

Efectos vinculantes de la lista Clinton para el estado soberano de Colombia

Nelly Samaris Rincón Pérez

**Proyecto de Grado presentado para optar el título de Maestría de Hermenéutica
Jurídica y del Derecho.**

Director:

José Orlando Ramírez Ramírez

Doctor en Derecho

Universidad Industrial de Santander

Facultad de Derecho

Escuela De Derecho y Ciencias Políticas

Maestría en Hermenéutica Jurídica y del Derecho

Bucaramanga

2019

Dedicatoria

A mis Padres, Hermano y Sobrinos. Los únicos seres humanos que me aman con
mis rarezas

Contenido**Pág.**

Introducción	17
1. Sistemas jurídicos	22
1.1 Concepto de los sistemas jurídicos	22
1.1.1 Familia Neoromanista.	23
1.1.2 Familia del Common Law o anglosajona.....	23
1.1.3 Sistemas Religiosos.....	23
1.1.4 Familia mixta.	23
1.1.5 Familia socialista. a.....	23
2. El sistema legal colombiano.....	24
3. La ONU y política criminal internacional.....	27
4. Concepto de soberanía a la luz del derecho internacional	35
5. Congruencia entre el derecho internacional y el derecho interno colombiano	37
6. La orden ejecutiva N° 12978 del departamento del tesoro de los Estados Unidos “Lista Clinton”	39
7. La lista Clinton y el principio de legalidad	40
8. Del uso consultivo de la lista Clinton por parte de entidades financieras o bancarias.....	43

8.1 El servicio público de crédito e inclusión financiera en Colombia.....	45
9. Derechos constitucionales vulnerados bajo la figura del bloqueo comercial	51
9.1 Concepto de violación y reconocimiento de la soberanía punitiva del estado.....	52
9.2 Soberanía preferente.....	56
9.3 La autonomía privada de la voluntad como antecedente	59
9.4 El derecho a la personalidad jurídica	62
9.5 Derecho al libre desarrollo de la personalidad.....	64
9.6 Derecho a la honra y al buen nombre.....	66
9.7 Derecho a la igualdad y no ser discriminado	73
9.8 Principio al debido proceso y la defensa.....	83
10. Conclusiones	85
Referencias bibliográficas.....	98

Resumen

Título: Efectos vinculantes de la lista Clinton para el estado soberano de Colombia*

Autores: Nelly Samaris Rincón Pérez**

Palabras claves: Efecto vinculante, Lista Clinton, Estado soberano, Derecho, Soberanía, Violación, Debido proceso, Gestión defensorial.

Descripción:

El presente documento busca a través de un informe de corte netamente descriptivo – analítico; exponer cómo el uso consultivo de la Lista Clinton en lo que se refiere a la colocación o contratación de servicios financieros y/o bancarios; va en contravía de los principios de autonomía legal, soberanía y el derecho al debido proceso y otros derechos fundamentales a partir de las políticas y la constitucionalidad del Estado soberano Colombiano. Todos los puntos consignados a lo largo del documento apuntan a concientizar al lector frente a los derechos que poseen todas las personas que hacen parte del Estado Colombiano desde la esencia del individuo, para de esta forma fomentar la importancia de la búsqueda de una soberanía consiente e inviolable de un país soberano como es Colombia.

A lo largo del documento se expondrán temas como el crédito como servicio público, la relación de la soberanía preferente, el concepto de violación y reconocimiento de soberanía, los efectos vinculantes de la lista Clinton para el Estado Colombiano, como también los derechos a la honra, la igualdad y todos los preceptos emitidos al respecto por las respectivas cortes y la defensoría del pueblo para finalmente llegar a establecer una discusión de orden analítico que presenta desde la visión del autor las posibles soluciones o propuestas de solución desde lo jurídico para resolver dicha problemática, teniendo en cuenta que el tema se aborda más allá de una mera descripción de la situación.

* Trabajo de grado

** Facultad de Derecho. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Maestría en Hermenéutica Jurídica y del Derecho. Director: José Orlando Ramírez Ramírez, Doctor en Derecho

Abstract

Title: Binding effect of the clinton list for the sovereign state of Colombia*

Author: Nelly Samaris Rincón Pérez**

Key words: Binding effect, Clinton list, sovereign State, right, sovereignty, violation, due process, defensorial management.

Description:

This document intends to explain, through a report of a distinctly descriptive – analytical court, how the advisory use of the Clinton list, in regards to placement or hiring of financial or banking services, goes against the principles of legal autonomy, sovereignty, the right to due process and other fundamental rights from policy and the constitutionality of the sovereign Colombian State. All the points set forth throughout the document point at educating the reader about the rights that all the people who belong to the Colombian State have from the essence of the individual, thus promoting the importance of the pursuit of aware and inviolable sovereignty of a sovereign country like Colombia.

Throughout the document there will be topics such as the credit as a public service, the relationship of preference sovereignty, the concept of violation and recognition of sovereignty, the binding effect of the list Clinton for the Colombian State, and the right to honour, equality and all the precepts issued in this regard by the respective courts and the Ombudsman, to finally get to establish a discussion of analytical order that presents possible solutions or proposals from the vision of the author, to solve such a problem from the legal point of view, by taking into account that the issue is addressed beyond a mere description of the situation.

* Degree work

** Law School. School of Law and Political Sciences. Master's Degree in Juridical and Law Hermeneutics. Director: José Orlando Ramírez Ramírez, Doctor of Law

Glosario

Case Law: Son decisiones judiciales proferidas en apelación por los superiores, estas decisiones son de obligatorio cumplimiento para casos análogos. Se conocen como precedentes.

Common Law: También llamado Derecho común o Derecho consuetudinario. Es un sistema jurídico creado en Inglaterra, llamado común porque es de estricta aplicación para todos los que están sujetos a él, de acuerdo a los mismos principios y reglas jurídicas. Se encuentra vigente en gran parte de los países anglosajones.

