

BERBIQUÍ 64

REVISTA DEL COLEGIO DE JUECES Y FISCALES DE ANTIOQUIA ISSN 0122-7904



TARIFA POSTAL REDUCIDA SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. No. 2017 - 262, VENCE: 31 DE DICIEMBRE DE 2018

BERBIQUÍ 64

REVISTA DEL COLEGIO DE JUECES Y FISCALES DE ANTIOQUIA

DIRECTOR:

Hernando Antonio Bustamante Triviño.

COMITÉ DE REDACCIÓN:

Ricardo Vera Pabón

John Fredy Cardona Acevedo

Omar de Jesús David Tapias

Orlando Antonio Gallo Isaza

Nancy Edith Bernal Millán

Gustavo Adolfo Villazón Hiturriago

Justiniano Hernán Sierra Turizo

Francisco Javier Loaiza Flórez

PORTADA:

Imagen alegórica a la Justicia. Portada: cortesía Kapsular VT / Freepik

CONTRAPORTADA:

Poema de Francisco Javier Loaiza Flórez

CORRESPONDENCIA Y CANJE:

Carrera 55 N.º 40A-20, oficina 310.

Edificio Torre Nuevo Centro La Alpujarra.

Teléfonos: 2616056, 2324398.

Fax: 2611767. Cel.: 3225145720.

Correo electrónico:

secretario@juecesyfiscales.org

Facebook, WhatsApp, Twitter:

@juecesyfiscales

w.w.w juecesyfiscales.org

Medellín, Antioquia.

BERBIQUÍ 64 Noviembre de 2018

CONTENIDO

EDITORIAL NO SON SIMPLES PALABRAS Director	3
JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, ¿MITO, REALIDAD O POPULISMO PUNITIVO? Gloria Patricia Rúa Espinosa	5
ÉTICA, EL AIRE QUE SE RESPIRA José Igreja Matos	13
LA JUSTICIA Y LA LIBERTAD COMO VALORES INSOSLAYABLES EN EL PROCESO JURISDICCIONAL: UN ANÁLISIS DESDE EL SÉPTIMO ARTE Santiago Hernández Abaunza	20
COLGAR DE LA BROCHA AL TIRANO Andrés Nanclares Arango	29
PRÁCTICA JURÍDICA Y CULTURA LITERARIA DEL DERECHO José Calvo González	35
RECOMENDACIONES PARA LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA BUENA FE COMERCIAL Jonatan Ruiz Tobón	43
HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ Insigne jurisconsulto y escritor Ricardo Vera Pabón	72

EDITORIAL

NO SON SIMPLES PALABRAS

Han perdido valor, su significancia, y resultan hasta vilipendiadas, las palabras moral y ética, sin entrar en detalle en cuanto a lo que entraña para cada uno, ya que mucho se ha escrito y debatido al respecto; partamos de que en el contexto social, son de gran relevancia e importancia, ya que individualmente, sin importar raza, sexo, credo, tendencia política, profesión, oficio o arte, particulariza al ser humano en general, como racional y social, lo cual es común a todos, ya que son prenda de garantía de la convivencia en comunidad.

Y he ahí la gran relevancia e importancia en nuestro diario vivir, en nuestro contexto familiar, social, laboral y político, pues en términos simples, en lo personal esa ética que denominamos moral y en nuestras relaciones intersubjetivas como lo que entendemos simplemente como actuar ético, es lo que nos lleva a actuar correctamente en comunidad, desde una perspectiva de respeto por nosotros mismos que se refleja en el respeto que le brindamos a los demás y a nuestro entorno (medio ambiente), en un plano de igualdad, que se proyecta en la forma como ejercemos nuestros derechos y como asumimos nuestras obligaciones y deberes.

Desde esa perspectiva no se trata simplemente de guardar nuestros principios morales y éticos y no ser corruptos limitándonos solamente a la creencia de que se trata simplemente de no ofrecer o no recibir coimas, sino que dichos conceptos van mucho más allá, pues actuar moral y éticamente, exige de la persona que exponga sus creencias y razones, partiendo de un precepto de igualdad y humildad, sin agredir al otro. Que ejerza sus funciones, trabajos, profesión, oficio o arte, con el ideal y convencimiento de hacerlo lo mejor posible, poniendo toda su intención y energía en ello, no por salir del paso u actuando conforme sus intereses personales, teniendo siempre presente que el fin no justifica los medios.

Ese individuo en sociedad que actúa moral y éticamente, sabe que para lograr sus objetivos, tiene que seguir un proceso, un método, que no se trata de imponer su voluntad y estar a la defensiva, imponiendo sus intereses personales, sin importar el daño que se le cause a los demás y al medio donde vivimos, que la diversidad natural de vida, razas, sexos, como de pensamientos, opiniones y razones son riqueza, que no todo lo que no encuadre con nuestro pensar y querer está contra nosotros y por eso debemos de acabarlo.

Por eso cuando una sociedad empieza a estar conformada por personas que no obran moral y éticamente, su tejido social se deteriora desde sus más elementales representaciones, como es la familia, los grupos de barrio, estudiantiles, universitarios, las organizaciones empresariales y órganos que componen su forma de gobierno, lo que tiene un efecto dominó, ya que las consecuencias del deterioro de las familias, repercute inevitablemente en las comunidades que se exterminan entre sí y la calidad de sus estudiantes, profesionales, empresarios y dirigentes.

Lo que sufrimos en nuestro querido país no es aislado, es parte de un contexto mundial, donde, al perderse esos controles (moral y ética) que nos garantizan una buena convivencia en sociedad, ha resurgido vigorosamente un capitalismo salvaje, alimentado por un neoliberalismo voraz, donde las grandes potencias se pelean los mercados, sin importarle las comunidades más desfavorecidas y el medio ambiente, respaldados por una carrera armamentista desenfrenada, que nos pone ad portas de la tercera guerra mundial, de no entrar en razón. Como lo he dicho en editoriales anteriores: **“Todavía estamos a tiempo, es solo un cambio de actitud frente a los problemas y necesidades, no se trata de aplastar ni aniquilar al contrario, al diferente, se trata de respetar al otro, a la naturaleza, el tener siempre presente que nadie es propietario de la verdad, que todos tenemos algo que decir, que la naturaleza es un ser viviente y sintiente del cual hacemos parte y que sin ella tampoco tenemos posibilidad de vida”**.

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, ¿MITO, REALIDAD O POPULISMO PUNITIVO?

Gloria Patricia Rúa Espinosa¹

Colombia, desde hace varias décadas, viene experimentando una legislación difusa por el conflicto armado interno, que ha generado una legislación excesiva, densa, en donde las normas transicionales, creadas como excepción a la regla general de las leyes ordinarias, con una vigencia determinada, se ha ido ampliando en el tiempo, algunas de ellas se convirtieron en normas de carácter permanente, como el caso del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente con el Decreto 2535 de 1993. Es decir que la excepción se ha convertido en la regla general.

El proceso de paz que actualmente suscribió el gobierno con las FARC, como bien sabemos, no es el primero suscitado en nuestro país. Si revisamos un poco hacia atrás la historia, Colombia ya había concedido indultos y amnistías, por medio de la Ley 77 de 1989, bajo el gobierno de Virgilio Barco, donde se autorizó “al Presidente de la República para conceder indultos a los nacionales colombianos, de acuerdo con las reglas establecidas” en la citada ley, si fueron autores o cómplices de hechos constitutivos de delitos políticos “cometidos antes de la vigencia” de la misma ley.

Y para tales delitos se estableció la siguiente regulación: “Para los efectos de esta ley, entiéndase por delitos políticos los tipificados en el Código Penal como rebelión, sedición y asonada, y los delitos conexos con los anteriores”. (Art. 3.º); *“El indulto no se aplicará a los homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia, o colocando a la víctima en estado de indefensión, ni a los actos de ferocidad o barbarie. Tampoco se aplicará a quienes formen parte de organizaciones terroristas”*. (Art. 6.º); “El indulto se concederá por resolución ejecutiva suscrita por el Presidente de la República y los ministros de Gobierno y Justicia. Una copia de dicha resolución se enviará al juez o corporación en cuyo poder esté el correspondiente proceso”. (Art. 8.º). Con fundamento en esa normatividad fue posible la paz con el M-19. De esta manera se originó el partido político que lleva ese nombre y algunos de sus miembros llegaron a formar parte del Congreso y del gobierno.

1. Fiscal 19 especializada de Medellín.

Posteriormente con el fenómeno expansivo de las autodefensas, se creó la Ley 975 de 2005 o “ley de justicia y paz”, en la que, si bien, no se concedió indulto o amnistía, por las características propias de su surgimiento, sí se otorgó una pena alternativa de hasta ocho años máximos de prisión. El proceso de desmovilización de las autodefensas ocurrió de manera gradual, a manera de ejemplo: noviembre de 2003, se desmovilizaron 868 personas que conformaban el Bloque Cacique Nutibara. Finalizando el año 2004, cinco grandes frentes de las autodefensas, dejaron las armas: 2.645 miembros de las autodefensas, pertenecientes a los bloques Bananero, Magdalena Medio, al mando de Ramón Isaza, Catatumbo, Calima. En enero 18 de 2005, fue la desmovilización de manera colectiva de 925 miembros de las autodefensas del Bloque Córdoba; enero 30 de 2005, fue la desmovilización colectiva de las autodefensas del Bloque Suroeste Antioqueño².

Para el desarrollo y reglamentación de la Ley 975 de 2005, también fue necesario expedir una serie de decretos, leyes y resoluciones, aún vigentes así:

- Decreto 128 de 22 de enero de 2003;
- Decreto 3360 de 21 de noviembre de 2003;
- Decreto 4436 de 11 de diciembre de 2006;
- Decreto 315 del 7 de febrero de 2007;
- Decreto 395 de 14 de febrero de 2007;
- Decreto 1059 de 4 de abril de 2008;
- Decreto 1290 de 22 de abril de 2008;
- Decreto 4719 de 15 de diciembre de 2008;
- Decreto 1733 del 15 de mayo de 2009;
- Decreto 1737 del 19 de mayo de 2010;
- Decreto 2288 del 25 de junio de 2010;
- Decreto 4619 de 13 de diciembre de 2010;
- Decreto 3011 del 26 de diciembre de 2013.

Además de varias resoluciones que reglamentaron la forma de recibir versiones libres, acreditación sumaria de víctimas³, etc. Trascendental resulta enunciar que, por lo complejo

2. *Desmovilización AUC*, tomo II, Alto Comisionado para la Paz, págs. 8-32.

3. Véase Resolución 0-3998 del 6 de diciembre de 2006. Directrices para el procedimiento recepción de versión libre.

Resolución 0-0387 del 12 de febrero de 2007. Directrices para el procedimiento de transmisión de la diligencia de versión libre.

Resolución 0-2296 del 3 de julio de 2007. Nuevas directrices para el procedimiento recepción de versión libre.

de este modelo de justicia transicional, la cantidad de delitos confesados, la documentación de los casos, no fue posible agotar su eje temático en el tiempo contemplado por el legislador para dichos fines, haciéndose necesario la ampliación de los plazos, como la expedición de la Ley 1592 de 2012 y el Decreto 3011 de 2013, destacando, de este último, la posibilidad de sustituir la medida de aseguramiento a quienes tuvieran ocho años privados de su libertad, término máximo de la pena alternativa que se otorgó en ese modelo de justicia, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el art. 38 del decreto en mención.

En cuanto al proceso de paz que actualmente está en marcha con la JEP, es preciso analizar que también se ha expedido un marco normativo amplio para reglamentar su funcionamiento, con defectos y virtudes, está en curso la investigación y juzgamiento de hechos cometidos por diversos actores armados en desarrollo del conflicto armado interno y que, como abogados, fiscales, jueces, también estamos llamados a conocer y hacerle seguimiento a este modelo de justicia transicional, como parte de la verdad histórica de nuestro país, de la memoria colectiva que nos invita a recordar los dolores padecidos por las víctimas, en procura de una respuesta que concilie los intereses de víctimas y victimarios en una sociedad, a la cual no somos ajenos.

Recordemos que el primer paso a este modelo de justicia ocurrió, luego de la firma del acuerdo de paz el 2 de octubre de 2016 en la ciudad de Bogotá, fue el Acto Legislativo 01 de 2017, por medio del cual se creó un título de disposiciones transitorias de la Constitución Política para la terminación del conflicto armado interno y la construcción de una paz estable y duradera, como así se llamó.

En ese acto legislativo se creó un título transitorio de la Constitución Política, compuesto por ocho capítulos, entre ellos el Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición; la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, como la búsqueda de personas desaparecidas; la Jurisdicción Especial para la Paz, en el título tercero, para investigar aquellas conductas cometidas con anterioridad al primero de diciembre de 2016, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Teniendo como sujetos de derecho a los combatientes de grupos armados al margen de la ley que hubieren suscrito el acuerdo final de paz con el gobierno nacional. Su pertenencia al grupo rebelde determinado, previa entrega de listados por dicho grupo tras la llegada a las zonas veredales transitorias de normalización creadas para esos fines⁴.

Resolución 0-4773 del 3 de diciembre de 2007. Directrices para el procedimiento de acreditación sumaria de víctimas o testigos.

Resolución 0-6618 del 27 de octubre de 2008. Reglamento para la aplicación del principio de oportunidad.

4. Véase acto legislativo 01 de 2017, capítulo III, artículo transitorio 5 Jurisdicción Especial para la Paz.

El art. 23 del Acto Legislativo 01 de 2017 prevé que la JEP conocerá de “...los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y sin ánimo de obtener enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser éste la causa determinante de la conducta delictiva. Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. *Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible o,*
2. *Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a:*
 - *Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta.*
 - *Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla.*
 - *La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla.*
 - *La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito.”*

La JEP es un órgano de cierre, máxima instancia de esa jurisdicción, conformada por dos secciones de primera instancia, una sección de revisión de sentencias, una sección de apelación y la Sección de Estabilidad y Eficacia. El Tribunal para la Paz, conformado por un mínimo de 20 magistrados, además de 4 juristas expertos extranjeros, con intervención excepcional a solicitud de las personas sometidas a esta jurisdicción y para aportar un concepto “amicus curiae” sobre la materia del caso bajo estudio.

El acto legislativo en mención, es el punto de partida para el desarrollo de todo lo que este proceso de paz conlleva, tanto en su reglamentación interna como en las leyes aplicables, los sujetos activos y pasivos de la conducta y su relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Es así como se tiene la expedición de varios decretos, entre ellos el del 587 de abril 5 de 2017 mediante el cual se conforma el comité de exigencia para la selección de unos miembros del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición.

Decreto 588 de abril 5 de 2017, por el cual se organiza la comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición.

Decreto 589 de abril 5 de 2017, por el cual se organiza la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en razón del conflicto armado

Decreto 700 de mayo 2 de 2017, por el cual se posibilita interponer la acción de habeas corpus en casos de prolongación indebida de la privación de la libertad, derivados de la no aplicación oportuna de la Ley 1820 de 2016 y el Decreto Ley 277 de 2017.

Decreto ley 706 de mayo 3 de 2007, por el cual se aplica un tratamiento especial a los miembros de la fuerza pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del sistema integral de verdad, justicia, reparación y se dictan otras disposiciones.

Todo este recuento normativo y una lectura a dichos decretos con fuerza de ley, permiten advertir, en primer lugar, la voluntad del gobierno de poner fin al conflicto armado interno, a la impunidad de graves violaciones de derechos humanos, la no aplicación de amnistías e indultos para delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, y poner en un lugar central a las víctimas, dentro de este sistema de justicia transicional. Sin embargo, muchas críticas se han hecho a este modelo de justicia, entre ellas el que no paguen cárcel, lo que no es requisito obligatorio para satisfacer la necesidad de justicia, según los lineamientos del Estatuto de Roma y tampoco de nuestra legislación interna, recordemos que tanto en las leyes de justicia transicional, como las ordinarias, se parte del concepto de la dignidad humana y la detención preventiva, aún en el sistema ordinario, no puede convertirse en una pena anticipada, sino una medida cautelar que resuelve un asunto incidental dentro del proceso. Sin embargo, una de las mayores censuras ha sido la no detención para los sujetos activos de las conductas perpetradas con ocasión del conflicto armado interno.

Otra de las grandes censuras, son las demandas actuales a nivel internacional por el tema de los falsos positivos, las desapariciones forzadas, en las cuales el Estado no está preparado para asumir la defensa ante la comunidad Internacional, máxime que el art. 24 transitorio, del Acto Legislativo 01 de 2017, sobre la responsabilidad de mando, señala que se aplicará el Código Penal Colombiano, el DIH, siempre y cuando *no sean contrarias a la normatividad legal*, es decir a la creada para los fines de la JEP. Lo que bien conocemos es un contrasentido, ya que la legislación internacional forma parte del derecho interno, conforme el bloque de constitucionalidad.

Además de que en esa norma se agrega un requisito adicional frente al concepto tradicional de autoría mediata, consistente en que la determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción, sino en el control efectivo del superior al subordinado en relación con la respectiva conducta, el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, *siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes*; tema que, al momento de probarlo, resulta complejo y puede desencadenar en impunidad para los jefes militares, además de que se aparta del concepto de responsabilidad de mando descrito en el art. 28 del Estatuto de Roma⁵.

5. Artículo 28. *Responsabilidad de los jefes y otros superiores*: Además de otras causales de responsabilidad penal, de conformidad con el presente estatuto, por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la compe-

Otro aspecto de gran reproche, es que, según la Ley de Amnistía 1820 de diciembre 30 de 2016, para establecer cuáles son los actos “graves”, pasa por alto factores de importancia trascendental, que contempla el DIH para determinar esa gravedad, tales como la naturaleza del asunto, modo de comisión e impacto.

Finalmente, vemos que el acto legislativo en materia de restricción efectiva de derechos y libertades, como se enunció en párrafo precedente, no plantea sanciones privativas de la libertad, más allá de la intención de responder ante la justicia, contar la verdad, esclarecer los crímenes, lo que no es compatible con el Estatuto De Roma, en el que se debe tener en cuenta la gravedad de los crímenes y el grado de responsabilidad de sus partícipes.

Ha sido todo un mito el que se ha construido incluso por estudiosos del derecho sobre la ineficacia de la JEP, la lentitud con la que avanza, si está excediendo o desbordando las facultades otorgadas, el que no contó con una ley estatutaria desde el comienzo, que definiera su reglamento, el procedimiento prevalente y preferente. El carácter extrajudicial que contempla el artículo 4 del Decreto 588 de 2017 en el que se indica que la Comisión de esclarecimiento de la verdad, será un mecanismo extrajudicial y sus actividades no tendrán carácter judicial ni servirán para la imputación penal ante ninguna autoridad jurisdiccional y lo peor, *la información que allí se reciba o produzca no puede ser utilizada con el fin de atribuir responsabilidades en procesos judiciales o para tener valor probatorio, ni las autoridades judiciales podrán requerírsela.* (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Es una realidad innegable, que, con defectos y virtudes, la JEP está en marcha y ha entregado los primeros informes del avance de sus procesos y la posible vinculación de senadores como Álvaro Ashton a esa jurisdicción especial. Sin embargo, en mi criterio, si bien se requiere la expedición de normas que la reglamenten, es desbordante que, en menos de un año, se han proferido más de cinco decretos con fuerza de ley, con el argumento de que la JEP a diferencia de la justicia transicional, se concibió como un sistema para la reconcilia-

tencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y, ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado, distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y, iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

ción y de hecho a más de 403 integrantes de la fuerza pública se les ha otorgado la libertad condicionada, aún por falsos positivos, delitos catalogados como de lesa humanidad por la sistematicidad con que se cometieron.

Más allá de las buenas intenciones, surgen varios cuestionamientos obligados: ¿Está preparado nuestro país, social y culturalmente, para este proceso de paz y la anhelada reconciliación? ¿Se está instrumentalizando el derecho penal, como parte de la justicia transicional, para defender tesis político-criminales? ¿Esas tesis político-criminales contravienen el orden jurídico y nuestra constitución, como el derecho consuetudinario? ¿Existe correspondencia entre valores como la dignidad humana, legitimidad, justicia, libertad, entre otros, con el modelo de justicia transicional aplicable en la JEP? Es allí donde todas estas leyes que buscan adaptarse a este proceso de paz, pueden desencadenar, en mi concepto, un populismo punitivo, si no se tiene un verdadero control por los órganos de cierre.

A este respecto, es importante resaltar que la Corte Constitucional ha venido pronunciándose, al igual que la Corte Suprema de Justicia, cada una en sus respectivas materias; en relación con la exequibilidad de algunas normas, el Acto Legislativo 01 de 2017, la estabilidad jurídica de la JEP⁶, la ley estatutaria de la JEP, amnistías e indultos⁷. A su turno, la Corte Suprema de Justicia también ha proferido sendas decisiones sobre los destinatarios de la Ley 1820 de 2016, la libertad condicionada, suspensión de procesos que se vienen adelantando por la vía ordinaria⁸.

De la Corte Constitucional, en la sentencia C-007 de 2018 aborda de manera profunda y prolija, el control automático, único e integral de constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016, expedida en virtud del Procedimiento legislativo especial para la paz, explica que una constitución basada en los principios de libertad, igualdad y dependencia a un orden jurídico es un presupuesto necesario para la superación de los conflictos armados y el logro de la paz, a partir de ese concepto de IMMANUEL KANT, desarrolla el concepto de paz, la declaración universal de los derechos humanos, la normatividad internacional sobre esta materia, para concluir que estamos dentro de un modelo de justicia transicional, más allá del populismo punitivo, en ese modelo lo que se busca es pasar de un estado de cosas a otro distinto, para nuestro caso de un momento de conflicto armado a uno de paz. La justicia transicional persigue la construcción o reconstrucción de la democracia. O en palabras textuales de la Corte: “...*La Justicia transicional hace referencia al modo de concebir ese valor intrínseco a todo Estado de Derecho y, con mayor razón, a los de estirpe constitucional, en unos momentos específicos, a*

6. Sentencia C-630 de 2017

7. Sentencia C-007 de 2018

8. A manera de ejemplo, véanse decisiones 36487 del 16/08/2017 M.P. Eugenio Fernández Carlier, donde se rechazó por improcedente una solicitud de libertad condicionada. O la decisión 50386 del 28/06/2017 M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, donde se niega a un miembro del ELN su incorporación a la JEP por no haber suscrito dicho grupo al margen de la ley, un acuerdo de paz.

los que la Corte ha calificado como excepcionales y transitorios. Aquellos momentos en los que, con el fin de establecer (o restablecer) la paz, se requieren políticas y normas especiales, distintas a las de la vida cotidiana de las naciones”.

Desde esta perspectiva, para responder los planteamientos antes citados, acorde con la decisión de la Corte Constitucional C-007 de 2018, la creación de toda esa reglamentación, es necesaria; no sólo para la puesta en marcha de la JEP, sino para el sometimiento de actores armados, miembros del Estado a esta jurisdicción, sin que contravenga postulados fundamentales. Los propósitos de la justicia transicional son: (i) Responder a la violencia generalizada y por consiguiente asegurar el derecho a la paz; (ii) garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de los hechos violentos; (iii) fortalecer al Estado de derecho y a la democracia; y (iv) promover la reconciliación social⁹.

