfoque experimental de las Ciencias Sociales con programas de acción social, que permitiera a los investigadores intervenir comunidades para indagar sobre problemas sociales. Lewis³ afirmaba que a través de la Investigación Acción se podía lograr en forma simultánea, hacer teoría y cambios sociales. La Investigación Acción se puede utilizar con diversos usos y sentidos, son numerosas las orientaciones metodológicas que la reclaman para sí; por ejemplo, en la investigación educativa, ya que los profesores en las escuelas y universidades pueden hacer: Investigación en el Aula, Investigación Participativa o Investigación Crítica. La Investigación Acción también se puede aplicar en disciplinas de las Ciencias Sociales como el Derecho. El Derecho tiene dos tipos de investigación: La Investigación Jurídica Pura y la Investigación Sociojurídico. Es necesario distinguir las dos grandes áreas de investigación en el Derecho, veamos:

LOS ENFOQUES DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO

Se pretende, la formación de un abogado cuya disciplina sea la investigación (Jurídica y Socio jurídica) de manera que en su práctica jurídica, pueda dedicarse a observar, recoger, seleccionar, describir, comparar, clasificar y analizar los elementos del sistema jurídico frente a la sociedad, conformando y desarrollando una verdadera escuela del Derecho.

LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA PURA O BÁSICA, BIBLIOGRÁFICA O HERMENÉUTICA

Se relaciona con aspectos que conforman los tres elementos fundantes de la razón de ser de lo jurídico, tanto en la concepción axiológica, filosófica, como práctica, los mismos son:

- Los Espacios de la Juridicidad: Con sus componentes; naturaleza y concepción del pensamiento jurídico, y el derecho y la tecnología legal.
- Los Saberes Jurídicos Concretos: Que tienen relación con la filosofía del derecho y los diversos tipos de derecho.

¹ Abogada, Especialista en Derecho Penal. Doctora en Sociología jurídica e Instituciones Políticas. Docente de Jornada Completa de la Universidad Libre, Sede Cartagena. Email: kiko961@hotmail.com

² Murillo Tordecilla Francisco Javier. Métodos de Investigación en Educación Especial. Universidad Nacional Autónoma de México.

³ Ibidem.



- La Práctica Jurídica: Cuyo objeto es el ejercicio de crear, ampliar, ejecutar e interpretar el sistema normativo legal.

- LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA APLICADA: Incursiona en la doble relación del derecho y el Estado, en el sentido político – práctico que tiene la juridicidad en un contexto nacional histórico concreto, son investigaciones encaminadas a buscar espacios para esclarecer o proponer reformas o evaluaciones del sistema jurisdiccional.

- LA INVESTIGACIÓN EN TECNOLOGÍA JURÍDICA: Son procesos de investigación que se enmarcan dentro de lo que puede denominarse la fase técnica del ordenamiento jurídico y que fija su atención en la búsqueda de soluciones que permitan dotar de instrumentos más eficaces el trabajo de defensores, fiscales o jueces.

El objeto de la investigación jurídica es, las fuentes formales del derecho, es decir, el conjunto de regulaciones normativas que sirven de apoyo al abogado para resolver los problemas jurídicos concretos. El proceso investigativo en este nivel no se orienta a producir normas, sino a aplicarlas a la solución de casos concretos. En la investigación jurídica el conjunto de normas que regulan la actividad social de un país⁴ en un momento histórico determinado, son su objeto de estudio. La norma es por esencia un postulado del deber

ser que se formula a través de palabras, que son entes de contenido significativo. El método de investigación jurídica se debe orientar a desentrañar el sentido y el significado del postulado normativo, que es lo que constituye el método hermenéutico.

Se puede concebir el derecho en un primer postulado, como la expresión de la voluntad política de quien detenta el poder, en un determinado país; o como un producto cultural. En el primer caso el proceso hermenéutico se encaminará a desentrañar esa voluntad política, ya sea del legislador en la teoría de las ramas del poder público de Montesquieu (Método exegético); o ya sea la de quien detente el poder en el momento de aplicar la norma (Método sistemático); en el segundo postulado el proceso hermenéutico se encaminará a desentrañar el fin para el cual fue expedida la norma y a determinar su alcance y su contenido teniendo en cuenta la manera en que mejor pueda realizar dicho fin, dentro de las condiciones de tiempo, modo y lugar, en que este se debe lograr. Apreciamos desde nuestra experiencia investigativa y como Especialista en Teoría, Métodos y Técnicas de Investigación Social, opciones propias del enfoque cualitativo de la Investigación Social, que sirven para abordar el estudio y el análisis de la normatividad; como son la hermenéutica jurídica y la filosofía del lenguaje de Wittgenstein. Estas escuelas filosóficas sirven de apoyo para la interpretación de la norma.

4 Ramírez Llerena Elizabeth. La Investigación Socio jurídica. Editorial Doctrina y Ley. Bogotá. 2001.



La hermenéutica.⁵

Una de las primeras aproximaciones a la hermenéutica actual la hizo Dilthey⁶ para quien esta disciplina debe ser el método de las ciencias del espíritu. La comprensión tiene un carácter objetivo que se dirige hacia las objetivaciones de la vida, hacia las obras y valores históricos. Con Heidegger⁷ la hermenéutica gana profundización y la comprensión pasa a ser una estructura fundamental del ser humano. Para Hans George Gadamer⁸ (con su obra *Verdad y Método*) la hermenéutica deja de ser un método para convertirse en una doctrina filosófica, como propuesta coherente acerca de la comprensión. Su objeto no es ya la exploración del ser individual sino la investigación del ser histórico. La comprensión que tiene un carácter objetivo no consiste en entender al otro, sino en entenderse con otros, sobre un texto. Un texto puede ser un acontecimiento histórico, una obra de arte, pero en cualquiera de esos casos, la comprensión que se logra es histórica, en cuanto a que ese acontecimiento está mediado históricamente; luego la hermenéutica jurídica se define como la ciencia que desentraña el significado y el sentido de la Ley, interpretándola por medio de varios métodos científicos jurídicos de la metodología jurídica. Su finalidad consiste en desentrañar, el significado y el sentido de las fuentes formales del derecho.

Los Métodos de Interpretación de la Ley

Hay tres teorías que dan origen a los tres métodos científicos jurídicos, que sirven para interpretar la Ley mediante la hermenéutica jurídica. Primera teoría: La Teoría de Montesquieu, para quien el Derecho es la expresión de la voluntad del legislador, poseedor de la facultad de definir, por medio de las leyes, el destino de la nación. Al ejecutivo y al judicial sólo les compete dar aplicación a la norma, buscando dicha voluntad. De esta teoría surge el método exegético para interpretar la Ley.

Segunda teoría: Para Hans Kelsen la norma se desprende de la voluntad del legislador que la expidió, y se pone al servicio de la voluntad política de quien detenta el poder. Esta se expresa por medio de la constitución política del Estado. Toda norma se legitima, cuando se encuadra dentro de la que tenía mayor jerarquía que ella. Ejemplo: El acto administrativo en la Ley, la Ley en la constitución en la medida en que se integre en ésta. De dicha teoría surge el método sistemático para interpretar la Ley.⁹

Tercera teoría: Preconizada por la escuela historicista, la cual manifestaba que el contenido de la norma jurídica debe adecuarse, por el intérprete, a las condiciones económicas y particulares del medio social en que se desarrolle independientemente de la vo-

5 Briones Guillermo. *Epistemología de las Ciencias Sociales*. Bogotá D.C ICFES-ASCUN. p. 46.

6 Dilthey Wilhelm. *Introducción a las Ciencias del Espíritu*. Fondo de Cultura Económica. México. 1.949.

7 Heidegger Martin. *Introducción a la Investigación Fenomenológica*. Editorial Síntesis. 2008.

8 Gadamer Hans George. *Hermenéutica, estética e Historia*. Editorial Sígueme. 2008.

9 <http://es.slideshare.net/LinaMariaGaviriaGrisales/tarea-34319535>.



luntad del legislador. Su mejor representante fue el francés R. Soleilles, quien partió de la base de que el Derecho es la expresión de la voluntad social, es un producto cultural de los pueblos, quienes crean los mecanismos normativos que le permitan alcanzar sus propios destinos. El legislador puede regular esta normatividad, pero respetando la voluntad popular. No puede olvidar la condición histórica del comportamiento social. De esta teoría surgió el método sociológico para interpretar la Ley.

La filosofía del lenguaje¹⁰

La obra de Ludwig Wittgenstein (1889 – 1951) filósofo austriaco, comprende dos concepciones del lenguaje en relación con los objetos de la realidad. Sus obras: *Tractatus lógico-philosophicus*¹¹ (1922) y las *Investigaciones Lógicas*¹² (1933) muestran los elementos filosóficos que tienen relación con el lenguaje.

El objetivo del “*tractus*”¹³ es establecer los límites de aquello que puede decirse con significado, el lenguaje tiene como propósito principal establecer hechos para lo cual necesita hacer una figura de ellos, proceso que implica establecer una correspondencia entre el plano de lo real y el plano lingüístico. “*Lo que puede ser dicho, puede ser dicho con toda claridad y sobre lo que no se puede hablar se debe guardar silencio*”.¹⁴ El

mundo no es la totalidad de las cosas, sino la totalidad de los hechos que son figuras de las cosas, de los objetos. Todo lo que puede ser pensado, puede ser expresado por el lenguaje, pero la única función significativa del lenguaje consiste en describir los hechos. En sus investigaciones lógicas, no pretende teorizar ni explicar nada, salvo describir el fenómeno del lenguaje. El lenguaje comprende varios juegos lingüísticos, cada uno de los cuales está sometido a sus propias reglas, considera que el significado de las palabras se define por su uso. Solo cuando se sabe cómo han de ser usadas las palabras, sea para interrogar, describir objetos, nombrarlos, etc., sólo entonces puede decirse que se conoce y se puede hablar un cierto lenguaje. Los juegos lingüísticos¹⁵ expresan el espíritu de la norma y la cotidianidad del legislador. El lenguaje ya no se concibe como figura de la realidad sino como instrumento, como herramienta del intérprete que busca el espíritu de la norma. Su tarea como filósofo consiste en colocar las palabras que integran el precepto, en su uso cotidiano, las cuales expresan la forma de vida de la comunidad.

LA INVESTIGACIÓN SOCIO JURÍDICA

Se trata de una construcción interdisciplinaria en la que la dimensión social interpela los espacios de la juridicidad, los saberes jurídicos concretos y la práctica jurídica. Teniendo en cuenta:

¹⁰ Ibidem. p. 43.

¹¹ Wittgenstein Ludwig. *Tractatus lógico-philosophicus*. Editorial Tecnos. 2007.

¹² Wittgenstein Ludwig. *Investigaciones Lógicas*. Prentice Hall, 1999.

¹³ Wittgenstein Ludwig. *Tractatus lógico-philosophicus*. Editorial Tecnos. 2007.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Habermas Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa. Racionalidad de la Acción*. Vol. I. Editorial Taurus. 1999.

- Los efectos sociales de un marco jurídico específico, y su correspondencia con los fundamentos de un Estado de Derecho.
- Las relaciones entre el Derecho y otros aspectos que caracterizan el amplio mundo de lo social: las costumbres, los imaginarios, los usos sociales, etc.
- La configuración de prácticas sociales y culturales de diferentes grupos humanos que afectan el acatamiento o no de un sistema jurídico.
- El análisis comparado de contextos y las respuestas a su problemática específica desde el campo jurídico, del Derecho y los saberes del comportamiento humano.
- El análisis de la lógica jurídica y de la teoría de la argumentación que interpe-la sus enunciados normativos, de cara a una realidad concreta moldeada por procesos – de construcción de identidades, construidas mediante procesos de larga duración o en transición a formas modernas de las mismas.

La investigación sociojurídica debe llevar a entender que la regulación normativa debe ser entendida con un contenido axiológico, más no ontológico ya que va dirigido a regular fenómenos sociales y culturales; el investigador socio – jurídico puede hacer preguntas o construir sus hipótesis y supuestos desde un referente teórico y metodológico pero al interior de, una concepción sociológica del Derecho¹⁶ asumiendo que éste nace con rela-

ción a un fenómeno cultural cuya naturaleza es necesario conocer para expedir normas que sean viables en las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se deban realizar, legitimadas frente a la comunidad, en la medida en que se acojan a los fines para los cuales la comunidad creó la institución.

La investigación Socio - jurídica se dirige a crear Derecho, a regular los fenómenos culturales que son relevantes para un Estado en un momento histórico determinado; dándose solo al intentar de una concepción sociológica del Derecho, que es la que asume que éste nace con relación a un fenómeno cultural, cuya naturaleza y modalidades de realización empírica es necesario conocer, para poder expedir normas viables a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se deben cumplir y legitimadas frente a la comunidad en la medida que se acojan a los fines para los cuales la comunidad creó la institución.¹⁷ Ejemplo: Al crearse un nuevo estatuto sobre la familia, es necesario partir de un estudio sobre las distintas tipologías de familia que hay en nuestro país, con gamas tan heterogéneas como las familias patriarcales, matriarcales y aún en formas poligámicas; hay familias que tienen una duración muy precaria en el tiempo creando problemas complejos en las relaciones patrimoniales de las parejas y en las obligaciones con relación a la progenie y a los cónyuges entre sí. Es necesario conocer las características y las modalidades de la institución que

16 Ramírez Llerena Elizabeth. La Investigación Socio jurídica. Editorial Doctrina y Ley. Bogotá. 2001.

17 Ibidem.



se va a regular; por ejemplo, las personas que cumplen función de Policía en la comunidad y que apoyan a los abogados, deben reconocer al derecho como un fenómeno social esencial y a lo jurídico como una manifestación de su aplicación en la sociedad humana¹⁸, para luego ser capaz de evaluar las consecuencias e impactos que sobre la misma pueda tener el derecho, a la vez que asume la presencia del componente social de lo jurídico en el futuro ejercicio profesional.

La expresión “Sociología del Derecho” (o su equivalente aproximado: “Sociología jurídica”) designa hoy en día una dinámica académica que corresponde incuestionablemente a la existencia de una disciplina consolidada en muchos países así como a nivel internacional, o sea, a una comunidad de universitarios, investigadores y profesores, que se reconocen como trabajando todos sobre el mismo objeto, al aplicar similares conceptos, modelos, métodos de observación, etc.; y que, en sus trabajos individuales, dan una importancia determinante a las conexiones que entienden deben mantener con los colegas que pertenecen a esa comunidad, para la confrontación de las observaciones recogidas, de las teorías elaboradas, etc., a través de la aplicación de metodologías de la investigación acción, por ejemplo.

Se pueden intervenir socialmente las condiciones de vida de los pobladores de los

Montes de María del departamento de Bolívar desde el Derecho a través de una investigación Acción, ya que estas comunidades se caracterizan por la precariedad de los servicios esenciales de educación, salud, saneamiento básico, la marginación, la exclusión económica y social, la presencia de actores armados, la violación de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y la poca presencia del Estado, se vive día a día el desplazamiento forzado, no hay libertad de expresión, ni de movilización, hay poco respeto al libre pensamiento, hay asesinatos que quedan en la impunidad; situación que permite realizar Investigaciones Socio jurídicas y estudios de Sociología Jurídica desde la Investigación Acción.

La investigación social

La investigación social no es una actividad que pueda improvisarse; al contrario, requiere de un estudio profundo de sus antecedentes epistemológicos, teóricos y metodológicos. Sólo su conocimiento y correcta aplicación podrán autorizarnos para incluir los estudios que realicemos por medio de las ciencias sociales, propiamente tales. Proponemos en este ensayo trazar el puente que una a la sociología con el derecho y permitir así a nuestros jóvenes estudiosos de las ciencias jurídicas, intelectivas y académicos, trabajadores de la cultura, ser a la vez anatomistas y artistas, familiarizarse con los métodos

18 ESTUDIOS DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA: ESTADO DEL ARTE DEL CONFLICTO ARMADO EN EL SUR DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR (COLOMBIA). Por. Elizabeth Ramírez Llerena. Investigadora Socio jurídica. Semillero de Jóvenes Investigadores, Grupos de Investigación en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas (Facultad de Derecho de la Universidad Libre Sede Cartagena) y Administración de Justicia (Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de la Costa- CUC y Fundación Tecnológica Antonio de Arévalo –Tecnar).

de investigación social como la Investigación Acción y proponer sus resultados en la esfera de lo público.

Los planteamientos teóricos relacionados con las ciencias sociales son importantes. Para que los métodos y técnicas de investigación, en la labor del anatomista, no queden sin contextualización, la ayuda comprensiva es fuerza motivacional, estética, ética y política, propia de la acción social, la cual se abre a la comprensión filosófica para que se hagan explícitas su dimensión hermenéutica, su significación práctica y su incidencia cultural. Si consideramos las Ciencias Sociales como ciencias de la discusión, habremos acertado con lo más importante de su incidencia en la situación actual de nuestro contexto nacional. Comprendemos que el problema de la violencia y de la crisis no es otro que el de la incompreensión de los colombianos, respecto del autoritarismo de nuestros gobernantes y el dogmatismo acrítico de nuestros políticos. Si no fortalecemos nuestras concepciones culturales y nuestras estructuras comunicativas, nunca solucionaremos pacíficamente nuestros conflictos. El multiculturalismo, antes que ser un origen de conflictos, debería ser fuente de riqueza, de convivencia pacífica y de comunicación fecunda. La investigación social no pretende, en primera instancia, formar investigadores, pero sí dar un paso para que las metodologías y técnicas de investigación social como la Investigación Acción,

fundamentadas por las teorías, enmarquen al Derecho dentro de las ciencias sociales.

El derecho y la investigación social

La capacitación de talentos humanos en ciencias jurídicas por medio de la metodología y seminarios de investigación implica que más allá de las propias técnicas y procedimientos, se propicien espacios de reflexión sobre la realidad social, económica y política del país, con una fundamentación teórica y práctica, para la formación de profesionales del Derecho sensibles a los problemas sociales y creativos en la búsqueda de soluciones. Así mismo, formarlos en principios y valores que promuevan las condiciones para el reconocimiento recíproco, el respeto por las diferencias, la participación democrática y ciudadana, la comunicación e interacción simbólica, con base en la realidad social y la cultura de nuestros pueblos, la cual posibilite y legitime la vida cotidiana con nuevo espíritu de comprensión humana y de libertad. Fue Kant¹⁹ quien abrió la posibilidad de un desarrollo de las Ciencias Sociales. Con su obra se funda tanto el problema, o quizá más propiamente el horizonte de la subjetividad que puede ser realizada como un intento por alcanzar autonomía, autorreflexión y autodeterminación, como el de la intersubjetividad de la vida comunitaria y social que descubre la “sociable insociabilidad del ser humano”.

19 Kant Emmanuel. *Crítica de la Razón Pura*. Editorial Taurus 2013.



Quien no comprenda la esencial necesidad de las polaridades subjetividad e intersubjetividad como fundamento de la investigación en ciencias jurídico sociales, por cierto, muy pronto acudirá a las formas del positivismo más convencional para plantearse las preguntas sobre el comportamiento humano, sin atender los problemas que intenta realizar la cultura y, en ella, cada uno de los sujetos.

Presentamos las opciones metodológicas para adelantar investigación cualitativa aplicadas al derecho como la Investigación Acción, las cuales corresponden a una múltiple variedad de enfoques de la investigación social, que tienen elementos en común con la investigación jurídica, aunque también poseen características diferentes entre sí. La principal diferencia entre los llamados enfoques cualitativos y cuantitativos no estriba exactamente en el uso de números en el primer caso y en el no uso de éstos en el segundo. Las diferencias tienen que ver con dos razones importantes: Primera: el tipo de intencionalidad. Segunda: el tipo de realidad que uno y otro enfoque investigativo pretenden abordar. De esos dos elementos básicos devienen las diferencias de tipo epistemológico y técnico, que es posible diferenciar en esas dos maneras de encarar la investigación social.

Acerca de la intencionalidad, los enfoques de orden cualitativo apuntan más a un esfuerzo por comprender la realidad social como fru-

to de un proceso histórico de construcción, vista de conformidad con la lógica y el sentir de sus protagonistas y, por ende, sus aspectos particulares, y con una visión interna. Es nuestra intención presentar desde un texto argumentativo, los principales elementos de la formulación, el diseño y la gestión (ejecución) de procesos de investigación social, que puedan aplicarse al derecho, catalogados como cualitativos tal como lo es la Investigación Acción.

Las limitaciones halladas en el estudio de los distintos planos de la realidad humana, han impuesto a las disciplinas científicas ocupadas en abordarlas, un rompimiento con el monismo metodológico que privilegió al método experimental y sus derivados, como las únicas alternativas de construcción de conocimiento científico.

En este sentido, de buscar medios que logren captar características específicas de esa realidad humana, se establecen las vigencias de las alternativas de investigación cualitativa como la Investigación Acción en las Ciencias Sociales contemporáneas, reivindicando, entre otras cosas, las realidades subjetivas e ínter subjetiva como objetos legítimos de conocimientos científicos y la vida cotidiana como escenario básico de construcción, constitución y desarrollo de los distintos planos que configuran e integran dichas realidades como dimensiones específicas del mun-



do humano, poniendo de relieve el carácter único multidimensional y dinámico de las realidades humanas. Emerge así la necesidad de ocuparse en problemas como la libertad, la moralidad y la significación de las acciones humanas en un proceso de construcción socio-cultural e histórica, cuya comprensión es clave para acceder a un conocimiento pertinente y válido de lo humano.

La legitimación del conocimiento construido mediante alternativas de investigación cualitativa, se realiza por la vía de la construcción de consensos fundamentados en el diálogo y la ínter subjetividad. Desde esta perspectiva nacen conceptos como el de triangulación (de fuentes, de métodos, de investigadores y teorías) que constituye el reconocimiento de que la realidad humana es diversa y que todos los actores tienen perspectivas diversas. El conocimiento en este orden de ideas se realiza mediante la cooperación estrecha entre investigador y actores sociales que por su interacción comunicativa y por medio de una actitud realizativa, como la llamó Habermas,²⁰ logren construir perspectivas de comprensión más completas.

Las Universidades de Colombia, en especial las de Cartagena de Indias, contemplan en los Currículos del Programa de Derecho, la investigación como actividad cotidiana de los estudiantes y profesores e implementan Centros de Investigaciones Socio jurídicas,

creando líneas de investigación que orientan el desarrollo de procesos investigativos, con uniformidad de criterios directivos, ya que la institución diseña y concerta el currículo de este programa de formación para que el abogado que egrese, oriente su práctica jurídica cotidiana en lo investigativo, como ya lo hemos dicho, se pretende, la formación de un jurista, además de humanista, cuya disciplina sea la investigación Jurídica y Socio jurídica de manera que, siendo abogado, pueda dedicarse a observar, recoger, seleccionar, describir, comparar, clasificar y analizar los elementos que hay en un entorno o espacio social para enmarcarlo en el sistema jurídico. Esto es lo que conforma y desarrolla a una verdadera escuela del Derecho. Como Investigadores del Derecho, deben tener una formación integral: tanto Humanística, fundamentada en los Derechos Humanos; en lo social, en lo Jurídico Básico y en lo Técnico Científico (en su propio campo); lo anterior implica poder contar en un programa de Derecho, con un cuerpo de investigadores sólidos, que pueda generar una identidad institucional entre sus integrantes.

El Centro de Investigaciones Socio jurídicas, adscrito al programa de Derecho en las Universidades colombianas, debe ser un espacio reflexivo sobre aspectos relacionados con propuestas epistemológicas para la Investigación Social como la Investigación Acción y la del Derecho, estimuladora de la ciencia y

20 Habermas Jürgen. Teoría de la Acción Comunicativa. Racionalidad de la Acción. Vol. I. Editorial Taurus. 1999.



de la estética en la comunidad académica; y, así mismo, debe promover e incrementar las investigaciones que adelantan los directivos, los docentes y los estudiantes en el saber Jurídico y Socio-jurídico, indispensables en la toma de decisiones que día a día demanda la complejidad de las sociedades contemporáneas, dando vida a un currículo con enfoque investigativo. Esta es la tesis que se desarrolla en este artículo científico.

Las Universidades y sus programas de Derecho, deben regular el Centro de Investigaciones Socio jurídicas como un verdadero ente investigativo, para que impacte positivamente en el desarrollo del espacio social, como es el caso de Cartagena de Indias, en el Departamento de Bolívar en Colombia, donde trabajo como docente investigador del Derecho. Así mismo, la relación Universidad - Centro Investigativo debe trascender los linderos de la cotidianidad en los procesos de enseñanza-aprendizaje, para reinventar otras articulaciones que bajo los parámetros teóricos y metodológicos de la investigación social, tales como la Investigación Acción, la Investigación Acción Participación – I.A.P, y la Etnografía, etc., permita construir un modelo activo y competitivo que posibilite la inserción de los resultados de las investigaciones en el currículo.

En Colombia, la Ley 1286 de 2009 en su Artículo 5º, considera que uno de los objetivos

generales del Departamento Administrativo de Ciencias, Tecnología e Innovación – Colciencias –, es el fortalecimiento de la capacidad científica, tecnológica, de innovación, de competitividad y de emprendimiento de los Grupos de Investigación, desarrollo tecnológico y/o innovación, del cual se deriva el proceso de reconocimiento de investigadores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SNCTI), de Colombia.

Colciencias, desde el inicio de la década de los noventa, ha tenido una política de apoyo al fortalecimiento y consolidación de los Grupos y Centros de investigación, desarrollo tecnológico y/o innovación el país. Esta política ha sido aplicada en diferentes momentos en conjunto con la comunidad científica. Hoy se aplica un nuevo modelo de medición a los grupos de investigación que tienen los programas de Derecho, adscritos al Centro de Investigaciones Socio jurídicas, quienes deben producir: 1.- Productos resultados de actividades de generación de nuevo conocimiento, entre estos tenemos: Artículos de Investigación, A1, A2, B, C y D. Libros y Capítulos de Libros resultados de investigación; 2.- Productos resultado de actividades de Desarrollo Tecnológico e Innovación, entre estos tenemos Productos empresariales, Regulaciones, normas, reglamentos y legislaciones, consultorías científico-tecnológicas e informes técnicos finales; 3.-Productos resultado de actividades de apropiación so-

cial del conocimientos, entre estas tenemos: Participación ciudadana en Ciencia, Tecnología e Innovación, Estrategias pedagógicas para el fomento de la Ciencia la Tecnología y la Innovación, Comunicación social del conocimiento, Circulación de conocimiento especializado y reconocimientos a los investigadores y 4.- Productos de actividades relacionadas con la formación de recurso humano para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, entre estas tenemos: Asesorías de tesis de Doctorado, de Maestrías, de Pregrado; Proyectos de Investigación y desarrollo, Proyectos de Investigación, Desarrollo e Innovación (I+D); Proyectos de Extensión y Responsabilidad Social en Ciencia, Tecnología e Innovación, apoyo a programas de formación y acompañamiento y asesorías al programa ONDAS.

Lo anterior nos permite concluir que para que un programa de Derecho, desde el Centro de Investigaciones impacte en el Departamento Administrativo de Ciencias, Tecnología e Innovación – Colciencias –, con los productos que resulten de los grupos de investigación que tiene en el centro de investigaciones socio jurídico, debe realizar investigaciones en las cuales se aplique metodologías cualitativas de la Investigación Social, tal como lo es la Investigación Acción.