Connacionales: Personas que pertenecen a la misma nación.

Crédito: Proviene del latín “creditus” que significa creer, y hace referencia a "Confiar Algo", es la operación financiera en la que una persona denominada acreedor, presta una suma de dinero a otra persona denominada deudor quien, se compromete a devolver ese dinero de acuerdo a unas condiciones preestablecidas entre ambas partes.

Departamento del Tesoro de los Estados Unidos: El Departamento del Tesoro es el organismo ejecutivo responsable de promover la prosperidad económica y de garantizar la seguridad financiera de los Estados Unidos. El Departamento es responsable de una amplia gama de actividades, tales como asesorar al Presidente sobre cuestiones económicas y financieras, fomentar el crecimiento económico sostenible y fomentar la mejora de la gestión pública en las instituciones financieras. El Departamento del Tesoro funciona y mantiene sistemas que son cruciales para la infraestructura financiera del país, como lo son la

producción de monedas y dinero, el desembolso de pagos a la población de los Estados Unidos, la recaudación de ingresos y el préstamo de los fondos necesarios para administrar el gobierno federal. El Departamento colabora con otros organismos federales, gobiernos extranjeros e instituciones financieras internacionales para estimular el crecimiento económico mundial, elevar el nivel de vida y, en la medida de lo posible, pronosticar e impedir que sucedan crisis económicas y financieras. El Departamento del Tesoro también desempeña un papel crucial y trascendental en la mejora de la seguridad nacional mediante la aplicación de sanciones económicas contra las amenazas externas a los EE.UU., en la identificación y concentración en las redes de ayuda financiera de las amenazas a la seguridad nacional y en la mejora de las salvaguardias de nuestros sistemas financieros.

Derecho a escoger libremente profesión u oficio: La libertad de la que se habla es el tratamiento del principio fundamental del libre desarrollo de la personalidad, columna vertebral de todo Estado Social de Derecho y límite a la acción del poder público frente a la órbita de la decisión autónoma del individuo, además, esta libertad adquiere especial importancia en la medida en que su ejercicio opera en uno de los campos que más dignifica al ser humano: El Trabajo.

Derecho a la honra: La honra es un derecho fundamental de todas las personas, que se deriva de su propia dignidad, se entiende como la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan. La Honra es un derecho que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la

colectividad por lo tanto demanda la protección del Estado a partir de esa consideración de la dignidad de la persona.

Derecho a la igualdad: Refiere a que todos los ciudadanos están en igualdad de condiciones frente a la ley, lo cual se traduce en igualdad de trato e igualdad de oportunidades para todos. Del respeto al derecho a la igualdad depende la dignidad y la realización de la persona, por eso las normas que otorgan beneficios, imponen cargas u ocasionan perjuicios a las personas en forma injustificada, contrarían el sentido de la justicia y del respeto que toda persona merece.

Derecho al buen nombre: El buen nombre ha sido entendido por la jurisprudencia y por la doctrina como la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas. Este derecho de la personalidad es uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad. El derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona, se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo.

Derecho al debido proceso: Conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

Derechos fundamentales: Son los derechos contenidos en la Constitución, los cuales se consideran como esenciales en el sistema político, especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana, positivizados en un ordenamiento jurídico, concretados espacial y temporalmente en un Estado determinado. Son también inalienables e imprescriptibles y disfrutan de un estatus especial en cuanto a sus garantías dentro del ordenamiento jurídico.

Efectos vinculantes: Procedimiento, documento o decisión que impone una obligación a quien está sujeto para darle cumplimiento.

Estado soberano: Asociación política con soberanía efectiva interna y externa sobre una zona geográfica, el cual no depende ni está sujeto a cualquier otro poder o estado.

IUS Puniendi: La potestad punitiva o ius puniendi es la facultad que corresponde al Estado de imponer penas o medidas de seguridad ante la comisión de delitos. En este concepto hay que destacar dos cuestiones esenciales: la justificación y la fundamentación del ius puniendi y sus límites.

Legal Tender Cases: Fueron una serie de casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos cuyo mayor enfoque fue discutir la constitucionalidad del papel moneda.

Libertad Económica: El derecho fundamental de todo ser humano de controlar su propio trabajo y propiedad. En ese sentido, los individuos son libres de trabajar, producir, consumir e invertir en lo que decidan hacerlo.

Lista Clinton: En Inglés Specially Designated Narcotics Traffickers o SDNT list, es como se le conoce a la lista de empresas y personas vinculadas de tener relaciones con dineros provenientes del narcotráfico en el mundo, la lista es emitida por la Oficina de Control de Bienes Extranjeros “Office of Foreign Assets Control OFAC” del Departamento del Tesoro

de los Estados Unidos y fue creada en octubre del año 1995, por la Orden Ejecutiva 12978 emitido por el presidente Bill Clinton como parte de una serie de normas para tomar medidas en la guerra contra las drogas y el lavado de activos.

Nullum Crimen Nulla Poena Sine Praevia Lege: es una frase en latín, que se traduce como "Ningún delito, ninguna pena sin ley previa", utilizada en Derecho penal para expresar el principio de que, para que una conducta sea calificada como delito, debe estar establecida como tal con anterioridad a la realización de esa conducta.

OFAC: Es la Oficina de Control de Activos Extranjeros del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos administra e impone sanciones económicas y comerciales sobre la base de la política exterior y objetivos de seguridad nacional contra países, destinatarios extranjeros y los regímenes terroristas, narcotraficantes internacionales, quienes se dedican a actividades relacionadas a la proliferación de armas de destrucción masiva y otras amenazas a la seguridad nacional, la política exterior o la economía de los Estados Unidos.