9. Ver sentencia C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. *“Así por ejemplo, el sistema de Naciones Unidas concibe a la justicia transicional como un amplio espectro de procesos y mecanismos en el interior de la sociedad, dirigidos a superar abusos a larga escala sucedidos en el pasado, y con el fin de asegurar la rendición de cuentas, el logro de justicia y la reconciliación. Por ende, la transición para la superación del conflicto armado consiste en procesos y mecanismos, tanto judiciales como no judiciales, entre los cuales se incluyen iniciativas de investigación de delitos, búsqueda de la verdad, programas de reparación y reforma institucional, así como la combinación entre estas opciones. Estas medidas, al margen de la combinación que sea elegida por cada Estado, deben realizarse de conformidad con los estándares y obligaciones jurídicas internacionales. Del mismo modo, el sistema internacional en comento advierte que la transición hacia la paz debe tener en consideración las raíces de los conflictos y las violaciones de los derechos derivados de estos, incluyéndose los derechos civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales. De esta manera, a través de una concepción amplia, que incluye los diferentes derechos, comprendidos desde su carácter integrado e interdependiente, las medidas de transición pueden contribuir a la consecución de objetivos más amplios, relativos a la prevención de conflictos futuros, la construcción de la paz y la reconciliación. De allí que desde la doctrina comparada se insista en que dichos instrumentos no sólo versan sobre medidas alternativas para la investigación y sanción de los delitos, sino que involucra diversas acciones, muchas de ellas no vinculadas al derecho penal”.* En sentido similar, ver sentencias C-771 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-052 de 2012. M.P. Nelson Pinilla Pinilla; y C-694 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos.

ÉTICA, EL AIRE QUE SE RESPIRA

José Igreja Matos¹⁰

1. *Introducción*

Vivimos en la era de la globalización. Esta constatación se convirtió hace mucho tiempo en un lugar común, conocida y repetida por todos, aunque claramente sustentada por los hechos. De la misma manera se proclama que vivimos en un mundo en acelerado cambio, de ruptura de paradigmas. Así se explica que se asista a un tiempo que muchos intitulan de post-estadual donde la fragmentación de fronteras delante de una globalizada sociedad dita de “riesgo” (en la feliz expresión Ulrich Beck) se tornó casi irreversible.

Una acción desencadenada en un país dado, por una empresa, por un Estado o por una entidad cualquiera, nacional o internacional, afecta, económica, ambientalmente o incluso en términos de seguridad, a otros países o regiones, aunque geográficamente distantes.

Para abordar estas nuevas inquietudes se postula alguna desesperanza colectiva por fuerza de una encrucijada que vivimos hoy ante un Estado crecientemente desafiado y enflaquecido por una realidad inmensa que se presenta sin territorios definidos y “desnacionalizada”.

Así la globalización, por su vez, subyuga el nuestro día a día y se entromete, cada vez más, en el cotidiano de los ciudadanos cualquier que sea su origen geográfico.

Pero esa globalización de que tanto se habla tiene consecuencias también para magistrados, jueces y fiscales; hoy hablamos de temas transversales a la vida profesional de un juez

10. Magistrado de Corte de Apelación en Porto, Portugal.

El presente texto, sin pretensiones académicas, surge a partir de una ponencia proferida en Bucaramanga (Santander) en el XXVII Simposio del Colegio de Jueces y Fiscales de Colombia. Una palabra especial de reconocimiento al Dr. Hernando Antonio Bustamante Triviño, director de la revista *Berbiquí*, del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, por la invitación para escribir en su revista. También una palabra fraterna, desde un juez de Portugal, a la Dra. Claudia Yolanda y, en especial, a todas las compañeras y compañeros de Colombia que hicieron de mi visita a Bucaramanga, en mi primer viaje a vuestro bellissimo país, un momento inolvidable y único.

o de un fiscal donde la reflexión puede coincidir independientemente del país en que nos encontremos. Ese “diálogo mundial de jueces”, para utilizar la expresión de Antoine Garapon (incluso en las decisiones judiciales donde se ha tornado común que un tribunal superior nombre como apoyo argumentativo un fallo producido por una corte de otro país), ha llegado también, desde hace mucho, a las cuestiones relacionadas con la ética de los jueces.

Más: podemos decir que, con tantos problemas, plurales y nuevos, relacionados con la corrupción de los poderes públicos, un poco por todos los continentes, la ética se tornó un tópico incontenible en el estudio de los sistemas judiciales.

Como bien explica Amartya Sen, la ética es como el oxígeno: uno sólo siente su falta cuando le escasea. De la misma forma que el aire que se respira.

2. Ética y derechos humanos

La dignidad de la persona humana es un adquirido histórico incuestionable. Pero será útil entender, de un modo muy simplista y esquemático, este concepto estructural de las sociedades modernas. Y para eso resulta útil recurrir, siempre, a las enseñanzas kantianas. Según Immanuel Kant (1724/1804) todo tiene, en alternativa, un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente. Lo que no tiene precio, esto es la dignidad. El hombre, como ser autónomo e irrepetible, no tiene precio. Sintomáticamente el primer párrafo de la Declaración de Derechos Humanos explica: “La justicia tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana”.

Acontece que esa dignidad de la persona humana es la clave para, en democracia, aplicar la ética: una realidad que debe ser vista siempre desde una perspectiva dialógica.

3. Ética y democracia

“Gobierno del pueblo, por el pueblo, para el pueblo” esa la definición de democracia, bien conocida y atribuida a Abraham Lincoln. Resalta de este concepto la idea de igualdad, todos somos iguales y esa es la condición para una verdadera democracia.

“El amor de la democracia es la igualdad”, proclamaba Montesquieu.

Es interesante constatar cómo estudios recientes en el área de la neuroética demuestran que los seres humanos no son sólo egoístas. Somos seres con una predisposición que resulta de la biología evolutiva para cuidar de nosotros mismos pero también y, en especial, de los otros.

Esa atención al otro fue lo que permitió la evolución de la especie humana.

El diálogo con la neuroética demuestra la importancia de la “sensibilidad moral”: la aproximación al “otro” como nuestro igual.

4. *Ética y populismo*

Desde siglos atrás un tema repetido y preocupante tiene que ver con la denominada “tiranía de la mayoría”. En verdad, la democracia asienta en dos pilares: el pilar liberal (Estado de derecho, imperio de la ley) y el pilar democrático (autoridad y legitimación lo que implica elecciones y que nuestros representantes sean escogidos entre los más votados). Justamente el populismo tiene algo de una patología de la democracia que olvida el pilar liberal.

El populismo es, esencialmente, antipluralista, fantaseando un ideal de “pueblo” presentado como “puro” en contraste con una élite siempre corrupta en una lógica de antagonismo bipolar. Para el populismo la razón —el pensamiento racional complejo y argumentativo— es vencido por una tiranía de los afectos, en especial por una idea de lealtad al grupo al cual se pertenece o al líder que representa ese conjunto de personas.

Existe normalmente un “otro” que no es visto como antagonista sino como enemigo; eso antagoniza con una ética que se pretende siempre compasiva.

5. *Ética judicial*

Adela Cortina distingue, a propósito de la ética de las profesiones, lo que designa como el bien interno en oposición al bien externo. Así, el ejercicio de una actividad laboral tiene ínsito un “bien interno” que constituye su “razón de ser” (el docente, enseñar; el médico, la salud más que la medicina; el jurista, un ideal de justicia más allá del Derecho). El bien “externo” sería todo lo demás y que nada tiene que ver con esa “razón de ser” de una profesión.

La corrupción empieza precisamente cuando una actividad profesional es ejercida principalmente para la obtención del “bien externo”. En ese sentido se entiende mejor que en su raíz etimológica “corruptio” signifique “destrucción”; corrupción implica tornar éticamente vacío el modo como la profesión se ejerce, olvidando su “bien interno”.

No hay cómo negarlo. La justicia tiene necesariamente una connotación moral. Hoy, a partir de las enseñanzas de la bioética, se duda que una ética de principios pueda ser suficiente; no bastan las normas, los códigos éticos. Se exige, en particular de aquellos que trabajan adentro del sistema judicial, una ética de responsabilidad entendida esta como el cuidado reconocido como un deber. Amartya Sen explica que no es fácil definir la justicia; al revés resulta sencillo, casi intuitivo, encontrar a la injusticia; por eso mejor sería que, en substitución de un sistema conceptual que procure establecer los principios de la justicia, lo decisivo, hoy y cada vez más, es poner de manifiesto las injusticias (el sufrimiento, el dolor, la discriminación, la desigualdad...).

6. *Ética como herramienta profesional*

La ética tiene un interés profesional evidente en especial para jueces o fiscales como es insistentemente subrayado por estudiosos como Rodolfo Vigo.

Porque mejora la performance de cada uno en la medida que estimula a que todos trabajen por encima del cumplimiento estricto de sus deberes, más allá del derecho o de la deontología. Por otra parte, permite la reivindicación de derechos que, de otro modo, serían apenas exigencias corporativas o gremiales. Un ejemplo flagrante es la formación continua de los magistrados, una exigencia evidente para quien entiende el trabajo en los tribunales como un compromiso permanente y que no puede abdicar de la mejoría de las capacitaciones de cada uno.

Además la ética, el comprometimiento ético, asegura una impagable tranquilidad psicológica y aporta un mejor clima laboral. Tiene también una lógica que mira adelante y que se pretende constructiva, mientras el derecho juzga el pasado, para la ética lo más importante es el futuro.

Obviamente un compromiso ético es primordial para el combate a la corrupción. Las Naciones Unidas contabilizaron los costos negativos de la corrupción en un 5% de toda la riqueza generada en el mundo. En la Unión Europea, la corrupción en la actividad económica fue de 120 mil millones de euros en 2014. Es un mito que la Unión Europea no enfrente el flagelo de la corrupción de una manera igualmente impresionante.

La lucha contra la corrupción constituye una prioridad absoluta para todos los sistemas democráticos y para garantizar el Estado de derecho. Se torna esencial una reflexión compartida en el tema de la integridad, la transparencia y la ética en los esquemas de gobierno, es decir, del parlamento y del ejecutivo, pero también del gobierno judicial. Acontece que la discusión acerca de la ética profesional tiene que hallarse necesariamente en este contexto.

7. *Ética del empleado judicial*

El empleado judicial tiene un rol fundamental en el establecimiento de una relación de confianza de los ciudadanos con su sistema de justicia. Por eso las Naciones Unidas definirán un conjunto de principios de conducta.

Analizándolos rápidamente tenemos:

- Fidelidad al deber en que se define, obviamente, la prohibición de regalos, favores, etc. Pero donde también se impone que los que trabajan en los tribunales traten a todos por igual;
- Confidencialidad entendida como un valor ético en sí mismo explotando la función única y especial de quien trabaja con la justicia con una idea de comunidad, de “es-

prit de corps” entendido como una responsabilidad de todos para cada uno y de cada uno para con todos;

- Conflictos de interés donde se atribuye una importancia que no se debe escamotear a las “apariencias” que muchas veces implican situaciones de desprestigio para la justicia;
- Competencia con lo que significa de diligencia, de urbanidad, la imposición de “no recomendar abogados a los litigantes” o, en otro contexto, el deber de protección de los documentos judiciales.

8. *La Red Global de Integridad Judicial* (<https://www.unodc.org/ji/>)

El artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (UN-CAC) enfatiza correctamente el papel de los jueces en la lucha contra la corrupción. Sin jueces independientes, que actúen con integridad, no es posible estar libres de ese flagelo de nuestro tiempo. En esta medida, la Convención requiere a los Estados parte que adopten medidas que fortalezcan la integridad judicial y prevengan las situaciones de corrupción entre los miembros de la rama judicial.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) viene apoyando el trabajo del Grupo de Integridad Judicial en la redacción de los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, así como el comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial. En general, las Naciones Unidas procuran asistir a jueces alrededor del mundo para que mejoren su integridad.

En el año 2015, los Estados miembros adoptaron la Declaración de Doha durante el XIII Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y la Justicia Criminal. Al hacerlo, reafirmaron su compromiso “de hacer todos los esfuerzos para prevenir y atacar la corrupción y para implementar las medidas encaminadas a mejorar la transparencia en la administración pública y promover la integridad y la rendición de cuentas en sus sistemas de justicia criminal, de acuerdo a la Convención Contra la Corrupción”.

Con la visión de brindar soporte y asistencia técnica a los Estados en la implementación de las metas de la Declaración de Doha, UNODC lanzó en 2016, con el apoyo del Estado de Qatar, un Programa para la Promoción de la cultura de legalidad. El programa de cuatro años cubre áreas específicas de la Declaración de Doha, incluyendo el fortalecimiento de la integridad judicial y la prevención de la corrupción en el sistema de justicia.

Uno de los objetivos claves para el programa global es establecer una Red Global de Integridad Judicial.

Aprovechando el conocimiento y la experiencia de los jueces, de consejos de justicia o de las asociaciones internacionales o nacionales de jueces y de otros actores alrededor del

mundo, la Red de Global de Integridad Judicial se convertirá en una plataforma de apoyo en las siguientes áreas:

- Intercambio de mejores prácticas y lecciones aprendidas, en particular en relación con los retos que se hayan presentado en materia de integridad de los jueces. Este intercambio se daría a través de las reuniones personales y virtuales que sostenga la red global;
- La creación de una base de datos con fuentes relevantes;
- Desarrollo de herramientas, guías prácticas y programas de capacitación diseñados para los distintos sistemas legales, las distintas culturas profesionales y los retos nacionales concretos;
- Prestación de servicios de asesoramiento, capacitación y otras actividades de fomento de la capacidad de la integridad y profesionalismo de los jueces;
- Evaluaciones de los riesgos de integridad en la justicia penal y desarrollo de respuestas efectivas a los riesgos identificados;
- Elaboración y aplicación de códigos de conducta y establecimiento de mecanismos de supervisión y rendición de cuentas para los jueces y el personal de apoyo.

La Red fue lanzada en abril de 2018 en una reunión de lanzamiento con la presencia de representantes de sistemas judiciales de más de 100 países. Naciones Unidas apoyan la Red Global de Integridad Judicial a través de servicios de secretaría, incluyendo el desarrollo de un sitio web (<https://www.unodc.org/ji/>), base de datos de recursos y estrategia de divulgación.

Este proyecto reúne un conjunto de considerables potencialidades que puede ser utilísimo a los jueces de todos los sistemas judiciales, incluyendo los de Colombia, un país que se confronta, como otros, con problemas difíciles en el área de la corrupción del sector público.

Desafío a todos para que se informen y se involucren con esta Red que, al final, pertenece a todos nosotros, jueces y fiscales.

9. Un desafío de futuro. Líneas de Rumo

En el entorno de un mundo globalizado es primordial que se afirme, en los sistemas judiciales, colectiva e individualmente, un compromiso total para una clase profesional que tiene en la integridad un trazo indeleble de su código genético.

“Integridad es la llave para entender las profesiones jurídicas. Lo que define el imperio de la ley no es el territorio, el poder o el procedimiento pero sí la actitud”, así lo explica Ronald Dworkin.

Por eso importa que el poder judicial asuma un liderazgo en la lucha contra la corrupción que es fundamental para el futuro del Estado de Derecho, demandando después lo mismo de los otros poderes del Estado. Debe hacerlo con un lenguaje claro y sencillo, próximo a los ciudadanos.

Una vertiente desafiante sería reforzar los lazos de cooperación que se pretenden estrechos con organizaciones que luchan en contra de la corrupción como sean la Unión Internacional de Magistrados, las Naciones Unidas o las organizaciones interamericanas, siempre con una misma idea tolerancia cero para la corrupción en la justicia.

10. El rol irremplazable de los tribunales

Es urgente afirmar una moral social; así lo reivindican todos desde los que hablan de combatir la hipocresía moral (Z. Bauman) a los que apuntan a un tiempo de una orfandad moral como denuncia el Papa Francisco.

Hablando para una delegación de jueces pedía el Santo Padre:

“...Vuestro compromiso es no ir en contra de las legítimas expectativas de las personas. Hagan un esfuerzo para ser cada vez más ejemplo de moralidad íntegra para toda la sociedad”.

A ese incontrolable reto es fundamental decir ¡presente!

LA JUSTICIA Y LA LIBERTAD COMO VALORES INSOSLAYABLES EN EL PROCESO JURISDICCIONAL: UN ANÁLISIS DESDE EL SÉPTIMO ARTE

Santiago Hernández Abaunza¹¹

RESUMEN

En este texto se realiza un diagnóstico del juez como tercero imparcial, que cumple una labor de vital importancia en el proceso jurisdiccional, pues se le ha investido con un poder estatal de incalculable valor, en el sentido de que en sus manos reposan las libertades individuales de los justiciables, que llegan a la administración de justicia deseosos de que sus garantías constitucionales sean respetadas de manera indefectible. En este contexto aparecen la justicia y la libertad, como elementos insoslayables para que la legitimidad del poder judicial del Estado se mantenga incólume frente a sus administrados en el marco de una tutela judicial efectiva. A partir de una mirada reflexiva frente al maravilloso mundo del séptimo arte, dilucidado desde la perspectiva judicial, este análisis pretende enrostrar la fatal consecuencia de una eventual ruptura de los conceptos libertad y justicia en detrimento de los titulares del derecho fundamental de acción y en apología a decisiones viciadas de corrupción y oscuridad. Estas líneas pretenden adentrarse en la reflexión de la relación antitética existente entre poder y libertad, y resaltar cómo la justicia, sin dubitación alguna, debe permanecer parcial, de cara a reivindicar, sin importar el escenario procesal, las libertades individuales de los justiciables.

PALABRAS CLAVE: Justicia, libertad, poder, juez, proceso jurisdiccional, tutela judicial efectiva, cine y derecho, tercero imparcial, ética judicial, legitimidad del poder judicial.

ABSTRACT:

In this text a diagnosis is made of the judge as an impartial third party, who fulfills a greatly important task in the jurisdictional process, since he has been invested with a state power of incalculable value, in the sense that in his hands lays the individual liberties of the

11. Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana, UNAULA de Medellín. Especialista en responsabilidad civil y del Estado de la Universidad Autónoma Latinoamericana, UNAULA, de Medellín; empleado de la rama judicial del poder público; estudiante de derecho procesal en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Correo electrónico: Santiago.hernandezab@gmail.com

people involved, who come to the justice administration, wishing that their constitutional guarantees are respected certainly. In this context, justice and freedom appear, as unavoidable elements so that the legitimacy of the judicial power of the state remains intact in front of its administered in the framework of an effective judicial protection. From a reflective view of the wonderful world of the seventh art, elucidated from the judicial perspective, this analysis aims to address the fatal consequence of an eventual rupture of the concepts of freedom and justice to the detriment of the holders of the fundamental right of action and in apology to decisions vitiated by corruption and darkness. These lines intend to delve into the reflection of the existing antithetical relationship between power and freedom, and highlight how justice, without any hesitation, must remain partial in order to claim, regardless of the procedural stage, the individual liberties of the defendants.

KEYWORDS: Justice, freedom, power, judge, judicial process, effective judicial protection, cinema and law, impartial third party, judicial ethics, legitimacy of the judicial power.

INTRODUCCIÓN

Cuando se aborda el estudio del juez en el marco del derecho procesal desde una perspectiva meramente técnica, procedimental y normativista, el cometido de entender la relevante y maravillosa figura del tercero imparcial podría verse drásticamente limitada; resulta más interesante y constructivo emprender un análisis profundo de la noble labor que el juzgador desempeña dentro del proceso, y de esta manera reflexionar sobre el *cómo* de su aparición en el rol que le corresponde en el ámbito jurisdiccional, a partir de los conceptos de *libertad* y *justicia*, que se erigen en elementos insoslayables y protagonistas de la función que se le encomienda.

Insoslayables sin dubitación, pues debe reconocerse que las más bárbaras injusticias que emanan del órgano jurisdiccional y que empañan la legitimidad del poder judicial del Estado, tienen su génesis en la lamentable e inexplicable ruptura que en ocasiones puede predicarse de este estrecho vínculo.

La finalidad de las reflexiones que se desarrollarán en las presentes líneas, no es otra que la de plasmar un diagnóstico de ese sujeto dotado de una inmarcesible aura divina, situado en el escalón más alto del proceso, enarbolando los valores más preciados de su función, *la libertad* y *la justicia*, que se materializan a partir de decisiones imparciales que mantienen un orden justo en la sociedad; y a partir de este diagnóstico evidenciar cómo las libertades individuales que le asisten a los justiciables, pueden verse seriamente afectadas cuando ese tercero, revestido de tan solemne poder estatal, se vende al mejor postor y traiciona a sus destinatarios, degradando la sagrada *libertad* individual en apología a la *injusticia* de decisiones viciadas por un poder corrosivo y nauseabundamente corrupto.

EL CINE JUDICIAL Y LA RELACIÓN JUSTICIA-LIBERTAD

En el propósito de otorgar al análisis de la figura del juez en el proceso jurisdiccional un sentido más profundo que traspase el estudio simplista de normas y tecnicismos, no cabe la menor duda de que el mundo del cine jurídico se erige en un sendero propicio y fascinante para el efecto, pues permite vislumbrar la continua e imprescindible conversación entre la *justicia y la libertad* desde un ámbito más reflexivo, poniendo al desnudo, sin duda, las emociones que nos genera como sociedad evidenciar lo grotesco y lo vulgar que puede tornarse el proceso y la figura del juez, cuando se elude el diálogo ameno y fructífero entre estos dos valores, generando, al representar los vaivenes del proceso, un impacto sumamente interesante que termina por develar la importancia de que el juez no olvide que su labor es sagrada y trascendental para mantener el orden y la paz social.

A propósito, una de las obras filmicas que grafica de manera impactante la situación actual de la relación entre *justicia y libertad*, es el *Tríptico de una dama extraviada* (Dir. Martín Agudelo Ramírez, 2017), filme en el cual ambos conceptos son personificados a través de dos bellas damas, una de ellas pura, serena, esperanzada, fuerte y amorosa (*la Libertad*), y la otra, confundida, aporreada, maltratada, fatigada, frustrada y *verdaderamente extraviada* (*la Justicia*), caracterización que ilustra al espectador a partir de tres escenas frente a la dramática situación por la que pasa la justicia, que, cooptada por el poder y la corrupción, terminó por convertirse en una figura despreciada, insultada y deslegitimada. *No huyas por favor, última oportunidad y enorme confusión*, constituyen los tres escenarios donde se desenvuelve el dramático suceso por el cual debe trasegar, pesarosa y angustiada la *dama extraviada*, cuya confusión se mantiene incólume, pues no logra comprender, cómo una de sus víctimas, *la Libertad*, puede amarle con pasión aún después de que sacrificó su compañía y su afecto, a cambio de consentir que un *poder fétido y nauseabundo* determinara sus decisiones.

El *tríptico*, a partir de la *caracterización y humanización* descrita, permite dilucidar un ambiente *antitético* entre *la libertad* y el *poder*, conceptos que entran en tensión indiscutible al erigirse uno en el límite del otro, pues es innegable que la reivindicación de una garantía de protección de los derechos individuales en un ambiente de restricción al poder que puede tornarse abusivo o arbitrario, es la herramienta más preciada y poderosa de quien ejerce la labor jurisdiccional, para enaltecer el valor de la *justicia* en el marco del Estado de derecho.

En este sentido cuando en el filme *la libertad* compele a la *justicia* para que reaccione y reconozca que *sin ella no podrá sobrevivir*, se pone de presente que una labor jurisdiccional que complementa de manera perfecta *la libertad con la justicia*, propende por el rechazo efectivo de poderes viciados que pretenden deslegitimar al Estado; el reclamo justo y categórico que la hermosa dama que representa la libertad hace a la quebrantada dama que representa la justicia en el filme, no es otro que el que hace una sociedad sedienta de garantías, a partir de la reivindicación de sus derechos, pues es precisamente en la defensa incansable de las

libertades individuales en donde estriba el contenido maravilloso de una decisión justa, que dé al traste de forma contundente y efectiva con un poder corrupto que pretende destruir la credibilidad y la confianza del poder jurisdiccional.