BIBLIOGRAFÍA

1. Briones Guillermo. *Epistemología de las Ciencias Sociales*. Bogotá D.C ICFES-ASCUN. p. 46.
2. Dilthey Wilhelm. *Introducción a las Ciencias del Espíritu*. Fondo de Cultura Económica. México. 1.949.
3. ESTUDIOS DE SOCIOLOGIA JURIDICA: ESTADO DEL ARTE DEL CONFLICTO ARMADO EN EL SUR DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR (COLOMBIA). Por. Elizabeth Ramírez Llerena. Investigadora Socio jurídica. Semillero de Jóvenes Investigadores, Grupos de Investigación en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas (Facultad de Derecho de la Universidad Libre Sede Cartagena) y Administración de Justicia (Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de la Costa-CUC y Fundación Tecnológica Antonio de Arévalo –Tecnar).
4. Gadamer Hans George. *Hermenéutica, estética e Historia*. Editorial Sígueme. 2008.
5. Habermas Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa. Racionalidad de la Acción*. Vol. I. Editorial Taurus. 1999.
6. Heidegger Martin. *Introducción a la Investigación Fenomenológica*. Editorial Síntesis. 2008.
7. Kant Emmanuel. *Critica de la Razón Pura*. Editorial Taurus 2013.
8. Murillo Tordeccilla Francisco Javier. *Métodos de Investigación en Educación Es-*



- pecial. Universidad Nacional Autónoma de México.
9. Ramírez Llerena Elizabeth. La Investigación Socio jurídica. Editorial Doctrina y Ley. Bogotá. 2001.
 10. Wittgenstein Ludwig. Las Investigaciones Lógicas. Prentice Hall, 1999.
 11. Wittgenstein Ludwig. *Tractatus lógico-philosophicus*. Editorial Tecnos. 2007.
 12. <http://es.slideshare.net/LinaMariaGaviriaGrisales/tarea-34319535>.

EL FUNCIONALISMO. PENSAMIENTO DE JAKOBS. PENSAMIENTO DE ROXIN

Juan Carlos Cabarcas Muñoz¹

No es posible hablar de *funcionalismo* en el derecho penal contemporáneo sin preguntarnos el por qué y cómo llegamos a este dogma del derecho penal de nuestros días. Dogma que para este contexto no significa más que opinión y razonamientos.

Los objetos de estudios de las disciplinas – no hablo de ciencias- social - explicativas, suelen cambiar con no poca frecuencia. Así como en algún momento la criminología debió mutar o cambiar su objeto de estudio, su núcleo esencial explicativo, otras disciplinas, enfocan su saber en diferentes aristas, sin que ello comporte un cambio de esencia. Por ejemplo: la criminología en principio averiguaba del por qué el hombre delinque y posteriormente, terminó explicando el para qué el hombre delinque.

En efecto, en una etapa inicial cuando, el derecho penal no era considerado una ciencia y sus disciplinas auxiliares quisieron y pretendieron establecer por qué el hombre delinque, ello llevó, al derecho penal, a transitar un largo camino evolutivo enseñando por qué el hombre llegaba al delito: y se dijo, que

el hombre nacía delincuente y se defendió la teoría del delincuente nato.

En ese momento histórico, esa conclusión, fue una genialidad de CESARE LOMBROSO.

No había más que indagar o averiguar: el ser humano nacía delincuente, estaba predestinado genéticamente a ser delincuente. Qué importaba en ese momento o cual la incidencia de la causalidad o el finalismo en el comportamiento humano para explicar el delito? Qué relevancia hubo tener el peligrosismo criminal frente a una conclusión de esa naturaleza? El derecho penal de *autor* frente al derecho penal de *acto* se espantaban y se reconocían en argumentaciones, unas sofisticadas, otras eufemísticas y otras, certeras y de manifiesta, decidida y resuelta aceptación de tesis que confrontaban la razón misma y la naturaleza humana.

La morfología humana, identificaba, caracterizaba y revelaba al hombre delincuente. La antropología criminal tenía servida una doctrina fácil de entender para los penalistas y no ofrecía dificultad alguna al entendimiento

¹ Procurador Judicial Penal II No.83 de Cartagena. Abogado. Especialista en Derecho Penal y Criminología, y Magister en Derecho Penal. Docente Universitario. Email : jcabarcasm@yahoo.es.



de la sociedad **no** delincuente. Era cuestión de ser feo o agradable a la vista. Eran los rasgos físicos. Las asimetrías craneanas, los arcos superciliares, el tamaño de las orejas, de la mandíbula, los parámetros que orientaban quién era o no delincuente. Esto para nuestros días no deja de ser un ridículo sin vacilación alguna. Nacen así, los primeros brotes de discriminación racial y justamente ocurre en el seno del derecho penal, no de la ciencia penal. Seguramente el profesor **CESARE LOMBROSO**, (1835-1909) médico y criminólogo, más no penalista, nunca imaginó que su pensamiento se prolongara de manera perenne y perpetua en el tiempo y penetrara tan hondo al imaginario social del siglo XXI.

Aún en la sociedad moderna, la de nuestros días, la opinión de Cesare Lombroso sigue vigente. No hemos sepultado aún las ideas de Lombroso, únicamente se inhumó su cuerpo inerte. Sus ideas nos han perseguido hasta hoy. Negarlo es mentir sin sonrojo. Quienes se dedican al delito lo saben y se visten de "hombres buenos". Se visten para mostrar una apariencia que no asuste. Y esto les facilita el delito porque los llamados "buenos" se dejan atrapar en la confianza planeada por el "malo" y facilita el delito. Mujeres y hombres, le temen al hombre de facciones que no transmitan confianza. El profesor Lombroso le hizo un triste legado a la humanidad, del cual aún hoy, repetimos, no ha podido desprenderse. Le dejó el estereotipo equívoco del hombre delincuente. Y parece que todo se debió, no solo a su condición de médico y

no penalista, sino a circunscribir sus estudios única y exclusivamente a la población carcelaria de la época.

Pero este planteamiento entró, como tenía que ser, en crisis y entonces, hubo que buscar otra explicación, otra respuesta: el hombre delincuente no nacía tal, era un enfermo, un sicópata, delinquía porque sus procesos neurológicos anormales y mentales le predisponían a serlo. Para ese momento la siquiatria no tenía muchos avances para aportar y ayudar en la construcción o elaboración requerida del por qué el hombre era delincuente o llegaba al delito.

El anterior planteamiento, igual debió ceder ante otro de mayor fuerza: el delincuente es un desviado social: el hombre delincuente, no nace ni es un enfermo: es un *desviado social* que no se somete a las normas de convivencia social y le son indiferentes el derecho ajeno y los bienes jurídicos que debe respetar y que el Estado está en la obligación de proteger y lo intenta.

Así, la etiología del delito tiene una respuesta sociológica, socioeconómica, sociopolítica y hasta geofísica. El profesor EMILE DURKHEIM (1858-1917) hizo sus aportes en estos planteamientos. Recordemos la célebre frase de DURKHEIM sociólogo: "Amar la sociedad es amar algo más allá de nosotros mismos y algo en nosotros mismos". En esta construcción semántica quedaba retratado el pensamiento que la sociedad trasciende al indivi-



duo y está por encima de él incluso, y que como tal tiene el poder de influenciarlo en sus pensamientos y en su actuar. La sociedad tiene vida propia con independencia al individuo que la integra, enseñaba DURKEIM.

El delito y el hombre delincuente que lo ejecuta son producto del medio. El delito es un fenómeno social, es un problema sociológico. La sociedad misma producía al hombre delincuente y al delito. Ya el profesor ROUSSEAU (1717-1778) había dicho y enseñado en el Contrato Social: *"El hombre nace libre, pero en todos lados está encadenado"* y en la Educación que: *"El hombre es bueno por naturaleza"*. Para concluirse que el hombre nacía bueno y la sociedad lo corrompía. No hay quien ponga en duda estas sentencias del filósofo ROUSSEAU, las cuales no han perdido un milímetro de vigencia.

Incuestionablemente la conducta delictiva, desviada, anormal o socialmente dañosa, desde siempre, se ha pretendido y ha resultado explicada de manera bidimensional. Siempre han existido opiniones contrapuestas y yuxtapuestas sobre este objeto de estudio.

En efecto, todo ha sido el resultado de corrientes doctrinales, de grandes pensadores, de egocentrismos académicos, de posturas dogmáticas planteadas apodícticamente, de genialidades, de atrevimientos y de matriculas y fanatismos, en escuelas y posiciones como si se tratara de tomar partido en la postura ideológica y personal que más nos guste y simpatice.

De esta suerte, conocimos una gran *escuela clásica* del derecho con FRANCESCO CARRARA (1805-1888) a la cabeza y una *escuela positiva* liderada o regentada por el profesor ENRICO FERRI (1856-1929)

De manera tal que seguir los planteamientos del profesor CARRARA era no seguir los planteamientos del profesor FERRI. Y entonces se estremecía el derecho y se conformaban las corrientes de pensamiento y así, se defendía el delito como un ente jurídico, sin más consideraciones a que se trataba de la transgresión de la ley, era ésta en su capacidad definitiva quien señalaba qué era o no delito. Y por otro lado, con el profesor FERRI el delito estaba determinado por factores sociales que predisponían el actuar humano. Y nos siguieron los *fundamentalismos* y el *peligrosismo criminal*.

Debiendo decir que toda la explicación estaba basada en el ius naturalismo positivizado. El causalismo explicaba todo. El profesor FRANZ VON LISZT, (1851-1919) discípulo del profesor CARRARA. Enseñó que la acción era inervación muscular que producía un resultado y una modificación en el mundo exterior que no era irrelevante para el derecho penal.

La preeminencia de la causalidad para explicar el resultado delictivo, no solo era indiscutible sino incuestionable. Se llegó a excesos tales de prohijar y defender posturas que hoy nos sonrojan y nos deberían avergonzar como aquella de la equivalencia de las condiciones o causas en donde el delito

era el resultado de múltiples causas y no había ninguna causa superior a otra, todas eran iguales, todas eran equivalentes y todas eran causa del resultado delictivo. Por ello llegamos a conclusiones que igual era autor el que fabricaba el arma, el que vendía el arma, el que prestaba el arma, el que disparaba el arma y hasta el minero que extraía el plomo o el hierro con el cual se fabricaba el arma porque todo era responsabilidad de todos.

Será que en ese momento se habló de funcionalismo en el derecho penal? Será que en ese momento se habló de finalismo en el derecho penal? Será que en ese momento se habló de imputación objetiva? Será que en ese momento del derecho penal se habló de autoría mediata? Será que en ese momento se habló de la posición de garante? Será que en ese momento del derecho penal se habló de la teoría de los riesgos? Será que en ese momento del derecho penal se habló de la prohibición de regreso?

Esto muestra la involución y la evolución del derecho penal frente a una respuesta que el mundo de la “ciencia jurídica” necesitaba encontrar y dar. Y necesitaba encontrarla para darle respuesta al fenómeno social llamado delito que surgía en sociedad y requería una respuesta- intervención penal.

En algún momento surge la necesidad de simplificar: *conditio sine qua non*. Busquemos la causa superior, determinante, principal, importante y fundamental que produce el

resultado delictivo. Causalidad adecuada. Se hizo ejercicios de escuela: el intérprete, ese que hoy han dado en llamar el operador jurídico, cerraba los ojos y mentalmente hacía el ejercicio de retirar de un proceso mental de imaginación la causa que creía o suponía la productora del resultado delictivo y si aun quitándola, el resultado se producía, su ejercicio le permitía arribar a una conclusión: esa no era la causa del resultado. Pero si al quitarla el resultado no acaecía, entonces, había descubierto la causa del resultado delictivo que se reprochaba como socialmente dañoso. He aquí el primer esbozo de imputación objetiva. Y comienza a vislumbrarse que el derecho penal si podía constituir una ciencia. Si bien no tenía y no tiene la exactitud de las ciencias matemáticas, comenzó a explicarse el delito como el resultado de una ley natural: causa –efecto.

Todo esto nos puso a elucubrar y a argumentar sobre el desvalor de acción y el desvalor de resultado. Y se sucedieron los problemas críticos de los delitos sin resultado o delitos imperfectos, pero que había que penar porque ya no se reprochaba el resultado sino la sola intención o lo que es lo mismo, hacer el juicio de desvalor de acción.

De contera que no todas las llamadas causas productoras de modificaciones del mundo fenomenológico, calificadas de ilegales, antiéticas, amorales y desafiantes de principios y de reglas de convivencia, producían resultados positivizados como delitos (entes jurí-



dicos) pero, esas acciones merecían y debían una respuesta de la ciencia penal que intervenía la convivencia de los hombres. Recordemos nosotros que nuestro ilustre profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA llegó a proponer que se castigara el delito imposible porque la intención delictiva revelada por un agente, era indiferente si recaía o no sobre un objeto material tangible, lo importante era sancionar a quien estaba revelando era un peligro para la sociedad: *peligrosismo criminal*.

La sola causalidad no servía para explicar el delito y dar una respuesta certera. Nuestro Código Penal terminó reconociéndolo expresamente. Para fortuna del derecho penal, diría yo, aparece en el escenario el profesor HANS WELZEL y comienza a hablar del impacto y de la importancia de la intención en el derecho penal. La conducta del hombre está guiada por fines y todo en el ser humano tiene una finalidad. Pone Welzel un ejemplo sencillo para demostrar que la gran diferencia en todos los principios que informan la acción en la teoría del delito lo constituye la intención. Una muerte producida por un rayo disparado por la naturaleza, es igual a una muerte producida por una bala disparada por un hombre. La gran diferencia en este resultado estriba en que solamente en la muerte producida por la bala disparada por el hombre se puede hablar de intención porque, la intención solamente es predicable del ser humano y no de los fenómenos meteorológicos.

Se comenzó hablando de la intención y lue-

go se pasó a la finalidad de la intención y terminó el profesor WELZEL creando o dando origen a una gran corriente dogmática-jurídica que terminó auto denominándose el *finalismo* que conocemos hoy, expresando la célebre frase que el mundo académico conoce que *la acción en el causalismo es ciega y que en el finalismo es vidente*.

Es que si la intención tiene un fin. La conducta de los hombres se orienta por fines. No hay conducta humana entonces que no esté orientada a un fin. Luego la finalidad que persigue el ser humano con su conducta cuando está referida a los hechos que importan al derecho penal constituyen su conocer y su querer y es ese el dolo ubicado en la conducta humana desde cuando se idea y se efectiviza en el fáctico legal típico. Reaccionaron los causalistas señalando que se había dejado sin contenido a la culpabilidad y replicaban los finalistas que eran los causalistas los que habían vaciado de contenido a la tipicidad. Era cuestión de sortear en qué categorías se ubicaba el dolo y esto, marcaba la orientación teórico-académica del interprete.

Rompe el profesor WELZEL de un solo tajo lo que por años se había defendido: escrutar la intención, el querer, el conocer en una sede distinta a la culpabilidad. Se declaró la academia revolucionada porque un joven penalista como WELZEL había expuesto una verdadera posición luminosa y revolucionaria que había cambiado toda la doctrina del causalismo que enfrentaba problemas porque no podía expli-



car con suficiencia el delito tentado. Pero, de manera inmediata, le surgieron los problemas al finalismo porque no podía explicar adecuadamente el delito culposo, aquel comportamiento que se producía o acaecía justamente por no prever aquello que no escapa a la previsibilidad. Entonces eso que fue luminoso en el profesor WELZEL comenzó a tener problemas porque si todo era de cálculo, de intención y de fin cómo explicar que se obtenga un resultado por falta de previsión de un hecho que natural y mentalmente, no escapa a la acción humana de previsibilidad?

Y ya la academia sabe cuál fue la acrobacia que el finalismo debió hacer para explicar ese problema de argumentación y de soporte en el planteamiento doctrinal. Diciendo que hasta la misma imprudencia era voluntaria.

Obsérvese que a partir de los problemas de argumentación tanto del causalismo como del finalismo surge una nueva elaboración pragmática de la teoría del delito porque, existía la necesidad en la doctrina de ofrecer explicaciones lógicas, coherentes con el fenómeno delictivo. La imputación objetiva, sin atrevimiento alguno, surge casi que de manera exclusiva a resolver el problema del delito imprudente como lo llaman los españoles. Y la primera gran caracterización de esta elaboración conceptual de la imputación objetiva es quitarle la posición rectora a la causalidad en la construcción de la teoría del delito. Reitérase, no hacer desaparecer la causalidad como principio informador de la acción en la teoría del delito.

De ninguna manera, la imputación objetiva abandona la causalidad. Todo cuanto hace es limitar la preeminencia de la misma en la explicación del fenómeno delictivo y llegamos a toda una plataforma doctrinal del riesgo creado, riesgo permitido e incremento del riesgo y, entonces, en un mundo industrializado, modernizado, cosmopolita, atrapado por la tecnología y la biotecnología, las actividades peligrosas, riesgosas y el manejo de las fuentes de peligro, necesitaban una ciencia penal con una nueva ética y con una nueva cosmovisión del actuar y del comportamiento humano.

Ello, sin dejar de agregar, los planteamientos propios de la sociedad moderna referidos a la auto-tutela de los bienes jurídicos y la obligación y la activación del poder de evitación de hechos dañosos que afecten bienes jurídicos propios que gravitan y se asientan en cabeza de todos y cada uno de los ciudadanos.

Esa misma cosmovisión y nueva ética del derecho penal logra hacer conclusiones que en el pasado nadie vacilaría en calificar de absurdas: Se sostiene y se sostuvo: que en una sola y misma persona podían coincidir autor y víctima del delito. Repito: una misma persona podía ser autor del mismo delito que le hace víctima. Esa es una evolución doctrinal del derecho penal que adquirió vida propia y hoy el mundo jurídico habla de victimología. Y más aún, se enseña victimología primaria, secundaria y terciaria. Y esta evolución no tiene por qué espantarnos ni asombrarnos porque en esa misma línea debemos decir

que aquello de que la responsabilidad penal es personalísima también tiene su cuota de crisis. Ya ese concepto tampoco es tan absoluto como pudo pensarse.

Entonces frente a un mundo moderno: leyes modernas. Quién será más sabio y más inteligente? el señor legislador penal o el señor interprete de la norma penal?

El legislador penal debe imaginarse todos los casos posibles, hipotéticos y eventuales y tratar de incrustarlos en una norma positiva penal, sin que ninguna arista del comportamiento humano quede por fuera. Sin duda es una tarea mayúscula. El intérprete y aplicador de la norma penal debe tomar el hecho humano, el *factum humano* y armonizarlo y compatibilizarlo con la norma que le ha sido entregada y de la cual, a su vez, también es destinatario. Cuántas dificultades no ofrece esta tarea al interprete en su quehacer diario?

Y las dificultades, se ofrecen, justamente porque la gran discusión ahora está dada por saber qué es cuanto se protege: se protegen bienes jurídicos o la vigencia y el respeto de la norma?

Y entonces, hay que averiguar cuál es el ámbito de protección de la norma?

Qué fue aquello que quiso prevenir o proteger el señor legislador penal?

Qué es aquello que debe entender bajo el ámbito de protección de la norma el intér-

prete de ella?

Se protegen bienes jurídicos o se reclaman roles en la sociedad o se persiguen el cumplimiento de las expectativas sociales que la comunidad toda espera de todos y de cada uno de sus miembros?

Obsérvese que estamos frente a una situación casi siempre bidimensional: los afectos a la escuela clásica o los afectos a la escuela positiva.

Los cercanos al pensamiento del profesor CARRARA o los cercanos al pensamiento del profesor FERRI.

Los matriculados en el causalismo y los matriculados en el finalismo.

Los cercanos ideológicamente al funcionalismo teleológico moderado del profesor CLAUS ROXIN o los cercanos al funcionalismo radical del profesor GÜNTHER JAKOBS.

Por ello, hoy preguntarle a un penalista qué opina de la teoría del delito, primero hay que preguntarle a que escuela pertenece o a qué autor prefiere. Esos parámetros después de confesados nos darán la medida de entender posturas y posiciones y comprender la conceptualización de las opiniones jurídico-penales.

Cuánto tiempo gastamos en llegar a la conclusión que la conducta punible se da o acaece



por acción o por omisión. Y elaboramos todo un grueso planteamiento para decir que hay comisión propia e impropia, o lo que es lo mismo, comisión por omisión de un delito. Hoy el funcionalismo del profesor ROXIN nos dice que eso de la omisión en verdad no existe y que lo que verdaderamente hay es un incumplimiento de deberes. Y que cuando se incumple un deber se está ejecutando una acción positiva que produce un resultado que le importa al derecho penal y es sujeto de sanción penal.

Como dije al inicio: fue el profesor LOMBROSO quien hizo los primeros brotes de discriminación en el derecho penal. El profesor HANS Kelsen, mediante la argumentación y el razonamiento jurídico llegó a concluir que quien desobedecía la ley penal, no se comportaba como una persona y por tanto no podía ser tratado como tal en esa perfecta dimensión y el profesor GÜNTHER JAKOBS, siguiendo ese planteamiento Kelsiano, da a luz al derecho penal contemporáneo aquello que se ha denominado derecho penal del enemigo que tiene su partida de nacimiento en el artículo- conferencia publicado por el profesor GÜNTHER JAKOBS en el año de 1985 donde se refiere a la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico. Ya no bastó ni bastaba, el concepto de los delitos de peligro abstracto. Se entregó a la ciencia penal una nueva postura de recortar garantías a los enemigos de la sociedad, a los que no se les debe tratar igual porque no se comportan como personas y el trato debe ser más riguroso y sus derechos fundamentales

pueden ser recortados o enervados. Esta doctrina penal, no admite beneficios ni gracias procesales para los enemigos de la sociedad. Es todo un derecho penal contrapuesto a un derecho penal de garantías o del ciudadano considerado, ese sí, persona para la sociedad y por tanto para él habrá otro derecho a aplicar. Será que el mundo moderno exige y reclama un derecho penal que discrimine y que enerve y debilite derechos fundamentales de quienes han infringido la ley penal? La respuesta a esta pregunta tendrá su matiz conforme al pensamiento ideológico de quien la contesta, dependiendo a que escuela del derecho penal pertenece y qué simpatías tiene con respecto al doctrinante que orienta al foro jurídico nacional e internacionalmente. No se olvide que tenemos la confesada tendencia a seguir lo foráneo, a prohijar el derecho comparado, lo cual no es malo ni inadecuado y diríamos, que indispensable. Pero, lo que no debemos abandonar jamás es nuestra idiosincrasia jurídica, nuestra cultura y nuestra realidad propia.

Es decir que podemos concluir que nada de lo que tiene que ver con el derecho penal está escrito en piedra, todo puede dejar de ser hoy como fue durante muchos años. Que aquello que defendimos de manera recia y fuerte, dejo de ser porque incluso hemos llegado hasta a traicionar la legalidad para hacer prevalecer una posición doctrinal expuesta sin intención académica egocéntrica por tratadistas conspicuos y sobresalientes del derecho penal.



O es que acaso nosotros tenemos positivizado aquello de la cadena de mando y de los aparatos organizados de poder? O tenemos positivizado aquello del autor material fungible o contingente? Aplicar esos planteamientos del profesor ROXIN no constituye algo de traición a la legalidad estricta? Examinemos nuestros artículos 29 y 30 del Código penal y podríamos decir que en ellos residen los planteamientos de ROXIN?

O es que nuestro derecho penal contempla o tiene positivizado o mejor, constitucionalizado, la estricta legalidad o legalidad flexible? A diario se producen sentencias con planteamientos y argumentaciones jurídicas que nutren a nuestras normas de planteamientos

que sus redactores no mencionaron siquiera al momento de la elaboración normativa. Esa es una verdad incuestionable. Que nos haga daño o no es tarea de la academia que tiene obligación de pronunciarse.

En el derecho penal, repito, no hay verdades reveladas ni verdades escritas en piedra. No hay posturas pétreas que no se puedan modificar y que no puedan pendular al libre pensamiento de quien las expone y las defiende con la autoridad que entrega el respeto ganado con la factura intelectual.

Hoy hablamos de funcionalismo: mañana de qué vamos a hablar?

SOBRE LA EFICACIA DE LOS ACTOS REALIZADOS POR INCAPACES ABSOLUTOS EN RÉGIMEN DE INTERDICCIÓN DURANTE UN INTERVALO DE LUCIDEZ

Vivian Monroy Saladén¹

INTRODUCCIÓN

En Colombia, se ha desarrollado a nivel normativo y judicial un sistema de protección especial para salvaguardar a las personas con discapacidad mental absoluta. Este régimen involucra la implementación, por vía judicial, de medidas que permitan el resguardo del patrimonio de estos incapaces, las cuales van, desde la declaración de interdicción y nombramiento de curador, hasta la protección subsidiaria a través de vía de tutela, la suspensión de los procesos viciados por una incapacidad en trámite (interdicción), incidentes de nulidad, y acciones ordinarias de nulidad.

En el presente documento haremos un análisis del tema. Para ello, iniciaremos con una conceptualización sobre los conceptos de inexistencia, invalidez e ineficacia de los actos jurídicos, para seguidamente describir las características y modalidades de la protección legal y constitucional que se otorga a las personas con discapacidad mental absoluta;

y finalmente detenernos en el examen de la eficacia que a nivel normativo y jurisdiccional se les ha otorgado a los actos jurídicos realizados por un sujeto bajo el régimen de interdicción (incapaz absoluto), en particular, en responder al cuestionamiento de qué validez tienen estos actos si son llevados a cabo por el interdicto en un intervalo de lucidez.

CONCEPTOS PREVIOS: LA INEXISTENCIA Y LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Es menester hacerse a la tarea de aclarar los conceptos de ineficacia, inexistencia e invalidez de los actos jurídicos, con la finalidad de precisar la connotación con la que dichos términos serán empleados en el presente análisis.

Este tema de la distinción entre los conceptos de ineficacia, inexistencia e invalidez, es uno de los más álgidos de la ciencia jurídica y en los cuales ha sido complicado llegar a una postura unánime en la doctrina, por lo cual, no se ha logrado entre los operadores jurídicos, ni en la literatura jurídica, un acuerdo

¹ Mágister en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Abogada de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, Venezuela. Docente de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco. Email: vivian.monroy@gmail.com

sobre el contenido o el alcance de tan importantes instituciones, ni sobre los criterios que deban presidir la disciplina de las consecuencias que de ellas se derivan (Ospina & Ospina, 1980).

Lo anterior impone la limitación de adoptar una postura, sólo con la finalidad de simplificar y otorgar mayor claridad al discurso tratado en el escrito, más que con la pretensión de fijar doctrina en la materia.

Así, es preciso comenzar aclarando que la ineficacia es aquella cualidad que se manifiesta de todo acto al cual la Ley le niega la posibilidad de producir efectos de derecho. Dicho lo cual, resulta evidente que la inexistencia y la invalidez vendrán a ser las especies dentro del género mayor de los actos ineficaces.

En relación con la inexistencia, viene a ser la sanción de la Ley a aquellos actos en los cuales faltó un elemento esencial para su formación. Es esta la máxima punición impuesta por el ordenamiento jurídico², dado que un acto, llevado a cabo con la mira de producir efectos de derecho, no los produce, puesto que la Ley no les reconoce ni siquiera un principio o apariencia de vida (Ocampo, 1916).