Overruling: Sucede cuando un Tribunal decide en un caso posterior que el fallo o motivación en un caso anterior no fue correctamente aplicado o ya no es apropiado. De esta manera la Corte o el Tribunal está diciendo que ese precedente ya no debe tenerse en cuenta o seguirse. Para que exista un Overruling debe observarse los siguientes requisitos:

- a. Que se cite expresamente el precedente anterior que se va a dejar sin efecto;
- b. Que se razone y motive las consideraciones que justifican el apartamiento del precedente anterior y la necesidad de generar un nuevo precedente constitucional de orden vinculante; y,

c. Que se genere un nuevo precedente vinculante en el fallo corrector.

Personalidad jurídica: La idea fundamental de personalidad jurídica consiste en reconocer que una persona natural o jurídica tiene unos derechos y unas obligaciones. En otras palabras, la personalidad jurídica atribuye la titularidad de deberes y obligaciones en cuanto que el poseedor de los mismos los tiene por el simple hecho de existir y sin que sea necesario su aceptación. Al tener la titularidad de derechos y obligaciones, la persona o entidad ya puede obrar legalmente.

Prospective Overruling: Interpretar una decisión anterior de una manera tal que no tendría un efecto vinculante para las partes del caso original o a los casos resueltos sobre la base de dicha sentencia, sin embargo, el cambio de la ley se aplicaría a los casos futuros.

Soberanía Nacional: La soberanía nacional establece que el poder está en manos del pueblo y que este la ejerce a través del conjunto de órganos de tipo constitucional que son representativos de aquel citado pueblo.

Stare Desicis: Doctrina según la cual, las sentencias dictadas por un tribunal crean precedente judicial y vinculan como jurisprudencia a aquellas que, sobre el mismo objeto, se dicte en el futuro.

Introducción

Para desarrollar el tema objeto de trabajo los EFECTOS VINCULANTES DE LA LISTA CLINTON PARA EL ESTADO SOBERANO DE COLOMBIA se distribuirá en tres capítulos cuyo objeto es plantear los diferentes aspectos jurídicos de la denominada lista Clinton.

El presente análisis, no es un juicio político ni constituye un juicio de valor a las políticas sobre lucha de activos y narcotráfico que desde el ámbito internacional se abordan en foros multilaterales como la las Naciones Unidas, como tampoco cuestionar los esfuerzos individuales de cada Estado por controlar una de las mayores preocupaciones de la sociedad moderna global e interrelacionada con problemas y luchas comunes, el narcotráfico.,

El enfoque que se pretende dar y constituiría el mayor éxito es el de relacionar los modelos jurídicos de cada Estado, la implementación de las normatividad bilateral y regional en cada modelo jurídico, desde una perspectiva de autonomía e incardinación en la estructura jurídica de cada país y en el caso concreto de Colombia.

Dentro de esa aspiración académica se plateara la alternativa de modular sistemas jurídicos con contenidos de normas de derecho internacional público y derecho internacional privado, procurando su aplicabilidad sin el desconocimiento de principios propios de cada Estado de derecho, su soberanía y armonización con el derecho interno.

Para determinar y plantear el tema de trabajo, se tomara solo un aspecto de los muchos que desde lo jurídico puede verse afectado por la correlación de normas provenientes de

sistemas jurídicos y su dificultad en la aplicación al derecho interno, se abordara el sistema financiero.

En un primer capítulo, se denota la concepción de los sistemas jurídicos; para finalmente en las conclusiones darle un enfoque analítico a los temas anteriormente descritos como forma de presentar soluciones o propuestas desde lo jurídico, como aporte para resolver la problemática planteada.

En este capítulo estudiaremos brevemente cuáles son los Sistemas Jurídicos, así mismo expondremos cómo es la política criminal en Colombia, cómo es la política criminal internacional y cuáles han sido los pronunciamientos de la ONU respecto a las políticas criminales internacionales.

Se comprende mejor su correlación si se define como el conjunto de reglas e instituciones de derecho positivo por la que se rige una determinada colectividad que rigen a un determinado ámbito geográfico. Víctor García Toma lo define como el conjunto de principios, reglas y métodos expresados dentro de un ordenamiento jurídico, finalmente John Henry Merryman expresa sobre el sistema jurídico que es el cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas.

En un segundo capítulo, se expondrán los efectos vinculantes que tiene la Lista Clinton en el Estado Soberano de Colombia, de acuerdo a lo estudiado en el primer capítulo para dar paso a un tercer capítulo donde se estudiará la afectación de la consulta de esta para el otorgamiento de servicios financieros y bancarios.

En un tercer capítulo se presenta cómo se influencia la actividad financiera con los derechos fundamentales, cuáles son los servicios prestados por las entidades bancarias,

cuáles son los presupuestos constitucionales que respaldan el derecho de acceder al crédito, se presentara la doctrina constitucional, conceptos de soberanía, se presentara la definición de lista Clinton y su relación con el crédito y poder determinar los efectos vinculantes de la normativa ejecutiva.

En el capítulo se exponen temas específicos y concernientes al tema objeto de intervención. En él se esbozan los temas concernientes al crédito como servicio público y como un prevalecer un derecho constitucional en el Estado que con ejercicio de soberanía preferente del Estado debe garantizar su eficacia. De igual manera se presentan las relaciones del derecho internacional e interno colombiano desde la innovación de la Lista Clinton frente a las imposiciones y sanciones, para abordar los efectos vinculantes que esta trae consigo y el manejo que le da el Estado soberano colombiano.

También, se desarrollaran los Derechos Fundamentales que desde la perspectiva constitucional pueden ser vulnerados al negar los servicios y productos bancarios, entendiendo la función especial de las entidades financieras frente al servicio público de la actividad bancaria.

Este aspecto exige el análisis de la incidencia constitucional de la autonomía de la voluntad privada, manifiesta por una parte en la libertad contractual de los bancos y por otra en los derechos constitucionales de los usuarios del servicio, conllevando derechos como la personalidad jurídica, la igualdad, las libertades económicas y el derecho al buen nombre.