Es así como se evidencia en el filme la relevancia mayúscula de que el juez nunca olvide que el poder estatal que ostenta siempre debe tener como estandarte los derechos fundamentales de los justiciables, la protección efectiva de sus libertades y la garantía de un método de debate procesal que siempre enaltece los derechos individuales como limitación contundente de cualquier maquinaria de poder abusivo que quiera interferir en el cometido de impartir justicia. Al respecto, en la obra *Cine y derecho humanos: una aventura fílmica*, se expone:

“...el poder no sólo se presenta como un cruce de fuerza y de consenso; se concibe igualmente como un poder garante, y que no podrá devenir en arbitrario o absoluto. Ese tipo de poder habrá de ser limitado, como lo enseña el liberalismo. En ese contexto se reconoce la doctrina del Estado de Derecho, a partir de la idea de individuo; los derechos humanos serían los límites para contrarrestar las desviaciones del poder político... En este escenario se justifican los derechos humanos como límites del poder; son derechos que protegen a los individuos frente a excesos o abusos de poder, aunque esas exigencias se reconocen en la historia...”. (Agudelo, 2015, p. 135).

RELACIÓN ANTIÉTICA ENTRE PODER Y LIBERTAD

Debe resaltarse que la tensión constante que se genera entre el *poder abusivo* de ciertas maquinarias económicas y políticas y *las libertades individuales* de los justiciables que llegan al órgano jurisdiccional con la esperanza de que su derecho fundamental al debido proceso sea respetado en condiciones de igualdad real y efectiva, exponen constantemente al juez a una confrontación interna sobre su proceder en el marco del debate procesal, teniendo en cuenta que su función debe estar encaminada a enaltecer y legitimar sus decisiones en una sociedad sedienta de justicia.

El juez nunca puede tener dubitación sobre la posición *parcializada* que debe tener en ese preciso debate entre *poder y libertad*, es completamente diáfano que el tercero súper parte debe siempre privilegiar, reivindicar y enaltecer las libertades individuales por encima de cualquier interés turbio u oscuro que quiera denigrar la justicia; el juzgador nunca puede ubicarse en el medio de esta contienda y mucho menos consentir el triunfo del *poder corrosivo*. Se erige en imperativo para el juez utilizar siempre como hoja de ruta en sus decisiones, la libertad de los individuos materializada en los derechos fundamentales.

Lo anterior es ilustrado en el *tríptico*, revolcando las emociones del espectador a partir de un bellissimo ambiente metafórico donde *la Libertad*, con sus ojos verdes, su mirada serena y su voz delicada, cuestiona con una ternura inconmensurable a su amada Justicia: “¿No comprendes lo valiosa que puedo serte?... podríamos amarnos y entregarnos sin reservas... aún puedes ser libre, si recapacitas tendrás toda la capacidad para discernir... aún sueño con un mundo mejor... sin mí

te hundirás... nos necesitamos, carpe diem”, lo cual dilucida no sólo que, a) la *justicia* sin la *libertad* no es más que aplicación hermética y restringida de normas en favor de un poder corrupto, sino también que, b) la *libertad* sin *justicia* que la reivindique, glorifique y la haga brillar como baluarte de la humanidad que es, no es más que retórica condenada a morir en los libros de historia y filosofía política, en los tratados internacionales y en las normas fundamentales de los países.

Lo expuesto evidencia la compleja responsabilidad del juez y la importancia de su rol para las libertades individuales, pues éste, como representación máxima de la función jurisdiccional del Estado, debe ser consciente del poder que tiene en sus manos, poniéndolo al servicio de la justicia y la libertad como valores supremos.

LA ÉTICA COMO ANTÍDOTO DE UNA JUSTICIA COOPTADA POR UN PODER OSCURO Y CORROSIVO

En el diagnóstico de ese tercero supra ordenado y en aras de resaltar la importancia de su labor, el maestro italiano Francesco Carnelutti en la *Revista de Occidente* en el año 1964, expresó:

“No os dejéis, ante todo, seducir por el mito del legislador. Más bien, pensad en el juez, que es verdaderamente la figura central del derecho. Un ordenamiento jurídico se puede concebir sin leyes, pero no sin jueces... Es bastante más preferible para un pueblo el tener malas leyes con buenos jueces que no malos jueces con buenas leyes... Y sobre todo cuidad mucho la dignidad, el prestigio, la libertad del juez, y el no atarle demasiado en corto las manos. Es el juez, no el legislador el que tiene al hombre vivo y verdadero, que, con sus fuerzas y sus debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y su mal, puede inspirar esa visión suprema que es la institución de la justicia” (Carnelutti, 1964, p. 11).

Siendo el juez en este contexto la figura central del derecho y quien, a partir de su humanidad, puede inspirar esa visión suprema del proceso, es imprescindible destacar entonces la importancia medular del componente *ético* que debe revestir siempre el proceder del juez, su dignificación y prestigio, si bien deben ser tutelados por la sociedad como lo enseña el maestro italiano, parten también de su propia conducta, de la probidad, integridad, rectitud y honorabilidad de sus acciones; es imposible, *verbigracia*, esperar la salvaguarda efectiva de los valores *justicia y libertad* en la labor jurisdiccional, cuando, sin escrúpulos, ese tercero dotado de la divinidad propia de su rol, está abiertamente enajenado por el poder oscuro y corrupto que propende por el interés particular de grandes maquinarias ilegales que pretenden cooptar paralelamente el poder estatal a como dé lugar.

Un fiel reflejo cinematográfico del asunto, se encuentra en la película *The Godfather* (Dir. Francis Ford Coppola, 1972), filme en el cual se efectúa una maravillosa adaptación de la obra literaria del escritor estadounidense Mario Puzo, la cual desarrolla la historia de una familia italiana radicada en los Estados Unidos y dedicada al negocio de la mafia, que dilucida

diálogos, escenarios y personajes fascinantes que bien podrían ser analizados desde diferentes aristas, no sólo la jurídica, sino también la económica, la política, la social y la cultural. El gran Don Corleone, el Padrino, el que todo lo puede y el que todo lo domina, el sabio eje de la familia, es el reflejo de un poder turbio y oscuro que puede manejar al Estado, no solo desde el ámbito político sino también desde el poder judicial.

Nótese con qué naturalidad se presenta en este filme la dolorosa realidad que aún nos aqueja en la compleja temática de la justicia cooptada en detrimento de la libertad de los justiciables. Durante la trama se permite avizorar una de las fortalezas más grandes del *Padrino* frente a sus enemigos, más allá de su poder armamentista o de su sagacidad para resolver los problemas de la vida: sus influencias en el gobierno y en el aparato jurisdiccional del Estado. En una reunión que sostienen los máximos jefes de las cinco familias, luego de una sangrienta batalla entre éstas, se presenta un diálogo desgarrador y verdaderamente humillante frente a los valores *justicia y libertad*:

Emilio Barzini, el máximo jefe de una de las poderosas familias, interviene: “*Agradecemos a Don Corleone que nos haya convocado, todos lo conocemos como hombre de palabra, un hombre modesto siempre atiende razones.*”, a lo que con indignación responde Phillip Tattaglia, otro de los jefes: “*Sí, Don Barzini, es muy modesto, tenía a todos los jueces y políticos a su servicio y se rehusaba a compartirlos*”. Posteriormente cuando *Don Corleone* expone su voluntad de cooperar, salvo en el negocio de las drogas, interviene nuevamente Barzani increpando tajantemente: “*Los tiempos cambian, no es igual que hace años cuando hacíamos lo que queríamos, un rechazo no es actitud de un amigo, si Don Corleone tiene a todos los jueces y los políticos de Nueva York, entonces debe compartirlos con nosotros, permitirnos sacar agua del pozo, claro que puede presentar una cuenta por tal servicio, después de todo, no somos comunistas.*”

En esta escena se puede observar el más macabro y despiadado juego del cual es objeto la justicia; ¿cómo es posible dignificar la labor del juez, y pretender que éste sea un incansable defensor de la *libertad* de los justiciables, si basta con la aquiescencia de un personaje, para que, en una mesa, presidida por manipuladores del poder estatal, la justicia sea manejada a su antojo y la presenten al servicio de sus fines ilícitos, fracturando ostensiblemente cualquier asomo de libertad que se quiera defender en el proceso? Sin jueces dispuestos a cerrar la puerta que conduce a la enajenación de sus decisiones, jamás será posible la defensa efectiva de los derechos fundamentales de quienes son partícipes en el proceso. Ahí radica, se insiste, la importancia de sujetos súper parte convencidos de los valores por los que propugna la justicia, pues nunca será compatible, se itera, una justicia situada en la mitad de la pugna entre el poder y la libertad, y mucho menos, una justicia que sea instrumento del poder y la corrupción.

La reunión de las *cinco familias* para disponer a su antojo del órgano jurisdiccional, el cual “ya pertenece a *Don Corleone*”, no es otra cosa que el reflejo del poder *nauseabundo y fétido* que

se trata en el *tríptico de una dama extraviada*, *poder* que pretende reprimir los ideales de justicia, pues no tiene interés alguno en que las libertades individuales sean protegidas, su interés no va más allá de la ambición desbordada, y siendo el juez marioneta de la transacción, resulta ser lamentablemente un reflejo de esas mismas aspiraciones.

Es por esto que si el juez pretende ser un verdadero defensor de los ideales de *justicia y libertad* en el marco del proceso jurisdiccional para eludir el uso de mecanismos autotutéli-cos y excluir contundentemente el poder corrupto que pretende apropiarse del Estado de derecho, debe ser más que un simple técnico conocedor de diversas normas jurídicas y su ambición y su pasión no deben ser el dinero; su verdadero anhelo debe ser la búsqueda de la honorabilidad para sus decisiones, de modo tal que quien se someta a la jurisdicción lo haga con la firme convicción de que existirá siempre un tercero imparcial dispuesto a proteger las garantías que surgen del macro principio del debido proceso, pues, de lo contrario, las libertades individuales se verán negativamente comprometidas.

Si el juez pretende dignificar su posición en lo más alto del estrado enalteciendo la labor divina que se le ha confiado, debe primero dignificar los derechos de quienes se someten a sus decisiones, y debe reconocer en el justiciable un individuo dotado de múltiples garantías, que merece ser juzgado a partir de su dignidad, sin suprimir ningún derecho o libertad que le asista, aún si fuese un delincuente o un deudor, el juzgador siempre debe propender por eludir las barreras que le impiden garantizar la más perfecta protección de los derechos fundamentales de quienes asisten al proceso.

Una obra cinematográfica, por cierto, que se erige en antítesis de la aseveración que antecede, es *Le Proces* (Dir. Orson Welles, 1962) en la cual se caracteriza un juzgamiento adelantado en contra del protagonista Joseph K., un empleado bancario representado por el actor Anthony Perkins, quien, sin razón, alguna se mantiene en la inopia y la incertidumbre de lo que el poder jurisdiccional quiere hacer con él. En esta obra también salen a relucir los problemas de la justicia al servicio de un poder corrupto opresor de los derechos fundamentales.

Esta corrupción emana de un inexplicable reinado de lo burocrático y del formalismo insulso; el proceso jurisdiccional que allí se adelanta, resulta ser una verdadera apología a la burla, a lo grotesco y a lo infame, allí se evidencia con gran ahínco lo que se sostiene a lo largo de estas reflexiones, de cara a las consecuencias lamentables del completo desconocimiento de los derechos de un individuo en el marco del proceso jurisdiccional. Un total desconocimiento del debido proceso que termina por desfigurar cualquier racionalidad que pueda esperarse del Estado en su labor monopólica de juzgamiento.

En el juicio presentado en *Le Proces*, pareciera que el individuo no existiera para el Estado, podría afirmarse que este enjuiciamiento es la oposición perfecta a la doctrina del Estado de derecho, reconocida a partir de la idea de individuo como sujeto titular de libertad.

Da la tenebrosa impresión de una ceguera burocrática tal, que ni siquiera importa a quién se está juzgando o cómo se está ejerciendo la labor, no importa en definitiva nada más que la imposición ciega, desproporcionada e irracional de un poder estatal completamente absurdo, que termina por denigrar cualquier idea de garantías procesales para quien es objeto de la labor jurisdiccional.

CONCLUSIONES

En este contexto, teniendo siempre presente el juez la trascendental tarea que le ha sido encomendada, debe desarrugar su corazón legalista, para comprender de manera efectiva que su noble labor traspasa los códigos y la aplicación hermética y automática de preceptos jurídicos, que su función va más allá de otorgar seguridad y certeza en una decisión lineal inquebrantable por una ceguera infundada. Quien asume la posición maravillosa de tercero imparcial súper partes debe comprender que su labor es divina, no por cuestión de vanidad, sino porque tiene en sus manos la efectividad de los derechos fundamentales dentro del proceso jurisdiccional, y son sin cavilación alguna, *la justicia y la libertad*, elementos insoslayables que se erigen en hoja de ruta para tal cometido.

El juez no puede tener dudas en su labor, ni incurrir en el *yerro* de la dama extraviada de preguntarse qué pasaría si llega a fallar en su empresa de privilegiar las libertades individuales, pues el juzgador siempre debe actuar con la firme convicción de que cada una de sus decisiones enarbola orgullosamente los valores fundamentales y supremos de la justicia.

Es imperativo que cada representante del poder jurisdiccional del Estado efectúe un proceso serio y responsable de cara a la pureza de cada una de las decisiones que profiere, pureza que será mejor ponderada en tanto enarbore de manera efectiva las libertades individuales, siempre propendiendo porque cada ciudadano que acude al aparato jurisdiccional, en virtud del derecho fundamental de acción, sienta en los más profundo de su corazón la confianza de que hubo justicia en el marco de los derechos que le asisten, que considere sin dubitaciones que el Estado le concedió su aparato jurisdiccional respetando la tutela judicial efectiva, y que independientemente del resultado favorable o desfavorable frente a sus intereses, no fue objeto de decisiones viciadas o manoseadas, sino que, por el contrario, el juzgador tuvo siempre como norte y referente su ética intachable y fue la justicia material la que determinó el sendero de su derecho, pues no puede olvidar el togado que es la vida, el patrimonio, la libertad y otros valores preciados para la sociedad los que dependen de sus determinaciones, y el más mínimo desvío irracional y oscuro, puede generar la barbarie de convertir al mismo Estado en el principal verdugo de su administrado.

REFERENCIAS

Agudelo, M. (2015). *Cine y Derechos Humanos: Una aventura fílmica*. Medellín: Ediciones UNAULA.

Carnelutti, F. (1964). “Derecho Consuetudinario y derecho legal”. *Revista de Occidente*, 10, (SSN 0034-8635). 1-11.

FILMOGRAFÍA

The Godfather (“El Padrino”, Dir. Francis Ford Coppola, 1972, Estados Unidos).

Le Procès (“El proceso”, Dir. Orson Welles, 1962, Francia).

“Tríptico de una dama extraviada”, (Dir. Martín Agudelo Ramírez, 2017, Colombia).

Artículo con asesoría, revisión y aprobación del Doctor Martín Agudelo Ramírez, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil. Docente de la Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad Autónoma Latinoamericana y Universidad de Medellín.

COLGAR DE LA BROCHA AL TIRANO

Andrés Nanclares Arango

*“Preferiría no hacerlo, dice Bartleby.
Abí se da, pues, una efectiva denegación de la sumisión,
una declinatoria, un no-reconocimiento
o una impugnación de la jurisdicción.
Quien contesta a una orden como si fuera una invitación,
se resiste a aceptar la obediencia debida al estatus.
Bartleby rechaza que su jefe tenga autoridad
para darle órdenes o fuero para juzgarlo”.*

José Luis Pardo, en “Bartleby o la humanidad”.

Esta obra que tengo en mis manos, *El discurso de la servidumbre voluntaria*, fue editada por primera vez en 1576. Desde entonces, han transcurrido cuatrocientos cuarenta años.

Y el libro, un librito de apenas sesenta páginas, todavía es útil. Puede animar a los hombres, si se echan su contenido al cuenco de su corazón, a levantarse del fango en que de tiempo en tiempo los sumen las bestias del autoritarismo.

No todos los tiranos se han valido de la fuerza para sojuzgar a los hombres. Hay otros que han sometido a miles por medio del hechizo de su palabra y la fascinación de su sonrisa de hiena.

Respecto de estos últimos, Étienne de La Boétie se pregunta: ¿Cómo puede ser posible esto? ¿Cómo puede ser real que un solo hombre alele a todo un pueblo y lo ponga a marchar a su favor con la cabeza gacha? ¿Mediante cuáles mecanismos puede un tirano obtener la obediencia y la devoción de sus seguidores?

Este es el tema básico de *El discurso de la servidumbre voluntaria*. El autor estudia los indolores mecanismos de sometimiento que utilizan los dictadores para hacerse con la fidelidad de sus víctimas. Pero, además, da la fórmula, por así denominarla, para que los hombres se

quiten del cuello el yugo que por años les ha hecho perder su libertad de pensar y de actuar. Veamos cómo discurre La Boétie:

I. Mecanismos de la dominación

Primero. La *costumbre* es el primero de los medios que utilizan los tiranos para someter a los ciudadanos.

Si los abuelos les rindieron pleitesía a ellos, los hijos habrán de asumir maquinalmente la misma actitud de los primeros. Desde el seno de las familias, debe brotar y alimentarse la semilla de la servidumbre voluntaria.

La autoridad es incuestionable por naturaleza, les hacen creer. Los actos de quienes detentan el poder, así sean los más arbitrarios, no pueden dar lugar, siquiera, a un quejido. Hay gentes que nacieron para mandar y otras para obedecer, les inculcan.

Se impone acatar las órdenes del que detenta el poder. Hay que hacerlo, les dicen, por pura legítima defensa. Quien no se allana a los mandatos del poderoso, corre el riesgo de ser borrado del mundo, bien por obra de un “accidente” o por acción directa de un sicario estatal, o de ser obstaculizado en su propósito de sacar adelante sus proyectos existenciales.

Esa es la educación que, por lo común, reciben los ciudadanos. Por tradición, las personas no son *educadas* para la libertad sino *domesticadas* para el servilismo. El *homo outsider* no tiene cabida en un medio social acogotado por un tirano.

Adaptarse a los roles sociales; no descarrilarse; acatar los mandatos jurídicos y las reglas de la ética dominante; aceptar la rienda y el freno como aditivos naturales del cuerpo y la conciencia humana. Esa es la línea de conducta impuesta por la tradición y esa ruta es la que debe seguirse. Repetirla y lograr su interiorización, hasta hacerla costumbre, es lo que buscan los dictadores de todas las épocas.

Así lo describe Étienne de La Boétie:

“Así, la primera razón de la servidumbre voluntaria, es la costumbre: al igual que los más bravos caballos rabones, que al principio muerden el freno que luego deja de molestarlos y que, si antes coceaban al sentir la silla de montar, después hacen alarde de los arneses relucientes y, orgullosos, ostentan y se pavonean bajo la armadura que los cubre”.

Segundo. Por la vía del *embrutecimiento sistemático*, el tirano asegura su poder. Y ese embotamiento de la razón individual y colectiva, lo logra a través de la lisonja, la distracción y la dádiva.

Esta práctica sigue vigente.

Quien se deja condecorar por el tirano, cae en la trampa del silencio o el asentimiento.

Quien permita poner su entendimiento al servicio de asuntos intrascendentes, se hunde en el acriticismo y, por esta senda, en la servidumbre voluntaria.

Quien recibe de manos del tirano un “cuarterón de trigo o un sextario de vino”, hipoteca su pensamiento y entrega su libertad.

Quien acepta alejarse de los libros y de la “sana doctrina”, como lo aconseja e impone el tirano desde su trono, deja de lado el sentido de su dignidad y permite que penetre por los poros de su inteligencia la peste del conformismo.

En los siguientes términos, se expresa De La Boétie respecto de este recurso para el aturdimiento colectivo:

“No crean ustedes que ningún pájaro cae con mayor facilidad en la trampa, ni pez alguno muere tan rápidamente el anzuelo, impulsado por el hambre del gusano, como esos pueblos que se dejan atraer con tanta facilidad y llevar a la servidumbre por un simple balago o una pequeña golosina”.

Y en otro párrafo, agrega:

“Los teatros, los juegos, las farsas, los espectáculos, los gladiadores, los animales exóticos, las medallas, las grandes exhibiciones y otras drogas de esta especie, eran para los pueblos antiguos los cebos de la servidumbre”.

Tercero. Crearle a la gente del pueblo la *ilusión* de que ellos, los tiranos, son seres sobrehumanos.

Se trata de las “*pequeñas astucias*” que utilizan los dictadores para hacerle creer a la gente que ellos, por tratarse de seres supuestamente distintos del resto de los humanos, tienen derecho a disponer a su antojo de la libertad de los demás.

En la antigüedad, como ahora, dice La Boétie, no se dejaban ver fácilmente en público, ni frecuentaban los lugares apetecidos por el vulgo. Su propósito era crear y consolidar en torno de su figura el misterio impenetrable de las esfinges. Así provocaban, en su favor, la mayor de las devociones.

En los primeros tiempos, como hoy, los tiranos, para inspirar respeto y admiración, decían y siguen diciéndolo que son capaces de hacer cosas que no están al alcance del común de los mortales.

Los ejemplos abundan. En tiempos de Pirro, dice el autor de *El discurso de la servidumbre voluntaria*, este tirano les hacía creer a sus súbditos que el dedo grande de su pie izquierdo, si se lo chupaban, hacía el milagro de curar a los enfermos del bazo.

Esa práctica, remozada, aún es de usanza entre los dictadores para “*tender la red*” sobre el populacho. Obvio que ahora no enderezan al cojo ni resucitan al muerto. Pero utilizan otras

argucias no menos efectivas: se muestran como los más valientes entre los valientes, capaces de las más grandes hazañas de guerra, o reparten cheques en público para dar la impresión de ser hombres de una generosidad sin límites.

Con las siguientes palabras, el autor da cuenta de esta fórmula:

“...se presentaban en público lo más tarde que pudieran, para que el populacho creyera que en ellos había algo sobrehumano, y para crear esta ilusión en las gentes que alimentaban su imaginación con cosas que jamás habían visto”.

Cuarto. Los dictadores afianzan su dominación a través de la construcción de una *cadena de mando*. Este es, realmente, el secreto del sometimiento voluntario, dice La Boétie.

En principio, el tirano tiene a su servicio cuatro o cinco confidentes. Son sus *asesores espirituales*. Son sus *juristas sofisticados*. Son sus *ideólogos*. Son sus cobistas y adulones. Los lacayos del rey zuelo.

Esos cinco *intelectontos*, a su vez, tienen seiscientos genuflexos bajo su mando. Y estos seiscientos, en forma descendente, nombran en ciertos cargos a seis, siete, diez mil personas más, a quienes manipulan para que reproduzcan los mandatos del tirano.

Cada uno de estos áulicos y ayudantes, se convierte, por reflejo, en un pequeño tirano, y es por esta vía como se amplían los poderes del Único. A este respecto, anota lo siguiente Étienne de La Boétie:

“Así actúan los grandes ladrones y los famosos corsarios: unos descubren el país, otros persiguen a los viajeros; unos realizan emboscadas, otros esperan al acecho; unos masacran mientras otros saquean. Aunque haya entre ellos rangos y procedimientos, aunque unos no sean más que los criados y los otros los jefes de la banda, al final no hay ninguno que quede fuera del reparto, si no del botín más sustancioso, por lo menos de lo que en cada caso se haya encontrado”.

Y añade:

“Cuesta creerlo al principio, aunque sea cierto. Son siempre cuatro o cinco hombres los que apoyan al tirano, cuatro o cinco que imponen por él la servidumbre en todo el país”.

Quinto. El uso de la religión como escudo frente la crítica de sus acciones contra la libertad. Esta es el arma más efectiva: suprimir de la mente del pueblo todo pensamiento crítico. Mientras más intensa sea la fe de un hombre en un ser superior, menor será su capacidad de comprensión de las cosas por medio del raciocinio.