Dentro de todo este contexto, la invalidez como institución se predica de los actos viciados de nulidad, ya sea absoluta o relativa, según se infiere de los artículos 1740 y 1741

del Código Civil, de conformidad con lo cual, se hablará de nulidad absoluta cuando se trata de actos y contratos prohibidos por las leyes, con objeto o causa ilícita o realizados por personas absolutamente incapaces, mientras que se estará en presencia de nulidad relativa frente a actos ejecutados por personas relativamente incapaces, cuando hay vicios del consentimiento y cuando la Ley sanciona alguna transgresión con este tipo de nulidad.

Lo anterior lleva a una operación simple que permitirá determinar en cada caso si nos encontramos ante una hipótesis de inexistencia o de invalidez: sea lo primero establecer si para dicho caso se reúnen o no los elementos señalados por el Legislador como esenciales para la existencia de dicho acto jurídico en particular. De encontrarlos, podrá afirmarse que el acto o negocio jurídico existe y solo entonces podrá procederse a la indagación sobre la validez del mismo mediante un exhaustivo examen para confrontar si el acto se encuentra incurso en alguna causal de nulidad (absoluta o relativa).

LA INTERDICCIÓN COMO MEDIDA DE RESGUARDO DEL INCAPAZ ABSOLUTO

La Constitución Política de Colombia de 1991 consagra el deber del Estado de brindar especial protección a aquellas personas que por su estado físico o mental tengan la calidad de disminuidos y como consecuencia de

2 La inexistencia está expresamente contemplada en el artículo 898 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971). Si bien no está expresamente regulada en el Código Civil, la doctrina estudiosa del tema considera que el concepto y las causales de inexistencia de los actos jurídicos se infieren de las disposiciones que sobre elementos esenciales y condiciones de validez de los actos y declaraciones de voluntad contiene el Código Civil colombiano (artículos 1501 y 1502).⁶ *Ibidem*.



ello se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta (Artículo 13).

En cumplimiento de dichos preceptos, no son escasos los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los cuales se enfatiza la necesidad de brindar un trato especial a las personas discapacitadas, señalando además que la omisión de ese trato especial constituye incluso una medida discriminatoria, por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva de estas personas discapacitadas perpetúa la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran, impidiéndoles su activa participación e integración en la sociedad (Corte Constitucional T-378/97 de 19 de agosto; Corte Constitucional T-941/05 de 8 de septiembre)

Nótese que esta protección reforzada reconocida por la Carta Magna es extensiva a las personas incapaces en razón de su condición mental, dado que se otorga a las personas con cualquier modalidad y grado de discapacidad, entendiéndose tal término como comprensivo de toda deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social (Ley 762 de 2002).

Por su parte, el ordenamiento civil, bastante antes de la entrada en vigencia de la Consti-

tución de 1991, ya había erigido un sistema de protección con el objetivo principal de regular el manejo de los bienes del discapacitado en razón de su condición mental, y prever lo concerniente a los efectos civiles de sus actuaciones, dentro del cual la interdicción judicial es una de sus principales herramientas.

Sistema tal que ha venido siendo objeto de reformas, con el fin de ponerlo a tono con las mayores exigencias constitucionales, siendo ahora el vigente el contemplado en la Ley 1306 del 2009, cuyo artículo 2 define lo que habrá de entenderse por discapacidad mental en los siguientes términos: “Una persona natural tiene discapacidad mental cuando padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio”.

Es en consecuencia, este artículo, el que actualmente encuadra los términos del sistema de protección de la interdicción judicial, prevista como una medida de restablecimiento de los derechos del discapacitado, en sus dos modalidades³:

- La discapacidad mental relativa, como medida de inhabilitación destinada a personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial que los expongan a poner en serio riesgo su patrimonio (los cuales

3 Cfr. Ley 1306 de 2009 (Artículos 17 y 32).

podrán ser inhabilitados para celebrar algunos negocios jurídicos).

- La discapacidad mental absoluta, medida de inhabilitación para quienes sufren afecciones o patologías severas o profundas de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental.

LOS EFECTOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD MENTAL ABSOLUTA –INTERDICTA-

En este apartado nos adentramos finalmente en el punto álgido que provocó el presente ensayo, y nos proponemos a responder a la interrogante de si un acto celebrado en un intervalo de lucidez por un incapaz absoluto en régimen de interdicción tiene alguna eficacia.

Para ello, hay que partir haciendo alusión a la Ley 1306 de 2009, la cual responde de manera enfática el asunto en Colombia, disponiendo no solo que todo aquél que padezca discapacidad mental absoluta es incapaz absoluto (artículo 15), sino declarando expresamente que los actos realizados por la persona con discapacidad mental absoluta, interdicta, son **absolutamente nulos**, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido (artículo 48).

Esta norma, que además está en completa concordancia con lo que al respecto prevén el Código Civil (artículo 1741) y el Código de

Comercio (artículo 899), no solo suponen la completa ineficacia de cualquier acto llevado a cabo por una persona con incapacidad mental absoluta bajo régimen de interdicción judicial, sino que impone al Juez el deber de declarar la nulidad absoluta del acto, aún sin petición de parte, cuando esta sea manifiesta (artículo 1742 Código Civil).

No obstante lo dicho, un análisis más intenso de la normativa y la jurisprudencia sobre el tema de la nulidad absoluta, nos descubre la previsión del mismo Código Civil (artículo 1742) en la cual se permite que las partes saneen un acto viciado con este tipo de sanción (siempre y cuando no sea generada por objeto y causa ilícitos) mediante la ratificación de las partes y también por el transcurso del tiempo (prescripción extraordinaria). (Corte Constitucional C-597/98 de 21 de octubre).

Esto abre la posibilidad de que los actos llevados a cabo por una persona con discapacidad mental absoluta lleguen a surtir efectos, esto es, adquieran validez, ya sea por el transcurso del tiempo (prescripción) o por ratificación (obviamente que no podría ser ratificado por el incapaz, sino que debe interpretarse que es su guardador –el curador– quién tiene la potestad de ratificar el acto (Medina Pabón, 2008).

Esta posibilidad prevista en el Código Civil de ratificar los actos viciados de nulidad ab-



soluta puede decirse es una particularidad del sistema colombiano, en otros ordenamientos, como por ejemplo el Chileno (el cual se cita por sus importantes semejanzas y orígenes en común con el ordenamiento privado colombiano), la ley también sanciona los actos celebrados por los incapaces absolutos con la nulidad absoluta (artículo 1682 del Código Civil de Chile) y en dicho sistema jurídico, la nulidad absoluta no es saneable por ratificación o convalidación de las partes⁴. En igual sentido, se pronuncia la normativa venezolana, la cual reza: “No se puede hacer desparecer por ningún acto confirmatorio los vicios de un acto absolutamente nulo” (artículo 1352 Código Civil de Venezuela).

En nuestra opinión, al contrario de lo que ocurre en los ut supra relacionados ordenamientos jurídicos, las normas, doctrinas y jurisprudencia colombianas dejan abierta la posibilidad de que se otorgue eficacia (validez) a un determinado acto jurídico adelantado por un incapaz absoluto, ya sea porque el mismo prescribió, o porque las partes lo han ratificado.

Y esta posibilidad parece tomar aún más fuerza si se tiene en cuenta por un lado que la misma Corte Constitucional ha afirmado que es deber del Juez interpretar las normas legales de manera tal que favorezcan, dentro de los límites de lo razonable, a las personas minusválidas (Corte Constitucional T-307/93

del 4 de agosto) y por el otro, la misma Ley 1306 menciona la importancia de armonizar la protección a las personas con discapacidad mental con la protección de la seguridad negocial y de los derechos de los terceros que obran de buena fe (artículo 2).

Por lo anterior, es nuestro concepto que en este afán de protección del derecho económico, del tráfico negocial y de los terceros que obran de buena fe, no es descomedido afirmar, que en Colombia, así como los jueces en ejercicio de su sano y justo criterio tienen el deber de decretar la nulidad absoluta, incluso de oficio, sin que medie solicitud de parte, también deberán reconocer, los actos ratificados o saneados por prescripción, efectuados por el discapacitado mental absoluto, ya sea que los haya celebrado en momentos de lucidez o no.

CONCLUSIONES

El tema que se analizó en el presente escrito resulta de sumo interés por cuanto confronta intereses, tanto de la protección que debe darse a personas incapaces en razón de su condición mental, como a la protección al tráfico negocial, a la seguridad jurídica y a la buena fe de quienes en un momento dado celebren un acto jurídico con una de estas personas (en particular si lo hacen en un momento de aparente lucidez, donde no sea notoria su condición mental).

⁴ Artículo 1683 del Código Civil de Chile: La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años.

Consideramos que el tema en Colombia debe ser objeto de mayores estudios, tanto por parte de la doctrina, como por parte de los operadores jurídicos, principalmente teniendo en cuenta el particular reconocimiento que se ha hecho en nuestra normativa de la posibilidad de sanear y dotar de eficacia este tipo de actos viciados con nulidad absoluta. Lo anterior, con el fin de proporcionar mayor claridad y seguridad tanto a los operadores jurídicos y estudiosos del derecho, como a quiénes han intervenido en un acto o negocio jurídico con una persona con discapacidad mental absoluta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Medina Pabón, Juan Enrique. (2008). Derecho Civil: derecho de familia. Edit. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.
- Ocampo, Francisco José. (1916). Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos. Tesis de Grado, Universidad Nacional. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Bogotá, Colombia.
- Ospina Acosta, Eduardo y Ospina Fernández, Guillermo (1980). Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Editorial Temis. Bogotá-Colombia.

JURISPRUDENCIA

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-307/93 del 4 de agosto (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-378/97 de 19 de agosto (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-597/98 de 21 de octubre (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-941/05 de 8 de septiembre (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

NORMATIVA

- Chile. Código Civil. Decreto Ley que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del código civil; de la ley nº4.808, sobre registro civil; de la ley nº17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la ley nº16.618, ley de menores; de la ley Nº14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley nº16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones del 16 de mayo de 2000.
- Colombia. Ley 57 de 1887 Nivel Nacional, Código Civil.
- Colombia. Decreto 410 de 1971, por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.
- Colombia. Ley 762 de 2002, por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”. Diario Oficial 44.889 de agosto 5 de 2002.



- Colombia. Ley 1306 de 2009 por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados. Diario Oficial 47.371 de junio 5 de 2009.
- Venezuela. Código Civil de Venezuela. Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL DERECHO A PROBAR EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO¹

Curro Cabrales de la Pava

Integrantes del Semillero: Harrison Arrieta Díaz, Carlos Adolfo Benavidez Blanco, Edelcy Correa Frías, Luis Fernando Echavez Valdez, Marta Lucia García González, Carolina Medina Castaño, Nazly Ramírez Pamplona, Carmen Rosa Ruiz Correa, Viviana Elsa Villalobos Cantillo, Víctor Elías Guevara Flórez.

RESUMEN

La reciente expedición del CODIGO GENERAL DEL PROCESO (Ley 1564 del 12 de julio de 2012) que al parecer entrará en plena vigencia el primero (1º) de enero de 2014, normatividad que presenta esencialmente, un procedimiento oral por audiencias; motivó a este semillero a abordar el tema del concurso; tratando de responder la siguiente pregunta: Cómo se van a manejar los principios de la carga de la prueba de carácter romano, la prueba oficiosa y la carga dinámica de la prueba, en las audiencias del C.G.P.; sus diversas aplicaciones tendrán ahora una tendencia preferiblemente inquisitiva, para todos los medios de prueba o solo para algunos de ellos .?

PALABRAS CLAVES

Reglas de la carga de la prueba, prueba de oficio, carga dinámica de la prueba, debido proceso, garantías procesales.

INTRODUCCIÓN

“Sin la prueba el Estado no puede administrar justicia para aplicar el derecho al caso controvertido o a la actuación penal respectiva. Sin ella el Estado no puede ejercer la función jurisdiccional que le compete, para amparar la armonía social y restablecer el orden jurídico, donde quiera que haya sido infringido; sino existe prueba no puede existir administración de justicia ni orden jurídico alguno. Sin la prueba la sociedad sería la anarquía y lo corriente sería la impunidad y el imperio del abuso del derecho por parte de los asociados.”

Jorge Tirado Hernández.
Magistrado de la Sala Civil Tribunal Superior de Cartagena.

1. CAPITULO I: EL DERECHO A PROBAR

EL DERECHO PROBATORIO, y por ende el derecho a probar, son de vital importancia en la administración de Justicia y desde luego,

¹ Esta ponencia fue elaborada por el semillero de derecho procesal "EVELIO SUAREZ SUAREZ" dirigido por el Prof. Curro Cabrales de la Pava, del Programa de Derecho de la Universidad Libre, Sede Cartagena; la cual fue presentada en el XIV Concurso Internacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en la ciudad de Medellín, en el mes de septiembre de 2013. Email: germinacion@unilibrectg.edu.co



en el ámbito del derecho procesal, conforman su columna vertebral, porque la prueba sirve de instrumento indispensable, para concretar y hacer efectivos los derechos sustantivos; su relevancia, y trascendencia, fue fijada por los pretores romanos en la máxima: **IDEM EST NON ESSE AUT NON PROBARI**,² igual a no probar es carecer del derecho.

Nuestra Constitución Política, en su artículo 29 consagra el DEBIDO PROCESO, para toda clase de actuaciones judiciales o administrativas, fijando dentro de tal precepto, como parte fundamental del mismo, el derecho de defensa, que se traduce en la facultad de **presentar pruebas, y de controvertir las que se alleguen en su contra**.³ Así las cosas, el debido proceso, tal como lo define la Corte Constitucional Colombiana, es el **“conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le garantizan a lo largo del mismo, una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho”**⁴; criterio garantista, que no podría concebirse, sin el derecho de defensa, que implique desde luego, la facultad para las partes trabadas en una Litis, para aportar, pedir pruebas y controvertir las presentadas por la contraparte.

Pero el DERECHO A PROBAR que opera como se dijo, en ambos sentidos; de un lado: para pedir y aportar pruebas a favor, y de otro

lado, para controvertir las presentadas en su contra; no es solo un derecho constitucional subjetivo, instituido a favor de las partes en conflicto judicial, administrativo o disciplinario; o de cualquier otro orden, es también, una INSTITUCION PROPIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA; inherente a ella, porque la prueba en cualquier ámbito en que se use, tiene varias funciones: una de **instrucción** para reconstruir los hechos materia del litigio, o **función cognoscitiva**, como dirían los pedagogos; otra finalidad sería del orden **argumentativo o persuasivo**; pues todo el acervo probatorio, debe llevar al Juez la certeza o la convicción de que tales hechos del pasado, físicamente irrepetibles, son verdaderas representaciones, de aquellos que han ocurrido en el mundo real; y que le sirven de sustento para tomar su decisión final.

La sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha precisado sobre el derecho a probar: **“...quienes concurren ante un estrado deben gozar de la sacrosanta prerrogativa a probar los supuestos de hecho del derecho que reclaman, la que debe materializarse en términos reales y no simplemente formales, lo que implica:** ⁵

- **En primer lugar y de manera plena, hacer efectivas las oportunidades para pedir y aportar pruebas.**⁶
- **En segundo lugar, admitir aquellos medios probatorios presentados y solici-**

2 López blanco Hernán Fabio, "La Prueba". Editorial: DUPRE Bogotá. 2001

3 Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

4 Rocha Alvira Antonio. De la Prueba en Derecho. Editorial: Biblioteca Jurídica. Bogotá. 2009.

5 López blanco Hernán Fabio, "La Prueba". Editorial: DUPRE Bogotá. 2001

6 Ibidem.

tados, en tanto resulten pertinentes y útiles para la definición del litigio.⁷

- En tercer lugar, brindar un escenario y un plazo adecuado para la práctica de dichas pruebas.⁸
- En cuarto lugar, promover el recaudo de la prueba, pues el derecho a ella no se concreta simplemente a su ordenamiento, sino que impone un compromiso del juez y de las partes con su efectiva obtención.⁹
- En quinto lugar, disponer y practicar aquellas pruebas que de acuerdo con la ley, u officiosamente el juez, las considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos en torno a los cuales existe controversia (...).¹⁰

Si el proceso es una institución viviente y no pétrea, su fase probatoria debe ser entendida como una realidad dinámica que está llamada a ser garantizada, so pena de incurrirse, in radice, en el referido vicio de nulidad...¹¹

(Nuestras son las negrillas y el subrayado) Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 28 de Junio de 2005 exp. 7901.

Los precisos conceptos de la Honorable Corte Suprema de Justicia, sala civil, arriba transcritos, han sido reiterados jurisprudencialmente en muchas providencias entre ellas, la **Sentencia C-1270 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell**,¹² reconociendo la CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO

DE LAS PARTES A PRESENTAR Y SOLICITAR LA PRACTICA DE PRUEBAS, lo que no es incompatible con el respeto de los principios de contradicción y publicidad, al respecto señaló el Ponente: **“Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquel, la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozca a las partes los siguientes derechos: i- el derecho para presentar y solicitarlas; ii- el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii- el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv- el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho, la obtenida con violación de este; v- el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar de realización y efectividad de los derechos (art.2 y 228 C.P.); y vi.- el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.”**

En el ámbito judicial, administrativo o disciplinario, o de cualquier otro orden, sobra decir, que el medio de prueba debe ser FIA-

7 Ibidem.

8 Ibidem.

9 Ibidem.

10 Ibidem.

11 Ibidem.

12 Sentencia C-1270 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 20 de mayo de 2013. 12 art 29 constitución política, debido proceso.



BLE y PRECISO, sin lo cual, lo sostenido, afirmado o negado, por las partes, en todas sus actuaciones procesales, carecería de sustento fáctico y jurídico.

Dicho de otra manera, si las partes, dentro de un proceso de cualquier orden, han podido desplegar y ejercer ampliamente sus respectivos derechos probatorios, no solamente las pruebas aportadas a dicho proceso, presentarían un alto grado de confiabilidad y de precisión, sino que además se estarían cumpliendo cabalmente las GARANTÍAS PROCESALES; dentro de tal juzgamiento; lo cual nos enseña claramente, que el derecho a probar con todas sus extensiones, es inherente al debido proceso o a las garantías procesales mismas; no podrían existir tales garantías o el debido proceso, sin el derecho a probar; estos dos conceptos son dos piezas de un mismo engranaje; se necesitan mutuamente, no se concibe un debido proceso con plenas garantías procesales, sin un verdadero derecho de defensa, que implique desde luego, derecho a probar en su sentido amplio y sería imposible admitir, un derecho a defenderse y a probar, sin el marco de unas verdaderas garantías procesales; estos dos conceptos DEBIDO PROCESO-GARANTÍAS PROCESALES y DERECHO DE DEFENSA-DERECHO A LA PRUEBA, son tan iguales como los conceptos de cóncavo y convexo; no pueden existir el uno sin el otro; sería **desde la dialéctica jurídica, absolutamente IMPOSIBLE**.

Finalmente, podemos fijar la importancia y la trascendencia del DERECHO A PROBAR citando al DR. JORGE TIRADO HERNANDEZ quien en su obra CURSO DE PRUEBAS JUDICIALES, parte general tomo I, expresa el concepto en los siguientes términos, que presentamos como introducción: **“... Sin la prueba el Estado no puede administrar justicia para aplicar el derecho al caso controvertido o a la actuación penal respectiva. Sin ella el Estado no puede ejercer la función jurisdiccional que le compete, para amparar la armonía social y restablecer el orden jurídico, donde quiera que este haya sido infringido; sino existe prueba no puede existir administración de justicia ni orden jurídico alguno. Sin la prueba la sociedad sería la anarquía y lo corriente sería la impunidad y el imperio del abuso del derecho por parte de los asociados.”**¹³

2. CAPITULO II: LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL- ONUS PROBANDI

El concepto de la carga de la prueba podemos considerarlo como una noción procesal que en primer término, indica al juez, cómo fallar un proceso cuando no se han acreditado o demostrado suficientemente los hechos materia del litigio (**mandato dirigido al Juez**), en segundo término, es un conjunto de reglas que indican a las partes demandante y demandado, que hechos les corresponde probar a cada uno (**mandato a las partes**) si

13 López blanco Hernán Fabio, "La Prueba". Editorial: DUPRE Bogotá. 2001

quieren obtener una decisión favorable a sus pretensiones. Si no se presentan las pruebas de acuerdo con estas reglas, el juez deberá dictar sentencia desfavorable, contra la parte que no cumplió con la carga probatoria que le correspondía.

Según GOLDSCHIMIDT¹⁴ la carga de la prueba es el ejercicio de un derecho para el logro del propio interés, es el “poder o la facultad de ejecutar LIBREMENTE ciertos actos o adoptar cierta conducta, prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin existir otro sujeto que tenga derecho a exigir su observancia; pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.”

El principio de la carga de la prueba, impide que se produzca la situación conocida como LA ABSOLUCION DE LA INSTANCIA, O NON LIQUET del derecho romano, en virtud del cual si no se acreditaban los hechos, el juez estaba obligado a sobreseer el proceso.

La CARGA DE LA PRUEBA se destaca por tener las siguientes características más importantes:

- 1- Forma parte de la teoría general del proceso.
- 2- Se aplica a toda clase de procedimientos.
- 3- Contiene una regla de juicio para el juez y a su vez, una pauta de comportamiento para la actividad probatoria de las partes.

- 4- Determina quién de las partes asume el riesgo de no probar un determinado hecho.
- 5- Son reglas objetivas fijadas en la ley.
- 6- Interesa aplicar el principio de la carga de la prueba, sino se rinden medios de prueba suficientes en un proceso.
- 7- El principio de la carga de la prueba se aplica no solo a la cuestión principal sino a las accesorias del proceso.
- 8- Es independiente de cualquier sistema de valoración de la prueba.

Las reglas de la carga de la prueba de vieja data, se le atribuyen a los pretores romanos, quienes entiendan el PESO O YESO (onus probandi) como el deber procesal de las partes en interés propio, de probar los hechos en que fundamenta su derecho, sus pretensiones o su defensa o sus excepciones, so pena de que su conducta negligente, sobre los hechos que les corresponde probar, les ocasionara consecuencias adversas, como un fallo desfavorable. Los romanos sobre estas reglas de la carga de la prueba establecieron distintas máximas, que llegaron hasta nuestros días como pautas de comportamiento de las partes, que el juez valora, para direccionar su decisión final, es decir, su sentencia; algunas de estas máximas son: **(hacemos la salvedad, que se presentan las máximas latinas, en su enunciado original, aun cuando en el nuevo estatuto procesal se exige prescindir de ellas, solo porque son referentes históricos inevitables.)**

¹⁴ Ibidem.



1- **Onus probando incumbit actori:** al demandante le incumbe probar los hechos en que funda su acción, su demanda, sus pretensiones.¹⁵

2- **Reus in excipendi fict actori:** el demandado cuando excepciona se convierte en actor y le corresponde probar los hechos en que funda sus excepciones o su defensa.¹⁶

3- **Actore non probante reus absolvitur:** si el demandante no prueba los hechos en que funda su demanda, el demandado será absuelto.¹⁷

4- **Incumbit probatio ei qui dicit non qui negat:** incumbe probar al que afirma no al que niega (negaciones absolutas o indefinidas).¹⁸

Otras reglas de la carga de la prueba, están instituidas en las normas sustantivas tales como el código civil colombiano, que en su artículo 1.757¹⁹ señala: incumbe probar las obligaciones o su extinción, al que alega aquellas o estas.

Estas reglas de la carga de la prueba, se convirtieron en un parámetro de orden FUNCIONAL dentro del proceso civil, para que el juez acuda a tales reglas, cuando no cuente con suficientes elementos probatorios para demostrar los hechos alegados por las partes,

de allí que se apliquen tales reglas, ante la insuficiencia de pruebas; no ante la multiplicidad de ellas o ante la certidumbre. Ante un pobre o escaso acervo probatorio, cualquier duda del juez sobre tener o no por demostrados los hechos, meollo, de la Litis, el operador judicial debe echar mano de las citadas reglas de la carga de la prueba, de decisiva orientación para la actividad de las partes, determinando cuál de las partes, que no haya probado los hechos en que funda sus derechos, o sus pretensiones o su defensa, o sus excepciones; tendrá que soportar una decisión desfavorable.

El sistema DISPOSITIVO PROBATORIO, impuesto en los procesos civiles después de la revolución francesa, siguiendo una concepción privatista de la justicia, por oposición a la Justicia Monárquica o absolutista, perpetuó los criterios Romanos de la Carga de la Prueba, dándole sólo a las partes trabadas en un litigio, la facultad de aportar o pedir pruebas, en sus oportunidades procesales y de paso negándole tal capacidad al juez, porque su intervención de oficio en materia de pruebas, podía romper ese equilibrio procesal privatista, concebido y defendido por los burgueses liberales de la época. Este sistema dispositivo se manifestaba en tres vocablos latinos a saber:

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Código Civil Colombiano. Editorial Leyer, Bogotá. 2013. Artículo 1.757.

- 1- **NEMO LUDEX SINE ACTORE:** El proceso debe comenzar a instancia de parte, este principio emana de la naturaleza misma del proceso civil, en el cual se discuten derechos privados y por tanto, las partes pueden igualmente disponer de sus pretensiones: por allanamiento, desistimiento, conciliación, transacción.²⁰
- 2- **NEA EAT IUDEX ULTRA VEL EXTRA PARTIUM:** El proceso tiene como contenido el que determinan las partes, por lo cual el juez solo debe juzgar las pretensiones que las partes le han manifestado.²¹
- 3- **SECUNDUM ALLEGATA ET PRABATA PARTIUM:** Corresponde a las partes elegir los medios de prueba para defender sus intereses.²²

Solo después de la primera guerra Mundial, a causa de los grandes desequilibrios, ocasionados en el orden económico, social, político, por la filosofía liberal burguesa de los revolucionarios franceses, cuya premisa "*Laissez faire, laissez passer*"²³ (**dejad hacer dejad pasar**), dio lugar al Estado Gendarme o Policivo que solo intervenía si el ciudadano violaba la ley. Los Estados de la posguerra introdujeron un criterio de intervencionismo de Estado, en todos los órdenes, para buscar restablecer el equilibrio social y en lo jurídico, instauraron el SISTEMA INQUISITIVO PROBATORIO, que le otorga al JUEZ

amplias facultades de oficio para decretar y practicar pruebas, para mejor proveer, con lo cual, la intervención del operador judicial, le dio un papel protagónico al funcionario, con el fin de restablecer verdaderamente los desequilibrios procesales, para buscar la verdad procesal, de la que nadie en particular es dueño, sino todos los intervinientes en una contienda jurídica, para proteger incluso, los intereses de terceros, cuando las partes de común acuerdo, han perpetuado un "fraude a la ley" (usar la ley para violar la ley); todo lo cual derivó hoy en día, después de superada la "tarifa legal" como medio de valoración de las pruebas, en un SISTEMA PROBATORIO MIXTO, donde el aspecto procesal sigue siendo DISPOSITIVO, porque está a cargo de las partes, pero el esquema probatorio es de carácter INQUISITIVO, con la facultades oficiosas concedidas al juez, para que de forma proactiva, racional y proporcionada, logre alcanzar la verdad procesal o real de los hechos, en bien de la administración de justicia, con el decreto y práctica de las pruebas de oficio.