En ese orden se presenta a discrecionalidad de la autonomía privada en materia contractual frente a nuestro estado social de derecho exigen que las actividades económicas particulares se desarrollen dentro del marco de la función social, por ello dicha autonomía goza de

sustento en la constitución como quiera que se deduce de la protección de varios derechos, como el derecho a la personalidad jurídica, la propiedad privada, la libertad de asociación, el derecho a la libre actividad económica y la libertad de empresa.

Desde el ámbito constitucional se muestran los derechos fundamentales afectados por la resolución ejecutiva No. 12978 del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, como derecho a la personalidad jurídica, la honra el buen nombre, la igualdad, la discriminación, el debido proceso y la defensa; ente otros; a su vez los conceptos fundamentales sobre la Lista Clinton y los actos administrativos generales como recursos de lo contencioso administrativo.

En desarrollo del capítulo, se reconoce a la Lista Clinton como una orden ejecutiva emitida por el presidente de los Estados Unidos de América, Bill W. Clinton, el 21 de octubre de 1995, distinguido con el número 12978. Esta orden señala a una serie de personas de todo el mundo como objeto de un bloqueo en el manejo de bienes a su nombre -activos y pasivos, o a nombre de personas que actúan por ellos, además, prohíbe transacciones con presuntos traficantes de narcóticos.¹

Se destaca y cobra validez para el tema tratado ante la ausencia de disposiciones legales que reglamenten la actuación de la Defensoría del Pueblo en la defensa de los derechos de nuestros connacionales en el exterior y siendo ésta una función Constitucional de la Defensoría del Pueblo, correspondió a la Corte Constitucional hacer una interpretación de la norma para definir el alcance de la competencia no solo de la Defensoría del Pueblo, sino también de otras instituciones estatales que deben propender por la defensa de los derechos

¹ Blocking Assets and Prohibiting Transactions with Significant Narcotics Traffickers.

humanos de los colombianos en el exterior, pronunciándose en cuatro oportunidades desde, 1999 a la fecha, en los siguientes términos.

En la análisis de solución desde lo jurídico, hará la presentación temática del derecho al olvido, cuáles son sus antecedentes, cómo ha sido su trato en Colombia, y qué relación tiene el Derecho al Olvido con la Lista Clinton. ¿Es el Derecho al Olvido igual al Habeas Data? Se determina su importancia porque vislumbra la oportunidad jurídica que constitucionalmente se plantea en ordenamientos jurídicos europeos y actualmente el colombiano, para dar respuesta sanciones que no se determina en el tiempo.

Su asunción en Colombia del derecho al olvido no tiene fundamento directamente constitucional, sin embargo se venía tratando a través de la acción de tutela argumentando la manera en la que los hechos afectaban los derechos fundamentales del accionante.

Su relación la determina por participar en ella, las personas que se han visto involucradas en procesos penales, cuyas sentencias son publicadas por los medios oficiales de la administración de justicia, para este caso, las corporaciones están obligadas a indicar otros datos personales de manera que no se vincule a la persona con los hechos, toda vez que se entiende que una vez cumplen la pena, han pagado la sanción que amerita el delito, este como uno de tantos casos en los que la información que circula en la internet puede afectar y violar los derechos.

La presentación temática, culmina con la elaboración de las conclusiones que permiten ser elaboradas luego del transcurrir por el muy conocido efectos de las normas y efectos que genera la mezcla de modelos normativos, sin que medie un tratado que facilite la aplicación de normas conservando y garantizando preceptos constitucionales.

1. Sistemas jurídicos

En este capítulo estudiaremos los sistemas jurídicos por medio de los que se legisla y se aplican las leyes en el mundo, la política criminal de la Organización de las Naciones Unidas como el más alto organismo de Política Internacional, el concepto de Soberanía a la luz del derecho internacional y cuáles son las directrices que se deben tomar en cuenta para que una ley de otro Estado vincule al Estado soberano de Colombia y exija su cumplimiento en el Marco de la lucha mundial contra el Narcotráfico.

1.1 Concepto de los sistemas jurídicos

En palabras de José Humberto Zárte, es el conjunto articulado y coherente de instituciones, métodos, procedimientos y reglas legales que constituyen el derecho positivo en un lugar y tiempo determinados. Según Castan Tobeñas es el conjunto de reglas e instituciones de derecho positivo por la que se rige una determinada colectividad que rigen a un determinado ámbito geográfico. Víctor García Toma lo define como el conjunto de principios, reglas y métodos expresados dentro de un ordenamiento jurídico, finalmente John Henry Merryman expresa sobre el sistema jurídico que es el cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas.

El derecho comparado, con el fin de estudiarlos los reduce en grupos o mejor llamadas familias teniendo en cuenta sus afinidades y elementos más comunes así:

1.1.1 Familia Neoromanista. Esta familia está integrada por los países que fundamentan sus leyes en los fundamentos del derecho romano y de la tradición germánica, se elabora inicialmente y se aplica posteriormente a los problemas que la práctica presenta.

1.1.2 Familia del Common Law o anglosajona. Esta familia la integran los sistemas judiciales que fundamentan su ciencia jurídica en los antecedentes judiciales que provienen de las decisiones emanadas por el poder judicial. Es decir se basan en la jurisprudencia.

1.1.3 Sistemas Religiosos. Sus normas y leyes se basan en un libro que les ha sido revelado. El más relevante de este sistema es el derecho musulmán.

1.1.4 Familia mixta. Existen sistemas jurídicos que no están clasificados en una u otra familia porque sus elementos están presentes en varias clasificaciones.

1.1.5 Familia socialista. Los países que integran este sistema antes hacían parte de la familia Romano Germánica, sin embargo después de la revolución bolchevique de 1917 la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, han elaborado su derecho de acuerdo al socialismo. Los sistemas socialistas integraron una nueva tradición o familia jurídica.