Y esto lo aprovecha el tirano. Le hace creer al hombre sojuzgado que él también, y tal vez con mayor dedicación y arrobo, teme ser juzgado en el más allá por sus malas acciones. Y de esta forma justifica sus proceder de *vampiro de la libertad*. Así lo dice La Boétie:

“Se afanan en poner la religión por delante, a modo de escudo, y de ser posible toman prestado algún rasgo de la divinidad para dar mayor autoridad a su vil existencia”.

Es por eso que el pichón de tirano no falta a ninguna celebración religiosa.

Es por eso que asiste a misa y sin falta procura que los medios de prensa publiquen su foto en el momento de recibir la hostia.

Es por eso que ante la televisión se cuida de que no se omita la toma al lado del Papa o de los cardenales.

Es por eso que cada año, invariablemente, y en presencia de un fotógrafo aliado, se hace estampar en la frente la cruz de ceniza para que las víctimas de la servidumbre crean cierta su fe en el Altísimo.

Es por esta vía como este personaje se convierte en el *demiurgo* de la gran cauda de des-cerebrados de su país.

En el guía de los que necesitan quién piense por ellos.

En el lazarillo de los que claman por la presencia de alguien que les señale cómo ser y cómo estar en el mundo.

II. Fórmula para superar la servidumbre voluntaria

Mire usted, lector improbable, lo que dice Étienne de La Boétie:

“Son los pueblos mismos lo que se dejan, o mejor dicho, son los pueblos los que se hacen encadenar, puesto que con solamente rebusarse a servir, romperían sus cadenas. Es el pueblo el que se somete y se degüella a sí mismo; es el pueblo el que consiente su mal, puesto que pudiendo elegir entre ser siervo o ser libre, rechaza la libertad y elige el yugo o, peor, lo persigue y lo busca”.

Para curarse de ese “mal”, de esa aberración denominada *servidumbre voluntaria*, propone lo que se me ocurre calificar como una especie de *bartlebysmo civil*.

No se trata, a estas alturas, de recurrir al *satyagraha* de Gandhi o a la *desobediencia civil* de Luther King, ni tampoco a la *resistencia civil* de Henry Thoreau ni al *derecho a no obedecer* de Fernando González. Esas fórmulas se agotaron en su momento, como recordará el lector, y a quienes osaron llevarlas a la práctica, los tiranos los sometieron a un severo tratamiento a base de *napalm* y de traqueteo de ametralladoras.

El *bartlebysmo civil* de La Boétie, surge de estas palabras:

“...los tiranos, mientras más saquean, más exigen; y mientras más arruinan y destruyen, más se los alimenta, más se los ceba; se fortalecen entonces aún más y están siempre más dispuestos a aniquilar y a destruirlo todo. Pero si no les diéramos nada, hasta sin luchar contra ellos ni atacarlos,

se quedarían desnudos y derrotados, del mismo modo que un árbol cuyas raíces no reciben ya más savia ni alimentación, pasa muy pronto a ser un tronco seco y muerto”.

Esa es, según nuestro autor, la fórmula efectiva para derrotar a los tiranos: cortarles los servicios. Dejarlos *colgados de la brocha* en el momento en que se den a la tarea de adobar con *tinta sangre* el degollamiento de la libertad de los hombres. Asumir la actitud de Bartleby, el escribiente de Melville, es un recurso defensivo al que la *cofradía de los hombres de la cabeza gacha* todavía no ha acudido. A la manera de un *banquero anarquista*, uno de esos tipos humanos descritos por Pessoa, cualquier ciudadano debería hacerse capaz de contestar que *preferiría no hacer* lo que el neroncito de turno le indica. Ese proceder pasivo de Bartleby, ese “*preferiría no hacerlo*”, constituye una verdadera “*denegación del servilismo*”, como lo dice José Luis Pardo en el epígrafe de este escrito.

En Colombia, los ciudadanos han vivido en la ilusión de que cada cuatro años eligen un Presidente de la República cada vez mejor. Los analistas más avisados, por su parte, sostienen que en este país, desde tiempos inmemoriales, se viene eligiendo al mismo hombre de siempre, al mismo amo, pero oculto cada vez detrás de una máscara distinta. Lo que cambia no es la persona que asume el poder. Lo que se renueva es su máscara.

Para sacudirse de esta *dictadura invisible*, los colombianos han ensayado varios procedimientos. Han acudido a la vía electoral. Han recurrido a los consensos de buena ley. Han echado mano, unas veces, de la protesta pacífica y, otras, de las manifestaciones violentas. Han recurrido, como última ratio, a la lucha armada. Los cinco métodos, han conducido al fracaso. En el poder, bajo distinto disfraz, continúa el mismo dictador bajo distinta capa.

Sólo falta intentar, para salir por otra vía de la *servidumbre voluntaria*, la *fórmula bartlebyana* de Étienne. Hace falta retirar los soportes del andamio donde se ha apoyado el dictador de siempre para ejercer su mando. Se requiere, *no desobedecer sus órdenes, ni tampoco resistirse a ellas, sino ignorarlas*, como lo enseña Étienne de La Boétie. Tal vez así se caiga solo, sin violencia ni griterío, “*cual coloso al que se priva de la base que lo sostiene*”, nuestro sempiterno dictador.

Repito. El único medio insurgente que no se ha ensayado en Colombia, es el que consiste en *colgar de la brocha al tirano*. Por eso este libro, después de cuatrocientos y pico de años, sigue prestando el servicio de un taladro; el servicio de un trépano para abrirle las entendederas a tanto *cabecepedra* que abunda por estos lares. Los habitantes del gorobeto y lejano país de la poesía, si interiorizan el contenido de estas páginas, quizás se animen algún día, al margen de las pretensiones de la ultraizquierda y de la derecha ultramontana, a retirarle el andamio al pechipotente que, por años, ha mantenido a las mayorías bajo el poder de la *servidumbre voluntaria*. Otra utopía.

PRÁCTICA JURÍDICA Y CULTURA LITERARIA DEL DERECHO*

José Calvo González
Universidad de Málaga

Hasta hace bien poco las bibliotecas de los despachos profesionales de abogados albergaban en su parte más extensa fundamentalmente repertorios de jurisprudencia y legislación, coleccionados en las periódicas entregas que una o dos de las grandes editoriales jurídicas les suministraban. Pero incluso ese decorado de sus librerías también ha desaparecido hoy. Lo ha suplantado la suscripción a programas informáticos y, en general, no ha sido sustituido por ningún otro producto editorial, jurídico o no. El único papel de lectura es ahora, apenas, algún número atrasado de revistas del colorín, sea del alma corporativa, siempre colorada de oropeles, cuando los colegios profesionales aún editan publicaciones tales, o del rosa, tratándose de prensa corazón, que por su deslucido estado no es aventurado presumir bastante más consultadas que las primeras. Por tanto, el bufete —palabra instalada en la jerga abogacil, pero mal empleada, pues trátase sólo de mesa portátil o bandejilla con patas que sirve de escritorio—¹² ya es casi en todo análogo a la consulta de un galeno o la arrebuja oficina de un nigromante.

No obstante, hubo tiempo en que las bibliotecas de abogados hacían fama de su competencia profesional. Uno de los más hermosos ejemplos se hallará en las páginas de *Guy Mannering or, The Astrologer*, novela de Sir Walter Scott (1771-1832) publicada el 14 de febrero de 1815 en Edimburgo. Aunque, en realidad, en ella aparecen dos bibliotecas. Así, la que el Dómine Sampson recibe, remitida desde Liverpool, de un difunto prelado, desembarcada en “treinta o cuarenta carretillas”, y que con devoto fervor aquél se determina a catalogar. Sobre ella se lee: “Veíanse allí libros de teología y de controversia, las políglotas, los santos

* Texto base de la tertulia sobre “Derecho y Literatura” organizada por el Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. Medellín (Colombia) el 17 de octubre de 2018 en el auditorio de la Fundación Ferrocarril de Antioquia.

12. Véase Miguel de CERVANTES SAAVEDRA, *Don Quijote de la Mancha*, Prólogo y Primera Parte, cap. XXXV.

padres, multitud de sermones manuscritos, cada uno de los cuales podía suministrar materia para componer una docena; varios tratados antiguos y modernos sobre todas las ciencias; las mejores y más raras ediciones de todos los autores clásicos, etc. Ved aquí sobre qué clase de obras se detenían entusiasmados los ojos del Dómine. Comenzó por disponer el catálogo con el más grande esmero, poniendo el mismo cuidado en la formación de cada letra que un amante al escribir a su novia el día de san Valentín. Colocaba en seguida los libros uno junto a otro sobre la tabla que les destinaba, con igual precaución a la que hubiere tenido con otras tantas vasijas de porcelana.” Ante aquella librería, a Sampson le asaltan éxtasis contemplativos. “Muchas veces al subirse en la escalera de mano con el objeto de poner un libro en lo más alto del estante, antojábasele abrirlo, y su hechicera lectura le dejaba estático en aquella posición hasta que venía un criado a tirarle de los faldones de la casaca para avisarle que la sopa estaba sobre la mesa”¹³. La escena recuerda la del óleo sobre lienzo ‘Der Bücherwurm’ (1850), de Carl Spitzweg (1808-1885), expuesto en el Museum Georg Schäfer (Schweinfurt, Baviera, Alemania). Menos recordado resulta, sin embargo, el riesgo que comportan semejantes escaladas, donde el inestable equilibrio y la atractiva fuerza gravitatoria a veces se conjura con albures verdaderamente funestos. Padeció uno terrible el eruditísimo Theodor Mommsen, quien el 26 de enero de 1903, subido al más alto peldaño y mientras se demoraba cuidadoso en la consulta de una de muchas obras arracimadas en las baldas de su reconstruida biblioteca,¹⁴ sosteniendo el volumen en una mano y la candela en la otra, vino la llama del pabilo a prenderle en los cabellos de su blanca melena, originándole severas quemaduras en el rostro que lo desfiguraron.¹⁵ Diez meses más tarde moriría víctima de un severo ataque epiléptico.

13. Sir Walter SCOTT, *Guy Mannering, o el Atrólogo*, seguido de *El oficial aventurero*, trad. de Pedro A. O’Crowley, Madrid: Libr. Española, Barcelona: Plus Ultra (Col. La Maravilla. Segunda serie. Sección recreativa) [Imp. Luis Tasso, en Barcelona], 1858 (2 t.), t. I, cap. XX, pp. 170 y 171-172.

14. Esforzadamente reconstruida tras el incendio previo que, por accidente, él mismo provocó— también a causa de una vela— la noche del 11 al 12 de julio de 1880 en la segunda planta de su valiosa biblioteca- archivo de Charlottenburg, consumiendo la totalidad de los 40.000 mil volúmenes y manuscritos que la integraban. Véanse Oliviero DILIBERTO, *La biblioteca stragata. Nouve tessere di un mosaico infinito. Tracce dei libri di Theodor Mommsen in Italia*, Roma: Robin edizioni, 2003, p. 17 y Monica BERTI, “Greek and Roman Libraries in the Hellenistic Age”, en *The Dead Sea Scrolls at Qumran and the Concept of a Library*, Sidnie White Crawford and Cecilia Wassen (eds.), Leiden, Boston: Brill, 2016, pp. 33-54, en esp. p. 46, n. 50.

15. Joaquín RODRÍGUEZ, *Bibliofrenia, o la pasión irrefrenable por los libros*, pról. de Fernando R. de la Flor, Melusina, 2010, pp. 129-133 (24. ‘Theodor Mommsen o el ardor’).



Pero volvamos a las bibliotecas de *Guy Mannering*. Sin duda, el Dominic¹⁶ Sampson —“a poor, modest, humble scholar, who had won his way through the classics, but fallen to the leeward in the voyage of life”, según lo describe el propio Scott en la introducción sobre los caracteres de los diferentes personajes novela— era, en todo caso, por más que en las travesías vitales buscara el rebufo de los vientos siempre más favorable, ciertamente un buen lector. Pero de una biblioteca venerada como “reliquia”, me permito añadir.

Distinta y de muy diferente empleo y utilidad es la otra biblioteca que antes anunciaba; una propiedad de un abogado. A ella se dedican varios párrafos del v. 2, cap. XVI en la pri-

16. Término que en las Tierras Bajas de Escocia (Lowland Scots) corresponde a la condición de maestro de escuela (*school master*).

mera edición, que luego corresponden al cap. XXXVII de otras más accesibles y frecuentadas. Su referencia se localiza con ocasión de la visita del Coronel Mannering a la casa de su *Counsellor* Paulus Pleydell, abogado en Edimburgo, hombre tan culto como no renunciado de los placeres de la vida, algo casquivano incluso, de inteligencia vivaz y ágil respuesta, que también formaba en las listas de jueces de paz de varios condados vecinos de la capital, siendo que en los últimos capítulos se le puede leer desplegando actividades jurisdiccionales durante la preparatoria de juicio —una *inquest*, diligencia indagatoria sumaria, hacia la que Dickens siempre se mostró tan crítico—¹⁷ con interrogatorio de testigos y facultad para extender mandamientos de prisión. Mas no quiero desviar la atención de aquello que pretendo destacar: Pleydell, igualmente, posee una biblioteca y es asimismo un buen lector también. Aquélla está revelada en el interior de un inmueble que, por el entorno de su ubicación y particulares características constructivas,¹⁸ de ningún modo daría pábulo a presumir que la albergara. La biblioteca era, no obstante, una encubierta excepción a todo el contexto: “la biblioteca en donde introdujo al coronel un viejo criado, lejos de corresponder a aquellas apariencias, ofrecía un notable contraste. Era una sala grande y hermosa, donde admiró desde luego los retratos de dos célebres obispos escoceses, pintados por Jamieson, quien fue el Vandyck de la Caledonia.¹⁹ Todo alrededor de las paredes corrían unos elegantes armazones, sobre cuyas tablas estaban dispuestos infinitos libros entre los cuales sobresalían las ediciones más bellas de los mejores autores”. La elegancia, cuidado y orden de su biblioteca indican que Paulus Pleydell era, pues, un jurista con pasiones bibliófilas, aunque no sólo ni aun principalmente. Porque aquella biblioteca y los ejemplares que la componían eran “tools of trade”, herramientas básicas de su oficio, herramientas profesionales, herramientas necesarias y habituales para el desempeño de su profesión como abogado.

El aprecio y ventaja de las mismas es expresado por el abogado escocés en estos términos:

17. Véase mi trabajo “Dickensiana. En torno a una crónica de tribunales, con digresiones”, en José CALVO GONZÁLEZ, *El Escudo de Perseo. La cultura literaria del Derecho*, Granada: Edit. Comares, 2012, pp. 239-251.

18. “Según la espantosa entrada de la casa del abogado escocés, Mannering había concebido una idea hartamente mezquina del convite que le esperaba. Luego que vio la casa a la luz parecióle más horrible aún que la noche anterior. Los edificios de ambas aceras estaban tan próximos, que hubiera sido fácil desde las ventanas darse las manos los que vivían en frente. La calle, en muchos parajes, estaba cortada por galerías de manera, las cuales conducían del primer piso de una casa a la que tenía fronteriza. El zaguán del abogado era angosto y bajo de techo: en fin [al fondo] se veía la escalera tan desaseada que causaba hastío”. Cf. *Guy Mannering, o el Atrólogo*, cit., t. I, cap. XXXVII, p. 328.

19. Ha de tratarse de George Jamesone (o Jameson) (c. 1587-1644), de quien Horace Walpole (1717-1797) anotó haber trabajado en Amberes con Anton van Dyck (1599-1641). Cf. Horace Walpole, *The Works of Horatio Walpole, Earl of Orford*, George Vertue (ed.), London: G. G. and J. Robinson, 1798, v. III, Anecdotes of painting, & c. (1762), en esp. chap. IV (“Painters in the Reign of Charles I”), p. 231. Véase también John Bulloch (1837-1913), *George Jamesone the Scottish Vandyck*, Edinburgh: David Douglas, 1885, y Duncan Thomson, *The life and art of George Jamesone*, London: Oxford University Press, 1974.

— “These,” said Pleydell, “are my tools of trade. A lawyer with out history or literature is a mechanic, a mere working mason; if he possesses some knowledge of these he may venture to call himself an architec”.²⁰

La traducción literal de este fragmento —convertido pertrecho imprescindible del equipo intelectual entre juristas británicos—²¹ podría muy bien corresponder a la siguiente: “Un abogado sin historia o literatura es un mecánico, un simple albañil que trabaja; si posee algún conocimiento de éstas, puede aventurarse a llamarse a sí mismo arquitecto”. De la que dispusieron los lectores en España fue, si se me permite expresarlo así, aparentemente más ruda y hasta ordinaria, tanto que acaso se le pudiera definir como bruta, si no brutal.

La debemos a Pedro Alonso de O’Crowley Power, hijo de Pedro Alonso de O’Crowley O’Donnell (1740-1816), un rico comerciante gaditano de origen irlandés, numismático y anticuario, quien creció, como es fácil apreciar, en un ambiente de gusto por obras de arte y antigüedades. Pero si en el padre habían prevalecido aquellos afectos propios de un experto que dan la talla de su personalidad ilustrada, subrayada como traductor en materias científicas asociadas a su pasión coleccionista, en el hijo, la labor de traducción despuntará con un sesgo más romántico por haberla dirigido —aparte de hacia una gramática inglesa de Lindley Murray— a verter del inglés y otras lenguas a la española sobre todo notables creaciones literarias, tanto británicas como del continente europeo. Así, varios folletines de populares autores franceses como Eugéne Sue o Frédéric Melchior Soulié, y novelas y relatos a firma de John Milton, Thomas Moore, James Fenimore Cooper, Joseph Marryat o Walter Scott.²²

Es muy poco lo conocido acerca de sus datos biográficos; apenas, que debió nacer después de 1764, previamente o con posterioridad a otros hijos del matrimonio que no sobrevivieron, que parte de su educación la tuvo en Inglaterra y que fue profesor de Eloquencia en el Real Colegio de San Fernando de Sevilla hasta poco tiempo antes de publicar

20. Utilicé este fragmento como una de las citas “emblema” en mi trabajo “Derecho y Literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional”, *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid), T. XI (2007), pp. 307-332, en esp. p. 307. Recogido asimismo en *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, José Calvo González (dir.), Granada: Edit. Comares, 2008, pp. 3-27, y reproducido en otros lugares como *Cadernos Interdisciplinarios Luso-Brasileiros* (Facultade de Direito, Universidade do Porto, Porto) III (2009), pp. 6-24; *Revista Peruana de Derecho y Literatura* (Lima) 5 (2010) [publicada en enero de 2015], pp. 23-49; *Enciclopedia de Filosofía del Derecho y Teoría jurídica*, Jorge Luis Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero (coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, Vol. I, 2015 (cap. 19), pp. 695-736, y *Derecho y Literatura. Textos y contextos*, Jorge Roggero (ed.), Buenos Aires: Editorial Eudeba, 2015, pp. 171-194.

21. Véase el caso del prestigioso Lord Denning [Alfred Thompson Denning (1899-1999)], *The Family Story*, London: Butterworths & Co., 1981, p. 217. Asimismo Charles Stephens, *The Jurisprudence of Lord Denning: A Study in Legal History*, Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholar Publishing, 2009, v. III (“Freedom under the Law: Lord Denning as Master of the Rolls, 1962-1981”, chap. I. “Lord Denning as Autor. *The Family Story* 1981”), p. 13, n. 14 y p. 51.

22. Véase Rosa Rabadán, “De la Iustración al Romanticismo: los O’Crowley”, *Livius. Revista de Estudios de Traducción* 1 (1992) 243-256.

su versión de *Guy Mannering*, obra cuya traducción al español otros habían adelantado en 1838 y 1840, publicadas por imprentas parisinas.²³ La que me ocupa lo será por la Revista Médica de Cádiz en 1843.²⁴ Otro andaluz, forzosamente expatriado en Inglaterra, como fue el liberal sevillano José María Blanco White, sería el primero en traducir a Scott, año 1823, siquiera ofreciendo algunos retazos de su *Ivanhoe*.²⁵ Al tiempo de aparecer la de O’Crowley sucedía la caída en desgracia del General Baldomero Espartero, huyendo por el gaditano Puerto de Santa María a exiliarse en Inglaterra.

Pero no es mi interés principal llevarme del barlovento que en aquel tiempo a tantos escoraron las vidas poniéndolas a pique de naufragio; aunque las concurrencias, no obstante, siempre me han seducido. El caso es decir ahora dos precisiones: una, que la traducción de gaditana tuvo, además, de propia navegación una todavía más continuada tras el cabotaje que le hiciera la edición barcelonesa de 1850, y otra, que en ambas, que son la misma, el pasaje ya citado en lengua inglesa y su traslación más literal a la española reflota en una comprensión que, si en apariencia bruta y hasta brutal, resulta a la postre más iluminadora y elocuente. Se la lee en estos términos:

“ — Ahí encontrará V., dijo Pleydell, las herramientas de mi oficio. El abogado que no conoce ni la historia ni la literatura, sólo es, a mi modo de ver, un chapucero miserable; si sabe la una y la otra se le puede dar el título de maestro”²⁶.

Y si bien está lo que bien acaba, esta versión apunta, en su explícita brusquedad, a juzgar con mejor luz y más expresivamente el puerto al cual quiero dirigir la proa de esta singladura. Me parece que la torpeza e impericia del letrado iletrado se encuentra plasmada con extrema pulcritud en el retrato de un “chapucero miserable” y, en contrafigura, con el esmero del maestro como *magister*. El cultivo de la historia y la literatura prestan a la profesión del abogado —y por extensión del juez y de cualquier jurista que aspire a ser reconocido como tal y lo merezca— del *magisterio*.

La voz *CHAPUCERO*, raya, se encuentra recogida por el *Diccionario de la Lengua Castellana* de 1729,²⁷ otorgando desde allí —como hará el de 1780, primero de los *Diccionarios de Auto-*

23. *Ibid.*, pp. 252, n. 24 y p. 255.

24. Walter SCOTT, *Guy Mannering o el Astrólogo*, traducida por D. Pedro Alonso O’Crowley. Cádiz: *Revista Médica*, 1843, 3 v., 8º.

25. Véase Gemma DE CABO PÉREZ, “Historia y Literatura: el nacimiento de la novela histórica”, *Estudios Humanísticos. Filología* 21 (1999), pp. 149-162, en esp. p. 156-157 donde, no obstante, Blanco White aparece como “gaditano”.

26. Cf. *Guy Mannering*, cit., t. I, cap. XXXVII, pp. 328-329.

27. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua castellana en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las frases o modos de hablar, los proverbios o rephranes, y otras cosas convenientes al uso de la lengua, dedicado al rey nuestro señor don Phelippe V (que Dios guarde) a cuyas reales expensas se hace esta obra*, compuesto por la... En Madrid: En la Imprenta de Francisco del Hierro, 1729. Tomo Segundo, p. 307.

ridades—²⁸ por sentido extenso del herrero “que sólo fabrica clavos y algunas cosas de poco arte, y ninguna pulidez”, el mismo valor semántico al “oficial que hace las obras sin arte ni mérito, y las forma o remienda con fealdad o descompostura. Lat. *Imperitus faber*”. En la edición de 1791²⁹ el adjetivo chapucero va significado como “Lo que está hecho tosca y groseramente. *Rude, impolitum opus*”, asimismo incluyendo el de CHAFALLÓN, NA como “remiendo mal echado”.³⁰ Por consulta de otras sucesivas llego a sexta, de 1822,³¹ que nos revela en ese tiempo el uso de una atractiva palabra como es ZARRAMPLÍN, con la que familiarmente nombra al *fargallón*, al *chafallón* y asimismo al *chapucero*, como “el hombre de poca habilidad en cualquiera profesión u oficio”³².