3. CAPITULO III. PRINCIPIO DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA: CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y DESARROLLO

Este concepto moderno, instituido por el legislador en el inciso 2º del artículo 167 del CGP,²⁴ que antes de la expedición de la norma en cita, era del orden jurisprudencial, tuvo su

20 Ibidem.

21 Ibidem.

22 Ibidem.

23 Ibidem.

24 Código General del Proceso inciso 2º del artículo 167.



necesario recorrido histórico en diversas legislaciones y desde luego en la colombiana cuando se entendió que una interpretación justa, racional, democrática y moderna del ONUS PROBANDI, debía abandonar los conceptos pétreos, rígidos y por tanto injustos, de las reglas de la carga de la prueba para dar paso a un “reparto” equilibrado de esas cargas, que tuviera en cuenta la facilidad y la disponibilidad probatoria de las partes para llevar los diversos medios de prueba a un proceso. Así las cosas, esa concepción estática de la carga de la prueba empezó a flexibilizarse en las diversas legislaciones, buscando mayor equidad, mayor objetividad en cada caso sometido al escrutinio judicial, y desde luego decisiones más justas. Estos mecanismos probatorios fueron llamados, bautizados o inscritos, en el ámbito de la nueva dinámica de la carga de la prueba, por simple oposición a los anteriores criterios romanos, estrictos, rígidos, pétreos, inflexibles. En particular, nuestra jurisprudencia introdujo esta flexibilización en el tema de la culpa médica por ser los clásicos asuntos donde los elementos de prueba son difíciles de alcanzar, pues hasta entonces el demandante, paciente o sus familiares, debían demostrar la culpa del médico tratante o del cirujano, so pena de que se liberara de toda responsabilidad al demandado. En aras a la brevedad, se estudiara el desarrollo jurisprudencial de reglas puntuales de vital injerencia en estos casos de difícil acceso al elemento probatorio, tales como **res ipsa loquitur**, **prima facie**,

culpa virtual y carga dinámica de la prueba;²⁵ sin desconocer que la responsabilidad médica fue acreditada en muchos tribunales a través de presunciones que finalmente, también son mecanismos probatorios.

Regla ipsa loquitur:²⁶ “**las cosas hablan por sí solas**”, o los hechos hablan por sí solos, indicado que el médico responde porque los hechos **son suficientemente elocuentes**, para no dudar que el resultado dañoso lo ha causado él. Esta regla, permite deducir la negligencia del médico por daños desproporcionados o aquellos que normalmente no se producen sino en razón de una conducta negligente del médico. El Consejo de Estado Colombiano acogió esta tesis en sentencia del 19 de agosto de 2009 en un asunto médico-obstétrico porque advirtió un yerro flagrante, ostensible, en la atención, valoración y diagnóstico de la paciente.

Regla Prima Facie: denominada también prueba de primera impresión, está directamente relacionada con otra máxima latina **id quod plerumque accidit**²⁷ (lo que ocurre más a menudo o frecuentemente) parte de la base de la culpa médica, porque puede deducirse de las reglas o máximas de la experiencia, la presunción judicial de culpa del galeno; pues lo evidente no necesita prueba, es decir, quien alega la ocurrencia normal o regular o común de los hechos, es eximido de prueba; mientras quien alega lo anormal, lo irregular

25 Devis Echandía Hernando: “Compendio de Derecho Procesal-Pruebas Judiciales”. Editorial: Universidad E.U

26 Ibidem.

27 Ibidem.

o lo fuera de lo común (lo extraordinario) debe probarlo. Según este criterio puede decirse en materia de responsabilidad médica, que un tratamiento correcto debe devolver la salud del paciente y de no lograrse la curación, prima facie debe pensarse que el médico obró con negligencia.

Culpa Virtual: término acuñado por la jurisprudencia francesa, que endilga responsabilidad al médico, cuando a partir de un resultado dañino, desproporcionado, se establece la relación o nexo causal, entre su proceder y el resultado dañino, en cuyo caso el operador judicial puede PRESUMIR LA CULPA DEL GALENO, generando que se invierta la carga de la prueba, para que sea el médico el que demuestre su diligencia y cuidado y solo librará su responsabilidad, si prueba que la causa del daño no fue consecuencia de su acción.

Carga Dinámica de la Prueba: habida cuenta de la extrema dificultad de los pacientes o de sus familiares para probar la culpa médica, convertida por cuenta de las reglas de la carga de la prueba romanas, en verdaderas pruebas diabólicas, surgió en el campo jurisprudencial y doctrinal la TEORIA DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA, tesis que ha recibido diversas denominaciones: teoría de la solidaridad, efectiva colaboración de las partes, cargas probatorias dinámicas, entre otras; introduciendo procesalmente un principio protector para la parte más débil, desprendiéndose de la rigidez de las reglas de

la carga de la prueba romanas, por un sistema, flexible, dinámico, que puede ser atribuido bien al actor o bien al demandado, según las circunstancias del caso concreto y desde luego, según la situación procesal de las partes, para aportar evidencias o esclarecer los hechos, por su situación más favorable, o por haber intervenido directamente en los hechos, o su cercanía con ellos, o por tener los medios de prueba en su poder, o por circunstancias técnicas especiales, o por su mayor capacidad o por el contrario, por su estado de indefensión o incapacidad o por cualquier otra circunstancia, tal como reza el artículo 167 del CGP. La H. Corte Suprema de Justicia hizo especial aplicación de esta teoría, en sentencia del 30 de enero de 2001, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, y en sentencia del 13 de diciembre de 2002, flexibilizando el precepto del artículo 177 del C.P.C. (Carga de la Prueba), derivando mayor equidad en los derechos de los menores en declaratorias de paternidad o maternidad, donde la prueba no podía depender de la voluntad o la efectiva colaboración del pretendido padre o madre, que no es amo o dueño del elemento probatorio.

En principio consideramos que, inicialmente, el régimen probatorio, en tratándose de la responsabilidad médica, sigue siendo de responsabilidad subjetiva o de culpa probada, sin PERJUICIO de que puedan darse casos de presunción de culpa y otros donde el juez echa mano a la teoría de la carga dinámica de la prueba.



Carácter excepcional de la doctrina de la Carga dinámica de la prueba: esta tesis o doctrina, tiene límites pues no es absoluta, su aplicación no es automática en todos los casos, solo debe ser aplicada cuando con las reglas romanas de la carga de la prueba, se puedan lesionar derechos, o cuando el juez advierta que debe dar especial protección judicial a alguna de las partes; por ello su aplicación es de carácter excepcional, solo cuando el caso concreto, demande dificultades probatorias y se requiera entonces flexibilizar las cargas probatorias del antiguo artículo 177 del C.P.C. cuando se den los presupuestos del inciso segundo del artículo 167 C.G.P.

Es importante aclarar que el Honorable Consejo de Estado, en materia de responsabilidad civil extracontractual de las entidades públicas, manejó en distintos tiempos, criterios como el de la FALLA PROBADA del Servicio y el de la FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO, cuyos desplazamientos conceptuales, no tuvieron nada que ver con la doctrina de la carga dinámica de la prueba.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

Unos de los primeros autores que planteó la teoría de la carga dinámica de la prueba es el argentino Jorge Walter Peytano en su libro carga probatoria dinámicas donde señala que

más allá del carácter del actor o demandado en determinado supuesto la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirlas.

En Colombia esta teoría de la carga dinámica de la prueba empezó a aplicarse por vía jurisprudencial, en casos de responsabilidad medica ante la jurisdicción contenciosa administrativa. **La Sentencia del 24 de octubre de 1990 del Consejo de Estado**²⁸ es una sentencia hito pues con ella se unifica el desarrollo jurisprudencial sobre el tema, esta Corporación invierte la carga de la prueba, ahora surge una presunción de falla del servicio médico que el galeno debe desvirtuar.

Sentencia 24 agosto de 1992 del Consejo de Estado,²⁹ se refieren a la falla presunta del servicio, en la cual, no se traslada totalmente la carga de la prueba, sino que se distribuye, según los criterios del juez.

Sentencia 10 de febrero del 2000 del Consejo de Estado³⁰ resaltó que la teoría de la carga dinámica de la prueba está sustentada en el **principio constitucional de equidad, por lo cual**, no se puede imponer como regla general, pues su aplicación depende del caso en concreto.

Sentencia 22 de marzo de 2001 Consejo de Estado,³¹ la sala consideró que la presunción de falla en los casos de responsabilidad mé-

28 Sentencia del 24 de octubre de 1990 del Consejo de Estado. www.consejodeestado.gov.co. Consultado el día 15 de mayo de 2013.

29 Sentencia 24 de agosto de 1992 del Consejo de Estado. www.consejodeestado.gov.co. Consultado el día 15 de mayo de 2013.

30 Sentencia 10 de febrero de 2000 del Consejo de Estado. www.consejodeestado.gov.co. Consultado el día 15 de mayo de 2013.

31 Sentencia 22 marzo de 2001 Consejo de Estado. www.consejodeestado.gov.co. Consultado el día 15 de mayo de 2013.



dica, se deriva de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba y por lo tanto, dicha presunción no debe ser aplicada de manera general, sino que en cada caso, el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia.

Corte Suprema de Justicia, también ha aceptado la carga dinámica de la prueba en la **sentencia de la sala de casación civil 30 de enero de 2001**,³² por no ser la responsabilidad civil del médico extraña al régimen general de la responsabilidad; respecto de ella, opera el principio de la carga de la prueba contenida en el artículo 177 código de procedimiento civil, lo que significa que solo en algunos eventos, la carga de la prueba, opera en un sentido dinámico.

Sentencia del 25 de mayo de 2001 Sala de Casación Penal,³³ el concepto de carga dinámica de la prueba ha sido reconocido especialmente con la entrada en vigor del sistema procesal acusatorio, el cual permite exigir a la parte que posee la prueba, que la presente “no para que al procesado se le exija demostrar que es inocente, sino para desvirtuar lo ya probado por el ente acusador”.

En materia laboral, la Corte también ha reconocido esta teoría en la **Sentencia 3 de mayo de 2006**,³⁴ sala de casación laboral, en la cual explico cómo opera la carga de la prueba en

la culpa del empleador, a quien se le reprocha su negligencia.

Sentencia Tribunal Supremo del Trabajo, 10 de marzo de 2005,³⁵ si se demuestra que la causa del infortunio, fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de evitar cualquier accidente, como medida de seguridad adoptada para tal afecto por la empresa, la carga dinámica, de la empresa se traslada a esta persona, dada la calidad de obligado, que no cumple satisfactoriamente con la prestación debida.

Finalmente, el código general de proceso consagrada definitivamente este principio, en nuestro ordenamiento jurídico como parte del derecho probatorio en en el inicio segundo art 167.

4. CAPITULO IV. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y DEL PRINCIPIO DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA FRENTE A LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO.

4.1. DECLARACION DE PARTE Y/ CONFESION EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

El análisis de estos dos medios de pruebas, sin perder de vista, que toda confesión se deriva de una declaración de parte; frente a las reglas de las pruebas tradicionales, la prueba

32 Sentencia de la sala de casación civil 30 de enero de 2001. www.cortesupremadejusticia.gov.co. Consultado el día 15 de mayo de 2013.

33 Sentencia del 25 de mayo de 2001 Sala de Casación Penal. www.cortesupremadejusticia.gov.co. Consultado el día 15 de mayo de 2013.

34 Sentencia 3 de mayo de 2006. www.cortesupremadejusticia.gov.co. Consultado el día 15 de mayo de 2013.

35 Sentencia Tribunal Supremo del Trabajo, 10 de marzo de 2005. Consultado el día 15 de mayo de 2013.



oficiosa y el principio innovador de la carga dinámica de la prueba, dentro del marco del CODIGO GENERAL DEL PROCESO, nos lleva a concluir, que el legislador, suprimió, cercenó la facultad dispositiva de las partes, para pedir estos medios de prueba; pues al regular la audiencia inicial del proceso verbal, en el artículo 372, y concretamente en su numeral 7º, ordeno el **interrogatorio exhaustivo de las partes de manera oficiosa y obligatoria por PARTE del juez**, siguiendo los lineamientos que, sobre este particular, ya había fijado la ley 1395 de 2010 sobre el parágrafo 3º del artículo 101 del C.P.C., al determinar que “ las partes absolverán el interrogatorio que se formulen recíprocamente o que el juez estime conveniente efectuar, acerca de los hechos relacionados con las excepciones previas pendientes o con el litigio objeto del proceso”; así las cosas, respecto de la declaración de las partes, o de sus eventuales confesiones derivadas de ellas, no existe en el actual C.G.P., carga de la prueba alguna, en términos de sus reglas tradicionales, ni tampoco iniciativa del operador judicial para decretarlas y practicarlas bajo la óptica de la carga dinámica de la prueba porque el legislador impuso su desarrollo en forma oficiosa.

No obstante lo anterior, eventualmente podríamos afirmar, que una declaración de parte y confesión, es susceptible de ser solicitada o aportada por una de las partes, en desarrollo de la carga de la prueba, cuando se trata de

un interrogatorio de parte extraprocesal del artículo 184 CGP, o cuando tiene el carácter de prueba trasladada por una de las partes, de un proceso a otro; siempre que en el proceso original, tal declaración de parte y confesión, se haya llevado a cabo, con citación y audiencia, de la parte contra quien se va a oponer, para que no tenga el carácter de sumaria.

Los PARAMETROS que señala el CGP en sus artículos 191 y siguientes sobre los requisitos de la confesión de una de las partes, o del litisconsorte, o por apoderado, o por representante legal, aun con las novedades que presenta frente al C.P.C., no alteran para nada lo dicho sobre la carga de la prueba, o la carga dinámica de la prueba, para estos dos medios: declaración de parte y/o confesión; aparte e de que el nuevo C.G.P. extiende las facultades de los apoderados para confesar a nombre de sus clientes sin las limitaciones que tenía el C.P.C.

4.2. PERITAZGO

La prueba pericial o por peritos, sigue siendo en el C.P.C. como en el nuevo C.G.P. un medio probatorio sujeto a las reglas de la carga de la prueba tradicionales o romanas, como al moderno concepto de carga dinámica de la prueba; pues puede ser solicitada o aportada, por cualquiera de las partes trabadas en la Litis, o puede ser decretada de oficio por el juez, o puede ser el resultado de una distribución dinámica de la carga prueba.

La ley 1395/10, en su artículo 116, no altero ningún criterio de la carga de la prueba, ni en lo tradicional ni en lo dinámico; ni cuando es decretada de oficio, solo agilizó su aporte por cualquier de las partes, en la demanda o la contestación de la demanda, acompañando los documentos que acrediten la idoneidad, la experiencia del perito y su localización, para que el juez en audiencia posterior, someta al perito a un interrogatorio, donde sustente su dictamen en presencia de las partes; para que se cumpla la contradicción del dictamen, procedimiento propio de una ley de descongestión; criterios recogidos por el C.G.P. en sus artículos 227 y 288 que tratan sobre el aporte del peritazgo realizado por las partes y su contradicción, siguiendo el procedimiento señalado. Se acabó el trámite del incidente por error grave del C.P.C.

4.3. EL JURAMENTO ESTIMATORIO

Este medio de prueba estaba consagrado de vieja data en el C.P.C., sin embargo, se encontraba en desuso, hasta cuando la ley 1395/10 restableció su práctica y alcance. Como un juramento estimatorio es la manifestación espontánea de las partes, para el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras; consideramos que **solo puede surgir**, de la aplicación de las reglas tradicionales o romanas de la carga de la prueba cuando cualquiera de las partes lo utiliza, para los casos antes

señalados. Sería improcedente, que el juez lo decretara de oficio, o que fuera el resultado, de una distribución dinámica de la carga de la prueba; porque la estimación de un hecho cualquiera, nace del fuero interno de una persona, es la exteriorización subjetiva de algo, de un parecer que se hace sobre algo, y se sostiene bajo juramento, para darle consistencia a esa estimación y para que ella misma genere responsabilidad. La anterior afirmación en nada se opone, a las múltiples veces, en que el legislador, para muchos otros eventos de carácter procesal, exija el juramento a las partes, el cual se entiende prestado con la actuación misma; pero como medio de prueba, al cual nos referimos, el juramento estimatorio, ha sido circunscrito o restringido, **solo** a los casos mencionados de **reconocimiento de una indemnización, de una compensación, o del pago de frutos o mejoras** y no para otros hechos que se pretendan probar. Las reglas del Juramento estimatorio, fijadas en la ley 1395/10 y ampliadas en el C.G.P, no son materia de discusión del tema de este proyecto; por ello, nos resta mencionar, que ninguna de las disposiciones citada (ley 1395/10 y C.G.P.) alteró la carga de la prueba tradicional, aplicable al juramento estimatorio. El C.G.P. le ha dado varias connotaciones al Juramento estimatorio, pues de una parte lo tiene COMO REQUISITO DE LA DEMANDA, pero este no es el tema de la ponencia y en otras ocasiones le da su sentido natural y obvio de Medio de prueba,



para qué de manera SERIA, RAZONADA y FUNDAMENTADA, con el propio dicho del demandante, se puedan tener por probados ciertos hechos, cuando el demandado en el traslado no se opone a ellos, o cuando el juez no encuentra la estimación bajo juramento, injusta, ilegal, o advierta que con ella se pretenda colusión o maniobra fraudulenta.

4.4. LA INSPECCION JUDICIAL

El C.G.P. sigue los lineamientos del C.P.C. en cuanto a la facultad dispositiva de las partes para solicitar la práctica de una inspección judicial; o el poder oficioso del juez para decretarla; lo cual significa que siguen en vigor, las reglas de la carga de la prueba tradicionales o romanas, la inquisitiva por parte del juez, y desde luego nada impide, que actualmente, se ordene tal prueba, siguiendo los lineamientos del concepto moderno de la carga dinámica de la prueba, establecidos por el legislador en el artículo 167 del C.G.P.

No obstante lo anterior, el nuevo estatuto procesal en su artículo 236 C.G.P. puntualizó que: **sólo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de video grabación, fotografía u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba;** todo lo cual significa, que a este medio de prueba en el nuevo sistema oral, se le ha dado un carácter **RESIDUAL**, porque solo se decretara y prac-

ticara una inspección judicial, **cuando no es posible comprobar los hechos** mediante las formas documentales descritas o por un peritazgo, o por cualquier otro medio de prueba; así las cosas, **la inspección judicial quedó reducida a su mínima expresión** en lo que a **la carga de la prueba se refiere, respecto de las partes;** y la ordenará el juez, en aquellos procesos donde su práctica es obligatoria: lanzamientos por ocupación de hecho, posesorios, procesos de reforme agraria y procesos de prescripción adquisitiva de dominio.

4.5. TESTIMONIOS O DECLARACION DE TERCEROS

Este medio de prueba sigue las reglas clásicas de la carga de la prueba, principalmente bajo el esquema probatorio dispositivo, pues las son las partes quienes conocen los hechos materia del litigio y este conocimiento privado, les permite igualmente, proponer como testigos a quienes saben conocedores de tales hechos; no obstante lo anterior, nada impide que el Juez decrete y ordene testimonios de oficio, cuando un declarante mencione a otra persona que tiene conocimiento de los hechos y el juez estime necesario escucharlo.

Por las características mismas de este medio de prueba, consideramos improbable, que se pueda aplicar la alternativa de la carga dinámica de la prueba; pues el órgano en este medio de prueba, proviene de terceros no de

las partes; luego, si en caso dado, el operador judicial llegase a conocer los nombres y la ubicación de potenciales testigos, que no han sido propuestos por las partes, simplemente, los cita de oficio; sin que ello signifique aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba.

4.6. DOCUMENTOS

En lo que a la carga de la prueba se refiere, no hay novedad sobre el medio de prueba documental o instrumental, pues sigue siendo dispositiva la facultad de aportar por las partes cualquier clase de documentos, o de oficio por el juez, o por carga dinámica; solo existe en el C.G.P. nuevos parámetros sobre la autenticidad de los documentos que constituyen criterios ágiles para dinamizar este medio de prueba en las audiencias orales.

Desde la Ley 1395/10 se exige a las partes aportar con la demanda o con la contestación, los documentos que se encuentren en despachos públicos, que pueden ser adquiridos por derecho de petición, salvo que se demuestre que se les negó tal entrega. El C.G.P. igualmente exige, que quien quiera hacer valer un documento en un proceso, que no tenga en su poder, mencione tal hecho al juez, para que el operador judicial, requiera su aporte a quien lo posea, evitando el futuro trámite de la exhibición de documentos.

4.7. PRUEBA POR INFORMES

Tal como lo señala el artículo 275 del C.G.P. Este medio de prueba puede ser solicitado por cualquiera de las partes, o de oficio por parte del Juez, para que entidades públicas o privadas o sus representantes, o cualquier otra persona rinda el informe bajo juramento sobre hechos, actuaciones, cifras, archivos, registros o copia de documentos o de actuaciones administrativas no sometidas a reserva, que tienen como objeto servir de prueba judicial en un proceso.

4.8. INDICIOS

El desarrollo científico ha dado especial relevancia probatoria a la prueba indiciaria, en toda clase de procesos, civiles, penales, administrativos, laborales, comerciales, los cuales en su mayoría, cuando son esencialmente de carácter científico, se traducen en experticios o pruebas periciales. En lo que respecta a la CARGA DE LA PRUEBA, existe el mismo criterio del C.P.C. pues puede ser aportados por cualquiera de las partes, solicitados de oficio por el juez, o incluso ser el resultado de la aplicación de la carga dinámica de la prueba. La Novedad del C.G.P. radica en que el juez valorará como indicio la conducta procesal de las partes como lo señala el artículo 241, lo cual, al ser una orden del legislador, para el operador judicial, ya no queda enmarcado dentro de las reglas de la carga de la prueba.



CONCLUSIONES

Esta investigación espera orientar el cambio de mentalidad y la renovación de las prácticas judiciales en materia de pruebas, presupuesto indispensable en el Código General del Proceso de carácter oral; pues no tendría ningún sentido, que la descongestión, la agilidad y la economía procesal que brinda el nuevo esquema procesal; encontrara un freno o contrapeso, en un esquema probatorio pétreo y anquilosado, que se niega a los cambios impuestos en este sistema moderno; impulsado además, por el desarrollo de las ciencias y las tecnologías y desde luego por las actuales visiones judiciales que en nada se oponen a los paradigmas del derecho y de la justicia; por consiguiente este proyecto busca orientar nuevas teorías sobre el manejo o funcionamiento de las reglas de la carga de la prueba romanas, la prueba oficiosa y la decretada conforme al principio dinámico; en las audiencias del nuevo estatuto procesal; que sin duda beneficiara a los operadores judiciales, a los sujetos procesales, a sus apoderados, al alma mater donde se origina el proyecto y desde luego, a la ciudadanía en general. Se concluyen los siguientes puntos:

1- Las reglas de la carga de la prueba de origen romano, la prueba oficiosa y la ordenada por carga dinámica; conservan todo su rigor y su valor funcional

en el nuevo C.G.P, para el juez y para las partes; pues son de aplicación inmediata por el operador judicial, ante un pobre acervo probatorio.

- 2- Las reglas de la carga de la prueba de origen romano, reguladas con criterio dispositivo, siendo de orden objetivo, porque atienden la naturaleza del hecho; junto con la prueba oficiosa de orden inquisitivo, y la ordenada por carga dinámica, que es de carácter subjetivo, pues se relaciona con la persona que puede suministrar el medio de prueba; se pueden decretar y practicar indistintamente en las audiencias del C.G.P., pues aun en un procedimiento oral, estos esquemas probatorios, no se oponen ni se excluyen entre sí, sino que por el contrario, se complementan.
- 3- El principio de la carga dinámica de la prueba, cuando se manejaba sólo por vía jurisprudencial, podía sorprender a las partes, cuando sus efectos se traducían en la sentencia; en el C.G.P. al ser instituido como parte del principio de la carga de la prueba en el inciso 2º del artículo 167, no tomará por sorpresa a las partes, además en inciso tercero *Ibídem*, se señala que tal decisión del juez, es susceptible de recurso y le otorga a la parte correspondiente, el termino necesario para aportar la respectiva prueba;

- en consecuentemente tal probanza se someterá a las reglas de la contradicción.
- 4- Las audiencias orales en el C.G.P. implementan un esquema probatorio más ágil que requiere renovación en las prácticas jurídicas, para alcanzar una verdadera economía procesal; pero no alteran las reglas de la carga de la prueba, ni la prueba oficiosa, ni el principio dinámico de la carga de la prueba que puede aplicar el juez.
 - 5- En materia de responsabilidad médica, en general, el régimen de responsabilidad sigue siendo de culpa probada; sin perjuicio de que existan casos de presunción de culpa del galeno, que invierte la carga de las pruebas y otros casos, donde se acuda al principio de la carga dinámica de la prueba.
 - 6- La doctrina de la carga dinámica de la prueba, además de subjetiva, como se indicó anteriormente, sigue siendo de carácter excepcional, pues solo se debe aplicar, cuando el operador judicial advierte, que debe dar protección judicial a alguna de las partes, o existan dificultades probatorias, o un acervo probatorio pobre, o requiera flexibilizar las reglas de la carga de la prueba, para no lesionar derechos de las partes.
 - 7- Ni las pruebas decretadas de oficio, ni las ordenadas conforme al principio de la carga dinámica, por el operador judicial; rompen el equilibrio procesal; por el contrario lo ratifican; pues le otorgan al Juez la facultad, de buscar la verdad procesal, aun en contra de la voluntad de las partes y en beneficio de la parte más débil en litigio. En este punto citamos al Maestro Devis Echandia, quien sostenía que no hay peor injusticia, que tratar como iguales a los desiguales.
 - 8- La declaraciones de parte y por ende las eventuales confesiones derivadas de ellas; quedaron fuera del esquema, de la carga de la prueba de carácter dispositivo, para las partes; porque el legislador impuso su práctica como obligatoria por parte del juez. En este aspecto esta prueba, no es ni siguiera de carácter oficioso o inquisitivo, porque no está dentro de las facultades del operador judicial, decretarlas o no; por ser obligatoria, es ahora legislada.
 - 9- El proceso por audiencia, con la práctica de pruebas dentro de ellas, garantiza la aplicación del principio de inmediación, que obliga al juez a estar presente, en el desarrollo de cada medio de prueba; permite igualmente que el principio de publicidad cumpla todos sus efectos, no solo de carácter procesal para las



partes, sino que reflejara en toda la comunidad, una administración de justicia transparente.

