

FRAGMENTOS

El derecho comparado y los "bárbaros" jurídicos

El derecho comparado, como método general de investigación usado por distintas disciplinas o como campo autónomo dentro de la academia jurídica, ha sido central en la construcción de la cultura jurídica moderna y, por tanto, en la creación del sujeto (de derecho) moderno. La estructura de esta forma de imaginar el mundo jurídico tiene como uno de sus componentes centrales la relación entre el 'yo' y el 'otro'. La construcción del derecho moderno ha sido determinada por la construcción de un 'yo' que se imagina al mismo tiempo como el creador y el resultado del derecho y un 'otro' que se imagina fuera o en las márgenes del mundo jurídico: un 'otro' que se imagina como cuerpo, naturaleza, animalidad y violencia o como una iteración menor del verdadero sujeto jurídico. El 'yo' jurídico y el 'otro' del derecho han sido nombrados con distintas categorías en la historia del derecho comparado moderno: europeo y asiático, occidental y oriental, sujeto metrópolis y sujeto colonial o individuo del Norte global e individuo del Sur global. No obstante, todas estas categorías movilizan conceptos análogos de sujeto de derechos que contrastan con los bárbaros jurídicos, los objetos de derecho, las reproducciones incompletas: aquellos que están fuera del mundo jurídico o aquellos que son solo malas versiones de los sujetos de derechos originales".

"El derecho comparado, en consecuencia, ha cumplido una función análoga a la que han cumplido la etnografía y la antropología en otras áreas de la cultura moderna. Ha creado formas de subjetividad particulares a partir de la construcción de un 'otro' que sintetiza y encarga todo lo que no son los verdaderos sujetos de derecho. Las identidades se construyen en el diálogo con el 'otro'. Este 'otro' puede ser cercano y material, un 'otro' significativo —el padre o la madre—, o puede ser un 'otro' lejano que es en parte una invención propia —el oriental, el bárbaro jurídico—. Las identidades no se construyen monológicamente. El sujeto no crea su identidad a partir de un ejercicio solipsista en el que determina libremente cuáles son sus compromisos normativos y cuál es la narrativa que da unidad y sentido a los hechos que constituyen su vida".

"El papel que han desempeñado las etnografías hechas por misioneros, comerciantes, escritores y funcionarios públicos en la construcción de las subjetividades modernas ha sido ampliamente examinado en la literatura especializada. Estas etnografías (no profesionales) contribuyeron con insumos empíricos a la creación de las identidades del europeo y el oriental, el sujeto metrópolis y el sujeto colonial. Las formas en que la antropología, como disciplina autónoma, contribuyó en esos procesos han sido igualmente exploradas y suscitan un amplio acuerdo en sus líneas generales entre los expertos".

"La manera como la arqueología, las etnografías profesionales y la antropología social suministraron los insumos para construir al europeo y al bárbaro jurídico ha sido examinada extensamente. Las conexiones entre la etnografía y la antropología y el imperialismo, el colonialismo, la poscolonialidad y el neocolonialismo también han sido estudiadas por la literatura especializada. No obstante, la manera como el derecho comparado ha contribuido a la construcción de las subjetividades modernas ha estado en las márgenes de la academia jurídica. Las conexiones explícitas e implícitas, voluntarias o fruto del azar, entre el derecho comparado y la creación del sujeto de derecho moderno han sido, en general, soslayadas por las facultades de jurisprudencia. Las facultades de Derecho no han explorado suficientemente las consecuencias teóricas que han generado la construcción de estas subjetividades, sus geografías conceptuales y sus formas de pensar la historia. No se han examinado, por ejemplo, su relación con lo que quisiera llamar la economía política del conocimiento jurídico, esto es el conjunto de normas y prácticas que determinan la producción, el intercambio y el uso del conocimiento legal".

DANIEL BONILLA MALDONADO,
Los bárbaros jurídicos. Editoriales: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2020, págs. 20-25

Constitucionalidad del ejecutivo arbitral

Parece que por fin se reconocerá el proceso ejecutivo arbitral, al que injustamente algunos pregoneros de desastres le han creado un ambiente adverso, cuestionando su constitucionalidad.