El Dominic Sampson, el maestro de escuela Sampson, determinado por la lectura en los ejemplares procedentes de la biblioteca del prelado, dispuestos para consumo teológico y donde no sería raro que pulularan instrumentos de práctica jurídica —cuando cierta presunta y cautelosa idea de Derecho, tomada como *fumus boni iuris*, nunca experimentaba el *in periculum mora* de la impuntual afluencia en la Teología— apenas podría aspirar más que a lo ministerial; era el *minister* que, en deriva de *minus* —o sea, de lo menos—, es sirviente de escasas habilidades y conocimientos, siempre cortas para un letrado en el ejercicio de su profesión, no menos en el jurisprudente *docet* judicial, y tanto o más para quien ansie ser reconocido con el título de jurista. En cambio, el Counsellor Paulus Pleydell, abogado del foro edimburgués, cuyas lecturas bebían de una biblioteca histórica y literaria, era un artífice capaz de elaborar obras maestras; es decir, un *vero capolavoro*, un virtuoso, un profesional excelente, un artista, merecidamente acreedor del “título de maestro”, y por ello tan ajeno y lejano del ser y hacer propios de “un chapucero miserable”.

Cúmplese con la traducción española del fragmento extraído entre las páginas de *Guy Mannering* no el adagio del “traduttore, traditore”, sino la prueba de una modélica lectura interpretativa a pesar de su infidelidad reproductora. Porque la traducción no es acarreo de palabras gemelares; es, por el contrario, atracción constructiva de sentido entre ellas. Siempre he pensado que para traducir bien de otra lengua es decisivo disponer de abundante caudal léxico en la “lengua de llegada”, Pedro Alonso de O’Crowley Power hace palmaria

28. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua castellana compuesto por la ... reducido á un tomo para su más fácil uso*, Madrid: Por Don Joaquín Ibarra, Impresor de Cámara de S. M. y de la Real Academia, 1780, p. 221. CHAPUCERO. s. m. El herrero que fabrica clavos, trébedes, badiles y otras cosas bastas de hierro. *Vilioris et impoliti operis farramentarius*, y CHAPUCERO. mer. El que hace mal y toscamente las obras de su oficio. *Rudus, impolitus artifex*.

29. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Castellana, compuesto por la ..., reducido a un tomo para su más fácil uso*, Madrid: Por la Viuda de Don Joaquín Ibarra, 1791, 3ª edición, p. 213.

30. *Ibid.*, p. 212.

31. ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Castellana*, Madrid: En la Imprenta Nacional, 1822, p. 248.

32. *Ibid.*, p. 863.

demostración de este presupuesto, llevado más allá del simultáneo conocimiento del inglés y español. Porque, en efecto, no pasa de oficial el operario que, aun habiendo terminado el aprendizaje, no es maestro todavía. Y esto, en la profesión de letrado –como entre miembros de la judicatura (deliberante o postulante)– es una realidad tozuda. Abogado y juez o fiscal no siempre son vocablos equivalentes a jurista; la marca de la diferencia de sentido la hallamos, por el apercibimiento de Pleydell –*counsellor*, hombre de buen consejo, consejero– en el provecho lector de obras de literatura e historia durante su formación y a lo largo de su perfeccionamiento.

En lo demás, tañer el *Diccionario* y espaciar los sonos de ida y vuelta –”A distinguir me paro las voces de los ecos”, recitaría ahora con mi coterráneo Antonio Machado (1875-1939) en el «Retrato», adelantado en 1908, que sería pórtico de *Campos de Castilla* para 1912–, igualmente coadyuva al *bene dicere*, y corrige malos dejos gregarios con que abogados, jueces, y a menudo también profesores del Derecho, hablamos y escribimos.

Medellín (Colombia), 17 octubre de 2018.

RECOMENDACIONES PARA LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA BUENA FE COMERCIAL

Una aproximación desde las cláusulas generales en la decisiva
de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)³³

Jonatan Ruiz Tobón³⁴

Resumen

La buena fe ha sido una de las instituciones más tratadas en la historia. Simple o calificada, objetiva o subjetiva es innegable su función vertebral dentro del Derecho privado imperante en los ordenamientos que se han acogido a la tradición romano-germánica. Principio, cláusula general, modelo de conducta, norma imperativa, entre otras denominaciones han sido tradicionalmente propuestas para develar su alcance. Sin embargo, no es fácil entender cuándo se está o no dentro de sus mandatos, y aún así su fuerza vinculante es suficiente y autónoma para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas. De allí la importancia de construir una serie de recomendaciones que empíricamente, sin eludir la teoría, aporten herramientas para identificar, por lo menos en el plano judicial, cuáles son los criterios de interpretación que sirven de medio para su entendimiento y aplicación en la decisión del juez, sin que el ejercicio dependa de los silogismos jurídicos que en otrora permitían un ejercicio de tipicidad que comenzaba en los hechos y terminaba en la consecuencia jurídica. Posible todo ello, claro está, a través de un abordaje dogmático que permita un diferente

33. Artículo derivado del proyecto de investigación presentado para optar al título de Magíster en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Sede Medellín. Enero a diciembre de 2016. Las referencias bibliográficas del artículo se pueden ver, de manera pública, en la dirección web: <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/3444/RECOMENDACIONES%20PARA%20LA%20INTERPRETACION%20JUDICIAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

34. Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Especialista en Responsabilidad Civil y del Estado del mismo claustro, Magíster en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Abogado asesor de magistrado, Sala Civil, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Correo para correspondencia: jrtoyon06@hotmail.com.

enfoque de *Lege Lata* acerca de las referencias documentales que han servido de fuentes para esta producción.

Palabras clave: buena fe comercial, cláusulas generales, interpretación judicial, competencia desleal, recomendaciones.

Introducción

Las necesidades que este producto investigativo pretende cubrir nacen con ocasión de que en Colombia rige un sistema que apenas alcanza sus primeras progresiones de modernización en aras de responder a las demandas de un mercado globalizado, donde con frecuencia emergen situaciones de hecho donde las normas de tradición privatista no poseen suficiencia jurídica para regular las disputas entre los particulares que dedican su vida al ejercicio del comercio, quienes derivan su sustento de ofrecer bienes y servicios a disposición de una población consumidora cada vez más demandante de herramientas eficaces para la guarda de sus intereses. (P. 19-26). (Álvarez, L. F. y Rojas, S., 2012).

En escenarios como el propuesto, donde la consensualidad es la regla, viene recorriendo camino, aunque de un origen bastante clásico, la tendencia de los llamados “derechos de mínimos”, es decir, se ha impuesto en el ejercicio de creación de la norma positiva el diseño de instituciones con carácter general y abierto que dejan en manos de los operadores jurídicos la solución de las controversias, a partir de herramientas de hermenéutica y argumentación que no necesariamente están regladas de forma minuciosa. En otras palabras, puede afirmarse que las instituciones están siendo diseñadas en forma de “marco”, y el legislador se limita a dejar claro hasta qué punto o extremo tolera determinados comportamientos, por lo que el medio o el contenido de ese marco debe ser llenado con el sano criterio de quienes están encargados de administrar justicia.

De allí que conceptos como la buena fe en todas sus aristas (simple, calificada, comercial, entre otras), las sanas costumbres, la moral, el orden público e incluso el bien común, hayan tomado notoria relevancia en el plano judicial, pues, a partir de un estudio pormenorizado de sus aplicaciones, ha podido corroborarse que si bien su uso es en exceso frecuente para la solución de litigios, lo cierto es que su formulación tiene origen en contextos indeterminados. Prueba de ello es que la incertidumbre normativa llega al punto donde los textos codificados generalmente no contienen los tradicionales supuestos de hecho copulativamente ligados a una consecuencia jurídica de fácil aplicación, y de paso eliminan de su estructura los ya clásicos e inveterados silogismos enseñados repetitivamente en las escuelas de Derecho continental europeo. No se trata ya de un simple ejercicio de tipicidad que inicia en los hechos y termina en la consecuencia jurídica.

Se habla concretamente, y para efectos de claridad metodológica, de la buena fe comercial contenida en la cláusula general de prohibición en materia de competencia desleal (art.

7.º, ley 256, 1996) como imperativo elevado, incluso a rango constitucional, que implica un deber general de conducta de obligatorio acatamiento por parte del comerciante en sus actos de mercado y en lo vinculado con sus competidores, asunto que, claro está, descarta el abordaje de las acepciones contractualistas o pre-contractualistas que el concepto tiene dentro del mundo jurídico. La buena fe comercial es, entonces, en tal panorama, una institución de interés superior tan vaga e indeterminada y a la vez tan influyente en el juzgamiento de las pretensiones cuya consagración, para lo que aquí interesa, pasa por cláusulas generales, normas simplemente enunciativas e incluso principios. Su presencia es infaltable prácticamente en cualquiera de los campos del derecho romano-germánico.

De modo que, en este artículo, se muestra una seria preocupación por encontrar la determinación de los contornos de interpretación judicial, significación e incluso de corte etimológico que rodean la prohibición de contravenir los postulados de la buena fe marcada en el contrato social a través de los imperativos contenidos en cláusulas generales. Todo ello con la intención de dirigir el estudio hacia la construcción de una serie de **recomendaciones que desde lo puramente empírico hasta lo teórico** aporten para que el juez obtenga herramientas orientadas a justificar internamente sus providencias cuando eventualmente deba juzgar hechos vinculados con la percepción de buena fe propuesta, de las que claramente puede servirse cualquier parte procesal para efectos de probar los hechos afirmados, alegar de conclusión y en general para encausar el debate procesal.

Todo ello, con la debida previsión de que, para la construcción final del presente artículo, fue necesaria una precedente investigación (“La buena fe comercial a través de la interpretación judicial”, 2016) de tipo dogmático, con un objetivo esencialmente práctico. De forma concreta, se han querido salvar las indeterminaciones jurídicas que pudieron observarse con respecto a la aplicación forense de la buena fe comercial como deber general de conducta, **aportando entonces a la construcción de una nueva orientación dentro de la teoría dogmática** que, sin pretender modificarla, permita un fresco entendimiento a través del análisis jurisprudencial como escenario natural donde las situaciones jurídicas se crean, modifican o extinguen.

Lo novedoso, particularmente, resultaría habitar en la proporción de consejos para que el operador judicial no se quede corto en la confección de su regla de derecho, claramente, de la que hará uso para someter un caso concreto, a través de una orientación que ni la teoría ni la filosofía pueden aportar, esto es, la experiencia vívida que sólo se hace posible con el continuo ejercicio de la labor jurisdiccional, de cuyo tránsito se recogen experiencias forenses que, ordenada y sistemáticamente entendidas, permiten el encuentro de criterios comunes que a futuro serán útiles como modelo para la solución de casos análogos.

Así mismo, se ha querido ir más allá en términos de *Lege Lata* por cuanto, como ya se ha antojado, se brindará **una serie de recomendaciones** para la valoración judicial de la

buena fe comercial en su modalidad de regla de conducta en uso de herramientas que pasan por la semántica y van hasta lo puramente forense. Claro está, no se busca un discernimiento de tipo filosófico sobre la ontología del tema, por el contrario, se espera el encuentro de razones que expliquen la real eficacia jurídica de la buena fe con respecto a los problemas jurídico-prácticos a los que se exponen los actores del comercio actual.

Propósito, entonces, posible gracias a que decisiones como las de la SIC, cuando cumple funciones jurisdiccionales en materia de competencia desleal, las de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá como superior funcional de la anterior entidad, o de la Corte Constitucional como máxima guardiana de la Constitución, por ende llamada a dar alcance a normas como las que presumen la buena fe en toda actuación (art. 83 Constitucional), se muestran como herramientas de arte jurisprudencial que permiten encontrar en la decisión del juez los verdaderos criterios jurídicos necesarios para someter las situaciones de hecho no previstas en el orden privatista del derecho que atrás se tachó de insuficiente, pues sólo a través del ejercicio judicial es posible llenar de sentido particular las normas que el legislador ha dictado de forma general, impersonal y abstracta.

De modo que en el caso de la SIC se eligieron como categorías de análisis las basadas en: i) el período de jurisprudencia comprendido entre 2003 y 2015, y sólo en lo tocante con el concepto de buena fe en la delimitación antes mencionada (cláusula general, Ley 256 de 1996); ii) el hecho de que la doctrina autorizada (Jaramillo, 2013) sitúa en ese período el camino recorrido para llegar a las conclusiones que son pacíficamente sostenidas en la decisiva actual acerca del tema propuesto; y iii) un número de 20 providencias rastreadas de las cuales se extractaron sólo 10 que a nuestro juicio retrataban una línea de jurisprudencia estable y reiterada para lo que interesaba a la investigación.

Además, a la Corte Constitucional y a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá se acudió por remisión expresa que se encontró reiteradamente en las decisiones de la SIC, y en orden a la superioridad funcional desde el punto de vista jurisdiccional, respectivamente. De suerte que la primera corporación aparece referenciada porque de ella nace toda la carga conceptual de la buena fe como principio impuesto por vía de la carta magna, y por esa razón de infaltable alusión en las consideraciones de las demás providencias abordadas. En cuanto a la segunda autoridad, se tomaron decisiones de los años 2004 y 2013 como aquellas ubicadas a un promedio del inicio y final del lapso de recolección central (2003-2015), y a través de las cuales se observa la doctrina consolidada de esa Sala sobre los temas problema abordados más profundamente en la autoridad principalmente estudiada, esto es, la Superintendencia de Industria y Comercio cuando ha ejercido las funciones jurisdiccionales ya enunciadas.

En ese orden, el lector encontrará un breve recuento sobre la evolución doctrinal de las cláusulas generales, así como su consagración comparada y un análisis detenido de las

diferentes posiciones que los estudiosos han asumido acerca de su finalidad. Ello posibilitará pasar por un trabajo enmarcado en la noción jurídica central, la buena fe en la arista ya mencionada, donde, con una corta crónica histórica, se pretende disponer el camino para abordar su concepto y alcance. Pasos previos, en conjunto, que se han querido dirigir a nutrir el análisis de las decisiones judiciales en orden a que, desde la teoría previa aportada por todos ellos, se construyan las recomendaciones para la interpretación judicial buscadas como producto de este esfuerzo académico.

De las cláusulas generales

Breve recuento de su evolución moderna y consagración comparada

Aunque en apariencia el estudio de las cláusulas generales sólo interesaría a un sector del conocimiento en ciencias sociales, el jurídico, el rastreo de su evolución, posibilita dar cuenta de una trascendencia hasta ahora no dimensionada en su extensión por los operadores jurídicos nacionales. Al respecto, se encuentran trabajos bastante serios que han servido para explicar sucesos históricos, políticos y sociales cuyo interés es incluso internacional. Un ejemplo bastante ilustrativo es la obra de Rùthers (1997), que en una traducción aceptada por los estudiosos puede nombrarse como “la interpretación sin límites” (*Die Unbegrenzte Auslegung*) (Miguel, 1997), a través de la cual se captan con detalle las motivaciones, fundamentos y significados de ideologías tan radicales como el nacionalsocialismo alemán, imperante a mediados del siglo XX y que a la postre terminó desatando las dos grandes guerras de la Europa moderna.

Es también el caso de Schmitt (1934), en uso del poder para pervertir el Derecho, cuando afirmó que “todos los conceptos jurídicos indeterminados, todas las llamadas cláusulas generales han de ser aplicados incondicionalmente y sin reservas en sentido nacionalsocialista” (p. 717), queriendo con ello justificar una campaña fascista con desastrosos resultados, cuya estructura tuvo que ser prácticamente demolida y reemplazada con enormes modificaciones en el derecho de los tratados, a través de las cuales se propició el cambio en la legislación occidental con respecto a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

De modo que la formulación de cláusulas generales pasó momentáneamente por una manipulación política. Piénsese que, al respecto, la doctrina nacionalsocialista presentaba un doble sentido sobre la indeterminación que las cláusulas suponían dentro de un ordenamiento jurídico. Por un lado, los jueces se veían atados al imperio de la ley como si se tratara de un auténtico Estado de Derecho (Ruthers, 1997), pero concomitantemente existía una cláusula general que cuidaba de que si una ley promulgada antes de la toma del poder nazi contrariaba el sentimiento nacional despertado con la “revolución”, por más que fuese existente y válida, no sería aplicada so pena de tomarse como una ofensa en contra del sentimiento popular. (P. 146).

Precisamente de ahí devienen innumerables cuestiones jurídicas, especialmente las relativas a qué es el sentimiento popular, cuál es la acepción política de poder a que se refiere la norma, por qué el poder nacionalsocialista debería ser diferente al que imperaba en su antecendencia. En fin, cuestiones que, una vez más, flexibilizan, o por lo menos matizan las normas positivas y dejan en manos de los operadores jurídicos enormes poderes de decisión.

De manera posterior, las cláusulas generales en un escenario descontaminado de lo extra jurídico, encontraron trascendental apoyo en la importante Escuela del Derecho Libre, a través de la cual se negó de forma absoluta que el Derecho del Estado fuere el único obligante, dado que para Kantorowicz (1962), considerado el más grande exponente de esta corriente, “hay tantas lagunas como palabras. Ningún concepto se halla analizado hasta en sus últimas características, sólo pocos han sido definidos y esos pocos sólo por medio de conceptos a su vez indefinidos”. (P. 18).

Así mismo, la específica connotación que a las cláusulas generales le fue atribuida en el régimen de *Derecho libre*, sin desconocer la obligatoriedad del Derecho estatal, estuvo vinculada con una directa crítica a una legislación exclusiva y oficialista que, de ninguna manera, llenaba todas las eventualidades que supone el tráfico jurídico. En palabras de Segura (1993) su necesaria existencia apunta a que

cuando las circunstancias económicas, sociales y políticas cambian ese Derecho empieza a quedarse atrás y no sirve ya para dar respuesta a los nuevos problemas (...) en primer lugar, porque es falso que el Derecho no tenga lagunas y, en segundo lugar, porque los medios ofrecidos por el legislador para resolver las excepcionales lagunas que pudieran presentarse también son insuficientes. (P. 118).

De suerte que su sentido tiene que ver con la posibilidad de renovación y adecuación del Derecho con respecto a los cambiantes movimientos sociales, económicos y políticos, permitiéndose, a través de su estipulación, que las normas no entren en desuso y con el paso del tiempo se amolden a la resolución de nuevos conflictos, sin necesidad de incurrir en inflación legislativa o sobre-regulación. Precisamente esta última acotación es la que se cree con mayor vocación de actualidad o por lo menos eso indica la experiencia aprehendida con el estudio de decisiones judiciales de la SIC.

Lo anterior, porque pudo comprobarse que ese tipo de cláusulas tienen la virtud de permitir a los operadores jurídicos no quedarse cortos en la solución de controversias, dado que su estructura normativa soporta un análisis que va más allá de una aplicación exegética, y, por el contrario, proporciona las bases para encontrar en el arte de la jurisprudencia (López, 2006) la creación de reglas de decisión que, sin desbordar el ordenamiento positivo, resultan ser vinculantes sin necesidad de encontrar la solución del caso en un ejercicio de tipicidad como inveterada y clásicamente se ha entendido. Prueba de ello es su extensión en diferentes legislaciones con algún espíritu vanguardista y modernizador. (P. 265-269).

Alemania

Para Kantorowicz (1962), a propósito de lo contenido en el artículo 242 del Código Civil Alemán (Miguel, 1997) “lo que la lógica jurídica y el arte de la interpretación ocultan en la aplicación de los conceptos jurídicos, queda claro en las cláusulas generales: la jurisprudencia es creación judicial del Derecho” (p. 300); precisamente es el artículo 242 ibíd. el cual, desde 1900, dejó estipulado que el deudor tiene el deber de cumplir los acuerdos con las exigencias de la buena fe y teniendo en cuenta la práctica habitual o, en otras palabras, los usos comunes. Se encuentra allí planteada una marcada cláusula general con importancia transversal en el Derecho de los contratos y las obligaciones, esto es, ni más ni menos, que la columna vertebral del Derecho privado.

Suiza

El caso suizo es particularmente especial e incluso curioso, pues el artículo primero de su Código Civil es bastante enfático en cuanto a que, en los casos no previstos por la ley, el juez decide según la costumbre y, en su defecto, de acuerdo con la regla que adoptaría como legislador. Se eleva ese contenido normativo a principio general y, por ende, rector de su ordenamiento jurídico, por lo que permite notar un tipo bastante especial de cláusula general que sirve de vehículo para formalizar decisiones en derecho bajo una fuente secundaria como lo es la costumbre, y va más allá, otorgando al juez facultades legislativas que para nuestro sistema normativo resultarían exorbitantes.

España

Recalcando de paso que la Ley 3 de 1991, española, resultó prácticamente reproducida en la Ley 256 de 1996 de Colombia; para los fines propuestos baste resaltar el contenido textual del artículo 4.º ibíd. (7.º Ley 256 de 1996), según el cual “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. Norma que entró a regular todo lo relacionado con la competencia desleal y, a nuestro parecer, con una potencialidad abarcadora que tiene a la buena fe como base.

Finalidad de las cláusulas generales

Está claro que cualquier ejercicio legislativo tiene una finalidad con la cual se espera impactar en la vida social. Sucede claramente cuando en Derecho penal se castiga el homicidio con determinado tiempo en reclusión carcelaria para evitar que los demás miembros del colectivo cometan ese tipo de delitos. Sin embargo, cuando la norma no contiene una consecuencia jurídica, tiende a pensarse en una ineficacia o inaplicabilidad directa de ella. Eso obedece, posiblemente, a que nuestra sociedad necesita sanciones puntuales para creer que está ante un evento “antijurídico”, por lo que se piensa que no basta una simple recomendación a través de reglas de conducta esperando que el ciudadano se ajuste a ellas en completo asentimiento.

Es ese, precisamente, el caso de las cláusulas generales donde se contiene el imperativo de la buena fe, donde, con postulaciones abiertas, se pretende crear un ambiente de “respeto” por los derechos ajenos, por los principios generales que rigen ciertos asuntos jurídicos y, en fin, vinculados con diferentes situaciones de hecho. A su propósito, la referencia cercana que se tiene en el caso colombiano parte de posturas doctrinarias (De la Cruz, 2014) en las cuales la cláusula general supone una finalidad de creación e interpretación del Derecho instituida en una herramienta para que, en primer lugar, las regulaciones legales no caigan en desuso a medida que las relaciones personales vayan evolucionando; y, en segunda medida, de cara a que sean los jueces o sus equivalentes jurisdiccionales quienes llenen de sentido las decisiones fundadas en instrumentos de postulación abierta. (Pp. 251, 266). (Beater, A., & Weber, R, 1994. Pp. 305-306).

Sin embargo, las referencias nacionales son limitadas y encuentran un desarrollo relativamente incipiente. Realidad que obliga a recurrir a doctrina especializada que no necesariamente ha sido escrita pensando en el sistema colombiano, y mucho menos en los pormenores de los litigios suscitados en nuestro país. En su conjunto, posibilitan entender el asunto planteado partiendo de su definición conceptual. Nótese, por ejemplo, como Miguel (1997) entiende que las

cláusulas generales son disposiciones jurídicas que, en relación al contexto normativo, contienen conceptos muy generales o muy indeterminados, se refieren a supuestos de hecho muy generales o que son muy abstractos. De modo más breve, pero comprensivo (...) expresiones de valores porosas y vagas. (P. 304).

En otras palabras, en texto del mismo autor (Miguel, 1997) son “más bien fórmulas vacías de contenido normativo propio que van a operar sobre otras normas para completarlas o incluso corregirlas” (p. 304), porque, valga aclarar que tomar decisiones judiciales basándose exclusivamente en regulaciones generales, no implica un desapego de la ley, ya que las cláusulas son también disposiciones de tipo normativo. Sin embargo, no puede perderse de vista que esa justificación judicial no se entiende debidamente motivada por el simple hecho de citar la cláusula que se está usando, pues es “preciso que sea reconocible al menos implícitamente la norma del caso que el juez ha hallado y conforme a la cual ha decidido”. (P. 318).