- 10- El proceso monitorio, facilita el acceso a la justicia de pequeñas causas, que por deficiencias probatorias se quedaban sin solución judicial; causando un grave perjuicio a las relaciones sociales, en especial a los comerciantes informales.
- 11- La práctica de pruebas en audiencias orales, además de hacer viable el cumplimiento de los principios de inmediación y publicidad, permitirán la concentración de tales medios de prueba; todo lo cual facilitara la valoración de los mismos y en el contacto directo del juez con las partes; le dará una apreciación directa de los hechos, en una administración de justicia más humana, que le permitirá igualmente, al operador judicial valorar la conducta de las partes como indicio.
- 12- La prueba de oficio, y la decretada en aplicación de la carga dinámica; en procesos desarrollados por audiencias orales, superara la igualdad formal de las partes, para lograr una igualdad material o real.
- 13- En dos medios de prueba en particular: la declaración de parte, que se instituyó

como obligatorio por parte del juez, y la Inspección Judicial, que quedó con carácter residual, porque solo se decretará cuando el hecho a probar no se pueda demostrar con vedograbacion, fotografía, peritazgo, o cualquier otro documento; la tendencia es esencialmente INQUISITIVA; para los otros medios de prueba restantes, se conservan facultades dispositivas de las partes, para solicitarlos o aportarlos; o para que sean decretados de oficio, o asignados mediante carga dinámica.

- 14- El Juramento estimatorio, quedo con una doble condición en el C.G.P., como requisito de demanda en unos casos y como MEDIO DE PRUEBA en otros, para estimar reconocimiento de indemnizaciones, compensaciones o pago de frutos o mejoras.

BIBLIOGRAFÍA

1.- Libros

- Azula Camacho Jaime: "Manual de Derecho Probatorio". Editorial: Temis. Bogotá. 2001
- Devis Echandía Hernando: "Compendio de Derecho Procesal-Pruebas Judiciales". Editorial: Universidad E.U
- Gian Antonio Michelli: "La Carga de la Prueba" Editorial: TEMIS. Bogotá. 2001



- Lessona Carlos: "Teoría General de la Prueba Civil". Editorial: LEYER. Bogotá. 2001
 - López blanco Hernán Fabio, "La Prueba". Editorial: DUPRE Bogotá. 2001
 - Palacio Hincapié Juan Ángel: "La Prueba Judicial". Editorial: Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2001
 - Parra Quijano Jairo: "Manual de Derecho Probatorio." Editorial: ABC. Bogotá. 2001
 - Rocha Alvira Antonio. De la Prueba en Derecho. Editorial: Biblioteca Jurídica. Bogotá. 2009.
 - Rosenberg Leo: "La Carga de la Prueba". Editorial: IB de F Montevideo "buenos aires". Bogotá. 2001
 - Tirado Hernández Jorge: "Curso de Pruebas Judiciales". Editorial: Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2013.
- ## 2.- Leyes
- Colombia. Congreso. Código de Procedimiento Civil Colombiano. Capítulo de Pruebas. 12 de enero de 2000.
 - Colombia. Congreso. Código de Procedimiento Civil. 12 de enero de 2000.
 - Colombia. Congreso. Código general del proceso. 12 de enero de 2000.
 - Colombia. Congreso. Código General del Proceso. Editorial Leyer. Bogotá. 2009. 12 de enero de 2000.
 - Colombia. Congreso. Constitución Política de Colombia. 12 de enero de 2000.

LEGISLACIÓN DIRIGIDA A LA PROTECCIÓN ANIMAL EN COLOMBIA¹

Diana María Gil Cantor²
Montserrat Magre Colorado³

“La no violencia lleva a la más alta ética, lo cual es la meta de la evolución. Hasta que no cesemos de dañar a otros seres vivos, somos aún salvajes”.

Thomas Edison

RESUMEN

Analizamos la aplicación de la normatividad referente a la protección animal en el territorio colombiano, comparando nuestra normatividad con la legislación internacional y de otros países, analizamos también el grado de aplicabilidad de las normas que se promulgan para regular la protección para aquellos que no pueden defenderse ni reclamar por sus propios derechos, los animales. Para desarrollar esta investigación recurrimos a fuentes de internet y periódicos locales a través de los cuales pudimos determinar la deficiencia en la aplicación de la legislación existente acerca del tema en cuestión.

PALABRAS CLAVE

Protección animal, legislación colombiana, jurisprudencia, legislaciones internacionales, maltrato, derechos de los animales.

ABSTRACT

We analyzed the application of the regulation concerning to animal protection in Colombia, comparing with international law and from other countries, we also analyzed the degree of applicability of the legal rules that are promulgated to regulate the protection for those who can not defend themselves and claim their own rights, which is the animal. To develop this research we used internet resources and local newspapers through which we could identify failures in the law enforcement of existing legislation on the subject.

KEYWORDS

Animal protection, Colombian legislation, case law, international law, abuse, animal rights.

INTRODUCCIÓN

La mayoría de países del mundo reconocen la existencia de derechos de los animales, derechos que se evidencian no solo al interior de sus legislaciones, sino también por medio de tratados internacionales; muchos países

1 El presente artículo fue asesorado por Álvaro Garzón Saladén, doctorante de Ciencias de la Educación y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Sede Cartagena. Email: alvarogarzonosaladen@gmail.com

2 Estudiante de 5º año de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Sede Cartagena. Email: diana_g.94@hotmail.com

3 Estudiante de 5º año de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Sede Cartagena. Email: motse.magre@gmail.com

como, por ejemplo, Estados Unidos, han creado mecanismos especiales de protección como son las unidades de policía especializadas para prevenir y proteger la vida animal.

Asimismo, en países como México se establecen sanciones en el código penal, con el fin de disminuir y erradicar todo tipo de maltrato; esta serie de ejemplos nos llevan a pretender resolver el siguiente interrogante: ¿Se evidencia en Colombia la presencia de normativa sobre la protección de nuestras especies animales? y si existen, ¿realmente se están ejecutando?

Es importante manifestar que Colombia no solo posee un marco constitucional que exteriorice como deber del Estado la protección de los recursos naturales (artículos 8, 95 #8 CP) y la diversidad e integridad del ambiente (Art 79 CP), sino que también consagra como marco legal internacional la Declaración de los Derechos de los Animales de 1977; pasando del plano internacional al nacional, existe la Ley 84 de 1989, ESTATUTO NACIONAL DE LA PROTECCIÓN A LOS ANIMALES, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

Es ostensible que existen las normas y algunos pronunciamientos jurisprudenciales, pero ¿esa serie de normas sí se ejecutan en todo el plano nacional, el Estado a través de sus diferentes entidades vela por el cumpli-

miento de este estatuto nacional? Ese es el interrogante que nos planteamos y que desarrollaremos en este artículo.

Es de suma importancia conocer si nuestro Estado realmente ha tomado una postura proactiva en la protección de nuestros animales o si su postura es más bien permisiva y cómplice del maltratador.

Como manifiesta el filósofo John Locke, la crueldad hacia los animales tiene efectos negativos sobre la formación ética del niño, el cual más tarde puede transmitir la agresividad y violencia en su interacción con otros seres humanos.

A un país civilizado lo podemos medir por el grado de desarrollo que tenga, eso incluye sus avances en materia legislativa y de políticas públicas que permitan hacer efectiva esa protección, pues el maltrato hacia los animales produce una descomposición de la sociedad y aumenta las posibilidades en el hombre de cometer actos crueles hacia otros seres humanos.

Con base en lo anterior, consideramos que es importante entrar a mirar si esas normas se están cumpliendo y cuál es su grado de desarrollo en el territorio colombiano, veamos a qué nivel se encuentra una ciudad comparada con otra en materia de protección animal y si la diferencia entre ellas es muy abrupta.



Eso despertaría nuestro espíritu propositivo e investigativo y nos permitiría cuestionar el papel de nuestro Estado.

Los pensamientos y teorías de John Locke, Jeremy Bentham, Jacques Derrida y Tom Riddan, grandes estudiosos e investigadores de los derechos de los animales, fueron fundamentales para el desarrollo de este artículo.

MATERIALES Y MÉTODOS

Nuestro estudio comenzó por recopilar y verificar si las leyes colombianas y los tratados internacionales ratificados por Colombia sobre protección animal, son realmente acatados y aplicados por las autoridades colombianas dentro del territorio nacional.

En el marco internacional encontramos la Declaración de los Derechos de los Animales de 1977, además, observamos que en países como Estados Unidos, México, España, Argentina, entre otros, el maltrato animal se encuentra tipificado en el código penal de esos países, donde las penas van desde la multa hasta la pena privativa de la libertad.

Sin embargo, en nuestro código penal no hallamos disposición alguna que pueda asemejarse a los delitos que consagran las legislaciones de los países enunciados anteriormente. Se han realizado marchas, se han ratificado tratados internacionales, pero en

Colombia el único proyecto de ley 044 del 2009, el cual reformaba, potencializaba y ampliaba el campo de aplicación de la Ley 84 de 1989, lastimosamente solo llegó hasta el tercer debate en el 2010 y fue archivado para el 2011.

Después de una exhaustiva búsqueda de información encontramos que en la ciudad de Medellín están vigentes el Acuerdo Municipal N° 49 de 2003 que prohíbe el sacrificio de especies mayores y el Protocolo 9 de 2007, que regula la atención de animales domésticos heridos o maltratados, encontramos una legislación escasa que reglamenta el tema, y no hallamos nada que tratara el tema de nuestra investigación, la protección a los animales.

A pesar de que nuestra legislación no regula este problema que se torna cada vez más evidente y necesario, la jurisprudencia nos ilumina un poco con la sentencia C-666 de 2010, de la Corte Constitucional, la cual toca directamente el tema de las corridas de toros y muestra diferentes posturas asumidas por la Corte enfocada al rechazo de cualquier forma de manifestación de maltrato animal, y el fallo 22592 de 2012, del Consejo de Estado, donde se reconoce a los animales como seres con dignidad y derechos, tales como el derecho a no ser maltratado y el derecho a una muerte digna, sin sufrimiento.

El marco normativo encontrado en Colombia, realmente paupérrimo y un tanto desalentador, pues a la hora de entrar a estudiar el Estatuto Nacional de la Protección a los Animales, encontramos sanciones muy minúsculas en comparación con el sufrimiento que se le causa a nuestros animales, por ejemplo, el capítulo IV de las penas y las sanciones en su artículo 10 establece: “Los actos dañinos de crueldad como una mutilación, serán sancionados con la pena de arresto de 1 a 3 meses y multa de 5 mil a 50 mil pesos”.

Una situación como ésta en el código penal de México se sanciona con pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales domésticos o amansados; y en caso de causarles la mutilación de un órgano o miembro principal la pena anterior se le impondrá en su mitad superior.

El ejercicio comparativo deja ver claramente que en Colombia sale muy económico y fácil maltratar a un animal, partiendo del hecho que nuestras normas sobre protección animal son lo bastante pobres y hasta, podría decirse, obsoletas, en comparación con otras legislaciones.

Para obtener información básicamente se hizo consulta de páginas web, revisando

tanto las legislaciones de otros países como la nuestra. Revisamos la legislación y la jurisprudencia atinente al tema, porque no encontramos doctrina alguna que tratara este problema. Hemos realizado análisis y conjeturas a partir del conocimiento obtenido y de las abundantes noticias en los medios de comunicación, que cada día informan de nuevos casos de maltrato a caballos cocheiros, animales domésticos, intentos de domesticación a animales salvajes, entre otros.

RESULTADOS

Podemos dividir nuestro artículo en dos preguntas: la primera, que indaga sobre la existencia de legislación colombiana sobre protección animal, y la segunda, ¿se aplica la legislación existente? El primer interrogante se despejó al encontrarse no solo leyes, sino también tratados internacionales y jurisprudencia que tratan sobre la protección animal, pero cuando se ahondó en cada una de ellas el resultado no cumple con las expectativas y las necesidades reales para este problema.

La ley 84 de 1989, a pesar de ser el Estatuto Nacional de la Protección de los Animales, las sanciones son irrisorias, de una u otra forma deben reformarse esos montos establecidos por la ley, pues son valores tan insignificantes que realmente no generan un impacto en el patrimonio del maltratador; además de la debilidad de dichas sanciones, no hay mucha



claridad sobre a quiénes les compete hacer cumplir la normatividad, es decir, quién es la autoridad encargada, y esa incertidumbre genera confusión a la hora de denunciar un maltrato; también desde la fecha en que se expidió no se le ha hecho ninguna reforma que actualice esta ley y la haga más acorde con la Constitución de 1991, esto nos demuestra que se podrían considerar algunos artículos de la ley en mención como inconstitucionales.

En materia jurisprudencial, solo se hacen unos leves pronunciamientos, algunos enfocados al tema de las corridas de toros, excluyéndose así del estudio muchos otros casos de maltrato animal que se presentan en las diferentes zonas del país.

Encontramos legislación, pero en cuanto a su aplicación por parte del Estado, hallamos muy escaso material. Los lugares donde más se brinda un apoyo por parte del Estado y existen unas políticas públicas más centradas en el tema de la protección animal fueron ciudades como Bogotá y Medellín; sin embargo, en algunas ciudades como Cartagena, apenas se está intentando vislumbrar políticas públicas proteccionistas, y escasamente en el caso de los caballos cocheros, pero en torno a los demás animales, no existe nada puntual sobre protección; de lo que sí se pudo tener certeza es que en cada ciudad existen entidades encargadas de proteger a los animales, pero con la peculiaridad que todas son enti-

dades sin ánimo de lucro y que no reciben ningún beneficio por parte del Estado, son organismos con vocación de servicio y amor por los animales tales como Ángeles con patas, ADA, FRAD, entre otros.

De lo anterior podemos concluir que sí existen leyes desactualizadas y que deben ser reformadas bajo los parámetros de la Constitución de 1991, más aun, teniendo en cuenta que la devaluación de nuestra moneda hace que la sanción económica no inhiba a los infractores. El Estado necesita comprometerse con el tema de la protección animal con fuerza y presencia en las ciudades y municipios del país y no dejar tal responsabilidad a entidades sin ánimo de lucro fundadas y gestionadas por particulares.

DISCUSIÓN

En nuestra introducción presentamos el siguiente interrogante ¿se evidencia en Colombia la presencia de normativa sobre protección de nuestras especies animales?, en caso de que existiese ¿realmente se está ejecutando? Teniendo como eje el anterior cuestionamiento, en esta etapa del artículo nos concentraremos en descomponer las partes de la pregunta para que sea más sencilla su respuesta.

En Colombia sí se evidencian normatividades encaminadas a la protección de los animales,



algunas presentes en la Constitución Política, tales como los artículos 8, 95 # 8 y 79; artículos que desarrollan los llamados derechos al medio ambiente, también encontramos el Estatuto Nacional de Protección Animal Ley 84 de 1989, norma que rige en todo el territorio colombiano y que se encarga de regular los diferentes actos considerados como maltratos y las correspondientes sanciones, consideradas por el legislador del momento ecúanimes para cada situación.

Esta protección nacional también encuentra su sustento en el plano internacional a través de la Declaración de los Derechos de los Animales de 1977, adoptada por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y de la cual Colombia hace parte.

Si vamos al plano descentralizado, encontraremos que son muy escasas las ciudades que manejan políticas públicas sobre protección animal, y podríamos considerar que las únicas ciudades que realmente ponen en práctica la Ley 84 de 1989 son Bogotá y Medellín, lo cual deja ver claramente la mayoría de acuerdos expedidos por cada una de las correspondientes alcaldías, enfocados en la protección, mantenimiento y progreso de los animales que se encuentran en cada ciudad. Pues bien, queda claro que sí existe un marco legal, pero ahora viene la siguiente pregunta, ¿es ejecutado en todo el territorio? Una cosa es el ser y otra el deber ser, en este caso las

normas que nombramos con anterioridad, principalmente la Ley 84 de 1989 es una ley que de una u otra forma cumple con su esencia, con su ser, está hecha para la protección de los animales que se encuentran en el territorio colombiano, pero en su deber ser observamos que no es aplicada como le corresponde y su deber de protección no se está cumpliendo.

Visto esto, consideramos que permanece como una norma de ornamento para la legislación, pues hasta la fecha su articulado no es aplicado y sus sanciones mucho menos, aspecto que se puede comprobar con la cantidad de maltratos y violencia injustificada que se ve en cada ciudad y que sin más razón queda en total impunidad, siendo las entidades sin ánimo de lucro no gubernamentales las que se encargan de intervenir, luchar y salvaguardar la integridad de los animales.

Es tan escasa la implementación, estudio y aplicación de la Ley 84 que hasta el momento la jurisprudencia es igualmente escasa, no hay mayores pronunciamientos sobre la materia, por lo que no hay pronunciamientos tampoco por su inconstitucionalidad. Igualmente no hay mayor trabajo que pudiéramos encontrar en la doctrina.

Esto evidencia, asimismo, la falta de interés por parte de las autoridades y ramas del poder público, por esta misma razón es que se



encuentra tan desactualizada y hasta podemos permitirnos decir que es inconstitucional la única ley que podría regular la protección de los animales, no se ajusta a los principios y dogmas consagrados en la Constitución Política y tampoco es acorde a los cambios económicos del país desde el año 1989 a fecha del presente año, 2014.

En consecuencia, con el pasar del tiempo, la moneda se ha devaluado haciendo que las sanciones que hace 25 años tenían cierta fuerza, en nuestros días sean supremamente insignificantes, por ejemplo, amputarle un miembro a un perro, la sanción o pena económica es de tan sólo cinco mil pesos col., valor no acorde al daño hecho. Es tal la falta de interés, que el único proyecto de ley 044 del 2009, fue archivado, al parecer porque no era urgente o nadie lo impulsaba.

Los materiales utilizados en esta investigación, principalmente archivos de internet nos permitió observar la falta de acción por parte del Estado en el adelanto en materia de protección a los animales, dejando un vacío en el sistema, vacío que es llenado por voluntarios, personas altruistas, comprometidos con la protección animal, los cuales aseguran no recibir ningún estímulo o ayuda por parte del Estado.

Las afirmaciones dadas en este artículo, vienen no solo de consultas en documentos sino del diario vivir, en el curso del desarrollo de

esta investigación hicimos llamados a las entidades gubernamentales de la ciudad de Cartagena de Indias para poder tener una mejor apreciación sobre el tema y lo único que obtuvimos fueron llamadas en espera, respuestas titubeantes y una gran evasión de responsabilidades y compromisos ante el tema. Cada entidad justificaba su postura, asegurando que sí existen planes y políticas desarrollados por el Estado, pero que no era de su competencia, para finalmente remitirnos a otra entidad, la cual le respondía exactamente lo mismo que la anterior.

En el resto del país, buscamos en las páginas web de las diferentes alcaldías, encontrando escasamente los planes desarrollados por las alcaldías de Bogotá y de Medellín, siendo Medellín hasta el momento considerada una de las mejores ciudades en materia de protección animal, galardonada por la Fundación Franz Weber, de Suiza, que creó un premio de reconocimiento a esta labor y decidió honrar con el galardón a la ciudad antioqueña.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ley 84 de 1989
- Sentencia de la Corte Constitucional C-666 de 2010
- Constitución Política de Colombia
- Declaración de los Derechos de los Animales de 1977



- http://sociedadprotectoradeanimales.org/index.php?option=com_moofaq&view=article&id=17:ique-leyes-hay-en-colombia-para-proteger-a-los-animales&catid=2:moofaq&Itemid=5
- <http://www.paradais-sphynx.com/legislacion/articulos-doctrinales/declaracion-universal-derechos-animales.htm>
- <http://www.paradais-sphynx.com/legislacion/articulos-doctrinales/responsabilidad-penal-maltrato-animal-domestico.htm>
- <http://www.adacolombia.org/quiero-saber/material/legislacion-colombiana>
- <http://www.maciasabogados.com/Library/Resource/documents/Leyes/Ley84de1989.293.pdf>
- <http://blogs.20minutos.es/cronicaverde/2013/09/23/la-reforma-del-codigo-penal-endurece-las-penas-por-maltrato-animal-e-incendios-forestales/>
- http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_de_los_animales

MADRES COMUNITARIAS: UNA REALIDAD LABORAL EN COLOMBIA

Efraín Bohórquez Ruiz¹

RECUESTO HISTÓRICO

Los Hogares Comunitarios nacen hace 25 años por una iniciativa del Bienestar Familiar. O mejor, su implementación realmente fue ya hace 28 años. El modelo de los Hogares Infantiles cambia sustancialmente para la década de los años 80, al fortalecer la formación de los niños beneficiarios, instaurando oficialmente un modelo de educación basado en la participación de los padres y la comunidad. A mediados de los años 80 nacen los primeros “Hogares Comunitarios de Bienestar” y al frente de estos hogares, grupos de mujeres voluntarias “Madres Comunitarias”, quienes se asocian entre ellas o con la ayuda de organizaciones no gubernamentales, para encargarse de la alimentación y guarderías de niños en edad preescolar.

En el año de 1.987 el ICBF ofreció un marco institucional a las Madres Comunitarias dándoles el 8% de sus subsidios. Estas madres recibían a un promedio de 12 niños y niñas en sus propios domicilios, a cambio de una remuneración próxima a medio salario mínimo y de la afiliación a la seguridad social. Bajo esta modalidad el ICBF amplía su cober-

tura y su red de apoyo social, no sólo en la distribución eficiente de la Bienestarina, sino en el acceso a poblaciones apartadas.

En los años 90, a partir de la Asamblea Constituyente motivada por un plebiscito del movimiento estudiantil, surge la Constitución de 1.991, en la cual la participación ciudadana y el respeto por los derechos fundamentales, ganan espacios. El Dr. Jaime Benítez Tobón tiene mérito en esta Constitución como padre del artículo 44, que establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás derechos. Con una nueva Constitución y con un ambiente de conciliación propicio, el Instituto avanza en el fortalecimiento de sus acciones y sus programas, en la cualificación de sus servidores públicos y la ampliación de su cobertura.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR

La Ley 89 de 1.988, en el art. 1°, en su párrafo 2°, estableció que los Hogares Comunitarios de Bienestar son “aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- a las familias

¹ Abogado, Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Sede Cartagena. Especialista en Seguridad Social de la Universidad de Cartagena. Email: efraboruiz@hotmail.com



con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país”.

De igual forma, al tenor del art. 3° del Acuerdo 21 de 1.996 emitido por la Junta Directiva del ICBF, el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar desarrolla las siguientes acciones, a saber:

- *“Complementación alimentaria y vigilancia del estado nutricional y de salud, mediante el suministro de un aporte nutricional y el control periódico de peso y talla, según los Lineamientos Técnicos del Programa”.*
- *“Desarrollo Psicosocial, mediante acciones de socialización con los niños, la familia y la comunidad recuperando como medio educativo por excelencia el familiar y el comunitario”.*
- *“Capacitación para Agentes Educativos Comunitarios dentro de un sistema de formación permanente inserto en el quehacer diario de las acciones requeridas para el mejoramiento de las condiciones de vida y de la atención directa de los niños”.*
- *“Supervisión y evaluación”.*
- *“Mejoramiento de vivienda, para adecuación de los espacios físicos donde*

se atienden los niños, manipulación de alimentos y servicios sanitarios”.

Por otro lado, el Programa Hogares Comunitario de Bienestar, parte de la base de que obligación de asistir y proteger a los niños y niñas para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos es compartida entre el Estado, la familia y la sociedad, como lo señala el mismo artículo 44 de nuestra Carta Magna. Y siguiendo este criterio, el Dec. 1340 de 1.995 distribuye las competencias de la siguiente manera:

- Al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le corresponde por un lado, establecer los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permitan la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, dando cumplimiento a la obligación del Estado, en concurrencia con la familia y la sociedad de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Y por el otro lado, le corresponde, para efectos de la ejecución del Programa, coordinar sus acciones con las Entidades Territoriales, otras entidades públicas y privadas y organizaciones no gubernamentales.
- A la comunidad a través de Asociaciones de Padres de Familia o de otras



organizaciones comunitarias le corresponderá la ejecución directa del funcionamiento y desarrollo del Programa. En ese mismo sentido el Acuerdo 21 de 1.996, en su art. 1°, párrafo único, estipula que el Programa está dirigido a fortalecer la responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos, la participación comunitaria en la autogestión y solución de sus problemas, orientando sus recursos y trabajo solidario en beneficio de los niños. El funcionamiento y desarrollo del Programa (...) será ejecutado por las familias de los niños beneficiarios del Programa, que se constituirán en Asociaciones de Padres u otra forma de organización Comunitaria y quienes una vez tramitada su personería jurídica ante el ICBF, celebrarán contratos de aporte para administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional y los aportes provenientes de la comunidad.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MADRES COMUNITARIAS DEL PROGRAMA HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR

El artículo 4° del Dec. 1340 de 1.995 revela la naturaleza jurídica de la relación entre las madres comunitarias y las entidades o personas que participan en el Programa. Este artículo indica que “la vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás

personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de “Hogares de Bienestar”, mediante su trabajo solidario, constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen”.

El artículo 5° del Acuerdo 21 de 1996, expresa que “las madres comunitarias como titulares del derecho a la Seguridad Social, serán responsables de su vinculación y permanencia en el Sistema de Seguridad Social Integral, de conformidad con lo normado por la Ley 100 de 1.993, sus decretos reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia”. Este artículo también establece que es la junta directiva de las Asociaciones de Padres de Familia quienes velan porque las madres comunitarias se vinculen al Régimen de Seguridad Social en Salud y pensiones”.

Por otro lado, se establecieron unos beneficios en favor de las madres comunitarias en materia de seguridad social y reconoce un subsidio pensional, así lo dispone la Ley 509 del 30 de Julio de 1.999.

De igual forma se prevé en esta misma norma, en su artículo 1° que “las madres comu-

nitarias del programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se afiliarán con su grupo familiar al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se harán acreedoras de todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas del mismo”.

En el año 2.006, mediante la Ley 1023, artículo 2°, se reglamentó que “las madres comunitarias cotizarán mensualmente como aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud un valor equivalente al cuatro por ciento (4%) de la suma que reciben por concepto de bonificación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (...) Las Organizaciones Administradoras del Programa Hogares de Bienestar recaudarán las sumas citadas, mediante la retención y giro del porcentaje descrito, a la Entidad Promotora de Salud, EPS, escogida por la madre comunitaria, dentro de la oportunidad prevista por la ley para el pago de las cotizaciones”.

El Estado contribuye a la financiación del aporte de las madres comunitarias al régimen contributivo de salud en la forma prevista en los artículos 3 y 4 de la Ley 509 de 1.999.

En materia de pensiones, la Ley 509 de 1.999, establece que de conformidad con lo dispuesto por la Ley 100 de 1.993, el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al régimen general de pensiones de las

madres comunitarias, cualquiera sea su edad y siempre que hayan cumplido por lo menos un (1) año de servicio como tales. El monto del subsidio será equivalente al ochenta por ciento (80%) del total de la cotización para pensión y su duración se extenderá por el término en que la madre comunitaria ejerza esta actividad.

La Ley 1187 de 2.008, en su artículo 2°, indica que “el Fondo de Solidaridad Pensional subsidiará los aportes al Régimen General de Pensiones de las madres comunitarias, cualquiera sea su edad y tiempo de servicio como tales”.

Esta ley, también prescribe que “El Gobierno Nacional garantizará la priorización al acceso de las madres comunitarias al subsidio de la Subcuenta de Subsistencia de que trata la Ley 797 de 2.003, cuando no cumplan con los requisitos para acceder al Fondo de Solidaridad Pensional - Subcuenta de Solidaridad, o cuando habiendo cumplido la edad en los términos de la ley no alcancen a completar el requisito de semanas de cotización exigido”.

Es menester aclarar, que en esta materia, el régimen de las madres comunitarias también es distinto del de los trabajadores independientes, quienes asumen la totalidad de aporte.