2. El sistema legal colombiano

El sistema jurídico adoptado por Colombia es el Neoromanista, hondaremos más en este tema para dar mayor claridad.

El derecho romano es el conjunto de disposiciones jurídicas que rigieron a la comunidad política romana desde su fundación hasta la muerte del emperador Justiniano. Las características más importantes que se pueden citar sobre el derecho romano son: la separación entre la norma jurídica y religiosa, la presencia de un sistema unitario integral regulador de las manifestaciones sociales, una constante transformación y evolución jurídica, la participación de los juristas que no solo se encargaban de aplicar las normas sino también de su desarrollo.

Las principales fuentes del derecho romano son: la costumbre que es la practica o actividad social reiterada con el paso del tiempo que llega a tomarse como ley; la ley es una norma jurídica dictada por el legislador en la cual se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y el incumplimiento de la ley trae aparejada un sanción; la jurisprudencia que antiguamente era conocida como el orden legal emanado de los conocedores de lo justo los "jurisprudentes" o quienes practicaban el derecho, en tiempos actuales se conoce como la interpretación jurídica que realizan órganos jurisdiccionales competentes con la finalidad de aclarar posibles lagunas de la ley y es posible crearla a través de las reiteradas interpretaciones que hacen los tribunales en sus resoluciones de las normas jurídicas y; la

doctrina son estudios que hacen los jurisconsultos sobre una materia en concreto del derecho y es conocida como Ciencia del Derecho.

También desde roma se habla de un derecho público que se refiere a las cosas del Estado, el derecho privado que habla de las necesidades de los particulares y un derecho civil que tiene como fuentes formales la costumbre, las leyes, los senadoconsultos, los plebiscitos y las constituciones imperiales y era el derecho que tenían los ciudadanos romanos que estaban escritos en leyes. El derecho de las personas: el cual le daba a las personas o sujetos del derecho capacidad para gozar de derechos y obligaciones; El derecho familiar que es una institución rigurosamente jurídica y fundamentalmente social que cambia sus rasgos con el paso del tiempo; derecho de los bienes que tiene como objetivo fijar o ubicar los bienes en el patrimonio de cada individuo y, por otra, determinar los poderes o facultades que el sujeto tiene sobre ellos y; el derecho de las obligaciones a los que están sujetos los ciudadanos romanos.

Todos los países que adaptan estas instituciones a su normatividad, haciendo modificaciones de acuerdo al tiempo, espacio en el que se encuentren adquieren la forma de un sistema neoromanista.

Colombia por su parte, se rige por la Constitución de 1991. Con esta nueva Constitución Política se abrió en Colombia un proceso de participación ciudadana y, más concretamente, un nuevo marco democrático fundamentado en el reconocimiento legal de los derechos fundamentales para todos los colombianos. En tal sentido, la carta constitucional es considerada como una de las más avanzadas del mundo. Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, con autonomía en sus entidades

territoriales, Colombia tiene un sistema político republicano, democrático y representativo en la cual existe una clara división de poderes que son el ejecutivo, el legislativo, judicial.

Poder Ejecutivo: El presidente y el vicepresidente son electos directamente por medio del sufragio universal por mayoría absoluta. En caso de que no se llegue a la mayoría absoluta, está prevista la segunda vuelta electoral tres semanas después de la primera ronda. El Presidente es el Jefe de Estado y de Gobierno. Es elegido por voto popular cada cuatro años. Cuenta con un Vicepresidente que lo acompaña en su mandato. Las principales fuerzas políticas en Colombia son el partido Liberal y el Conservador, los cuales tienen mayoría en el Congreso de la República, donde también se encuentra representado el Polo Democrático Independiente.

Poder Legislativo: El Congreso de la República, integrado por el Senado y la Cámara de Representantes, ejerce el poder legislativo. El Senado está compuesto por 102 senadores, 100 elegidos por circunscripción nacional y 2 elegidos por una circunscripción especial indígena. En tanto, la Cámara de Representantes está formada por 166 representantes elegidos por circunscripción departamental por un período de cuatro años, pudiendo ser reelectos. Los Senadores y los Representantes de la Cámara son elegidos para un período de cuatro años.

Poder Judicial: Existen cuatro altas cortes: la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y el Consejo de Estado. El máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria es la Corte Suprema de Justicia. Actúa como tribunal de casación, juzga al Presidente e investiga y juzga a los miembros del Congreso.

La Corte Constitucional es un tribunal permanente autónomo cuya función es la defensa del orden constitucional. Para ello, hace estudios previos de constitucionalidad acerca de ciertas leyes y falla sobre demandas de inconstitucionalidad.

El Consejo Superior de la Judicatura tiene dos funciones principales: La primera es la jurisdiccional disciplinaria, que se ocupa de la investigación de la conducta de los funcionarios judiciales y de dirimir los conflictos de competencia. La segunda es la administrativa, encargada de atender las necesidades organizativas y de gestión de la rama judicial. El Consejo de Estado es el cuerpo supremo en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. También actúa como órgano consultivo del gobierno en asuntos de la administración.

El sistema judicial colombiano está compuesto por la Corte Suprema de Justicia que es el máximo tribunal de la justicia colombiana, la Fiscalía General de la Nación, la Corte Constitucional el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura.

3. La ONU y política criminal internacional

A través del acta A/RES/S-20/3 fechada del 08 de septiembre de 1998 en el Vigésimo período extraordinario de sesiones, la Asamblea General de la ONU manifestó (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1999):

1. Todos los países se ven afectados por las consecuencias devastadoras del uso indebido y el tráfico ilícito de drogas: perjuicios para la salud; una ola de delincuencia, violencia y corrupción;

la sangría de recursos humanos, naturales y financieros que en otras circunstancias habrían estado al servicio del desarrollo social y económico; la destrucción de personas, familias y comunidades; y la desestabilización de las estructuras políticas, culturales, sociales y económicas.