Son así las cosas, siempre que el juez proceda cuidando que, como lo ha entendido Barcellona (1996),

las cláusulas generales no son criterios de decisión, sino técnicas de invención de criterios de decisión o índices sistémicos establecidos para activar procedimientos de tal naturaleza. Las cláusulas generales no son criterios diversos de las reglas, sino normas sobre la producción de reglas. (P. 103).

Se cree que la doctrina ha pensado de tal manera, o por lo menos a esa conclusión permite llegar el estudio de la dogmática al respecto, porque para algunos autores muy connotados (Rüthers, 1997) su existencia en el plano de la condena judicial supone una estructura en la que son

demasiado generales y no proporcionan ninguna directiva. El juez, por eso, debe establecer reglas complementarias, integradoras. Se debe reconocer que con ello se mantiene dentro del marco legal, que así está cubierto por la ley. Pero se procedería de modo injusto y desagradecido si no se quisiera reconocer que el juez, para llegar a una decisión satisfactoria, ha tenido que establecer reglas, que antes no estaban ahí, y que son su creación. (P. 55).

No obstante lo anterior, se cree que, cuando la doctrina se refiere al encuentro de otras “normas” que puedan acompañar con la efectividad de las cláusulas generales, no se está refiriendo necesariamente a artículos o cánones que pertenezcan a determinada codificación. Por el contrario, se propone acudir a un criterio que innegablemente se ha venido imponiendo, según el cual los contenidos normativos pueden estar diseminados en diferentes textos y no imperiosamente en las mismas leyes. Se trata más bien de reglas de derecho que sirven para, de manera armoniosa, someter pretensiones concretas en un particular escenario litigioso. Piénsese, para efectos de ilustración, en la forma como funciona el recurso extraordinario de casación en materia procesal civil cuando se acusa la violación de la ley sustancial y debe acudirse a varios artículos en busca de la norma completa.

Queda con lo dicho en evidencia que, como suele suceder con los principios generales, los valores o las reglas de conducta, abundan interpretaciones con pretensión de dar explicación sobre su “verdadero” sentido (Betti, 2015, P. 3-7, 55). Es que no queda camino diferente al de tomar partido o asumir posición, toda vez que cuando se está ante asuntos que abiertamente se prestan a diferentes interpretaciones se cree correcto dejar por lo menos parcialmente el asunto en mano de los operadores jurídicos, a efectos que sea la jurisprudencia quien vaya decantando las formas de asentar en la práctica sus efectos jurídicos. Claro está, no se encuentra ese camino libre de críticas y de ninguna manera se propone una fórmula sacramental e inamovible para su apropiación conceptual, tal como si se tratara de la disposición que fija la mayoría de edad en Colombia en los 18 años. No se trata de que viva en la exégesis lo que por lógica habita en el debate judicial y en el criterio de los juristas.

En ese plano, y guardando las debidas proporciones, se comparten posiciones como las propuestas en contra de Veluzzi (2010), sobre quien se conoce a reflexión de Chiassoni (2011), en las que “para fines de claridad comunicativa, propondría atribuir a las normas de este tipo la denominación de ‘cláusulas generales’ (o, si se quiere, se podría hablar de ‘cláusulas generales en sentido estricto’)”. La razón es que en aplicación de ese lenguaje, se estaría refiriendo específicamente a las normas

contentivas de expresiones indeterminadas, que individualizan situaciones de conflicto entre intereses igualmente tutelados por el ordenamiento y delegan en el juez la determinación del criterio de atemperación entre tales intereses, que deberá ser aplicado en el caso concreto, a continuación de una constatación de la situación concreta de conflicto y de la valoración comparativa de los intereses en juego. (P. 98).

De lo hasta aquí dicho pueden extraerse por lo menos tres conclusiones preliminares: la primera de ellas está vinculada con que cláusula general no equivale a concepto jurídico indeterminado, por lo menos no exactamente. En segunda medida, que los productos investigativos consultados sobre la materia permiten ver que existe un consenso más o menos general en cuanto a que las cláusulas generales, en la mayoría de los casos, se incluyen en disposiciones normativas y no tienden a ser creación jurisprudencial.

Para adicionar, como tercera conclusión, y en principio, quédese en que las cláusulas generales constituyen una fuente, guía o criterio de valoración que demanda la búsqueda de un sentido por parte del operador jurídico a través de las demás disposiciones que componen el ordenamiento jurídico, e incluso por medio de las demás fuentes del Derecho. Nótese que no se excluye de plano su autonomía, por lo que su calidad de guía o directriz no niega su fuerza normativa.

Finalmente, y para efectos de comunicar una posible solución sobre la teleología de la institución abordada, se cree que las finalidades o funciones fácilmente apreciables de las cláusulas generales son, en concordancia con lo expuesto por Emparanza (2009), de: i) *remisión*, ii) *transformación* o *flexibilización* y iii) *delegación*. La conclusión nace del estudio dogmático que implicó claramente acudir a una línea de decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), cuando actuó como equivalente jurisdiccional en materia de competencia desleal y resolvió sobre la finalidad de la cláusula general de prohibición. En palabras bien claras, del análisis de un período considerable de jurisprudencia (2003-2015) se han podido recoger los frutos atrás mencionados, y en su momento se explicarán precisando que es allí, en la decisión judicial, el único escenario donde normas, principios y valores tienen efectos materialmente apreciables.

De la buena fe comercial

Evolución histórica, concepto y alcance

Si se consultare de forma completa el origen histórico de la institución propuesta, bastaría para escribir interminables páginas. Por ello, en aras de precisar lo que aquí interesa, esto es el concepto de buena fe como deber general de conducta, basta con decir que el Derecho privado, como hoy lo conocemos, tiene una influencia claramente romana, más específicamente del *ius civile* e incluso del *ius augurium*. Así, en la antigua Roma el universo jurídico parecía estar regido por lo religioso y por un profundo sentimiento vinculado con el honor, la dignidad, la jerarquía, el respeto, entre otros.

Concretamente, para Neme (2010) en la

cúspide del ordenamiento ciudadano se encontraba Júpiter, padre de los dioses y de los hombres, que vigilaba sobre el sistema jurídico religioso del cual eran ya “virtualmente” parte, inclusive los otros pueblos, pues ante todos ellos era invocado como testigo de la legitimidad de los actos del pueblo romano (...) se destacan las nociones de *maiestas*, *terminus* y *fides*. (P. 32).

Esa tradición sobrevivió en la época de Numa Pompilio (segundo rey de Roma) pasando por la época de Plauto y el inicio del Principado (años 184 a 23 A. C.), donde, con el contacto de la civilización griega y el comercio por el mediterráneo, la concepción de la buena fe comenzó a dar paso a (Neme, 2010)

“una concepción ético jurídica, relevante en cuanto estimada y reconocida por la comunidad como fundante del complejo de reglas con vocación universal, el *ius gentium*, aplicables en las relaciones jurídicas” que ahora sí puede llamarse estrictamente *bona fides* (P. 91).

Se identifican, a partir de allí, varias etapas que motivaron una transformación conceptual (Neme, 2010) con pretensión de superar las economías agrarias y con el fin de expandir la ciudad más allá de las murallas del imperio. Se habla concretamente de: i) la necesidad de regular nuevas condiciones económicas impuestas por el comercio mediterráneo; ii) una previsión de los negocios cuya regulación se encontraba fuera del *ius civile*; iii) la preponderancia de la autonomía de la voluntad sobre el formalismo; iv) la distinción clara entre *fides* y *bona fides*; v) la vocación universal del *ius gentium*. (P. 93-101).

Se confrontó entonces una transición de “la *fides* como fundamento de los pactos a la *bona fides* como regla de conducta y medida de responsabilidad en los negocios *iuris gentium*”. (P. 33), y desde allí entró en escenario la *fides bona* como norma de contenido universal de la que los estudiosos encontraron origen en el *bonus vir* o la definición de los hombres de negocios por su virtud, honestidad, capacidad e incluso posición social (Neme, 2010, p. 116). Aquí, realmente, se puede comenzar a hablar de buena fe comercial con fuerza material. Fruto de un esfuerzo filosófico-jurídico que, a nuestro juicio, es perfectamente resumible en la definición de Derecho propuesta por Celso como “*el arte de lo bueno y lo equitativo*”, en cuya virtud todo el ordenamiento se encuentra penetrado por valores de carácter ético plenamente vinculantes. (P. 126).

Con la corta previsión histórica dejada atrás, y en lo que toca ya con la noción de buena fe comercial, está claro que uno de los retos al abordar la buena fe es precisamente la diversidad de su conceptualización. Por ello, desde ya, aclárese que la corriente compartida, la de un deber general de conducta de obligatorio acatamiento por parte del comerciante en sus actos de mercado y en lo vinculado con sus competidores, tiene su referente en el contenido del artículo 242 del BGB (Código Civil Alemán), donde la buena fe ha sido tradicionalmen-

te entendida desde dos aristas: i) la psicológica; y ii) la ética. (Wieacker, 1977). En la primera de las percepciones impera el aspecto subjetivo en que habría de valorarse si el sujeto, en efecto, ignora la ilicitud de su conducta y con ello la contrariedad al ordenamiento jurídico. “La buena fe sería de este modo siempre una creencia o una ignorancia”. (P. 14). Por citar ejemplos prácticos piénsese en el matrimonio nulo contraído por quien tiene la creencia de su validez, o en el poseedor que ignora vicio alguno con respecto a su título de ocupación. (Pp. 13, 14).

En tal sentido, la buena fe, según Wieacker, prologado por Díez (1977), “no pasa del nivel de las creencias o representaciones mentales del sujeto”. (P. 14) (Mouton y Ocampo, 1929). Sin embargo, con respecto a la segunda arista el asunto es sustancialmente diferente, ya que desde la perspectiva ética el sujeto que actúa contrario a la diligencia socialmente exigible no merece la excusa que se otorga en indulgencia desde la mirada psicológica de la buena fe. En otras palabras, se hace necesario investigar si el sujeto es o no culpable de su ignorancia o error. Con todo ello es posible afirmar que

en la primera concepción, cualquier tipo de ignorancia o error, cualquiera que fuera su causa y la situación que lo motivó, puede servir para fundar una buena fe. En la segunda, en cambio, no, sólo funda la buena fe un error o una ignorancia que sean estrictamente no culpables o excusables. Habrá entonces que analizar la medida en que el sujeto operó con la diligencia normalmente exigible en esa dada situación y dilucidar si con esa normal diligencia el error pudo y aún debió desvanecerse. De todo lo dicho, resulta ya claro que la idea está penetrada de unos indiscutibles ingredientes éticos que la sitúan en los confines del derecho y de la moral. La connotación de virtud —bondad— que se atribuye a la *fides*, lo pone de manifiesto de manera terminante. (P.15).

En ese panorama, también tiene importancia el lugar del ordenamiento jurídico en que está ubicada la “norma” a través de la cual se manda respeto por la *bona fides*. Ciertamente es, porque en el puntual ejemplo de las cláusulas generales (Wieacker, 1977) se pueden contener mandatos muy generales precisamente como el de la buena fe o las buenas costumbres, pero así formuladas, suelen no ser “moldes acabados, que el juez calca sencillamente sobre el material que ha colocado debajo, sino una extraordinaria tarea que tiene que realizar el propio juez en la situación determinada de cada caso jurídico”, (p. 37) dejando entre ver con ello que no basta con la simple subsunción normativa. Se trata entonces de una de las posibilidades para explicar el sentido forense de ese mandato concreto que obliga a comportarse honesta y lealmente.

Así mismo, debe decirse que algunos autores como Volansky (1929), cuyas referencias se hacen posibles gracias a la obra de Alsina (1935), por el contrario, consideran que el sentido realmente original de la buena fe estaría condensado en la máxima romana del *honeste*

vivere, alterum non laedere y suum cuique tribuere, pues, desde su punto de vista, allí se recogen diversas situaciones de la vida jurídica representadas especialmente en los contratos, la conducta extracontractual y la distribución de los bienes respectivamente. (P. 5).

Entonces, entre los ríos de tinta que se han derramado, se cree que la referencia de Alsina (1935) aún guarda absoluta vigencia, a pesar de la fecha en que se publicó su obra. Condensa de forma excelsa la idea, que este trabajo comparte, en cuanto a que

admitir una medida puramente subjetiva de la buena fe, sería caer en cálculos imposibles, sondeando las conciencias. La buena fe, tal como se concibe en el derecho actual, dista mucho de lo que parece haber sido en derecho romano, según Bonfante: hoy tiende a ponderarse con criterio objetivo y por lo mismo se identifica con el comportamiento de un hombre medio, honrado y celoso cumplidor de sus deberes jurídicos, según las circunstancias peculiares del caso. En ese *tipo objetivo* vienen a coincidir o a superponerse ambos elementos, que algunos llaman equidad, en sus definiciones de la *buena fe jurídica*; que, quizás, sea algo más que la simple buena fe moral, pues no se conforma con la mera ignorancia, cuando no es además excusable. (P. 9).

No existe otra forma de dotar a la buena fe con herramientas eficaces que premien o castiguen a quienes sigan o desvíen su camino. Se trata, entonces, de un instrumento al alcance de los jueces, quienes, a través del arte jurisprudencial, son los únicos que pueden clarificar el lenguaje de forma esencialmente simple, esto es, condenando o absolviendo a quienes estén siendo juzgados a propósito de sus actuaciones, miradas con el prisma de las reglas de conducta contenidas en la buena fe.

En tal sentido, como de alguna manera esa concepción se acompasa con la perspectiva objetiva, valga decir que unas posibles características de su presencia están resumidas en Puente (2000) citado por Largo (2012), quien ha descrito que la buena fe en el sentido tratado se distingue de la siguiente manera:

- a) Se trata de un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético.
- b) Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios.
- c) Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo.
- d) Esta objetividad no excluye, sin embargo, que deje de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como es el dolo o culpa del sujeto. Quien actúa con dolo o culpa no puede escudarse en la buena fe objetiva.

- e) El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un standard jurídico, o sea un prototipo de conducta social media.
- f) El standard jurídico aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto. (P. 276).

Hasta aquí, de forma conclusiva, puede afirmarse que la mayoría de nuestra doctrina occidental (Ordoqui, 2012, p.p. 99-102) tiende a situar a la buena fe como pilar fundamental de todo el derecho privado, elevándola a principio general, regla de conducta y, en general, a una especie de dogma. Sin embargo, algunos autores como Coviello (1897, p. 4) y Jonesco (1927, p. 4) creen que la buena fe no puede tener ese rango en ningún sistema jurídico, puesto que, por ejemplo, no hay forma de medir cuando un individuo actúa guiado por su creencia legítima, habida cuenta de que el postulado es tan elástico que pierde vigor. No obstante, esa afirmación, por demás propia de otro estudio que aquí no convoca, se hace para dar a entender la amplitud y la falta de acuerdo que rodea la institución estudiada. De ahí la necesidad de su abordaje conceptual

Las cláusulas generales en la Superintendencia de Industria y Comercio: su aporte para la interpretación judicial de la buena fe comercial

Resolución 29030 de 2003. Para la SIC, el régimen de competencia desleal se funda precisamente en el contenido de la cláusula general de prohibición, pues, a su parecer, contiene el espíritu de actuar con lealtad y en respeto de la buena fe. Por ello,

la noción de lealtad es entendida como la obligación de actuar acorde con la buena fe comercial y brinda una definición inspirada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: “actuar lealmente es obrar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado estándar de usos sociales y buenas prácticas mercantiles.

En relación con la decisión concreta, la SIC no reconoció autonomía a la figura y consideró que la cláusula general de prohibición debía entenderse como una institución accesoria a las conductas que sí tienen una regulación específica, pues su menoscabo no encuentra fundamento en hechos independientes a los que sirven de base para condenar por la contravía a las conductas típicas de competencia desleal (arts. 8-19 ley 256,1996). Entendió entonces que la virtud de la cláusula no se explicaba por sí sola y que se requerían de situaciones típicas para poder sancionar la competencia desleal, por lo que hasta aquí no se refleja trabajo interpretativo alguno por parte del juzgador.

Resolución 31714 de 2003. En esta ocasión, la SIC emprendió el análisis de lo preceptuado por el artículo 7.º de la Ley de Competencia Desleal (L C D), con la particularidad que lo hizo en conjunto con el artículo 8º ibíd., vinculado con los actos de desviación de la

clientela. Se entendió a través del pronunciamiento, y en su momento, que la cláusula tratada no pasaba de ser un mero principio informador, y compartió con la doctrina que para esa época no podía entenderse la categoría “como conducta específica cuya violación puede darse de manera independiente de las otras que se encuentran en los artículos subsiguientes de la Ley 256”. (Jaramillo, 2013) (p. 27).

Se destaca igualmente que la SIC aclaró que la cláusula general de prohibición no aplica sólo para comerciantes, ni califica sus sujetos pasivos. Por ello, sus destinatarios son simplemente los **participantes en el mercado**. De tal manera incluyó en el panorama un asunto bien importante dentro de la interpretación judicial, el subjetivo. Resáltese cómo puede irse abriendo paso un nuevo enfoque de la dogmática cuando se precisa sobre qué sujetos orbitan los efectos de la norma, pues resultaría vago o ilusorio preocuparse por el entendimiento judicial de una institución si aquella no tuviere efectos sobre grupo poblacional o actividad alguna.

Resolución 15591 de 2004. En el caso sometido a estudio por parte de la SIC, se denunció que se transgredía la prohibición general contenida en la Ley 256 de 1996 porque el demandado, a través de volantes, estaba desviando la clientela argumentado que ofrecía mejores y más económicos servicios. Tales fundamentos fácticos dieron pie para que la SIC reafirmara su posición sobre la teleología de la cláusula, recordando que debía tenerse en abstracto como principio y base del sistema de regulación legal de la sana competencia y no como una disposición que soportare la adecuación típica de ciertos comportamientos.

Además, para la SIC, la conducta del demandado al “repartir volantes”, hacer publicidad, y ofrecer servicios de calidad a mejores precios, era precisamente un claro ejemplo de “leal competencia”. Nuevamente se descartó la aplicación de la postulación abierta por falta de una supuesta adecuación típica. Posición sobre la cual se discrepa según la fundamentación antepuesta y que en adelante pudo ser corregida por la entidad.

Es que no puede pasarse por alto que las cláusulas generales tienen por finalidad, precisamente, posibilitar la renovación constante del Derecho para evitar que los jueces constantemente se “inhiban” para fallar, argumentando que no existen normas específicas que regulen la situación de hecho sometida a controversia. Es más, cuando esas cláusulas generales comprenden conceptos como el de la buena fe, entendido como el deber general de conducta verdaderamente exigible al comerciante en sus actos y en lo tocante con sus competidores, no puede el juez simplemente olvidar que esa perspectiva ético-jurídica también supone una verdadera norma ante cuya ruptura eventualmente puede generarse una condena.

Sentencia 9ª de 2005. En una controversia ventilada entre comerciantes de productos elaborados a partir del chocolate, la demandante denunció que una de sus competidoras directas estaba imitando sus empaques de tiempo ordinario y de navidad; incluso afirmó

que le estaba copiando sus arreglos tipo “moño” y la forma de estampar los números de lote y fecha de vencimiento. Además, fundamentó la violación de la disposición prohibitiva general en que su competidora tenía el establecimiento de comercio aldeaño al suyo y con ello creaba confusión general.

La sentencia referenciada es importante porque por vez primera la SIC parecía reconocerle autonomía a la Cláusula General de Prohibición, al enfatizar que no sólo las conductas típicamente descritas eran las que tenían virtud para generar la declaratoria de deslealtad, pues precisamente la cláusula en mención traía consigo un ejercicio enunciativo que posibilitaba entenderle como de consagración general con virtud para sancionar conductas prohibidas. Sin embargo, aunque en las consideraciones fue enunciado lo que parecía un giro en la jurisprudencia de la entidad, se terminó por despachar desfavorablemente los cargos al analizarlos en conjunto con el artículo 8.º *ibíd.* y no pudo concretarse la incipiente posición de autonomía.

Sentencia 11 de 2006. En los fundamentos fácticos se denunció que un vendedor de productos agroquímicos, que no era directo empleado de la demandante pero sí conocía los bienes y servicios que ofrecía, solicitó ante la SIC el registro de las expresiones “ARRANQUE” y “REABONE” en las que la demandante ya había invertido dinero en publicidad, diseños de empaques y demás pormenores orientados a su venta.

Lo particular del caso es que se quiso presentar como una violación de secretos, pero en efecto no fue declarado así, atendiendo a que las denominaciones comerciales estaban a la vista pública. Es precisamente en este punto donde la sentencia se torna supremamente importante, **dado que fue la primera vez** en que la SIC aplicó una finalidad específica de la Cláusula General de Prohibición: castigar los actos contrarios a la sana competencia que aunque no estén tipificados, rompan con los mandatos generales de conducta que impone la buena fe a todo comerciante en sus actos de negocio y en lo vinculado con sus competidores.

De aquí que pueda marcarse un hito en la decisiva sobre buena fe comercial en materia de competencia desleal, pues es una postura que se considera de inteligencia superior a las anteriores en cuanto a que, por lo menos, entendió que la cláusula era mínimamente residual. En términos diferentes, la autoridad acertó al considerar que no era en vano que el artículo 7.º de la ley 256 de 1996 se preocupare por la guarda de la buena fe comercial, los usos comerciales y demás. Son así las cosas, porque en ese panorama se imponía entregar a la institución una vinculación por vía directa y sin dependencia de una tipificación a través de normas especiales.

Finalmente, entregó un claro ejemplo, ya no de buena sino de **mala fe**, habida cuenta de que así lo entendió cuando una persona solicitaba la protección intelectual de creaciones a sabiendas de que es otro su inventor, creador o primer comercializador.

Sentencia 11 de 2007. En el análisis de un caso que trabó a varias compañías de telefonía móvil, las demandantes argumentaron que su contraparte estaba obteniendo provecho dentro del mercado a través de la infracción de normas y ello suponía de entrada un menoscabo de lo preceptuado en el artículo 7.º de la LCD, por lo que la referencia jurisprudencial es absolutamente determinante para el entendimiento del concepto preceptuado en la norma bajo mención si se considera que (Jaramillo, 2013)

en esta sentencia, por primera vez, la Superintendencia expone que una misma conducta no puede ser enjuiciada dos veces con fundamento en diferentes normas. Así, la violación del artículo 7.º debe ser alegada por causas independientes y que no tengan cabida dentro de los supuestos de los demás artículos. Esto último, debido a la finalidad de la cláusula general de prohibición, expuesta por la sentencia en los siguientes términos: Conviene precisar que el artículo 7.º de la LCD tiene como finalidad asegurar que comportamientos no anticipados por el legislador, pero que puedan resultar dañinos al sistema competitivo por la deslealtad concurrencial, puedan ser enjuiciables y reprimidos, permitiendo la aplicación de la ley a nuevas modalidades de deslealtad en la competencia y a las circunstancias cambiantes del mercado. (P. 12).

Sentencia 20 de 2010. La SIC, a pesar de haber declarado la existencia de actos de engaño, consideró que no había lugar a entender vulnerada la prohibición general. En este caso fue rotundamente concreta en cuanto a que el precepto contenido en el artículo 7.º de la LCD, a más de principio informador, también contiene en su cuerpo deberes específicos de conducta, al fin de cuentas, su real función era la de subsumir en sí los comportamientos que, por definición, no encajaren en alguna de las explicaciones típicas enlistadas por la ley.

En el caso bajo análisis, se desató el litigio a favor de una reconocida EPS y en contra de una empresa que en algún momento le había prestado sus servicios, pues pudo probarse que la demandada hizo uso de la base de datos propiedad de la actora para que, una vez terminada la relación contractual recíproca, se lograra la afiliación de numerosos usuarios a instancias de otra prestadora de los servicios de salud, que al fin de cuentas también terminó pagando por los servicios de la demandada.