Finalmente, en lo relativo al Sistema de Riesgos Profesionales, el Plan Nacional de Desa-



rollo 2010-2014 previó que “se les reconocerá un incremento que, como trabajadoras independientes, les permita en forma voluntaria afiliarse al Sistema General de Riesgos Profesionales”.

Es pertinente precisar que el hecho de que artículo 4° del Dec. 1340 de 1.995 mencione las palabras “contribución voluntaria” no puede ser interpretado en el sentido de que las madres comunitarias hacen una especie de “voluntariado”. Las características dadas a esta actividad por las normas legales y reglamentarias vigentes denotan que es una forma de trabajo que, aunque en principio no es subordinado y no genera relación laboral, sí permite a las personas que la ejercen dignificarse a través del desarrollo de un oficio y darse a sí mismas y a sus familias acceso a condiciones materiales de vida digna al percibir una retribución económica y acceso a la seguridad social a cambio de la prestación de sus servicios personales.

También es importante destacar que, aunque el mencionado artículo excluye la relación laboral entre las madres comunitarias y las asociaciones o entidades que participan del Programa, su régimen jurídico no es igual al de los trabajadores independientes, como parece entender el ICBF en el escrito de intervención que allegó durante el trámite de revisión.

En lo que toca con la seguridad social, las normas aplicables no las obligan a asumir la totalidad de los aportes al sistema de salud y de pensiones sino que el Estado asume una parte de los mismos, siguiendo la lógica del Programa, cual es la responsabilidad compartida entre el Estado, la familia y la sociedad en el desarrollo integral de los niños y niñas.

En lo relativo a la jornada de trabajo se asimilan a los trabajadores con relación laboral, pues esta es de ocho horas diarias como máximo^[76].

Ahora bien, en lo que respecta al salario mínimo, la bonificación de una madre comunitaria de tiempo completo está por debajo del mismo. Como se dijo, para el año 2012 el ICBF la fijó entre \$349.200 y \$407.400, según el número de niños y niñas que atiende^[77], mientras el salario mínimo está entre \$566.700 y \$634.500, según se tenga derecho a subsidio de transporte o no^[78]. A ello se agrega el valor de la cuota mensual de participación que pagan los padres de familia o los responsables del cuidado de los niños y niñas que asisten al hogar comunitario de conformidad con el acuerdo 18 de 2000 del ICBF, la cual está aproximadamente entre \$8.500 y \$12.000 por menor de edad atendido^[79]. Así, por ejemplo, una madre comunitaria de tiempo completo que atienda 14 niños recibiría \$168.000 de la cuota mensual de participación de los padres^[80].

En resumen, el análisis del régimen jurídico actual de las madres comunitarias revela, de un lado, características propias del trabajo subordinado tales como la limitación de la jornada laboral a ocho horas diarias y, de otro, divergencias importantes con los trabajadores independientes en lo que toca con la seguridad social pues no están obligadas a asumir la totalidad de los aportes al sistema de salud y de pensiones sino que el Estado asume una parte de los mismos, lo cual obedece a la lógica misma del Programa, cual es la responsabilidad conjunta entre el Estado, la familia y la sociedad en la asistencia y protección de los niños y niñas. De modo tal que, hoy en día, las madres comunitarias tienen un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente.

Lo dicho no contradice la jurisprudencia de esta Corte sobre la naturaleza jurídica de la relación de las madres comunitarias con las entidades y asociaciones que participan del Programa ya que las sentencias expedidas sobre el asunto se han limitado a indicar que no se trata de trabajo subordinado^[81], lo que se reitera en la presente decisión.

Referencias

- [76]. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-628-12.htm#_ftn76
- [77]. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-628-12.htm#_ftn77
- [78]. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-628-12.htm#_ftn78
- [79]. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-628-12.htm#_ftn79
- [80]. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-628-12.htm#_ftn80
- [81]. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-628-12.htm#_ftn81

MODELO ECONÓMICO COLOMBIANO ¿INTERVENCIONISMO O NEOLIBERALISMO?

Cristian Camilo Ramírez Severiche¹

Durante mucho tiempo se ha discutido cuál es el modelo de un estado perfecto, en Colombia a lo largo de su historia se han llevado a cabo guerras, incluso durante la época donde se buscaba la liberación del yugo español, donde se discutió el modelo de Estado (federalista o centralista), que como es bien sabido, dominó el centralismo, e incluso hoy se continua aplicando en nuestro país. Con el tiempo en la constitución del 91 en su artículo 1º se describió a Colombia como un Estado social de derecho², pero la pregunta que se viene a la mente de quienes no han estudiado el derecho, política o cualquier otra corriente semejante, es: ¿Qué es un Estado?.

El Estado puede definirse como: “un conglomerado social, política y jurídicamente establecido, asentado en un territorio determinado, sometido a una autoridad definida que se ejerce por medio de sus propios órganos y cuya soberanía es reconocida por otras organizaciones similares”.³ Como podemos observar, el Estado requiere unas características específicas para ser considerado como tal: territorio, población, autoridad y soberanía, si falta solo alguna de estas no podrá con-

siderarse una nación no puede considerarse como una entidad estatal.

Sobre un modelo económico existen también diferentes acepciones, pero desde el punto de vista de la economía política: “aquel proceso que es orquestado por un gobierno para organizar la actividad económica y buscar un vínculo armónico entre las empresas y el resto de los actores sociales”.⁴

Para determinar el modelo económico de Colombia, primero se debe analizar los modelos económicos de intervencionismo y neoliberalismo:

Intervencionismo: “política de los Estados que consiste en la intervención activa en los asuntos internacionales..., confía a la acción del Estado el dirigir y suplir, en la vida del país, la iniciativa privada”.⁵

Dentro de sus principales fines encontramos: 1. Corregir los efectos de posibles fallos de mercado; 2. Lograr cierto bienestar social adicional al margen de los mecanismos de mercado; 3. Existencia de bienes públicos (aire,

1 Abogado, Especialista en Derecho Comercial. Egresado de Universidad Libre, Cartagena. Email: cristian_seve@hotmail.com

2 Constitución Política de Colombia, artículo 1º. “Colombia es un Estado social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

3 Manuel Restrepo Medina, La Constitución al alcance de todos, círculo de lectores, Bogotá, 2007, págs. 63-64

4 <http://definicion.de/modelo-economico/>

5 Diccionario Enciclopédico Salvat, Volumen 8, Salvat Editores, S.A. Barcelona, 1994, pág. 2090

pesca en aguas internacionales, comunicación, etc.) que no pueden ser adecuadamente controlados por un mecanismo de mercado; 4. Proteger los recursos naturales y buscar una forma de explotación sostenible de los mismos; y por último 5. Financiar un sistema de defensa nacional y de seguridad pública que permita desarrollar pacíficamente la actividad económica capitalista.

Ejemplos sobre estados intervencionistas se encuentran en los sistemas socialistas y de las economías planificadas, donde el Estado es el responsable de la mayor parte de las decisiones involucradas en la economía, como por ejemplo en países socialistas como Cuba, China o la actual Venezuela; sin embargo este último es un claro ejemplo de cómo algunos países llegan al extremo para proteger su política, llegando a ser Estados fascistas, castigando duramente a sus opositores, sin importar las consecuencias o los medios para conseguir sus fines de política económica.

Otras críticas al intervencionismo pueden ser, la parálisis que causa al progreso, el crecimiento y el desarrollo económico de un país, pues la inversión de capital privado es una buena forma de fomentar el empleo, riqueza y alternativas de ingresos, además, se ha constatado a través de los años la ineficacia en la asignación de los recursos que produce a un amplio sector.

Neoliberalismo: es un sistema económico basado en “tratar de reducir el aparato estatal, de privatizar las empresas sociales del Estado, y de establecer la apertura económica en todos los frentes.”⁶

Este sistema se caracteriza por la implementación de políticas monetarias y fiscales restrictivas, la liberalización/desregulación, y privatización. Un ejemplo de un país neoliberal se puede encontrar en los Estados Unidos de Norte América, considerado el capitalismo al extremo, pues consideran la propiedad privada y la inversión de particulares como herramienta para el crecimiento económico y desarrollo de un país y solo debe de interior en ciertas situaciones extremas.

Este sistema también tiene sus problemas prácticos, los cuales son: 1. Ha resultado no traer la prosperidad que se había programado, a pesar de llevar años implementándose en países, sean estos desarrollados o no; 2. Es un modelo que no ha todos los países le es ideal, tenemos como ejemplo a Argentina que en el 2000 tuvo una crisis por haber tomado parámetros dictados por el Fondo Internacional Monetario, ellos ingenuamente creyeron que abriendo mercados al libre comercio, con pocos o incluso sin restricciones tarifarias y sin intervención estatal se lograría su desarrollo ideal, pero eso no sucedió; 3. A pesar de quienes lo defienden buscan generar un camino al crédito estable, solo genera

6 Alvaro Angulo Bossa, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional General*, Editorial Leyer, Bogotá, 2001, pág. 84



ganadores y perdedores, sin tener los agentes o factores necesarios para hacer posible el maximización de su utilidad; 4. La ausencia de regulaciones y sistemas jurídicos de mecanismos de control o intervención estatal da al Estado muy minimizado, dando a entender que a este o no le importan las crisis que puedan generarse o ingenuamente cree que los particulares pueden sobrevivir a la escasez y al continuo crecimiento de la población y de la reducción de recursos; 5. Da a entender que el Estado tiene la capacidad de debilitar el poder sindicalista y mantenga el control total del dinero, limitando a la vez la inversión en gastos sociales.

Teniendo en cuenta las características de estos dos sistemas económicos, podemos decir que Colombia pertenece al sistema neoliberal. Esta política ha sido implementada en Colombia a partir de 1991, pero eso ha generado como en otros países una crisis en todos los sectores. El desempleo, la quiebra por doquier de nuestras empresas es un hecho cotidiano y el Estado siempre tendrá que ponerle freno a esta política que en el fondo no es más que el llamado “capitalismo salvaje”⁷. Sin embargo, durante el periodo de 2002 a 2009 Colombia da la sensación de ser un lugar más seguro para los habitantes como para los inversionistas extranjeros pasando de ser la séptima economía más fuerte de Latinoamérica a ocupar el puesto número cuatro, debido también al gran aporte

de turistas extranjeros que contribuyen con grandes cantidades de inversiones de capital a Colombia, fomentando el desarrollo de la economía.⁸

El modelo económico de Colombia no es 100% neoliberal, de hecho, en países como Estados Unidos, donde son capitalistas salvajes, existen situaciones que obligan al Estado a tomar medidas que van más allá de la privatización y economía particular. Igualmente, en Colombia el Estado no es 100% neoliberal, pues el gobierno tiende a implementar cada vez más proteccionistas a sectores vulnerables, implementa acciones tendientes a regular medidas que protejan a inversionistas que fomenten el empleo, creación de estructuras públicas y fomentar la participación de particulares en asuntos de política económica pública y mixta.

Economistas como Eduardo Sarmiento opinan que en los sectores del país, “solo la minería está dando frutos”, otros como la infraestructura, agricultura, medio ambiente e innovación no se ha profundizado sobre los elementos e instrumentos para llevarlas a un buen camino, e incluso opino que la implementación del TLC, si bien es cierto que permite la compra de bienes más baratos en el exterior, esto también ocasiona pérdidas de empleo en el país y resulta costoso al no haber más trabajo en la industria.⁹

7 Avaro Angulo Bossa, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional General*, pág. 84 Editorial Leyer, Bogotá, 2001, pág. 84
8 <http://www.slideshare.net/andfelipe1/modelo-economico-colombiano>

Por otro lado, existen estadistas que opinan que Colombia está en una economía cada vez más emergente; es decir, un país que se encuentra en vías de desarrollo, y comienza a crecer con su propio nivel de producción industrial y sus ventas al exterior. De esta manera, aparece como competidor de otras economías más desarrolladas".¹⁰ Finalidad que Colombia siempre ha querido, y de hecho uno de los motivos por los cuales había firmado el tratado de libre comercio (TLC).¹¹

Desde mis apreciaciones personales, considero que Colombia es un Estado neoliberal, de economía emergente, con miras al desarrollo, con un énfasis en el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes, sin embargo, hay que señalar que existen múltiples problemas en el país, algo muy común en diferentes naciones sobre todo en vías de desarrollo, pero con expectativas de un mejoramiento y una solución a las problemáticas en un futuro.

CONCLUSIONES

1. Colombia es un país neoliberal, que busca mediante la inversión de capital privado fomentar el crecimiento y desarrollo del país.
2. La economía de Colombia se encuentra en un estado emergente, progresando y evolucionando, desde aspectos como el agrícola hasta el sector industrial, que a pesar de no

encontrarse en un sector desarrollado, está en miras al desarrollo, sobre todo comparándolo con países de América Latina como Argentina o Brasil¹².

3. Colombia debe encontrar un mejor equilibrio entre un Estado neoliberal y uno intervencionista, ya que existen sectores vulnerables del país que aún están sufriendo por la desigualdad y la realidad económica del país, sin menoscabar la importancia de la inversión de capital privado en Colombia.

4. Ningún sistema económico es perfecto, por un lado el intervencionismo puede llevar a un desequilibrio económico, ya que el capital privado permite el desarrollo, el crecimiento, el fomento de empleo y el mejoramiento de las instituciones, pero al mismo tiempo se puede resaltar que el neoliberalismo tampoco ha resultado traer la prosperidad que prometió y da a entender que el consumismo y el llamado "capitalismo salvaje" que se ha implementado en el país tampoco ha generado los resultados favorables que prometen siempre los sectores y empresarios prósperos del país.

BIBLIOGRAFÍA

1. Instituciones políticas y derecho constitucional general. Álvaro Angulo Bossa
2. La constitución al alcance de todos. Manuel Restrepo Medina.

9 <http://confidencialcolombia.com/es/1/2014/8387/Pol%C3%ADtica-Econ%C3%B3mica-Tlc-Villar-Fedesarrollo-locomotoras.htm>

10 Tomado de <http://niefcz.wordpress.com/2011/09/12/economias-emergentes/>

11 "Conjunto de reglas que los países acuerdan para vender y comprar productos y servicios en América del Norte". "Son importantes pues se constituyen en un medio eficaz para garantizar el acceso de nuestros productos a los mercados externos, de una forma más fácil y sin barreras". Tomado de <http://www.colombia.com/actualidad/especiales/tlc-con-estados-unidos/que-es-el-tlc/>

12 <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11750304>

LOS METADATOS EN LOS PROCESOS JUDICIALES EN COLOMBIA

Alexander Gómez Flórez¹

INTRODUCCIÓN A LOS METADATOS

Todos somos iguales ante la ley,
pero no ante los encargados de aplicarla.

Stanislaw Ferzy Lec

La globalización obliga en su desarrollo el actuar “*inmóvil*” en el campo holístico intercomunicacional, tomando como referencia el entorno dentro del contexto de la hipermodernidad, suscitando implícitamente un proceso hermenéutico que apunta al devenir digital. Su punto de apoyo lo constituye la información estructurada y organizada de un conjunto de datos que permiten: consultar, evaluar, comparar, acceder y/o utilizar la información que describa a su autor; y, particularidades como: semántica, calidad, modo de identificación, restricciones de uso, mantenimiento, distribución, sistema de referencia y contenido. Los metadatos son datos altamente estructurados que describen características de los datos y que les otorga significado, contexto y organización. En otras palabras, son los datos de los datos.

Surgimiento de la infraestructura colombiana de Datos Especiales

La Norma Técnica Colombiana NTC 4611(1994) declara que los primeros avances documentados del uso de herramientas informáticas que permiten administrar el inventario de datos, se remontan al año de 1994, cuando los productores y usuarios de información geográfica del sector público y privado de Norteamérica, Europa y Asia, enfocaron sus esfuerzos al desarrollo de las Infraestructuras Nacionales de Datos Espaciales (NSDI's) para incentivar la producción, el acceso y el uso de la información geo-referenciada, de manera coordinada; con base en estándares, políticas y recursos informáticos.

Hoy por hoy, el concepto de Metadato debe tener un enfoque diverso al que se le otorgó en su etapa inicial, lo cual permite que pueda ser usado como un término más amplio y más asequible en el ámbito investigativo – léase: *Identificador de los materiales digitales diseñados-* y funcional en los espacios jurídicos que apelan a la aplicabilidad del nuevo Código General del Proceso Colombiano, dentro de la *Equivalencia Funcional de los Actos*

¹ Estudiante del Programa de Filosofía de la Universidad de Cartagena y de Derecho de la Universidad del Sinú. Integrante del semillero de investigación Derecho, educación y acción. Email: a00full@hotmail.com

electrónicos para establecer y determinar la sinergia que poseen los componentes jurídicos en la “Sociedad de la Información”. Lo anterior posibilita que exista una de-construcción del conocimiento científico en la dimensión jurídica, y que no se estanque debido a las falencias en: a) los neo co-investigadores dentro de las actividades de cualquier línea de Investigación avaladas por Colciencias y, b) la competitiva de los jueces dentro del manejo de nuevos aspectos procesales emitidos por la Ley 1564 del 2012.

Surgimiento de los metadatos en el campo educacional, de la primaria hasta la universidad.

En 2005 se realizó el primer concurso nacional de Objetos de Aprendizaje. La idea era tener a disposición de la comunidad académica un número significativo de Objetos de Aprendizaje reunidos en un Banco o Repositorio (López Guzmán, 2004), para apoyar actividades de enseñanza-aprendizaje que se dan en el aula de clase y fuera de ella, tanto a nivel nacional como internacional.

Al concurso se invitaron a participar docentes, investigadores y estudiantes de educación superior; el material fue evaluado según algunos criterios de orden pedagógico, didáctico, curricular, técnico, estético y funcional que conllevaron a varias aproximaciones a los objetos de aprendizaje: “como trozos

pequeños y reusables de medios instruccionales de cualquier recurso digital que pueda ser reutilizado para apoyar el aprendizaje.” (Wiley, 2000).

Se generó un plan de acción que buscaba iniciar procesos de catalogación de OA en las Instituciones de Educación Superior (IES), y se establecieron mecanismos de actualización y publicación que permitieran garantizar la sostenibilidad de cada uno de los bancos de DATOS.

El Ministerio de Educación Nacional propició la ejecución del proyecto piloto “Catalogación de Objetos de Aprendizaje en IES”, consolidando Bancos de Objetos de Aprendizaje dentro de algunas Instituciones de Educación Superior líderes en el tema de la producción de material educativo digital. El proceso incluía la identificación de dicho material y su debida clasificación, mediante reglas y estándares comunes. Estos contenidos son recopilados mediante el proceso de cosechado de los metadatos (Downes, S. 2003) de los bancos institucionales en un Banco Nacional de Metadatos de Objetos.

Sobre el estudio y análisis de las definiciones disponibles, en su momento, se elaboró una propuesta conceptual sobre los objetos de aprendizaje, la cual fue presentada al Ministerio de Educación Nacional a inicios del año 2006, y que posteriormente fue tomada

como base de la definición, que en la actualidad el Ministerio propone como marco de trabajo para las Instituciones de Educación Superior en Colombia en el tema. Esta propuesta conceptual tiene como punto de partida los siguientes postulados:

1. Un acercamiento apropiado al término “Objeto de aprendizaje” hay que entenderlo como una mediación del aprendizaje, circunscrita dentro del fenómeno de la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación en la educación (TIC), como un cierto material educativo digital.

Se reconoce la estrecha relación entre la pedagogía y la formación humana desde la perspectiva de Rafael Flórez, tal como lo expresa en el documento titulado: “El Campo Disciplinar de la Pedagogía”. No se trata solamente de comprender la formación humana, también se trata de producirla. Se entiende la formación como construcción de humanidad, de posibilitar el acceso a niveles superiores de nosotros mismos, en aspectos como la dignidad, la libertad, la autonomía y la naturaleza social. (Flórez, 2006).

1. El lector, atendiendo y reconociendo que existen múltiples definiciones acerca del concepto objeto de aprendizaje, habrá de entender que, en cada una de ellas, como es apenas natural, existen algunos

elementos que el autor considera necesarios para describir de manera suficiente aquello que es objeto de dicha definición. (cita)?

2. un ejercicio de reflexión sobre los objetos de aprendizaje supone: primero, aceptarlos como un instrumento válido de formación humana; y segundo, requiere la construcción de un acervo teórico alrededor de su estructura conceptual y de su papel dentro de la práctica pedagógica investigativa digital Jurídica.
3. La propuesta conceptual se debe dirigir desde una perspectiva que privilegie lo educativo sobre lo tecnológico, y se dirige, principalmente, hacia el diseño, producción y uso de los objetos de aprendizaje en la práctica docente jurídica digital.

Cabe una pregunta en esta línea: ¿puede privilegiar el conocimiento de lo jurídico a la tecnología digital?

Para tal pregunta hay que asignar unos elementos que acierten o se aproximen a una respuestas, por lo cual es necesario expandir la conceptualización de metadatos; de esta manera, por ende, la conceptualización del término debe superponer un radio de acción asequible y justo ante la magnitud de su aplicación en el campo universitario, propiamente en el campo investigativo digital inter-universitario, implicados en su desarrollo. De

este modo, se alcanzan objetivos como describir, identificar y definir un recurso para definir, filtrar e informar sobre el licenciamiento y las condiciones de uso de autenticación y evaluación, preservación e interoperabilidad (Caplan, 1995).

Debido a lo anterior, es menester indicar que la infraestructura descrita por Willey y Jack Myers posibilita a los jueces actuales descubrir factores que se hilvanan en y dentro de la hipermodernidad como nuevas formas de comunicación a través de la Internet, y que posibilita a los usuarios de los juzgados tener un manejo de información con disminución de costos, de tiempo, accequible, fácil y oportuno. Además de la creación y gestión de estos documentos con mayor rapidez y soportes de almacenamiento, lo cual disminuye la descongestión judicial; premisa dominante de este texto.

Inclusión digital jurídica colombiana en la Hipermodernidad.

Un objeto de aprendizaje en la Ciencia Jurídica puede llegar a estructurarse cómo se ejecuta la pedagogía conceptual en el pensamiento lateral como proceso, teniendo en cuenta que existe una colección de objetos de información ensamblada, usando metadatos para responder a las necesidades –de los jueces- y personalidad de un aprendiz en particular –*al igual que ayuda al demandado o*

demandante dentro de un proceso judicial-. Múltiples objetos de aprendizaje pueden ser agrupados en conjuntos más grandes y anidados entre sí para formar una infinita variedad y tamaños (Hodgins, 2000).

Se establece en este documento, que el objeto de obligación es organizar la información en la web, y de información, Web Semántica. Se puede entender por Web semántica un espacio que busca añadir una base de los datos jurídicos significado a los datos, de modo que los computadores y los sistemas de búsqueda puedan entender mejor la información que existe en la red, propiamente bajo Word Wide Web. Por tanto, se puede establecer que la congestión judicial tienen un elemento digital que se auto diagnostica como frágil o fuerte seguir en ruta, que se use, teniendo como dirección la acotación del acceso tecnológico al trámite dentro de procesos jurídicos, que ya es un orbe jurisprudencial digital. Debido a que varios juzgados están anclados en el paradigma romano del *scritium tangible de la norma*, se debilita el sentido holístico-digital de la información judicial de procesos, que se esbozan a través de sentencias u otro tipo de documentos, como es, en efecto, la última ratio que se describe taxativamente como un método antiquísimo de emitir y expresar su ideología codificada en códigos alfanuméricos de carácter escritural y distantes de la formulación binaria existente en la actualidad. Entonces, cabría en este documento develar una



incógnita, ¿a qué se debe que los operadores jurídicos colombianos no se plantean adquirir destreza y alta capacidad de implementar estos avances dentro de procesos, siendo esta una normatividad jurídica vigente? Una respuesta positiva al interrogante se traduciría en la inclusión de la práctica en Colombia.

Para que se reconozca la innovación tecnológica que facilita la velocidad y el alcance de las comunicaciones, y que esta no sea tempo-manipulada por los funcionarios públicos se debe buscar que los datos no estén desarticulados con las tecnologías existentes en la hipermodernidad. Y que a este gran segmento de auto-desplazados digitales se sumen los operadores jurídicos, los cuales deben tener en sus manos la forma de dirimir conflictos inter partes y/o en relación con el Estado. Dentro esta organización del Estado se podrá ciertamente legitimar digitalmente y, ¿por qué no?, tener eficiencia en este ejercicio aplicativo del dato global sistémico.

“Ahora a Dorfles cuando reflexiona acerca del desarrollo tecnológico, algunos años atrás el peligro se produce cuando los instrumentos técnicos se escinden del ego humano, o sea, cuando la técnica se torna autosuficiente o se adueña del hombre en lugar de dejarse adueñar por él” (Dorfles, 1969:34 citado por Calviño M., 2004).

De lo anterior puede gestarse un fundamento hegeliano (antítesis), un nuevo producto, el

cual se aproxima en una multiplicación de datos, en lo siguiente:

1. Se habla de comunicación interpersonal cuando se cuenta con más de un participante (*como es el caso en el ámbito jurídico, entiéndase lo interpersonal de la norma entre demandante y demandado*), los cuales pueden ser colaboradores de cada una de sus premisas, de los cuales se tiene cierta cercanía física e interactúan mutuamente, es decir, se intercambian mensajes, se da y se recibe información.
2. Entre los participantes no se hace necesario la existencia de una relación de antemano fortalecida (*face to face*), pues las relaciones interpersonales pueden manifestarse a diferentes niveles. (pantalla, celular, ipod, tableta, etc.)
3. Como lo anota Gordillo (2005): *En el mundo actual, la información y la tecnología cambian rápidamente pero la esencia de la persona, referida a sus facilidades de interrelacionarse, de hacerse responsable de sus actos, de ser cooperativo en su puesto de trabajo y de interesarse por su propio crecimiento profesional tienen un carácter más permanente...*

Se establece entonces, que el acto de comunicación inter-partes, es eficaz cuando a través de cualquier canal tanto el emisor como el receptor entienden al cien por ciento lo comunicado mediante un código. Implíci-

tamente se constituyen unos conceptos y un código en los cuales se tienen datos, y si evaluamos el fenómeno no está distante del mundo jurídico, y, por ende, de los resultados que este suscita mediante sus sentencias y el des congestionamiento de los procesos y la accesibilidad al orden jurídico colombiano, como: **mecanismo de gestión de la información jurídica**.

En tal sentido, estamos ante la apertura a un nuevo derecho, que requiere más prontas y efectivas soluciones; y que se ubica, retornando a su posición preferencial, dentro del desarrollo del derecho de lo humano y los demás seres naturales. La Administración electrónica es una vía para avanzar hacia el desarrollo del “mejor gobierno” de las Administraciones Públicas, en donde la tecnología es fundamentalmente un medio y no un fin en sí mismo <http://www.agenda.gov.co>

Se invita en esta propuesta a construir una codificación sistémica de los mecanismos de gestión de la información jurídica, donde se puede abordar la tesis del precepto pretorio de Ulpiano, de esta manera. El principio de la equivalencia funcional de los actos jurídicos celebrados a través de medios electrónicos respecto de aquellos actos jurídicos suscritos en forma manuscrita, e incluso oral, constituye el principal fundamento del Comercio Electrónico. Se trata de un requisito *sine qua*

non del Comercio electrónico, sin el cual no podría desarrollarse con la seguridad y confianza jurídica requerida por la sociedad. En la que Ulpiano destacaría: “*dar a cada quien según lo merezca*”. Pero a diferencia de este último la *equitatis* o la *equae* en los procesos gira a una velocidad tan impresionante, la cual permitirá una justicia social distributiva que está a detrás de unos links y unos cuantos clips.