Si bien hace unos años era herejía sostener que el proceso arbitral podría ser utilizado para ventilar ejecuciones, tal postura quedó sepultada por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-294 del 6 de julio 1995, de la que fuera ponente Jorge Arango Mejía. En efecto, al examinar la constitucionalidad del artículo 2º del Decreto 2651 de 1991, la Corte expresó: "Si, pues, según el artículo 15 del Código Civil, una obligación que presta mérito ejecutivo puede renunciarse cuando solo mira al interés del renunciante y no está prohibida, ¿por qué no podrían el acreedor y el deudor, antes o después de la demanda ejecutiva, someter la controversia originada en tal obligación a la decisión de árbitros?". Y agregó la corporación: "Si sobre las obligaciones que prestan mérito ejecutivo es posible transigir, para terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual, como lo prevé el artículo 2469 del Código Civil, ¿cómo sostener que los conflictos a que puedan dar lugar tales obligaciones no pueden someterse a la decisión de los árbitros, como lo prevé el último inciso del artículo 116 de la Constitución?".

Lo anterior debió pesar para que el legislador expidiera las leyes 510 y 546 ambas de 1999, por medio de las cuales se autorizó la constitución de tribunales arbitrales para adelantar procesos ejecutivos promovidos para obtener el recaudo de los créditos hipotecarios y la emisión de los títulos de crédito hipotecario,



RAMIRO
BEJARANO GUZMÁN
Profesor de Derecho Procesal de las universidades de los Andes y Externado de Colombia

"... la Corte Constitucional ha avanzado en considerar (...) que el arbitraje ejecutivo no ríe con la Constitución...".

así como de las obligaciones contraídas por razón de la construcción o adquisición de vivienda. Infortunadamente, esta incipiente reglamentación de ejecutivos arbitrales fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1149 del 2000, por cuanto se consideró que el deudor hipotecario como adherente al crédito de vivienda terminaba aceptando contra su voluntad el pacto arbitral, es decir, no llegaba libremente al mismo, requisito *sine qua non* para que una controversia pueda sustraerse al conocimiento de la jurisdicción ordinaria. La Corte no tumbó la Ley 546 de 1999 por considerar inconstitucional el proceso ejecutivo arbitral, sino porque en este evento se violaban los principios rectores del arbitraje de habilitación y voluntariedad.

De lo dicho queda claro que

ya la Corte Constitucional ha avanzado en considerar, así haya sido a la manera de un *obiter dicta* en la Sentencia C-294 de 1995, que el arbitraje ejecutivo no ríe con la Constitución, como tozudamente lo proponen sus oficiosos malquerientes.

En efecto, a los proyectos de ley que se han venido preparando y discutiendo —uno de los cuales se retiró del trámite por vencimiento de términos en la legislatura anterior—, se les censura la supuesta inconstitucionalidad del ejecutivo arbitral por dos razones:

La primera, que el arbitraje en procesos ejecutivos violaría el artículo 116 de la Carta, el cual prevé que, como los particulares solo "pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia", esa temporalidad no es posible concretarla en una ejecución, por lo dilatado que resulta el trámite del remate de bienes luego de que se haya ordenado seguir adelante la ejecución.

Tal planteamiento no resiste el menor análisis, pues basta que la ley o las partes señalen un término de duración del proceso para que cada arbitraje sea transitorio, como ocurre hoy con los trámites declarativos. Si en ese lapso no se alcanzare a realizar la subasta, bien podría el legislador relevar al árbitro de rematar o disponer que la subasta la realicen jueces de ejecución o martillos. El supuesto problema de la imposibilidad de controlar el tiempo de duración de un ejecutivo arbitral tiene solución sencilla y elemental.

El otro argumento con el que contrvierten la posibilidad de que haya un proceso arbitral es bastante perfumado, porque supuestamente los árbitros no están en disposición de realizar medidas cautelares y menos remates, postulación elitista y más ridícula que científica.

LA COSA JURÍDICA

El nuevo orden