Nuevamente, se acudió a un criterio residual para abordar el estudio del caso planteado. De suerte que, si bien la residualidad no consulta en sentido estricto alguna de las escuelas de interpretación judicial, lo cierto es que se impone como parámetro, guía o regla especial perfectamente aplicable para enjuiciar hechos que comporten la interpretación de la buena fe comercial entre comerciantes y sus competidores.

Sentencias 22 de 2010 y 5132 de 2012. Se propone el análisis de este par de providencias en conjunto, por cuanto se consideran como matizantes del “efecto residual” que se ha venido referenciando. En la primera de ellas, se dejó por sentado que la cláusula prevista en el artículo 7.º de la Ley 256 de 1996, si bien tenía como función el ser un principio infor-

mador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, resultaba convertida en una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos con destino a abarcar conductas desleales que no pudieren enmarcarse dentro de los tipos contemplados en los artículos 8.º a 19 de la citada Ley 256.

La decisión subsiguiente analizó un interesante caso donde la demandante alegaba una supuesta imitación y aprovechamiento de la reputación ajena, considerando que un competidor directo estaba copiando exacta y minuciosamente una referencia de silla plástica que venía vendiendo en el mercado desde tiempo atrás. Incluso, dentro de sus pruebas aportó un dictamen comparativo de ambos productos con medidas que comprendían la altura, el ancho, el espesor del plástico, entre otros factores.

Lo realmente relevante, y que toca con la cláusula general de prohibición, es que la SIC, al agotar el estudio de cada uno de las conductas alegadas como desleales (imitación, aprovechamiento de la reputación ajena), abordó el estudio de los cargos a su respecto para considerar que en la mencionada cláusula se contenían parámetros de conducta individual y autónomamente considerados, por lo que el sólo hecho de no haberse acreditado un tipo especial de acto aleve no equivalía a que la prohibición general estuviera llamada a subsumir los hechos de forma residual.

Desde allí se advierten dos consecuencias que las propias providencias sugieren: en primer lugar, puede afirmarse que la evocación de lo contenido en el artículo 7.º *ibidem*, no resulta viable cuando la conducta se encuadra en otro tipo específico sancionatorio de conductas alevés. En segunda medida, resulta conclusivo que, dentro de la cláusula general, no es procedente incorporar conductas específicamente enmarcadas en las normas que tipifican tales conductas cuando sus hechos base no fueren probados como acontecería, por ejemplo, con los presuntos comentarios denigratorios emitidos por funcionarios de la entidad que fue demandada en cuyo mérito se pretendía encuadrar una conducta de descrédito y en subsidio una infracción a la buena fe comercial.

Posiblemente, con el paso del tiempo, y gracias al estudio más profundo por parte de los funcionarios con facultades jurisdiccionales, se nota un avance en la aprehensión de la riqueza de la cláusula general que prohíbe contravenir los postulados de la buena fe. De forma definitiva la SIC se niega a reconocer una simple y llana subsidiariedad, evitando así que los litigantes usen el llamado “efecto perdigón”, donde se formulan indiscriminadamente pretensiones a la espera de que con suerte el juez adecúe los hechos a alguna consecuencia jurídica que les sea favorable. Por el contrario, pone su esfuerzo en impulsar el respeto por la autonomía de la institución encontrando de paso su finalidad de “residualidad condicionada” pero independiente.

Sentencia 382 de 2013. La cláusula general de prohibición no es una disposición abstracta o que simplemente se entienda vulnerada de forma tácita y en defecto de otra adecua-

ción típica. En otras palabras, de conformidad con el artículo 177 del C.P.C. (hoy art. 167 C.G.P.) es la parte demandante la que debe probar los supuestos de hecho bajo los cuales sustenta la infracción a la prohibición general.

En el caso concreto, la parte demandante, comercializadora de golosinas, demandó a su competidor directo porque éste estaba vendiendo por debajo de los precios de costo. A ese punto, la SIC acotó que no se trataba de una deslealtad si se atendía a que realizar tal venta era reprochable siempre que el vendedor tuviere una posición dominante en el mercado y se persiguiera con ello fines predatorios.

Así las cosas, la SIC descartó que la cláusula contenida en el artículo 7.º de la Ley 256 de 1996 pudiera servir para suplir las deficiencias probatorias del demandante, habida cuenta de que su filosofía no resultaba de simple subsunción por defecto. Por el contrario, a su juicio debía tratarse de un asunto condicionado a factores vinculados con las reglas de conducta contenidas en el artículo ibídem y su residualidad condicionada a que la conducta sometida a estudio no fuere de las que típicamente la ley sanciona de forma puntual.

Análisis puntual de las cláusulas generales en la justicia ordinaria

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2004 (exp. 11001319900120001171 01). Al analizar un caso en que supuestamente la empresa demandada estaba usando, dentro de su razón social, una palabra que ya constituía derecho de marca a favor de la demandante, el Tribunal consideró que la situación relativa a la buena fe, los usos comerciales y demás asuntos contenidos en la cláusula general de prohibición, debían ser abordados desde el punto de vista subjetivo u objetivo según el caso. La explicación brindada estuvo vinculada con que la norma (art. 7.º ley 256 de 1996) trajo consigo una redacción que así lo indicaba en consideración a que

desde la descripción genérica de los actos de competencia desleal, la ley prescinde del criterio subjetivo que como único o principal reinaba antes, aunque también lo considera, porque utiliza expresiones como “*cuando resulte contrario*”, “*esté encaminado a afectar o afecté*”, es decir, que con el desarrollo del acto puede haber el propósito de contrariar las sanas costumbres, los usos honestos y la buena fe comercial, o estar “*encaminado*” a afectar el libre mercado, casos en los que habría dolo o culpa, todo lo cual requiere de evaluación subjetiva; pero igualmente puede haber competencia desleal sin intención dañosa, sin culpa o sin falta de diligencia y previsión, porque al preceptuar “*cuando resulte contrario*”, “*o afecté*”, quiere significar, con claridad diamantina, que basta que el resultado contraríe los sanos usos y costumbres mercantiles, o afecte el mercado, con independencia del propósito o falta de diligencia para esos efectos.

Nótese entonces que puede mediar deslealtad: i) con dolo o culpa; y ii) cuando los resultados de la conducta objetivamente considerados, lejos de la intención o descuido,

contraríen el régimen de prohibición general. En el último caso bastará con que la conducta del demandado atente contra el derecho particular ajeno o de un mercado sanamente competitivo.

Con esto se introduce una variante sobre el entendimiento de la prohibición general en materia de competencia desleal con respecto a la doctrina que se explicó en la SIC. Se habla específicamente del alcance de los conceptos *buena fe comercial, sanas costumbres y usos honestos* como derroteros abiertos, cuyo sentido depende del caso concreto y la interpretación del juzgador. Así, en lo que toca particularmente con la buena fe, no puede perderse de vista que en la jurisprudencia de la SIC siempre ha sido definida como la creencia eminentemente subjetiva de estar actuando recta y honestamente, por lo que se presume en todas las actuaciones.

La novedad, entonces, radica en que el Tribunal proporciona herramientas para “aterrizar” la buena fe, puesto que no reduce su apreciación a la mera subjetividad o creencia de estar actuando dentro de lo que la sociedad considera como honesto. Tanto es así, que siguió la Corporación dando a entender que

cuando la ley no prevé subjetividad, es factible que el empresario pueda tener un buen propósito con el acto, ser diligente y previsivo, y aun así, en algunos casos, resultar dicho acto contrario a las reglas sobre competencia desleal, porque, desde el punto de vista del derecho privado, muchos de estos aspectos se evalúan con un rasero objetivo.

Las consideraciones expuestas sirvieron al Tribunal para revocar una sentencia desestimatoria de la SIC y en su lugar proteger la marca de un competidor que estaba siendo utilizada de forma irregular. Concluyó, entonces, que en materia de confusión o explotación de la reputación ajena no es necesario acreditar el dolo del demandado y resulta suficiente que el resultado se adecúe a la tipicidad de las normas que regulan esos dos comportamientos alevés. Es que, al fin de las cuentas, la competencia desleal no deja de ser uno de los casos típicos de responsabilidad civil extracontractual con todas las aristas que ello supone (Tamaño, 2007) (Pp. 578-586).

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, sentencia del 22 de abril de 2013 (exp. 200858739). El Tribunal, por vía de esta providencia, consideró que

para la fundamentación de la violación de esa cláusula general exígease que el presupuesto sea para esta causal distinta a las demás, de tal suerte que no se abra la puerta a que por esa vía se intente probar lo que, a través de otras causales, no logró hacerse.

En este evento, cuya reiteración se observa en sentencia del 22 de abril de 2015, se entendió que no era un sin sentido que el legislador hubiere incluido la cláusula general en la Ley 256 de 1996, dado que evidentemente su intención no resultaba ser la creación de

una simple herramienta netamente subsidiaria. Tanto es así, que las reglas de conducta allí contenidas tenían virtud para fundar cualquier juicio de responsabilidad cuando sean transgredidas, sin necesidad de buscar las consecuencias jurídicas en otras normas.

Entendimiento de la buena fe en la Corte Constitucional colombiana

Para estos efectos, se cree pertinente indicar que, desprendido del análisis sobre la decisiva de la SIC, se pudo conocer que el concepto de buena fe en la generalidad de sus sentencias (2003-2015) tiene como fuente la jurisprudencia antiquísima de la Corte Suprema de Justicia (1958), donde, con ponencia del Magistrado Arturo Valencia Zea, se creó una especie de fórmula que hasta estos días es usada por la autoridad para indicar que la competencia desleal tiene un marcado componente ético en el cual actuar “lealmente es obrar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas prácticas mercantiles.” De ahí que la razón metodológica para acudir tan puntualmente a la Corte Suprema sea precisamente la remisión específica, expresa y perfectamente delimitada que se dejó atrás entre comillas y que puede leerse reiteradamente en las decisiones de la SIC atrás analizadas.

Igualmente, casi de forma automática, se encontró una referencia constitucional infaltable ahora sí en la totalidad de las sentencias analizadas. En este caso, (T-469, 1992) se trata de una definición conceptual que por su reiterativo uso se transcribe de forma exacta para explicar que “la buena fe comercial que señala el art. 7.º se refiere a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones”. (Martínez, p. 13). De allí en más, la SIC no se ha preocupado por buscar qué habita en el núcleo de esos conceptos y con certeza se afirma que en las decisiones estas fórmulas son reproducidas una y otra vez.

Ahora bien, adentrados en la jurisprudencia constitucional no puede dejarse de mencionar que, desde la Sentencia de Constitucionalidad C-205 de 2003, reiterativamente citada por la alta corporación, la Corte sentó una posición ciertamente marcada donde se entiende la buena fe como principio general del derecho. En concreto, es valioso el aporte de la providencia porque la Corte realizó un examen sumamente ilustrativo sobre la buena fe como institución que interesa en este esfuerzo. Obligadamente debe resaltarse que para la Corte la buena fe es, como se dijo, un principio general del Derecho y por lo tanto tiene la virtud de irradiar diferentes aspectos del ordenamiento jurídico. Así, aunque las definiciones vengan desde referencias que datan de los años 1994 y 2001 (C- 544, C-840) su utilidad se toma desde ese año por un asunto eminentemente de actualidad jurisprudencial.

Armonizó entonces la Corte las definiciones encontradas sobre buena fe subjetiva y objetiva, entendiendo que de ellas se deriva una concepción ecléctica bastante ajustada al

texto superior contenido en el artículo 83 de la Constitución Nacional. Consideró que la presunción allí inmersa está vinculada con la protección de los particulares frente al Estado en cuanto a la eliminación de las trabas que pudieran ponerse en las gestiones administrativas, por considerar erradamente la mala y no la buena fe como presupuesto de la actuación privada.

En ese sentido, sin mayores distinciones de la perspectiva o arista de la buena fe que la Corte estimó no vulnerada por la norma demandada, dejó sentado que

de acuerdo con la doctrina el principio de la buena fe constituye pieza fundamental de todo ordenamiento jurídico, habida consideración del valor ético que entraña en la conciencia social, y por lo mismo, de la importancia que representa en el tráfico jurídico de la sociedad. Contenido ético que a su vez incorpora el valor de la confianza dentro de la base de las relaciones sociales, no como creación del derecho, que sí como presupuesto, con existencia propia e independiente de su reconocimiento normativo. La buena fe se refiere exclusivamente a las relaciones de la vida social con trascendencia jurídica, sirviendo al efecto para valorar el comportamiento de los sujetos de derecho, al propio tiempo que funge como criterio de reciprocidad en tanto se toma como una regla de conducta que deben observar los sujetos en sus relaciones jurídicas, esto es, tanto en el ámbito de los derechos como en la esfera de los deberes y obligaciones. (Araujo, 2001).

Referencia a la Sentencia de Constitucionalidad C-880 de 2005. M. P. Jaime Córdoba Triviño. En esta oportunidad la Corte aclaró, como apenas resulta evidente, que la buena fe es un principio rector; se constituye como instrumento regulador que infunde sus efectos en numerosas relaciones jurídicas, incluidas allí las procesales. Es que el proceso judicial es el escenario perfecto que por definición sirve de medio para materializar los derechos y con ellos los imperativos que dan base al derecho que rige a las partes.

Ahora, la particularidad de esta providencia radica en que explica razonadamente los motivos que sostienen la presunción contemplada en el artículo 83 de la Constitución Nacional, pues se puede confrontar un somero esfuerzo por diferenciar que la buena fe en una primera finalidad precisamente contiene un postulado ético de necesaria observancia en un derecho imperante entre particulares, y por otro lado, “reitera la presunción de la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante las autoridades públicas.”

Además, lo más importante es que la Corte, en su análisis, deja ver que la buena fe podría no ser simplemente un principio, o mandato de optimización que ha de cumplirse en la medida de lo posible y, por el contrario, de sus palabras se puede inferir que se trata de una verdadera regla de conducta cuya ruptura acarrea consecuencias jurídicas, claro está, si media prueba sobre ello. Nótese que en cita textual se postuló que

en general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe.

Si se observa con detenimiento el contexto de la decisión no puede pasarse por alto la relevancia que la buena fe y su presunción tienen de cara a las actuaciones judiciales, pues se sometió mediante la providencia analizada una demanda de inexecuibilidad en contra del precepto contenido en el artículo 207 del C.P.C. modificado por la Ley 794 de 2003 (art. 20) donde se condujo la discusión por caminos con una construcción ciertamente técnico-jurídica bien importante. Es decir, aunque la actora manifestaba sin mayor fundamento que el interrogatorio de parte anticipado en materia civil mediante sobre cerrado presumía la mala fe, la Corte enseñó que

por virtud del artículo 83 de la Constitución, desarrollado con acierto por las normas procesales reseñadas, una lectura sistemática de los apartes demandados del artículo 207 de la ley procesal civil, (...) permite afirmar que su configuración y objetivos parten del principio de la buena fe y la lealtad procesal. En efecto, la interpretación de la norma debe estar informada por los contenidos axiológicos que le imprimen el precepto constitucional y los principios rectores enunciados. De suerte que el argumento de cargo relativo a que la reserva de las preguntas obedece a una presunción de que el absolvente va a faltar a la verdad, no pasa de ser una personalísima apreciación del demandante, carente de todo soporte en la normatividad acusada. (Córdoba, 2005).

En conclusión, no bastan las creencias personales que el intérprete tenga sobre la infracción a la buena fe, pues un primer paso a superar consistiría en emprender un análisis sistemático de las normas que regulan el asunto de cara a identificar el quebrantamiento a la institución. De alguna manera esta posición asumida entrega algo de certeza jurídica al manejo judicial de los postulados de la buena fe al propiciar cierta depuración de la subjetividad en términos de consultar el verdadero sentido de la sistemática jurídica como análisis previo y complementario a los simples juicios de valor.

Así las cosas, y como el objetivo principal de este artículo no era recorrer la vasta jurisprudencia de la Corte Constitucional, por demás absolutamente valiosa, baste con decir que del análisis forense que sirvió de base a este escrito, de allí se desprende una gran advertencia que merece mención especial. Se trata de precisar que, para la guardiana de la carta, la buena fe pasa más por un entramado filosófico-ontológico, en cuanto a que su dimensión como principio general del derecho e incluso regla general de conducta contenida en norma

superior la convierte en un faro que ilumina todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, no se encontraron más allá de ello significativos aportes en cuanto a su utilidad forense en materia de competencia desleal, y en específico sobre el deber general de conducta del comerciante en sus actos de negocio y en lo vinculado con sus competidores.

Recomendaciones y conclusiones sobre la interpretación judicial de la buena fe comercial

Se entregan las siguientes recomendaciones interpretativas en su modalidad de conclusiones arrojadas por el estudio forense de las instituciones propuestas, puesto que el abordaje de todo el contenido dogmático no podía más que desembocar en un intento por “estandarizar el lenguaje” a efectos que jueces y demás operadores puedan tener una visión más asentada acerca de la buena fe comercial, de cara a justificar las decisiones que ponen fin a debates vinculados con el deber general de conducta que tiene todo comerciante en el ejercicio de actividad lucrativa, y en lo relativo al respeto de sus competidores. Se espera contribuir a que en los escenarios judiciales habiten herramientas con cuyo uso pueda identificarse cuando concurre o no la *bona fides*, a través de una especie de lista de chequeo que debe usarse acompañada con el sano criterio que todo juzgador debe conservar en su ejercicio jurisdiccional. (Ley 1564, 2012).

Claro está, este intento por descargar la trascendencia filosófico-jurídica de la buena fe ha sido producto de un esfuerzo por ordenar, razonar e interpretar la dogmática que al respecto se encontró. Más específicamente, las recomendaciones aparecen cimentadas en la fuerza gravitacional (López, 2006) que debe considerar todo operador en su quehacer judicial a partir de las decisiones tomadas por la SIC y por las demás autoridades que metodológicamente se eligieron para el estudio. Son, pues, pautas que nacen de una cosecha que hubo de transportarse desde percepciones meramente teóricas, hasta contextos que con partida lo forense permiten una mejor conciencia acerca de lo que judicialmente hablando es o no la buena fe. (pp. 84-86).

Con tales previsiones, y como ya se tuvo la oportunidad de expresar la concepción compartida con Emparanza (2009) sobre la finalidad de las cláusulas generales, dentro de las cuales habita el concepto de buena fe aquí abordado, se cree que un buen punto de partida es, precisamente, entender que, estando la buena fe comercial en la arista aquí abordada contenida en una cláusula general, su función de alguna manera ha de seguir el camino de la norma que la contiene. De forma específica, la primera de las recomendaciones a tener en cuenta se explica como sigue:

- 1. Lugar del ordenamiento jurídico donde está contenido el mandato.** Está claro que no resulta ser equiparable una disposición por vía de ley con una que, por ejemplo, se contenga en un acuerdo municipal. Mínimamente, la primera impresión que se genera es su obligatoriedad en todo el territorio nacional o sólo en el municipio

de su expedición. Claro está, aunque la buena fe siempre será un principio general del derecho su ubicación en el mundo jurídico ha de dar un indicio sobre la individualización del criterio de interpretación judicial correcto. El ejemplo más claro es que, si su ubicación resulta ser una cláusula general, como en efecto sucede en materia de competencia desleal, el juez debe alertarse en la búsqueda de:

- **Remisión.** En aras de determinar si esa buena fe consagrada por vía normativa se está refiriendo a un asunto de tipo simple o calificado que pueda encontrarse en otra norma del ordenamiento jurídico. Eso, de entrada, podría ayudar en el encuentro de tipos en blanco, cuya sanción está contenida en otra disposición o, por el contrario, sería útil a la hora de identificar consecuencias jurídicas en el mismo texto normativo.
- **Transformación o flexibilización.** Suele ser común que el legislador decida incluir en las normas imperativas fórmulas en apariencia vacías como buena fe, buen padre de familia, usos y costumbres, entre otros. Si el juzgador entiende de forma adecuada esa técnica legislativa, conserva grandes posibilidades de captar su fin esencial: el llamado para que evite el desuso u oxidación de las leyes producidas en determinado espacio-tiempo. Para el legislador es imposible expedir leyes cada que se presenten mínimas variaciones con respecto a determinadas relaciones jurídicas.

Es allí, precisamente, donde comienza la labor del operador jurídico, quien no se puede escudar en la vetustez de la norma y, por el contrario, debe abrir paso para una depuración interpretativa que de la mano de las reglas de la experiencia consulte la verdadera finalidad de las postulaciones abiertas, esto es, su virtud de ser vehículo para enfrentar los retos que suponen las nuevas circunstancias de hecho en su tensión con la eficacia regulatoria de los ordenamientos jurídicos tradicionales.

- **Delegación.** Es aquí enteramente donde el juez se encuentra a sí mismo, dado que, si la buena fe lo llama al ejercicio del Derecho en un panorama de interpretación abierta, debe estar consciente de que el legislador le está hablando directamente, y lo hace para pedirle que sea él quien llene de sentido la fórmula que al aparecer carece de consecuencia jurídica. Se le solicita ánimo de sentido jurídico e incluso común, para que, con su sano criterio, someta las pretensiones en el marco de la legalidad y sin necesidad de que la falta de exégesis le impida hacer efectivos los principios y las reglas generales de conducta, cuya creación debe ir construyendo a medida que resuelve los casos y en aras de que su “estandarización” posibilite la solución de otros litigios.

Nótese cómo en el período de decisiones analizado en la SIC, pudo corroborarse que la entidad, en ejercicio de función jurisdiccional, nunca perdió de vista el

criterio concreto de ubicación aquí recomendado. De una forma u otra, fuere como en la Resolución 29030 de 2003 o en la sentencia 11 de 2006, no dejó de advertirse que el hecho de tratarse de una cláusula general daba cierto matiz al imperativo de buena fe. Por ello en la primera de las decisiones, simplemente se desecharon los cargos al no encontrarlos tipificados expresamente mediante norma especial, mientras que en la segunda se aprendió del carácter en realidad vinculante de la prohibición general, para entender que en su contenido habitan auténticas reglas de conducta obligatorias.

- 2. Sujetos destinatarios.** Cuando la norma manda o prohíbe el respeto o contravención de la buena fe, respectivamente, resulta bastante útil determinar si en ella están comprometidos sujetos activos o pasivos calificados. Claro está, no queda duda sobre que el mandato es incluso constitucional y no se encontraría a priori la necesidad de identificar la calidad de los sujetos. Sin embargo, la jurisprudencia analizada da cuenta sobre que, por ejemplo, un asunto es la buena fe que se le exige al buen padre de familia, y otra bien diferente es la que se espera del comerciante o el contratante. En los dos últimos casos, la buena fe comercial y contractual supone una serie de cargas mayores a las que se quieren del *pater*.

De suerte que, cuando la norma califique el sujeto destinatario del mandato o la prohibición, de alguna manera se considera judicialmente útil identificar si la profesión u oficio tiene algún estatuto que lo rijan (el caso de los abogados con la ley 1123 de 2007), pues si se logra establecer la responsabilidad en el rompimiento en una de las cargas que tal labor demanda de quien la ejerce, eso daría un indicio acerca de la mala fe, o en otras palabras, contribuiría a desvirtuar la presunción de buena fe que a toda persona beneficia. Ello, por lo menos en el evento en que se pruebe la intención o dolo de la conducta.

Es que no suele ser lo mismo juzgar una controversia donde se involucren simples y ocasionales “participantes del mercado” (Resolución 31714, 2003), que otra donde se vean comprometidas personas que ejerzan de forma profesional el comercio. Naturalmente de los segundos se espera un mayor compromiso con las obligaciones propias de su actividad, y por ese motivo el juez debe estar más atento cuando se acerque a la valoración de los hechos, puesto que la justificación interna de su providencia ha de dar cuenta de una evaluación a partir de las calidades particulares de los sujetos juzgados, esto es, verdaderos expertos que conocen y se someten a las reglas de conducta que gobiernan su oficio.