Colombia no está exenta de esta realidad inmersa en la cibersociedad la cual se ha incrementado a un nivel inconmensurable; por ende, el manejo de la información y su correcta aplicación es distinta a la del tiempo medieval - Descripción de los objetos de los aprendizajes y de formación-, ya estamos comprimiendo el disco duro de la información jurídica colombiana debido a que su ancho de banda carecía de búferes de almacenamiento de información, que propenda por un servicio a través de los diferentes y capaces sistemas en las telecomunicaciones.

En conclusión, frente al cambio actual en los conceptos insertados por la globalización, una gran parte de las mentes conservadoras u ortodoxas se tendrán que adaptar a esta nueva aplicación digital del nuevo orbe jurídico; pueden existir a nivel de colección de datos, producto de datos, series, unidad de dato o



atributo y cobran importancia en la toma de decisiones acerca de la utilización y oportunidad de los operadores jurídicos, sin duda alguna. Ya el concepto de protojusticia está muy cerca, está minimizando la página que tenemos actualmente para comenzar en el neo análisis de la aplicación de los metadatos en el orbe jurídico.

Bibliografía

1. Agudelo, Mónica. 2012. Los metadatos. Gestión de contenidos de educación virtual de calidad. Universidad de Antioquia. pp 3.
2. Caplan, Priscilla (1995). You call it corn, we call it syntax-independent metadata for documentlike objects. *The Public Access Computer Systems Review*, v. 4, n. 6. Consultado agosto 2 de 2012, disponible en <http://epress.lib.uh.edu/pr/v6/n4/capl6n4.html>.
3. Comisión Colombiana del Espacio (2012). Infraestructura colombiana de datos especiales. Infraestructura Colombiana de Datos Espaciales (ICDE) © 2014. Consultado agosto 23 de 2013 disponible en http://www.icde.org.co/web/guest/estandares_metadatos. pp 4.
4. Dorfler & Calvino 2010. *Comunicarse efectivamente un reto: para todos*. IP 123.34.67.45.3
5. Duval, E., & Hodgins, W. (2003). A LOM Research Agenda. Recuperado el 19 de 8 de 2007, de WWW2003 Conference: <http://www2003.org/cdrom/papers/alternate/P659/p659-duval.html.html>
6. Ley 1564 del 2012.
7. López Guzmán, 2004. Objetos de Aprendizaje reunidos en un Banco o Repositorio. Citadode IEEE. (2002). Draft Standard for Learning Object Metadata. Recuperado el 21 de 06 de 2007, de IEEE Learning Technology Standards Committee: http://ltsc.ieee.org/wg12/files/LOM_1484_12_1_v1_Final_Draft.pdf
8. Univirtual, 2009. Objetos de Aprendizaje: prácticas y perspectivas educativas. Pontificia Universidad Javeriana Cali, Vicerrectoría Académica. Santiago de Cali: 199 p. Recuperado el 3 de febrero. Disponible en: http://portales.puj.edu.co/javevirtual/portal/Documentos/Publicaciones/Publicacion_2009.pdf
9. García, Ana. González, Luis et al 2012. *Uso pedagógico de materiales y recursos educativos en las TIC*. Departamento de didáctica, organización y métodos de investigación. Universidad de Salamanca. Cap. 2 Integración de las TIC en la educación.

6



EMPRESA Y SOCIEDAD

DESEMPEÑO LOGÍSTICO DE EMPRESAS TRANSPORTADORAS DE CARTAGENA

Teófilo Omar Boyano Fram¹

Jhorquis Machado Licona²

INTRODUCCIÓN

El transporte de mercancías reviste gran relevancia dadas las condiciones actuales de modernización en la infraestructura vial; la importancia de que estén a la altura de los servicios en materia logística es considerada prioridad en la actual administración del Presidente Santos. El adecuado manejo de la carga será determinante para el flujo de las mercancías, para las personas que están y conocen del sector es de gran utilidad valorar su cadena logística, ya que le permitirá hacer análisis de las condiciones actuales y tomar decisiones para que la gestión del transporte de las mercancías se lleve a cabo de manera eficiente.

Los transportadores de mercancías o transportadores de cargas vienen haciendo importantes esfuerzos en mejorar su desempeño logístico, con el fin de mejorar sus empresas, el tener en cuenta que las fases del proceso se lleven bien sigue siendo el logro a conseguir, ya que la carga de por sí no puede generar valor, está en el empresario que presta el servicio garantizar que sea efectivo y con

eso originar un entorno que podría ser más demandado para los usuarios de dicho transporte de mercancías.

Los factores claves en la cadena logística, el reconocerlos y utilizarlos de manera efectiva son herramientas oportunas que unen a tanto usuarios como servidores del servicio y todo el andamiaje que conlleva el buen oficio de transportar las mercancías.

Se insiste que toda fase que involucra la medición del desempeño logístico debe observarse, para que arroje luces, datos que permitirán tomar medidas. En relación a eso corroborar lo que infieren los usuarios y contrastarlo con el imaginario del empresario, dará datos que fortalecerán el presente estudio de carácter investigativo.

Con el conocimiento de los aspectos claves en materia de desempeño logístico, hará que la prestación del servicio ya no quede en mano de una sola persona, sino de todos los que intervienen. Una vez hecha la selección de las empresas, mediante la consulta de expertos, retentiva de las marcas y la gran

1 Economista, Maestrante en Administración de Empresas. Docente de la Facultad de Ciencias Económicas, Administrativas y Contables de la Universidad Libre, Sede Cartagena, y de la Escuela Naval de Cadetes Almirante Padilla. Email: oboyano@gmail.com

2 Estudiante del Programa de Administración de Empresas de la Universidad Libre, Sede Cartagena. Monitor del Centro de Investigaciones. Email: gmacblase@gmail.com



difusión que tiene las empresas, en diferentes medios de comunicación, se han elegido 5 empresas transportadoras de mercancías.

Es por eso que se pretende responder en la investigación como se están desempeñando en materia logística cinco empresas reconocidas en materia de transporte de mercancías que tienen presencia en el departamento de Bolívar, específicamente en la ciudad de Cartagena. Los puntos que se abordarán será una breve caracterización de la empresa y el desempeño que viene presentando la empresa en materia logística en el servicio de carga, por último una vez se terminado el trabajo se deja una propuesta de mejorar el transporte de mercancías, teniendo en cuenta la realidad del sector.

La logística se inició con fines militares para abastecer las tropas en tiempos de guerra, uno de los aspectos más relevantes es la cadena de suministro o Supply Chain Management, al respecto (Gómez, 2012) citando a Torrado quien define a la Cadena de Suministro como “ un enfoque integrado de los procesos logísticos de aprovisionamiento o logística de entrada, fabricación o logística interna, y distribución o logística de salida, permitiendo la relación con los proveedores, la empresa y los clientes”; posteriormente en el mismo texto, Gómez cita a Mentzer que define a la cadena de suministro como un conjunto de tres o más empresas conectadas o relacionadas con flujo de productos, servicios, finanzas, e información desde el aprovisionamiento hasta el cliente final.

Por lo que la logística puede estudiarse y medirse desde diferentes ópticas, en la misma cadena de suministro, aunque las empresas deben preparar su flujo financiero ante las exigencias de los usuarios y eso debe venir desde las directivas, incluyendo los planes estratégicos que tenga la empresa, cualquiera sea su razón social. Lo importante sigue siendo que el bien transportado llegue a tiempo, en óptimas condiciones y durante la maniobra el usuario se sienta tranquilo y confiado del proceso.

El objetivo de la investigación es el de determinar cómo se encuentra el desempeño logístico de cinco empresas líderes en el transporte de mercancías en el caso de Colombia y específicamente de Cartagena, se ha tomado en consideración las empresas líderes en cuanto a las más reconocidas, por su servicio, tradición y reconocimiento en el país.

ANÁLISIS DE LA FUENTE DE INFORMACIÓN

Para el estudio se determinó abarcar las empresas que se dedican más al transporte de mercancías terrestres, no obstante merece anotarse que los avances que se dan en el comercio de acuerdo a las exigencias del sector externo, ha sido considerable, ya que el Puerto de Cartagena mueve gran cantidad de mercancía y es además un Puerto de trasbordo, hay varios trabajos y estadísticas que muestra la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena moviliza anualmente más de un millón de contenedores, no obstante, el Puerto necesita



que los contenedores se desplacen por otros medios, entre esos el de vía terrestre, es allí donde se da cierto grado de dificultad, lo anterior no quiere decir que las mercancías no se movilizan de manera exitosa, sin embargo, el Banco Mundial en su Índice de Desempeño Logístico sitúa a Colombia en el año 2013 en el puesto 62 con una evaluación inferior a 2.8, teniendo la escala de 1 a 5, siendo 5 la máxima evaluación.

Para asumirlas como líderes se tuvo en cuenta, el posicionamiento de marca, su circulación o tránsito a nivel nacional y local, su trayectoria y crecimiento. Se quedan varias empresas por fuera, que pudieron incluirse en el estudio, pero las limitaciones de los recursos y la selección de su gestión y reconocimiento como usuarios, motivaron a dicha escogencia para el informe final.

Servientrega, Envía, TCC, DHL, TDM, no sin antes reconocer que existen otras empresas sólidas en el transporte de mercancías, como es el caso de Coordinadora, Botero Soto, Depresa, entre otras.

EL CASO DE SERVIENTREGA Y SU AVANCE EN MATERIA LOGÍSTICA

De acuerdo a la exploración por medios virtuales y la visita que se le hizo a las instalaciones, se caracteriza Servientrega por estar en su quinto quinquenio de fundación, ya que inició con operaciones en las ciudades de Bogotá, Cali y Buenaventura, por ser

las más cercanas a Jenesano, Boyacá, lugar de donde nacieron sus fundadores Jesús y Mary Guerrero Hernández, creándola en el año de 1982, más exactamente el 29 de noviembre, inicialmente como una empresa de transporte de carga, más específicamente de documentos y paquetes, desde su origen han considerado que pasaron por varios periodos a los que les llaman quinquenios (cada 5 años), exaltan su gestación, crecimiento e integración. En la actualidad, se está aplicando una estrategia que consiste en conectarse con operadores internacionales.

En cuanto al **rastreo de mercancías** cuenta con un Sistema satelital que le da confianza ante los clientes, ya que permite ubicar las mercancías, en el sitio exacto en donde se halle. En ese sentido la empresa ofrece un vínculo entre la mercancía, el transporte y las personas que se involucran en esa gestión. (El tiempo, 2013)

En cuanto a su desempeño logístico se puede inferir que en el rastreo de mercancías presta un excelente servicio, los usuarios lo calificaron sobre 4, la puesta tiempo de la mercancía sigue siendo un obstáculo dada las condiciones de flujo vehicular de la ciudad y la cantidad de semáforos, unido a la construcción de Transcribe, el tener franquicia, es decir el prestar la marca a otros empresarios para que hagan la gestión del transporte y su gran cantidad de puntos de servicio, hacen de la entidad una de las mejores a nivel logístico, no obstante la cultura de los transportadores en ocasiones retarda los pedidos.



EL CASO DE LA TRANSPORTADORA DHL COMO EMPRESA LÍDER EN EL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS

Fundada hace más de 40 años por 3 empresarios en sus orígenes cuyos nombres son: Adrian Dalsey, Larry Hillblom y Robert Lynn DHL es una marca de la Deutsche Post, hoy día, la empresa ha continuado expandiéndose con un gran empuje, actualmente es líder en el mercado mundial de la industria express y logística internacional.

Su historia se remonta desde 1969, cuando inició con el envío de documentos de manera individual, vía aérea desde San Francisco a la Isla de Honolulu; con el transcurrir del tiempo está llevando mercancías de todos los clientes a todos los confines del mundo. Al mismo tiempo, el exigente mercado se desarrolló y por lo tanto se tornó más complejo, por lo que DHL tuvo que adaptarse a efectos de satisfacer las cambiantes necesidades de sus clientes, tanto a nivel internacional como nacional.

Los servicios logísticos que presenta son los siguientes:

Rastreo de carga aérea, rastreo de carga marítima y rastreo de carga terrestre; utilizan otras aplicaciones en materia Logística como: DHL Interactive, Trade Automation Service, Supply Chain Integrator, Supply Chain LOG-

NET 5.0, Supply Chain Agile; evidenciando todo un Sistema en materia logística y bastante moderno.

En su caso en materia logística su desempeño es aceptable, ya que se encuentra en la arteria principal de la ciudad que fluye gran parte el tráfico vehicular y por lo tanto sigue en desventaja en posicionamiento en la ciudad dada la gran cantidad de sucursales de Servientrega, aunque es más reconocida a nivel internacional y a la fecha ha adquirido dos aviones para el transporte aéreo, presenta el problema de la cultura de sus transportadores, aunque están controlados por el tiempo y se hacen capacitaciones para su personal, la infraestructura vial para la empresa no es la adecuada y su infraestructura física sigue teniendo inconvenientes para la prestación del servicio, siendo ese problema muy común en las empresas transportadoras de mercancía, aunque cuenta con una gran sistematización de los datos y seguimiento a la carga de manera excelente, el entorno de la ciudad, hace que el desempeño logístico sea apenas aceptable, dada la situación actual en infraestructura vial.

LA TRAYECTORIA Y EL LIDERAZGO DE TDM COMO TRANSPORTADORA DE MERCANCÍAS

Es una empresa con una experiencia de más de 45 años prestando servicios en el merca-

do, entre los que se destaca: el servicio de transporte terrestre de carga masiva, cuyo enfoque se basa en el desarrollo de operaciones especializadas y de comercio exterior, dichos procesos se gestionan con gran eficiencia y un gran criterio de innovación, con un Talento Humano capacitado y gran compromiso, permitiendo prestar un servicio diferente y perdurable para los clientes. Su especialidad radica en el transporte de operaciones y de comercio exterior, su oferta de servicio se destaca por:

Su diferenciación con otras empresas radica en:

La empresa tiene una optimización de costos logísticos, ya que presta un servicio barato y eficiente, además que da soluciones integrales a los clientes en sus necesidades de logística, cumple con Indicadores de gestión en cada etapa del proceso logístico, presenta Tecnología de punta que les permite a sus usuarios trazabilidad en tiempo real, se adapta a la flexibilidad a los requerimientos del cliente, brinda seguridad en la información. De acuerdo a su infraestructura ofrecen una flota propia que permite una respuesta eficaz, apoyados en una eficiente administración del riesgo durante el desarrollo de la ruta programada; tiene desventaja con otras empresas en cuanto a que no presta el servicio de mensajería, recolección, envío de paquetes y mercancías urbanas.

Los Beneficios de la consolidación y desconsolidación de mercancías en TDM:

Según sus datos arrojados en la entrevista tiene: **un** manejo integral de la carga, que les permite mejorar la asignación y seguimiento de inventarios, al mismo tiempo laboran por la reducción del tiempo de llegada al mercado, procuran optimización de costos directos y de costos ocultos, trabajan por mejorar en el servicio al cliente por lo que les permite una distribución más eficiente de la mercancía

LA CARACTERIZACIÓN DE LA TRANSPORTADORA DE MERCANCÍAS ENVIAS SAS

Fue creada en el año de 1974, al fundarse COLTANQUES, sus primeros servicios se hicieron transportando líquidos industriales, al poco tiempo se afianzó en transportar hidrocarburos, labor que la llevó a ser considerada proveedora de ECOPETROL, en el año de 1996, dada la gran experiencia que traían con la empresa, se crea COLVANES, especializando su servicio de transporte, específicamente de productos terminados y mercancía en general y brindando servicios a nivel urbano, regional y nacional.

La percepción de los usuarios es el de mensajería, pero la empresa ha adquirido gran posicionamiento en el mercado, actualmente se caracterizan por su mensajería expresa y es-



tán dotados de toda una infraestructura logística que les permite conexión internacional.

Ventajas en la prestación de servicios:

Su cobertura está en el acceso a más de mil destinos del país, gracias a las alianzas estratégicas con operadores de talla mundial tiene presencia en más de 200 países en el mundo, con 800 puntos de recepción en el territorio nacional para el seguimiento de mercancías puede hacerse a cualquier hora a través de su página web, a partir de web service se les permite a los usuarios corporativos administrar y gerenciar su logística desde su propia oficina; además del sistema GPS, presentan el WAP, permitiendo hacer una georeferenciación y monitorear las rutas para obtener mayor productividad, ya que evitan posibles obstáculos.

Se brindan capacitaciones a sus empleados a través del Talento humano, entre sus logros se encuentra el ser certificadas por ICONTEC, en todos los procesos de servicio, además de las ISO 9001 en Calidad; ISO 14001 en Medio Ambiente y OHSAS 18001 en Salud Ocupacional.

LA EMPRESA TCC Y SU CARACTERIZACIÓN

Desde 1968, dos jóvenes emprendedores alzaron vuelo para ir por su propia y compartida meta. Él, don Jorge Agudelo Restrepo, un pai-

sa emprendedor, visionario, trabajador y decidido. Ella, doña Rosalba Trujillo Trujillo, opita, serena, organizada, inteligente y sensible, comenzaron a escribir una historia. Bogotá fue el escenario para consolidar una idea novedosa que, sin pretensiones de hacerlo, llegaría a revolucionar el concepto de servicio en el transporte y la distribución de mercancía.

Jorge Agudelo Restrepo y Cía., como se llamó en un principio fue una sociedad que se estableció en Bogotá. Posteriormente, la razón social evolucionó hacia Transportadora Comercial Colombia, "Transcomerco", para llegar a la sigla que actualmente nos distingue y es nuestra marca, TCC.

Operaciones logísticas especiales

En TCC está abierto al diseño de respuestas específicas a las necesidades de cada cliente, que apunten a la rentabilidad del negocio y generen valor agregado a toda la cadena logística, para eso la empresa pone a disposición de sus clientes empresariales su experiencia y conocimiento en los procesos logísticos, para convertirse dicha empresas en sus aliados en el diseño y ejecución de proyectos dentro de su cadena de abastecimiento.

INFORME FINAL

Colombia ha avanzado en materia logística, en el año 2009 se hizo una inversión apro-



ximada a los 55 billones de pesos en infraestructura, en el año 2010 solo se invirtió en 1% del PIB. Según el Director de la Agencia Nacional de Infraestructura. ANI, Luis Fernando Andrade (Dinero, 2013)

Se han proyectado por parte del gobierno de la Administración Santos (2010-2014) un aporte a la inversión en infraestructura en un valor cercano al 1.5 del PIB del año 2012, y se espera duplicarlo para el año 2014.

La apreciación es apoyada por el Plan de Desarrollo económico de la Administración Santos de acuerdo a su programa de gobierno llamado la Prosperidad para todos que trabajará por las locomotoras de infraestructura, entre otras.

Según los costos en Logística el transporte internacional es el que representa el mayor costo con un estimativo porcentual del 32%, (Legiscomex, 2010)

Hay una proyección importante en materia de inversión en infraestructura, la locomotora del transporte está en marcha y aunque hay muchos problemas por el pasado reciente de la ola invernal y el deterioro de las vías, unido a los paros que se presentan por las peticiones indistintas de los campesinos y cultivadores de Colombia. La intencionalidad en mejorar el desempeño logístico sigue siendo una meta del actual gobierno.

Lo corroboran la Federación Colombiana de Transportadores de Carga por carretera, ya que han desarrollado importantes alianzas como la que se hizo y suscribió con la Corporación Andina de Fomento y el Instituto de Normas Técnicas, Icontec, dicha alianza permitió la construcción de un diseño y posterior emisión de la Norma Técnica Colombiana NTC 5500, que abarcan en sus capítulos aspectos como la gestión de personal, información y las operaciones que se encaminan a la consecución de mayores niveles de seguridad en la prestación del servicio, con ello se busca estar a la altura de los requerimientos internacionales en materia de transporte.

Además con la puesta en marcha del Sistema de Información de Costos Eficiente. SICE, unificará criterios para desarrollar los procesos de manera dinámica y evitar la tramitomanía.

ASPECTOS QUE INFLUYEN EN LA LOGÍSTICA DE LA CIUDAD Y EL PAÍS EN GENERAL

Si el informe final se hubiese entregado hace varios meses atrás el desempeño logístico de todas las empresas transportadoras, sin excepción será muy bajo dada las condiciones de orden público, específicamente las relacionadas con los paros ocasionados por múltiples factores y que cerraron las vías de las principales ciudades, en el año 2013.



Cartagena como ciudad turística portuaria pudo haber recibido y de hecho recibió muchas mercancías por otros medios de transporte como lo son. El marítimo y terrestre, sin descuidar que existe el transporte fluvial por el Canal del Dique, pero que dadas las condiciones, en ocasiones se hace intransitable por el alto contenido de sedimentación.

La morfología de Cartagena como ciudad que se diseñó en base a rellenos, si se tiene en cuenta que desde hace más de 2 siglos la ciudad se circunscribía a el sector amurallado, de allí el nombre de Corralito de piedra, el uso de varias islas como la de Manga, Getsemaní y Bocagrande, el Bosque y en especial la Isla de Manzanillo, hacen de su topografía natural una zona difícil de transportar mercancías por vía terrestre, no obstante vía marítima las cosas son diferentes y solo con la Sociedad Portuaria Regional Cartagena, el número de contenedores movilizadas (más de un millón según su página web) supera a los demás puertos del País.

DEBATE O DISCUSIÓN

Según Daniel Sierra (2005) La macro logística le concierne al Estado y la inversión privada orientados a la competitividad de las empresas y la atracción de nuevas empresas en una región determinada, relacionadas con la creación y mejora de la infraestructura de transporte, y su relación e interconexión

para mejorar la intermodalidad y el flujo de mercancías; mientras que la micro logística se encarga específicamente de la cadena de suministro.

El sector transporte, almacenamiento y telecomunicaciones viene siendo el medio a través del que se dan muchas de las actividades logística portuarias de la economía de un país, de acuerdo a Pérez Fuentes & Mercado Mejía (2012), aunque en los últimos diez años tuvo un incremento en 7.37 según Pérez y Mercado (2013)

Aunque el crecimiento económico tiene mucho que ver con la formación bruta de capital, que no es más que la inversión que hace el Estado y el sector privado en la nación relacionado al acervo de capital que permite generar más bienes y mayor crecimiento, el crecimiento en infraestructura vial permitirá el flujo de mercancía y prestará mejor servicio ante las exigencias del mercado externo. Es por eso que el Estado de Colombia ha puesto mucha atención a cómo se está desarrollando el transporte terrestre de carga, es evidente la economía de mercado y si las empresas no prestan servicio eficiente serán afectadas en su afán de crecimiento. De acuerdo a (Gutiérrez, 2013) citando al Documento Conpes 3547 (2008, p25)

Al respecto Gutiérrez citando a Cipoletta propone que “una provisión adecuada de infraes-

estructura de transporte, que se conjuge con una creciente oferta de servicios logísticos y de transporte, ayudará a la absorción de las presiones derivadas del crecimiento sostenido de la carga y facilitará el flujo de mercancías optimizando la estructura de costos logísticos y de distribución física. Sin embargo dichos costos se pueden explicar en gran medida por las distancias medias que deben ser recorridas desde los principales nodos de transferencias de comercio exterior hacia los demás centros de producción y o consumo, y están relacionadas con la facilitación en los procesos de control de las mercancías.

RECOMENDACIONES Y PROPUESTA DE MEJORA

Desde la perspectiva de la Dra. Claudia Dumar, Especialista en Logística, propone que: es necesario cualificar al personal que interviene en la cadena logística para que el flujo de mercancías sea aún más óptimo, ya que muchas empresas hacen es contrato con transportadores a manera de outsourcing que en ocasión no tiene claro sentido de la importancia del tiempo y entrega óptima de la mercancía.

Según la ANDI, las empresas colombianas deben mejorar en: Infraestructura, asesorías, disminución de la carga impositiva, modernización tecnológica, alianzas sectoriales y normatividad para los trámites.

La infraestructura de las empresas transportadoras debe mejorar, si bien es cierto el reconocimiento y por tradición algunos usuarios escogen el servicio de las empresas líderes, se necesita una atención adecuada a los usuarios en sus instalaciones, ya que no solo se moviliza carga, los usuarios llegan a los sitios para que se les atienda y si las condiciones de acceso no son ideales, no es prestar un buen servicio.

RESULTADOS

Hay diferentes maneras de prestar los servicios de transporte de mercancías, mientras que Servientrega y Envías son muy restrictiva en el transporte de ciertos materiales, las otras empresas tratan de suplir esa necesidad sentida, pero no le prestan mucha atención al paquete o movimiento de paquetes.

En términos generales las empresas seleccionadas para el estudio cumplen con el desempeño logístico en cuanto al rastreo de la mercancía.

La infraestructura logística de las empresas transportadoras sigue mejorando pero no está a nivel de las exigencias de los nuevos mercados, se destaca Servientrega.

En cuanto a la calidad y competencia de los servicios logístico, desde la empresa han mejorado, hay una constante preocupación por



las capacitaciones a sus empleados, no obstante en las rotaciones de personal generan descontentos en la prestación de servicios, mientras se adapta el nuevo empleado a la empresa.

El cumplimiento de los tiempos de entrega sigue siendo el principal obstáculo en la cadena logística.

Los meses en que más se quejaron los usuarios fue el de alta temporada es decir, enero y diciembre, principalmente en la Zona Norte de la ciudad de Cartagena.

CONCLUSIONES

Aunque es evidente el gran aporte por sistematizar sus envíos las empresas transportadoras de mercancía en Cartagena no gozan de una infraestructura adecuada para la prestación de sus servicios, dados los espacios para atención a las personas.

Para el caso de Servientrega se ha facilitado sus servicios logísticos debido a su crecimiento y la puesta en práctica de vender la franquicia, aumentando en gran manera el número de puntos de atención en la ciudad, el departamento de Bolívar y como arrojó el estudio con gran circulación en el país.

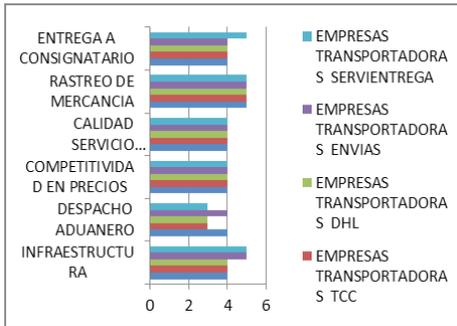
Dado el serio problema de infraestructura vial, relacionado con los peajes internos y los

que posiblemente se construyan, hacen de la movilidad o flujo v vehicular una evaluación de 2.5 en ese aspecto, debido al enorme crecimiento de semáforos y el mal uso del corredor de carga.

En cuanto al uso de indicadores de desempeño las empresas cada vez están más motivadas a mejorar los procesos en materia logística y se evidencia en las inversiones en el rastreo satelital de las mercancías.