2. Dado que el uso indebido de drogas afecta a todos los sectores de la sociedad y a los países a todos los niveles de desarrollo, las políticas y programas de reducción de la demanda de drogas deben dirigirse a todos los sectores de la sociedad.

3. La rápida evolución de la situación social y económica, unida al incremento de la disponibilidad de drogas y al creciente fomento de su consumo y una mayor demanda, han contribuido a agudizar el problema del uso indebido de drogas a nivel mundial. La complejidad del problema se ha visto agravada por los cambios en las modalidades del uso indebido, la oferta y la distribución de drogas. Han recrudecido los factores económicos y sociales que hacen a la población, particularmente a los jóvenes, más vulnerable y propensa al consumo de drogas y a conductas arriesgadas vinculadas a las drogas.

4. Los gobiernos han realizado y continúan realizando intensos esfuerzos a todos los niveles para reprimir la producción, el tráfico y la distribución ilícitos de drogas. La forma más eficaz de abordar el problema de la droga radica en la adopción de un enfoque global, equilibrado y coordinado, que abarque el control de la oferta y la reducción de la demanda de modo que se refuercen mutuamente, junto con la aplicación adecuada del principio de la responsabilidad compartida. Se advierte hoy día la necesidad de intensificar nuestros esfuerzos de reducción de la demanda y proporcionar recursos adecuados con ese fin.

5. Los programas para reducir la demanda de drogas deberían formar parte de una estrategia global para reducir la demanda de todas las sustancias que se prestan a un uso indebido. Convendría que esos programas estuvieran integrados entre sí a fin de fomentar la cooperación entre todos los interesados, ofrecieran una amplia variedad de intervenciones apropiadas, promovieran la salud y el bienestar social de las personas, familias y comunidades destinatarias y redujeran las consecuencias adversas que el uso indebido de drogas tiene para la persona y la sociedad en su conjunto. (p.22).

Establecieron además los siguientes compromisos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1999):

a) Nos comprometemos a guiar nuestras acciones por la presente Declaración sobre los principios rectores de la reducción de la demanda de drogas; b) Asumimos el compromiso político, social, sanitario y educativo sostenido de invertir en programas de reducción de la demanda que contribuyan a reducir los problemas de salud pública, mejorar la salud y el bienestar personal, promover la integración social y económica, fortalecer las estructuras familiares y hacer a las comunidades más seguras; c) Acordamos promover, de forma equilibrada, la cooperación internacional e interregional con objeto de controlar la oferta y reducir la demanda; d) Adoptamos las medidas previstas en el párrafo 4 del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, que dispone, entre otras cosas, que las Partes adoptarán medidas adecuadas tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y podrán concretar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales tendientes a eliminar o reducir esa demanda.

Estos principios rectores de los que se hace mención son en el marco del respeto de la soberanía e integridad territorial de los Estados, los derechos humanos, las libertades fundamentales, los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el principio de la responsabilidad compartida: a) Deberá existir un equilibrio entre la reducción de la demanda y la reducción de la oferta, de forma que ambas se refuercen mutuamente, en el marco de una estrategia integrada para resolver el problema de la droga; b) Las políticas de reducción de la demanda deberán: i) Estar orientadas hacia la prevención del uso de drogas y la reducción de las consecuencias negativas de su uso indebido; ii) Prever y fomentar la participación activa y coordinada de los particulares a nivel de la comunidad, tanto en general como en situaciones que entrañan un riesgo especial, por ejemplo, por razones de ubicación

geográfica, circunstancias económicas o la presencia de una población relativamente numerosa de toxicómanos; iii) Tener muy presentes las especificidades tanto culturales como de género; iv) Contribuir al desarrollo y mantenimiento de un entorno favorable.

Ahora bien, en el acta A/RES/S-20/2 fechada del 21 de octubre de 1998 la Asamblea General de la ONU hizo la siguiente declaración: Las drogas destruyen vidas y comunidades, socavan el desarrollo humano sostenible y generan delincuencia. Las drogas afectan a todos los sectores de la sociedad en todos los países; sobre todo, el uso indebido de drogas afecta a la libertad y al desarrollo de los jóvenes, que son el patrimonio máspreciado de la humanidad. Las drogas constituyen una grave amenaza para la salud y el bienestar de todo el género humano, para la independencia de los Estados, la democracia, la estabilidad de las naciones, la estructura de todas las sociedades y la dignidad y la esperanza de millones de personas y sus familias.

De acuerdo a esa declaración realizó las siguientes manifestaciones (Red De Consejos Comunitarios del Pacífico Sur, 1998):

1. Reafirmamos nuestra determinación y empeño inquebrantables en resolver el problema mundial de las drogas mediante estrategias nacionales e internacionales que reduzcan tanto la oferta como la demanda ilícitas de drogas;
2. Reconocemos que la acción contra el problema mundial de las drogas es una responsabilidad común y compartida que exige un planteamiento integral y equilibrado en plena conformidad con los objetivos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y con el derecho internacional, en particular el pleno respeto de la soberanía y la integridad territorial y la no intervención en los asuntos internos de los Estados y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convencidos de que el problema mundial de las drogas ha de abordarse en un

marco multinacional, exhortamos a los Estados que todavía no lo hayan hecho a que se adhieran a los tres instrumentos internacionales sobre la fiscalización internacional de drogas y los cumplan plenamente. Igualmente, reiteramos nuestro empeño en promulgar y hacer cumplir una legislación y unas estrategias nacionales amplias para poner en vigor las disposiciones de esos instrumentos, cerciorándonos, mediante exámenes periódicos, de que las estrategias sean eficaces;