- 3. Vinculación o remisión a otras normas.** Está claro, como ya antes pudo explicarse, que una norma no necesariamente se encuentra contenida de forma completa en un artículo o canon normativo. Tanto es así que, por ejemplo, la resolución judicial de un contrato puede implicar la consulta de la norma que define el citado acuerdo, la que enumera sus características y finalmente la que contempla la sanción o

consecuencia de su incumplimiento. De cualquier forma, por más que se trate de textos jurídicos diversos, el juicio no se estaría apartando de la propia resolución contractual. En efecto, la práctica forense entrega evidencias de que la buena fe no es la excepción, y mucho menos en materia de actos de comercio o el riesgo del comerciante para incurrir en competencia desleal con respecto a sus competidores..

Basta con revisar el artículo 7.º de la Ley 256 de 1996, a través del cual se castiga la contravención a la citada buena fe, pues allí, si bien se menciona de forma genérica, lo cierto es que la sanción no se describe matemáticamente. Dista mucho entonces de la sanción que se prevé, por ejemplo, para el hurto, en el Código Penal. Sin embargo, lo rescatable resulta ser que la interpretación sistemática y armoniosa de los hechos a la luz de la normativa que somete la materia, permite entender que el castigo para quien actúe con mala fe es la misma que recibe quien despliega actos de competencia desleal tipificados de forma puntual entre los artículos 8 y 19 de la ley *ibídem*.

En otras palabras, no siempre es posible que el legislador prevea una pena puntual para toda prohibición, pero no por ello deja de estar vedado pasar por encima de los postulados de los buenos usos, las sanas costumbres o la misma buena fe. En este caso, la remisión puede ser llevada a cabo por el propio juzgador sin menoscabar el principio de legalidad, toda vez que se estaría castigando al infractor no sólo de un principio general del derecho, sino de una regla de conducta como rectamente debe entenderse. Asunto que merece juzgamiento como cualquier otra contravención a los derechos ajenos.

No es vano, a propósito, que incluso la Corte Constitucional (C-880, 2005) acepte como cierto que la buena fe, en su calidad de “etérea” elaboración filosófica u ontológica, no siempre resulta suficiente para determinar el ajuste de ciertos o hechos con respecto a la norma que los regula, lo mismo que para identificar si esa norma es admisible dentro del ordenamiento jurídico en términos de exequibilidad. Es decir, dentro del análisis de los componentes de la buena fe se muestra comúnmente imperioso emprender una lectura sistemática del derecho gobernante para el litigio concreto, y en aras de preocuparse por identificar cuál es el impacto axiológico que los preceptos y principios rectores tienen sobre la materia juzgada. (P. 15).

4. Asunto que regula la norma. Alguna relación tiene esta recomendación con la calificación del sujeto. No obstante, la diferencia es bien marcada y consiste en que el primer caso permite suponer que quien conoce la profesión u oficio está obligado a acatar las obligaciones y responsabilidades que ella supone, incluso cuando las ignora. Por ello, en este caso se sanciona al sujeto con base en lo que se presume debe tener dentro de su gama de conocimiento personal. Mientras tanto, cuando el mandato tiene por objeto regular determinada actividad se parte de que el legislador tiene un determinado fin con respecto al sujeto pasivo universal.

En ese plano, es la dinámica de la actividad el baremo para medir si un comportamiento puede catalogarse como de buena o mala fe, y aquí en nada se juzga la formación académica o artística del sujeto pasivo o castigable. Por ejemplo, la SIC ha entendido que en materia de propiedad intelectual (materia con legislación ciertamente especial) se considera contrario a la buena fe comercial solicitar el registro de determinada marca comercial, a sabiendas de que tiene propietario o inventor y que aquél no ha concurrido a formular la solicitud de protección. Se trata de un asunto bien particular que de entrada la autoridad ha catalogado como indicador de mala fe. (Sentencia 11, 2006)..

Se quiere significar, con lo dicho, que hay casos, pocos por cierto, en los que decisiones judiciales anteriores ya han calificado cierta conducta como contraria a la buena fe comercial, tanto en actos de comercio como en la relación con los demás competidores. Motivo ese por el cual se torna exigible que a una situación fáctica análoga posterior se apliquen judicialmente las mismas consecuencias jurídicas. Sobre todo porque el juez que decida apartarse del precedente deberá explicar motivadamente las razones para ello, tal como lo dispone el artículo 7.º de la ley 1564 (2012).

5. Residualidad de la norma o cláusula general. Como hasta el cansancio se ha dicho, la regla general es que la buena fe se instituye en su calidad de principio rector o general del derecho. No obstante, en casos como el de competencia desleal la institución se muestra como una clara regla de conducta que recoge prohibitivamente una serie de comportamientos que, sin estar debidamente tipificados en actos de confusión, aprovechamiento, engaño, entre otros, resultan ser contrarios con el espíritu de un mercado sanamente competitivo. Ese núcleo esencial, aunado al criterio del juzgador, permite someter actos alevos en la materia tratada por más que típicamente no estén previstos en una norma tradicional, esto es, a través de un supuesto de hecho copulativamente ligado a una consecuencia jurídica.

De suerte que no toda residualidad significa exactamente lo mismo, o en francos términos, hay normas que aplican en simple defecto de otras y la diferencia en la competencia desleal es que esa aplicación residual es condicionada. Específicamente, la condición es que la conducta sometida no encaje en otra norma de carácter típico, pero de cualquier manera no se amaña a una aplicación automática, porque como en cualquier regla se requiere probar el supuesto de hecho de cara a encontrar la consecuencia jurídica. Se recomienda entonces que el juez analice detenidamente si el comportamiento se subsume en una norma especial, para que, de lo contrario, lo entienda sometible bajo los postulados de la buena fe en su modalidad de cláusula general, y siempre que las circunstancias fácticas probadas así lo hagan procedente.

6. Calificación de la buena fe. En este evento la especialidad recae sobre el prisma o baremo que ha de usarse para analizar la conducta, más específicamente sobre la

mirada del Juez. Se trata de entender si la buena fe es simple, calificada, objetiva, subjetiva, comercial o lo que en la práctica forense así se ocurra. Encontrar la calificación correcta permite consultar las características internas de cada una de las denominaciones. Aquí ya no es la calidad del sujeto o la identificación del asunto regulado el que entrega las pautas. El caso propuesto supone el acercamiento con la justificación interna o núcleo esencial de la institución.

Esa cercanía permite ir paso a paso en una especie de lista de chequeo donde se juzgue con cuales requisitos cumple la conducta que se juzga. Tómese el caso de la buena fe objetiva ya explicado en Puente (2000, pp. 46-47), puesto que su construcción posibilita encontrar cuál es el deber que se estima en cabeza del sujeto y la forma como ha sido roto. Igualmente, se abriría paso la posibilidad de una “estandarización objetiva” de lo que se considera o no buena fe, dado que para el juez sería posible crear modelos de conducta en los que progresivamente van entrando y saliendo comportamientos según se consideren tolerables o acompañables con los intereses ajenos. Claro está, la subjetividad también haría parte del juicio propuesto si se tiene en cuenta que el dolo excluye de plano la posibilidad de amparo detrás del velo presuntivo de buena fe.

Como es apenas evidente no existen fórmulas mágicas o exactas para interpretar judicialmente la buena fe. Sin embargo, en el evento que desde la óptica jurisdiccional se deban someter a estudio circunstancias de hecho vinculadas con la buena fe como deber general de conducta, el operador se puede apoyar en las anteriores recomendaciones para que en su aprehensión, sin abandonar su sano criterio y experiencia, intente transportar conceptos teóricos hasta su sentencia para definir en campo el litigio concreto que le proponen. Así podrá ir consolidando, de alguna manera y guardando proporciones, un lenguaje común dentro del cual a futuro podrá determinar con mayor facilidad lo que es o no un comportamiento ajustado a la buena fe.

BIBLIOGRAFÍA

Alsina, D. A. (1935). *Efectos jurídicos de la buena fe*. Buenos Aires: Editorial Talleres Gráficos Argentinos L. J. Rosso.

Barcellona, M. (1996). *Diritto sistema e senso. L'interpretazione del diritto come autoriproduzione del sistema giuridico*. Torino Editorial: Giappichelli.

Beater, A. (1994). *Generalklauseln und fall gruppen*. Berlín: Editorial Mohr Siebeck GmbH & Co. KG.

Bernd, R. (1997). *Die unbegrenzte Auslegung*. Frankfurt: Editorial C. F. Muller.

Betti, E. (2015). *Teoría de la interpretación jurídica*. Santiago de Chile: Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile.

Chiassoni, P. (2011). “Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica”. *Revista de Derecho Privado*, Julio-diciembre, 89-106. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=417537595005>

Coviello, N. (1897). *Contrato preliminare. La responsabilità senza colpa*. Milan: Editorial Società Editrice Libreria.

De la Cruz, D. M. (2014). *La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley*. Bogotá: Editorial Externado de Colombia.

Emparanza, A. (2009). *Violación de Normas. Comentarios prácticos a la ley de competencia desleal*. Madrid: Editorial Tecnos.

Jonesco, B. (1927). “Les effets juridiques de l'apparence en droit privé”. Estrasburgo. (Tesis inédita). Universidad de Estrasburgo, Francia.

Kantorowicz, E. (1962). “Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre”. *Revista Rechtswissenschaft und Soziologie*. Karlsruhe, p. 60 y ss.

Largo, A. (2012). *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Ley 256 de 1996.

Ley 1564 de 2012.

López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Bogotá: Legis Editores S. A.

Mengoni, L. (1986). “Spunti per una teoría delle clausole generali”. *Rivista critica del diritto privato*. Napoli: Jovene.

Miguel, J. M. (1997). “Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. No. 1, 297-326. Recuperado de https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/miguel_gonzalez.pdf

Neme, M. (2010). *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Ordoqui, G. (2012). *Buena fe contractual*, Bogotá: Editorial Universidad Javeriana, Universidad Católica del Uruguay, Editorial Ibáñez.

Puente, M. (2000). “La fuerza de la buena fe”. En: *Contratación Contemporánea*. Lima: Editorial Palestra-Editores, Bogotá: Editorial Temis S.A.

Schmitt, C. (1934). *Nationalsozialismus and Rechstaat*. Berlín: Editorial Duncker & Humblot.

Veluzzi, V. (2010). *Le clause generali. Semantica e politica del diritto*. Milán: Editorial Giuffré.

Volansky, A. (1929). “Essai d’une definition expressive du Droit basée sur l’idée de bonne fe”. Paris. (Tesis inédita). Universidad de París.

Wieacker, F. (1977). *El principio general de la buena fe*. Madrid: Editorial Civitas.

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ

Insigne jurisconsulto y escritor

*“Cuando escribo libros sobre los actores del drama judicial,
sobre las llamadas partes en el juicio,
no pueden faltarme las páginas emocionadas
sobre el juez en toda su esplendorosa majestad
como administrador de justicia”.*

“Elogio del Abogado”. Hernando Londoño Jiménez.

Ricardo Vera Pabón³⁵

Compartir muchas tardes y durante varios años, sobre temas de justicia, cultura, literatura, historia y poesía con el maestro Hernando Londoño Jiménez, fue un gran honor y un privilegio en mi vida de abogado litigante, fiscal y amante de las letras. Fue mi orientador y compañero de tertulias literarias, entre ellas la de la Librería Señal Editora, donde escuchábamos sus amenas charlas y anécdotas de la historia regional y nacional.

Al enterarme de su fallecimiento, ocurrido en Medellín el día sábado 25 de agosto de 2017, mi alma compungida solo tuvo consuelo cuando valoré su gran legado intelectual, jurídico, humanístico, espiritual, familiar, literario, musical, periodístico, político, y la coherencia entre su pensamiento filosófico y su actuación en el foro y en la tribuna, como brillante orador y defensor permanente de los derechos humanos, frente a la ignominia del poder. Acudí a sus exequias para acompañarlo en la partida de su fructífera existencia hacia una

35. Poeta, ensayista, abogado e historiador. Nació en Titiribí (Antioquia). Autor de las obras: *La tierra me dijo bienvenido* (Poemas); *Parroquia de Titiribí. Doscientos años de evangelización y progreso* (Investigación); *Don Quijote de la Mancha: La sabiduría perdurable* (Ensayo); *Música en clave de Quitasol. Música y músicos de Bello* (Investigación); *Titiribí: Cuna de la copla. Literatura y folclor* (Investigación); *Las seis estaciones de la lírica* (Ensayos); *La Campana del Conde de Bourmont, un sonoro filón en Sitioviejo* (Investigación). Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana, 1977. Especialista en Derecho Penal y Criminalística de la Universidad de Medellín, 1999. Maestro de escuela, empleado bancario, asesor de empresas, abogado litigante y Exfiscal Seccional Delegado. Miembro de Número de la Academia Antioqueña de Historia y de los Centros de Historia de Bello, Envigado, El Santuario y Santa Rosa de Osos. Miembro del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. Ha publicado poemas, ensayos y artículos de opinión, en más de cien periódicos y revistas especializadas.

nueva forma de vida y a trasmitirle a su distinguida familia mi voz de solidaridad y gratitud, por haberme acogido como un hermano mayor, dedicarme el primer capítulo de una de sus obras, compartir su conocimiento y sabiduría, heredar su memoria para el estudio juicioso de su obra y quedarme con su amistad y su recuerdo.

El catedrático y defensor

Conferencista de renombre, fue invitado a las universidades más importantes y a los principales simposios de derecho y congresos de la justicia en Colombia, pues tenía la preparación, el estudio y la disponibilidad de compartir su conocimiento con sus colegas y alumnos. Se graduó en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Pontificia Bolivariana en 1949, donde fue reconocido como egresado ilustre mediante homenaje público, como “padre y maestro de la ciencia del derecho penal en Colombia”. Se especializó en Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Roma.

El doctor Hernando Londoño Jiménez fue un destacado abogado penalista durante más de cincuenta años, de brillantes intervenciones en juzgados y tribunales, así como ante el jurado de conciencia, donde presentó elocuentes y argumentativas tesis jurídicas en defensa de sus clientes, bien como acusados y en otras ocasiones como vocero de las víctimas. Acatado y respetado por sus colegas en el foro penal, fue uno de los fundadores y presidió el Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia, así como la revista *Tribuna Penal* y miembro colaborador de los consejos de dirección de las revistas *Nuevo Foro Penal* y *Temas de Derecho Penal*.

Fue miembro de la Comisión redactora del Código Penal de 1980 y los códigos de procedimiento penal precedentes, donde hizo valiosos aportes para que el principio de libertad fuera el epicentro de los sistemas procesales. En la década de los setenta, hizo parte de la comisión redactora del Código Penal tipo para Latinoamérica.

Fue presidente del Colegio de Abogados de Medellín y vicepresidente del Comité de Derechos Humanos de Antioquia, cargo que representó serios riesgos para su vida cuando denunció atropellos y persecuciones contra dirigentes y ciudadanos contrarios a la política del Estado. Su quehacer profesional lo llevó a ser Fiscal Cuarto Superior de Medellín, director de la Sección Penal de la Dirección Departamental de Tránsito, Juez de Instrucción Criminal, Alcalde de Itagüí y Diputado a la Asamblea de Antioquia por el Partido Conservador, aunque su pensamiento, talante y acción, eran las de un demócrata aguerrido y crítico del autoritarismo en el poder. Tuvo una relevante y destacada actuación como miembro de la Asamblea Nacional Constituyente que redactó la carta fundamental en el año 1991.

El humanista y constituyente

Cuando el Colegio Nacional de Abogados “Conalbos”, le hizo un homenaje y lo condecoró como abogado sobresaliente en el Foro Antioqueño, en fecha 6 de julio de 2000,

el maestro pronunció un discurso que todavía resuena como un eco, dada la profundidad de sus tesis, las cuales resumió bajo el título de “Elogio del Abogado” y que fue publicado en pequeño formato por el colegio de defensores, en Editorial Grafoprint, de Medellín, en julio de 2000. Al destacar la ilustre profesión de abogado, sin la cual sería imposible la convivencia humana, invitó a hacer serias reflexiones sobre la misión que tienen los profesionales de la ciencia jurídica al interpretar el derecho e invocar la justicia, para no quedar anclados en la interpretación de párrafos e incisos de las leyes y códigos ni en los alcances de doctrinas y jurisprudencias.

Convocó a participar en la lucha por un mundo mejor, con menos desigualdades e injusticias, “para que las libertades públicas no sean encadenadas por los amos del poder, para que se protejan los derechos humanos, principalmente de los más humildes, para que la paz tan anhelada la sigamos buscando a través de la justicia, para que, en fin, desde nuestros estrados y tribunas, con la fervorosa palabra hablada y escrita, continuemos nuestro oficio, con la dignidad y el placer espiritual de estar sirviendo a una hermosa profesión que tanto servicio le ha prestado a la humanidad”.

“Practicamos un ejercicio laico, puntualizó, al igual que en el sacerdocio religioso, en el nuestro es donde se descubren las mayores miserias del género humano”. Continuó el jurista exhortando a sus colegas a levantar muy en alto la voz, para defender a los indígenas víctimas de tantos atropellos de los diversos actores de la violencia; defender los derechos humanos de los presos y luchar contra las leyes injustas y arbitrarias contra el pueblo, pues “no se puede permitir la vigencia tranquila de las leyes, sino censurarlas, combatir las y demandarlas, para que el despotismo jurídico sienta que, como en la decimonónica expresión de la Patria Boba, hay luz en la poterna y guardián en la heredad”.

Por votación popular hizo parte de la Asamblea Nacional Constituyente que redactó la Constitución Política de Colombia de 1991, donde hizo valiosos aportes y se destacó por su participación en la comisión que trató los derechos fundamentales e incluyó la acción de tutela como una garantía especial para evitar la violación de derechos o para restablecer las garantías constitucionales.

El periodista y escritor

Durante más de veinte años fue columnista del periódico *El Colombiano*, donde sobresalió con su opinión política y jurídica, así como en temas de interés social y colectivo que beneficiaron a la comunidad. Escribió sobre asuntos de la vida nacional, como una forma de luchar contra la injusticia y una manera de reflexionar sobre el futuro y el progreso del país.

Fue un prolífico escritor, con más de treinta obras jurídicas y literarias publicadas, entre ellas están las siguientes:

De la captura a la excarcelación, Ed. Temis, Bogotá, 1974; *El homicidio ante el jurado*, 1976; *Confesiones de un penalista, ensayos sobre práctica forense penal*, t. I, Ed. Temis, Bogotá, 1979; *Derecho Procesal Penal*, 1982; *La justicia penal y los derechos humanos*, 1988; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. I, 1989; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. II, 1993; *La Fiscalía General y el Sistema Acusatorio*, 1995; *Yo acuso*, 1996; *Defensas penales*, 1996; *Los Inmortales*, Ed. Grafoprint, Medellín, 1998; *Las rutas del dolor humano*, Ed. Grafoprint, Medellín, 1999; *Confesiones de un penalista, ensayos sobre práctica forense penal*, t. II, Ed. Temis, Bogotá, 1999. *Grandezas y miserias del proceso penal*, Ed. Leyer, Bogotá, 2003; *Los caminos del amor*, 2003; *Los celos y el amor*, Ed. Temis, Bogotá, 2005; *Los Inocentes, errores judiciales en la práctica forense penal*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2009; *Memorias de un penalista*, Ed. Lealon, Medellín, 2011; *Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal* (coautoría), Ed. Biblioteca Jurídica Diké y Ed. UPB, Medellín, 2012; *Cuentos y estampas costumbristas*, Ed. Grafoprint, Medellín, 2013; *La Infamia*, 2014; *La justicia penal*, Ed. Leyer, Bogotá, 2014; *Práctica forense penal*, 2014; *Trovas*, Ed. Grafoprint, Medellín, 2014; *Las andanzas de un escritor*, Ed. UPB, Medellín, 2015; *La defensa penal*, Ediciones jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2016; *El banquillo de los acusados*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2017; *Sala de jurados* (en prensa); *La anécdota en la literatura universal*, Ed. Uniediciones de Ibáñez, Bogotá, 2018. Colaborador de varias revistas especializadas, entre ellas *Berbiquí* del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, publicaciones especiales y periódicos nacionales.

Era incansable lector y dedicado estudioso de temas de justicia, filosofía, política, historia, poesía, novela y derechos humanos. Un hombre alegre, su estatura moral y ética era proporcional a su corpulencia física. Su extensa y selecta biblioteca la donó a la Casa de la Cultura de Abejorral, Antioquia, donde había nacido en 1924. Allí fue condecorado por su contribución a la cultura y al crecimiento material de su tierra natal. Fue distinguido con la Medalla de oro al mérito jurídico, por la Asociación Internacional de Escritores y Periodistas con sede en ciudad de México (Alepac) y la Medalla de oro Excelencia Universitaria “Buho”, otorgada por la Universidad Santiago de Cali, por su condición de “Reconocido jurista a nivel nacional e internacional y en reconocimiento a su lucha por la defensa de los derechos humanos”, entre otros premios, por su vida ejemplar y lucha permanente por la justicia.

Sus colegas, alumnos, familiares y amigos, seguimos extrañando al hombre sabio, bondadoso y en especial al ser humano que siempre compartió sus enseñanzas, afecto y lealtad. Se ha ido su parte física, pero queda la profundidad de su alma y la huella indeleble de su ejemplo, que serán estudiadas por todos los que amamos la vida, el conocimiento y la libertad.

A nuestros colaboradores

Solicitamos respetuosamente a nuestros colaboradores tener en cuenta las siguientes instrucciones:

1. Entregue sus artículos después de una cuidadosa revisión. Preste atención a las convenciones ortotipográficas más universalmente aceptadas. Tenga especial cuidado en incluir toda la información bibliográfica completa en sus citas y notas de pie de página. Presente unos originales cuidadosamente revisados. Remita sus trabajos digitados en una única fuente, Times New Roman. Todo artículo debe ser procesado en Word y el texto se ha de entregar impreso, además del respectivo archivo electrónico. El artículo debe estar acompañado un mini curriculum vitae del autor.
2. Se aceptan máximo quince páginas y mínimo cinco por artículo.
3. El autor es reponsable de los enfoques y conceptos expresados en su colaboración.
4. El Comité de Redacción es completamente autónomo para hacer las correcciones de forma de los textos que recibe.

Diagramación: María Victoria Morales Gaviria.

alvida66@hotmail.com

Impreso y hecho en Colombia por

Léanlo, Editores

Carrera 50D No. 61- 63, Medellín.

Ernesto López Arismendi. Teléfono: 3116146243.



Confía en 4-72, el servicio de envíos de Colombia

Línea de atención al cliente:
(57 - 1) 472 2000 en Bogotá
01 8000 111 210 a nivel Nacional

.....

www.4-72.com.co

¡APOCALIPSIS!
(un segundo antes)

Un día después de ser el mundo destruido
con la niebla y el silencio a mis espaldas
en el vector celeste del vacío
y en el parque sin hojas ya perdido
yo retomo la última esperanza

Pasó la vida de galaxia a galaxia
de la Vía Láctea a Andrómeda
de Andrómeda a las Nubes Grandes
y de ésta a la Pequeña Magallanes

No entendió el designio el hombre
No hubo en su destino un sino que cambiara
su lógica perdida
reducida al polvo palaciego
del reino virtual de sus palabras
Pin pon andariego y pervertido
ocaso frágil como flor paria
Azalea que se mece en la montaña
brizna venenosa
final duro
manantial de deshielo
frías aguas

Un ínfimo átomo nos clonó para el futuro
arena sin mar
Una vertical voluntad
nos borró en un segundo
confín sin horizonte

Parece mentira quién creyera
¿de qué valió todo si todo se perdió?
La tierra voló desde su cálida hecatombe
alquásar espacial que se alejaba
fue un instante suficiente
y en el sueño invernal que no termina
esta pesadilla se extasiaba
en el íngrimo camino de la vida.

FRANCISCO LOAIZA FLÓREZ