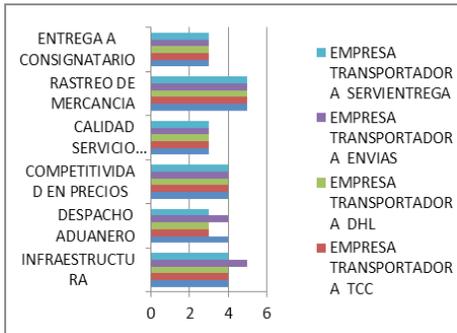
ANEXO

EVALUACIÓN GRÁFICA DEL DESEMPEÑO LOGÍSTICO VISTO POR LOS USUARIOS EN EL CONTEXTO DE LA MICROLOGÍSTICA



Fuente: Instrumento aplicado por Semilleristas de Logística. Octubre de 2013

GRÁFICA DEL DESEMPEÑO LOGÍSTICO VISTA DESDE LA MACROLOGÍSTICA DE LA CIUDAD DE CARTAGENA



Fuente: Instrumento aplicado por Semilleristas de Logística. Octubre de 2013

REFERENCIAS

1. Ballou R. (2004) Logística: administración de la cadena de suministro. 5 Ed México Pearsos Educación.
2. Carranza, O..LOGISTICA (2004); Mejores prácticas en Latinoamérica. Editorial International Thompson. 426 p
3. Long, D..(2006) .Logística internacional; Administración de la cadena de suministro global... LIMUSA 476p
4. Pérez Fuentes, D & Mercado Mejía, M (2012) Generación de empleo y perfiles ocupacionales para el sector logístico-portuario de la ciudad de Cartagena. Cartagena de Indias. Observatorio del Mercado Laboral de Cartagena y Bolívar.. ISBN 978-958-8736-48-8
5. Rubial Handabaka, Alberto (1994). GESTION LOGISTICA DE LA DISTRIBUCION FISICA INTERNACIONAL. Ed. Norma.
6. Cipoletta Thomasian, Georgina, Pérez Salas, Gabriel, Sanchez Ricardo, J (2010) Políticas integradas de infraestructura, transporte y logística: experiencias internacionales y propuestas iniciales. Santiago de Chile: CEPAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura, Serie Recursos Naturales e Infraestructura 150.
7. Gómez, R, Correa, A & Vásquez, L (2012) Logística inversa un enfoque con responsabilidad social empresarial. Criterio Libre. Journal 16.
8. Ministerio de transporte (2008) Caracterización del transporte en Colombia.



- Diagnóstico y proyectos del transporte e infraestructura. Bogotá. D.C: Ministerio de Transporte, Oficina de planeación. Citado por Gutierrez, J (2013) El ciclo económico del transporte de carga terrestre carretero en Colombia. Criterio Libre. Journal. Vol 11 N° 18.
9. Sierra Daniel. La logística empresarial en el nuevo milenio. Ediciones Gestión 2000. com. Barcelona ISBN 84-8088-981-0.
 10. Documento recuperado del Diario El Tiempo, en el año 2013, mes de junio, en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-668859>
 11. DHL Información disponible en Documento recuperado en el mes de mayo de 2013, en http://www.dhl.com.co/es/informacion_sobre_dhl/descripcion_comercial.html
 12. Documento recuperado el 12 de agosto de 2013 de <http://www.revistadelogistica.com/colombia-apuesta-por-logistica.asp>
 13. Revista Dinero. Colombia triplica inversiones entre 2012- 2014, documento recuperado el día 11 de agosto de 2013 en <http://www.dinero.com/negocios/articulo/colombia-triplicara-inversiones-infraestructura-entre-2012-2014/145133>
 14. Envía Colvanes Documento recuperado el 27 de agosto en <http://www.enviacolvanes.com.co/Contenido.aspx?idContenido=28>
 15. Banca Mundial y el Índice de Desempeño logístico Documento recuperado el 15 de junio de 2013 en: <http://datos.bancomundial.org/indicador/LP.LPI.OVRL.XQ>
 16. ANDI, diagnóstico de Gomez H Edgar documento recuperado el 27 de noviembre de 2013 en <http://www.andi.com.co/Archivos/file/Gerencia%20LTI/El%20contenedor%20hacia%20una%20solucion,%20Edgar%20Higuera%20%20ANDI.pdf>
 17. Documento recuperado el 10 de diciembre de 2013 en <http://www.publicacion.com.co/noticias/DHL-express-nueva-flota-de-vehiculos-cuidando-el-medio-hambiente.html>

8



RESEÑAS, CUENTOS Y POESÍAS

POEMAS DE UN PLEBEYO

Fernando Antonio Herazo Girón¹

UNA TRISTEZA DE SIGLOS

Y una tristeza de siglos me conmueve el alma. ¡Cómo no, si la violencia campea en los campos de la Gran Colombia y un entierro de cadáveres se asoma en los arbustos de coca arrancados a pedazos de esa sierra que adoptó al Arhuaco y lo convirtió en el “Mama” universal de una cultura retirada a las alturas en busca de la paz para huir de los desoladores de almas!

Multitudes de cadáveres envueltos en la bandera de la nieve eterna se alzarán en el pico de la montaña como símbolo de aquellos espíritus malignos que nacieron en el Norte de una América estropeada en simbiosis de cal, coca y precursores químicos, fabricantes de momias y de espejismos, que terminaron por convertir toda la patria en un gran cementerio de osamentas de guerra, como yelmos medievales, ataúdes para los miles de muertos, que se transformarán en el fuego devorador de la guerra que cubrirá toda la tierra para siempre.

Y bajarán de la sierra los buenos espíritus de los chamanes barridos por la codicia de los

torcidos, del patio-erial de los desplazados de esa inmensa pirámide natural llamada Sierra Nevada, y se sentarán en la mitad de los caminos de la ciudades-metrópolis musitando sus tristezas, gritando en silencio su deseo ancestral de liberación sempiterna, pero en sus cuerpos medio desnudos sólo mostrarán tatuados la esclavitud real, y con lo que les queda de alma sus compañeras indias levantarán la mano diestra para mendigar el miserable centavo, y soportarán con la siniestra el peso de sus niños-guiñapos arrumados en sus sacos arahuacos pendiendo de sus desvencijados cuerpos sin que en sus rostros se asome siquiera un pedacito de llanto porque la piscina llena de lágrimas estará allá dentro, en lo más profundo de su ser callado.

Y la calle será su maloca y el pavimento su cama y el barro será su almohada y el cielo estrellado el recuerdo de la tribu convertida en diminutos puntos luminosos desperdigados en el firmamento por las explosiones de odio de los blancos torcidos, que tuvieron que inventarse un mal sentimiento para robar las espigadas tierras y sembrar la maldita droga para traficar con ella, dejándolos solos

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Políticas. Especialista en Didáctica del lenguaje y la literatura. Docente de la Universidad de Cartagena, y de la Universidad Libre, Sede Cartagena. Email: fernandoherazo@costa.net.co.



brillando en la oscuridad de los blancos ojos ciegos que ya no ven nada por estar en vida muriendo.

Y después que sus cuerpos como cueros sean parte del pavimento, te preguntarás: ¿dónde

están?, sin saber que están en ti, allí, junto al pavimento, siendo parte de él y siendo parte de ti, en tu frío corazón de mierda, allí, en tu corazón maldito, con sabor a pavimento.



SECUESTRO

Me odias porque tengo una cama grande
Donde dormir plácidamente,
Una sala inmensa para
Sentarme a ver pasar el tiempo
A través del amplio ventanal
Y una camioneta cuatro puertas
Que cualquiera envidiaría.

Lo que tú no sabes, hermano del alma,
Es el largo tiempo que dormité en cartones
Cuando los persistentes recuerdos
De mi vida amarga me daban
Un respiro breve para permitirme
Conciliar el sueño en rebanadas.

Lo que tú no sabes, hermano del alma,
Es que lo poco que logré en la vida
Fue el producto de mis muchos años de trabajo
Y de mucho esfuerzo, de mucho esfuerzo...
¡De mucho esfuerzo, hermano del alma!

¿Por qué, entonces me secuestras
Y confinás clandestinamente
A una mazmorra subterránea
Con la esperanza de que te done mis bienes
Con un contrato simulado de venta,
A sabiendas, porque te lo estoy contando,
Que hace mucho tiempo, mucho tiempo,
Aprendí la palabra sacrificio y atesoré pobrezas
Y fui rozado a diario por la muerte lenta,
Que me llenó para siempre el alma,
Como un torturado con una gota



De agua amarga y permanente en la frente?

Debo, entonces, de manera rotunda,
Decirte que no, que no te daré mis bienes,
Ni me doblegarás la voluntad,
Porque quien, como yo,
Ha sido flagelado antes,
Nada tiene que perder ahora...
¡Nada!... ¡Jódete, hermano del alma!



DE PRISA POR MORIR

Yo no tengo prisa por vivir demasiado...
Es tanta la tormenta que irrumpe en el recuerdo,
Como brillante látigo en la noche cansada,
Que pensar siquiera en vivir un momento,
Es un pensar tremendo que me acucilla el alma.

Yo no tengo prisa por vivir demasiado...
Lo supe desde joven y lo reitero ahora
Cuando el tiempo inclemente
Se ha metido en mis venas y gélido y voraz,
Como un caco furtivo, se me roba la vida.

Yo no tengo prisa por vivir demasiado...
Lo he dicho a mis amigos,
A mi esposa y mis hijos, pero ellos se sonríen
Porque no me creen, sin saber
Que muy pronto se cumplirán mis palabras.

Y sólo un deseo solo espero que se cumpla
Pero que no diré para que todos lo intuyan
Y siempre quede en el recuerdo
Este poema triste de un hombre
Que amó la vida más que nadie
Pero que estuvo siempre signado por la muerte.

Yo no tengo prisa por vivir demasiado...



EQUILIBRIO

He sopesado el equilibrio en la cuerda floja
Sin que nadie hasta el momento haya sabido desequilibrarme...
Si tan solo supieran que me desequilibra ver a una niña
Medio desnuda bailar champeta para turistas estúpidos
Y recibir un dólar o diez o cien... ¡Es lo mismo!...
¡Es la niña que baila champeta!

He aquí el maromero...Sabe más que todos,
Pero únicamente gana unos cuantos pesos...
Lanza sus veinte dagas al aire...
Una se entierra en su corazón...
¡Qué más da!... ¡Que lo entierren rápido!
Y que la gente se olvide rápidamente del maromero.

¿Cómo pudo ocurrir?...
¡El maromero vive en mí. La niña vive en mí!
Alguien tendrá que permanecer...
Alguien tendrá que decir las últimas palabras:
¡No más!... ¡No más!... ¡No más!



TIEMBLO

Tiemblo y no sé si es el frío de la noche,
La canción que escucho o la parálisis
Que me dejó esta atonía muscular.

A veces me preguntó si será la indiferencia
De mi esposa que no me quiere hablar
O de los miedos que me espantan
O de mis sombras que no me dejan en paz
O de mi mismo por no saber quién soy
A sabiendas de que algo soy
Sin saberlo bien.

Tiemblo y sigo sin saber porqué...

UNA CANCIÓN

Una canción... ¿Quién puede vivir sin una canción?
Te falte una pierna, el corazón te lllore,
Tu sangre se derrame...
¡Siempre bailarás al compás de una canción!

No me digas que no...que no bailarás
Al compás de esta canción...
¿Qué dice?... ¿No lo sabes?...
Yo tampoco lo sé...
Es la canción... ¿Qué más quieres saber?...
Es la canción...
¡Baila, pues, al compás de esta canción!



QUIERO SER UN POETA

Quiero ser un poeta
Aunque no lo pueda ser.
No quiero metáforas,
Ni acertijos sin respuestas,
Ni nada elegante que esconda
Lo que realmente soy.

Quiero ser un bolero,
Un tango, un jilguero,
Quiero ser poeta
Aunque no lo pueda ser
Para decirle a ella en forma simple
Que la quiero.
Que estoy a un tris de morir
O que ya estoy, en vida,
Definitivamente muerto.

Y saber que ella, mi esposa,
No estará ni tocará mi ataúd
Ni sabrá cuán grande es mi llanto
A lo largo y ancho del féretro...

¡Cuánto hubiera querido ser poeta
Para imaginarla a mi lado
Enterrada conmigo!...
Sí, cuánto lo hubiera querido...



LA ÚLTIMA LECCIÓN

Delicadamente acarició el recuerdo
Como si hubiera sido una mota de algodón
Durmiendo en su cerebro.

Treinta años deambulando de salón en salón
Con el sudor bañando su cuerpo
Y su palabra perdida en las palabras
De los muchachos pidiendo a gritos el recreo.

Era simplemente el recuerdo de aquel hombre
Cuerdo enloquecido en momentos
En que daba sus clases de viejo maestro
Enmohecido en silencio.

Era lo que nunca quiso ser, lo que fue sin querer,
Un adiós caminante, un poema incompleto,
Una lección mal dada, sin fuerzas ni nada,
Un suspiro, una resignación, un lamento.

Una clase mil veces repetida y mil veces olvidada,
Una vocación mal hecha, un hacha sobre la cabeza,
Una guillotina andante, un maestro
Presto a dar su última lección.



LUCIÉRNAGA

Más allá de las tormentas,
Entre las sombras de la nada,
Estás tú recordándome
Mi esencia.

Conciencia alucinante
Que me oyes,
Y me ves
Y me hueles
Y me sientes.

No quisiera saber nada de ti...
Pero:
¿Cómo podría vivir
Sin tu presencia?

DESESPERANZA

Yo no sé si las esperanzas se escapan.
Yo no lo sé...
De tanto soportar el dolor
El alma se olvidó de la esperanza...
(Eso creo)

En todo caso, en esta inerme patria,
Los bandoleros asesinaron la esperanza...
¡Estoy seguro!...
(¿Lo estoy?)



SOY UN DIOS

Yo soy un Dios porque soy de Él,
Porque tengo triste la mirada
Y el corazón cansado de ser bueno.

Porque camino creyendo
Que abro trochas en el suelo,
Sin dejar siquiera la señal
De una pisada en alma ajena.

Porque una melancolía
Me invade como a Él
Y en mi afán por trascender
Sólo dejó de herencia
Sentires que nadie reconoce
E ideas migratorias
Como palomas mensajeras
Incapaces de volar
De un espíritu a otro.

Porque eso soy:
Una sombra desvanecida
Y cegada por la claridad
De un mediodía.

Un Dios insoportable
Que no se quiso bien
Porque no lo quisieron
A su propia medida.

Un cañón trepidante
Que sólo dispara balas
De salva que no hieren

A nadie pero que igual
Se regresan como bumeranes
Para hoyar aún más la propia
Herida ulcerada.
Un Dios-Perro que mira a su amo
Con la fijeza de un deseo incomprendido,
Que pide a gritos su libertad
Y luego se sienta porque no lo oyen,
Para seguir mirando fijamente,
Y para siempre, con la cristiana
Paciencia de saberse ignorado.

Yo soy un Dios porque soy de Él
Y eso me basta para estar vivo
Por ahora o para morir mañana
Sin afanes porque es el único
Que me ama en silencio
Esperando que yo solo me salve
De esta vida podrida
Que me encierra en mi mismo
Y que sólo sabe a muerte y a migajas.



GREMLING CONTESTATARIO

Me obligaron a salir...

Con pujones dolorosos
A empellones me sacaron
Del amniótico lecho
Oceánico materno.

Me obligaron a llorar...

Sin mi firma cortaron
Mi oleoducto umbilical
Y, a través de un lamento,
Me pusieron en contacto
Con el aire contaminado
De la maldita ciudad.

Me obligaron a pensar...

Me hicieron consciente
De mi ser permanente
Y envenenaron mi alma
Con la mentira del bien y del mal.
Me obligaron a vivir...

Rodeado de animales,
Encarcelado en la tierra,
Sin enseñarme a ser
Un kamikaze, un Samuray,
Un Rasputín o un Supermán.

¡Cómo quisiera ser un Gremling
Para burlarme del mundo
Después de mi suicidio!



OTOÑO ETERNO

Avizoré distancias
En la perdida noche
De mi pequeña infancia.

Rodeado de penas,
Sólo de los reproches
Nutriéronse mis venas.

Como un otoño eterno
De piel muy vieja y seca,
Ni verano ni invierno
Tuvo mi alma triste y hueca.

Y anidando esperanzas
De alegres primaveras,
Recorro lontanazas...
¡Alada calavera!



LA CIUDAD

Con la mañana el ruido aumenta
Y la canción se desvanece lentamente.
A duras penas oigo su tenue silbar
Y siento venir esa melancolía
Que otrora disminuyera
Mis ansias de vivir.

Las poblaciones se llenan de carros
Y la gente disminuye de tamaño
Ante el cielo lleno de grandes edificios.

Las gentes tristes son hormiguitas
Simples que lloran demasiado...
¡Cuánta soledad en las ciudades!



SIN TIEMPO VIGENTE

He roto con el pasado.
El futuro no me importa.
El presente ya no existe.
No tengo tiempo vigente.

Yo soy la muerte que vive.
Soy un eco de la nada.
Soy una historia inventada.
Yo soy sin ser lo que soy.

No sé para donde voy.
Tengo metas, tengo ansias.
Y sin quererme morir
A diario se me muere el alma.



¿Y TÚ QUÉ, VIDA?

**“La vida no vale nada:
Empieza siempre llorando
Y así llorando se acaba”
(Canción popular)**

Doy un centavo por esta vida.

A quien me la quite...
A quien me la compre...
A quien me la pida...

Doy menos de un centavo por esta vida.

La alquilo...
La vendo...
La doy al mejor postor...

Ya no doy nada por esta vida.

Ni la alquilo...
Ni la regalo...
Ni la vendo a plazo ni a condición.



TÁNATOS

Ha habido muchas guerras últimamente.
Tánatos está venciendo y no hay nada que hacer.
De todas formas, si no hubiera guerras
Habría pestes; si no pestes, hambre;
En todo caso, muertes...
¿Para qué insistir en revivir a quien ha nacido muerto?



FLORES DE LA GUERRA

Y nosotros que creíamos tener la sangre ardiente
Y siempre presta para el sufrimiento;
Que nos atragantábamos la palabra en la garganta
Mientras, juveniles, vivíamos fabricando
Pescaditos de oro en nuestro pensamiento.

Que fuimos bondadosos hasta la cobardía,
Ingenuos hasta la estupidez, preferimos la inocencia
A la violencia de la lucha...
¡A nosotros, hermanos, se nos olvidó la guerra!

Y nosotros que un día tendremos que morirnos
De cualquier manera, aticemos el fuego
Para que arda la palabra y podamos levantar cruces
De sudor y rabia y la sangre presurosa
Palpite en nuestras venas hasta arrasar la miseria
De la infamia...

Veremos, entonces, hermanos, que en la tierra
Que pisamos, nuestra tierra, el muchacho que juega
Y canta gritará con ansia: ¡Se nos olvidó la guerra
Porque crecieron flores en las almas!

POEMAS

René Arrieta Pérez¹

SÍLABA DE DIOS ENTRE LAS OLAS

Cartagena

Flor de piedra estremecida
Besada por cañones de piratas
Nácar verdi-azul
Perla de concha marinera en la arena del Caribe
Sueño de brisas y palmeras
Soleada perla del mar
apetecida

Flor calamari
Rumor de espuma y viento
En mi barco de papel circunnavego
Y te arranco
Amoroso
Enfurecido

De tu concha marinera
Y en mi sueño eres piedra
Flor
Perla

Espuma de mar
Sílabas de Dios entre las olas.

¹ Escritor y periodista. Lingüista de la Universidad de Cartagena y doctorando en Literatura Española e Hispanoamericana de la Universidad de Salamanca. Premio Casa de Poesía Silva, en 1991 en su versión La poesía tiene la palabra, Premio de Poesía Universidad de Cartagena en 1993 y 1994, respectivamente, entre otros. Ha publicado los poemarios Salmos del segador de mieses, He olvidado su nombre y Bodegones; incluido en más de una docena de antologías de poesía en Colombia, España y Portugal.



PALACIO DE ANAYA

En tus claustros se fraguan ideas
como en el fuego la salamandra.

Existen pues,
continente en tu éter,
archivos, imágenes y un oído oculto
de tu antiquísima piedra,
y en ellos,
filigranas de sapiencia.

Dicen místicos y esotéricos
que todo espacio en el universo
constituye una sutil y vasta memoria.

Entonces,
Palacio de Anaya,
quiero visualizar tu vida de hace siglos
y que llegue a mi meditada conciencia
no sólo el robusto pensamiento de tus sabios de hace décadas,
quiero escuchar en abril y mayo
los conciertos que dieron los estorninos
en los albores de 1800.

Quiero ver a la paloma en su vuelo rasante,
y ver en su tejido de almiar siseando paciente y circunspecta a la
Cigüeña.

Quiero Palacio de Anaya, ver, oír, oler...saciar mis sentidos
en tu espacio,
en tu piedra.



CAMPO DE TRIGO CON CUERVOS Y EL SANATORIO DE SAINT PAUL

La locura apacible en los follajes de Saint Paul
no es la misma locura córvida,
untuosa,
del paisajes y de los campos de trigo.

No, ni la misma sideral locura de las Noches de Arlés.

Cada instante, cada imagen, nombra y designa su propia locura...

Un color, un motivo, una Imagen,
todo obedece a su propio rito.

Cada locura es distinta y requiere de un acto de posesión,
de una locura.



CETTE LIEU ET TOI

Vine aquí, a quitarme el frío que sentía afuera,
Y me atrapó este lugar apacible y gótico, y encontré lo insospechable,
Eras tú, tierna y dulce, y para mí lejana. Tú, el otro hallazgo. Ahora te diré adiós,
Y miraré tus ojos, y cuando me haya ido me recordaré en Bruselas, y ese momento
Cuando en una calle me encontré Goupil Le Foj, crucé el umbral y aparecí en París.
Allí estabas tú. Creo que volveré a verte, porque “Siempre nos quedará París”.



INSTRUCCIONES A LOS AUTORES PARA LAS PUBLICACIONES DE LA *REVISTA CULTURAL UNILIBRE* DE LA UNIVERSIDAD LIBRE – SEDE CARTAGENA

LINEAMIENTOS GENERALES

La revista Cultural Unilibre es una publicación semestral de la Universidad Libre, Sede Cartagena, que invita a toda la comunidad académica, administrativa, y a los profesionales de las diferentes disciplinas a expresar sus pensamientos a través de artículos inéditos.

La recepción de los artículos no implica la obligación de publicarlos; el Comité Editorial es el organismo encargado de seleccionar los artículos que se publicaran en cada edición.

Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales.

La Universidad Libre, Sede Cartagena, no es responsable de las ideas o conceptos emitidos por los autores de los diferentes artículos. Las opiniones expresadas por los autores, el uso de fotografías, gráficos e imágenes, son independientes y no comprometen a la revista ni a la universidad.

Los artículos entregados por los autores serán tomados como una contribución y difusión del conocimiento.

Debe enviarse el documento en versión definitiva, en idioma español y en

archivo Word al correo institucional de la revista: revistacultural@unilibrectg.edu.co.

PRESENTACIÓN

Especificaciones Tipográficas

FUENTE: Times New Roman

TÍTULOS: Mayúsculas, Negrita, Centrado.

CUERPO DEL TEXTO: 12 Puntos.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA: 8 Puntos.

Referencias Bibliográficas

Las referencias deberán enumerarse consecutivamente siguiendo el orden en que se mencionan por primera vez en el texto (Sistema de orden de mención Citación – ordersystem), identifíquelas mediante numeral arábigos, colocando en la parte final de la página, en el espacio de referencias.

Al referenciar revistas científicas cítelas por su nombre completo (no abreviado)

Absténgase de utilizar resúmenes como referencias.

Las referencias de artículos aceptados pero aún en trámite de publicación deberán designarse como “en prensa” o “próximamente a ser publicados”; los autores obtendrán auto-



rización por escrito para citar tales artículos y comprobar que han sido aceptados para publicación, de acuerdo con las normas de derecho de autor.

Citas y Pies de Página

Especial atención debe prestarse a las citas, pies de página y referencias bibliográficas, las cuales deben ser precisas y completas.

Ejemplos de Citas Bibliográficas

Libro:

BETANCOURT REY, Miguel (1996). Derecho Privado, Categorías Básicas. Editado por la Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho. Ciencias Políticas y Sociales. Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia. Primera Edición.117.

Artículo de Revista:

HOFFMAN, Scout L. (1989) "A Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification and Contractual Considerations". En: The Business Layer. November. (45 Bus.Law.181)

Sentencia Judicial:

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 27 de septiembre de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo García Sarmiento. (Sentencia Número S – 134), pág. 8. Copia tomada directamente de la corporación. [Tomada de colección de jurisprudencia... de fecha...]

Leyes:

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS –ONU- Centro de Derechos Humanos. Recopilación de instrumentos internacionales. New York: Naciones Unidas, 1988. p.20 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 182 DE 1995 " Por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a este, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueve la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones". En: Diario oficial No.2341. Bogotá: Imprenta Nacional. 1995.

Compilaciones:

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Derecho de familia y de menores: Compilación normativa. Bogotá: ICBF, 1989.p.5

Bibliografía :

Se recomienda listar la bibliografía empleada en forma completa, al final del correspondiente escrito, incluyendo los siguientes datos: el título, la edición, lugar de publicación, la empresa o casa editorial, el año de publicación, número de volúmenes, número total de páginas del libro, y el nombre de la colección o su abreviatura.



Ejemplos de Bibliografías

Libro

BERENSON, Bernard. Estética e historia en las artes visuales. Trad. Por Luís Cardoza y Aragón. México. Fondo de Cultura Económica, 1956. 264 páginas. (Colección Breviarios, núm. 115).

Material Electrónico

Existen actualmente publicaciones por Internet, cuando el texto hace parte de una biblioteca virtual de una institución legalmente constituida. Ejemplo: <http://www.adm.org.mx/biblioteca/req.html>



DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

LA LEY, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA FRENTE A LOS ACTOS REALIZADOS POR DISCAPACITADOS MENTALES ABSOLUTOS INTERDICTOS CELEBRADOS EN UN INTERVALO LUCIDO 13

LA INVESTIGACIÓN ACCIÓN EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA 25

EL FUNCIONALISMO. PENSAMIENTO DE JAKOBS. PENSAMIENTO DE ROXIN 37

SOBRE LA EFICACIA DE LOS ACTOS REALIZADOS POR INCAPACES ABSOLUTOS EN RÉGIMEN DE INTERDICCIÓN DURANTE UN INTERVALO DE LUCIDEZ 46

LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL DERECHO A PROBAR EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO 53

LEGISLACIÓN DIRIGIDA A LA PROTECCIÓN ANIMAL EN COLOMBIA 72

MADRES COMUNITARIAS: UNA REALIDAD LABORAL EN COLOMBIA 80

MODELO ECONÓMICO COLOMBIANO ¿Intervencionismo o Neoliberalismo? 86

LOS METADATOS EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA 90

EMPRESA Y SOCIEDAD

DESEMPEÑO LOGÍSTICO DE EMPRESAS TRANSPORTADORAS DE CARTAGENA 99

CUENTOS Y POESÍAS

POEMAS DE UN PLEBEYO 113

POEMAS 131