3. Reafirmamos nuestro apoyo a las Naciones Unidas y a sus órganos de fiscalización de drogas, especialmente la Comisión de Estupefacientes, como foro mundial de cooperación internacional contra el problema mundial de la droga, y resolvemos afianzar su funcionamiento y su gestión; 4. Nos comprometemos a velar por que la mujer y el hombre se benefician por igual, y sin ningún tipo de discriminación, de las estrategias para la lucha contra el problema mundial de la droga mediante su participación en todas las etapas de los programas y de la formulación de políticas;

5. Reconocemos con satisfacción los progresos realizados por los Estados, tanto por separado como en colaboración y expresamos nuestra honda preocupación por los nuevos contextos sociales en los que se produce el consumo ilícito, sobre todo de estimulantes de tipo anfetamínico;

6. Acogemos con satisfacción los esfuerzos del gran número de personas que, a distinto título, luchan en diversos campos contra el uso indebido de drogas y, alentados por el comportamiento de la inmensa mayoría de la juventud que no consume drogas ilícitas, decidimos prestar particular atención a la reducción de la demanda, sobre todo apoyando a la juventud y colaborando con ella a través de la enseñanza en la escuela y fuera de la escuela, las actividades de información y otras medidas de prevención;

7. Afirmamos nuestra determinación de proporcionar los recursos necesarios para el tratamiento y la rehabilitación y para facilitar la reinserción social a fin de devolver la dignidad y la esperanza a los niños, jóvenes, mujeres y hombres que han caído en la toxicomanía, y de luchar contra el problema mundial de la droga en todos sus aspectos;

8. Exhortamos al sistema de las Naciones Unidas e invitamos a las instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, a que incluyan en sus programas medidas de lucha contra el problema mundial de las drogas, teniendo en cuenta las prioridades de los Estados;

9. Pedimos que, cuando sea necesario, se establezcan o consoliden mecanismos regionales o subregionales, con la ayuda del Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas y la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, e invitamos a esos mecanismos a que compartan las experiencias y las conclusiones derivadas de la aplicación de estrategias nacionales e informen a la Comisión de Estupefacientes sobre sus actividades;

10. Expresamos profunda preocupación por los vínculos entre la producción y el tráfico ilícitos de drogas y la participación de grupos terroristas, delincuentes y la delincuencia transnacional organizada, y estamos decididos a fortalecer nuestra cooperación para responder a esas amenazas;

11. Manifestamos nuestra alarma por la creciente violencia que se deriva de los vínculos entre la producción y el tráfico ilícitos de armas y drogas y resolvemos aumentar nuestra cooperación para poner freno al tráfico ilícito de armas y alcanzar resultados concretos en esta esfera mediante la aplicación de las medidas pertinentes;

12. Exhortamos a nuestras comunidades, especialmente a las familias, y a sus dirigentes políticos, religiosos, educacionales, culturales, deportivos, empresariales y sindicales, a las organizaciones no gubernamentales y a los medios de comunicación de todo el mundo, a que fomenten activamente una sociedad libre del uso indebido de drogas, en particular poniendo de relieve y facilitando opciones saludables, productivas y gratificantes distintas del consumo de drogas ilícitas, que nunca debe ser aceptado como forma de vida;

13. Decidimos prestar especial atención a las nuevas tendencias en la fabricación, el tráfico y el consumo ilícitos de drogas sintéticas, y pedimos que antes del año 2003 se promulgue legislación y se establezcan o refuercen programas nacionales para poner en vigor el Plan de Acción para combatir la fabricación ilícita, el tráfico y el uso indebido de estimulantes de tipo anfetamínico y sus precursores aprobado en el presente período de sesiones;

14. Decidimos también prestar especial atención a las medidas para la fiscalización de precursores, aprobadas en el presente período de sesiones⁵ y decidimos además fijar el año 2008 como objetivo para los Estados con miras a eliminar o reducir considerablemente la fabricación, la comercialización y el tráfico ilícitos de sustancias sicotrópicas, comprendidas las drogas sintéticas y la desviación de precursores;

15. Nos comprometemos a realizar especiales esfuerzos para combatir el blanqueo de dinero vinculado al tráfico de drogas y, en ese contexto, subrayamos la importancia que reviste fortalecer la cooperación internacional, regional y subregional, y recomendamos a los Estados que todavía no lo hayan hecho que antes del año 2003 promulguen legislación y establezcan programas nacionales contra el blanqueo de dinero de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, así como que pongan en práctica las medidas para la lucha contra el blanqueo de dinero aprobadas en el presente período de sesiones;

16. Nos comprometemos también a fomentar la cooperación multilateral, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales y las encargadas de hacer cumplir la ley para hacer frente a la delincuencia organizada que comete delitos relacionados con las drogas y realiza otras actividades delictivas conexas, de conformidad con las medidas para promover la cooperación judicial aprobada en el presente período de sesiones⁷, y alentamos a los Estados a que, para el año 2003, examinen la aplicación de las medidas y, cuando proceda, la hagan más estricta;

17. Reconocemos que la reducción de la demanda es un pilar indispensable del enfoque global para luchar contra el problema mundial de la droga, nos comprometemos a incorporar en nuestros programas y estrategias nacionales las disposiciones que se enumeran en la Declaración sobre los principios rectores de la reducción de la demanda de drogas, a colaborar estrechamente con el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas para desarrollar estrategias orientadas a la acción con objeto de coadyuvar en la aplicación de la Declaración, y a fijar el año 2003 como objetivo para el establecimiento de nuevos o mejores programas y estrategias de reducción de la demanda de drogas formulados en estrecha colaboración con las autoridades sanitarias, las de bienestar social y las encargadas de hacer cumplir la ley, y nos

comprometemos también a lograr resultados importantes y mensurables en cuanto a la reducción de la demanda para el año 2008;

18. Reafirmamos la necesidad de adoptar un enfoque global respecto de la eliminación de los cultivos ilícitos para la producción de drogas de conformidad con lo dispuesto en el Plan de Acción sobre cooperación internacional para la erradicación de los cultivos ilícitos para la producción de drogas y el desarrollo alternativo aprobado en el presente período de sesiones, subrayamos la importancia especial que reviste la cooperación en el desarrollo alternativo, comprendida una mayor integración de los sectores más vulnerables que participan en el mercado de drogas ilícitas en actividades económicas legales y viables; insistimos en la necesidad de programas de erradicación y de medidas de represión para combatir el cultivo, la producción, la fabricación y el tráfico ilícitos, prestando especial atención a la protección del medio ambiente; y a este respecto, apoyamos firmemente la labor del Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas en materia de desarrollo alternativo;

19. Acogemos con satisfacción el enfoque global adoptado por el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas para la erradicación de los cultivos ilícitos y nos comprometemos a colaborar estrechamente con el Programa en la formulación de estrategias con miras a eliminar o reducir considerablemente el cultivo ilícito del arbusto de coca, la planta de cannabis y la adormidera para el año 2008. Afirmamos nuestra determinación de movilizar apoyo internacional para lograr esos objetivos;

20. Exhortamos a todos los Estados a que tengan en cuenta los resultados del presente período de sesiones al formular estrategias y programas nacionales, y a que informen cada dos años a la Comisión de Estupefacientes sobre sus esfuerzos por cumplir las metas y objetivos para los años 2003 y 2008 mencionados anteriormente, y pedimos a la Comisión que analice esos informes con objeto de intensificar la cooperación en la lucha contra el problema mundial de la droga” (p.12).

En atención a las exhortaciones de la Asamblea General de la ONU y los compromisos adquiridos por los estados miembros, cada uno debe desarrollar normas y herramientas que permitan la identificación de conductas que conlleven hacia la comisión de delitos vinculados

con el narcotráfico. Esta es una lucha internacional en la que los Estados miembros de la ONU trabajan conjuntamente con el fin de mitigar el impacto del mundo del narcotráfico que afecta todas las esferas de la sociedad y a cada País ya sea por cultivo, distribución y consumo.

Por otra parte, Gehrard Werle distingue entre dos tipos de convenciones y tratados internacionales unos llamados crímenes de derecho internacional que son penalizados directamente por el Derecho internacional y por organismos internacionales como los de lesa humanidad y los crímenes de trascendencia internacional, sobre los que los organismos internacionales sólo pueden imponer obligaciones de implementación de la penalización de determinadas conductas conforme al derecho interno de cada Estado miembro.

4. Concepto de soberanía a la luz del derecho internacional

Según dispone el artículo 9 de la Constitución, las relaciones exteriores de Colombia encuentran uno de sus fundamentos en el principio de la soberanía nacional, el cual fue consagrado por la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2.1) como uno de los cimientos esenciales del orden interestatal. Los estudiosos del tema citan, con gran frecuencia, la definición que de tal principio se hizo en el laudo arbitral del caso de la Isla de Palmas, en el cual se dijo que “Soberanía”, en las relaciones internacionales, significa “Independencia”, y

que como tal, consiste en la facultad de ejercer, dentro de un determinado territorio y sobre sus habitantes, las “funciones de un estado”.

Ahora bien, tal y como lo precisó la Corte Internacional de Justicia en el caso del Estrecho de Corfú, este principio confiere derechos a los Estados, pero también les impone claras y precisas obligaciones internacionales, entre las cuales sobresale la de respetar la soberanía de las demás Naciones, en toda su dimensión. Esta correspondencia elemental entre derechos y obligaciones, encuentra eco en los artículos 9 y 226 de la Carta Política, en Virtud de los cuales las relaciones exteriores del Estado Colombiano deben estar permeadas por los principios de reciprocidad y equidad, entre otros.

De allí que, en criterio de los doctrinantes de mayor importancia, el concepto de soberanía haya perdido su carácter absoluto y excluyente, para someterse a la regulación de la comunidad internacional. Esta posición fue acogida por la Corte, define (Corte Constitucional de Colombia., 2000):

...Entre las normas que el derecho internacional ha trazado para delimitar el alcance de la soberanía, se encuentran ciertas prohibiciones elementales, como aquella que proscribe el uso de la fuerza, o la que ordena a los Estados abstenerse de intervenir en los asuntos internos de otras Naciones –norma que, a su vez, les impone el respeto recíproco de sus actos soberanos. Pero además de estos principios básicos constituyen límites al ejercicio de las potestades estatales todas aquellas obligaciones que, al emanar de normas internacionales, vinculan a Colombia. En consecuencia, no es posible hacer uso de este concepto para justificar posturas que, a la larga, resulten lesivas de los derechos de otras naciones, violatorias de su integridad soberana, o irrespetuosas de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado... (p.10).

Así pues, resulta claro, que es solo la propia voluntad Estatal, recogida en instrumentos internacionales válidos, junto con ciertos principios del derecho natural que se encuentran en la base de las relaciones internacionales (la prohibición del uso de la fuerza etc.), la única fuente de obligaciones para los Estados Soberanos respecto de otros Estados.

5. Congruencia entre el derecho internacional y el derecho interno colombiano

Tal como se estableció en la sentencia C-400 de 1998 (Corte Constitucional de Colombia, 1998):

La primacía moderada de las normas internacionales en el orden interno, no trae como consecuencia que las disposiciones nacionales con las cuales éstas entren en conflicto pierdan, por ese motivo, su validez; lo que sucede es que, en cada caso concreto, la aplicación de la ley nacional deberá ceder frente a la de la norma de mayor jerarquía. (p.11).

En este orden de ideas, no es jurídicamente viable afirmar que, por oponerse a una disposición internacional, una ley interna deba ser excluida del ordenamiento nacional, mucho menos cuando de esa incongruencia se pretende derivar un juicio de inconstitucionalidad de las disposiciones legales, requiere una confrontación directa de las normas en cuestión con el texto de la Carta política, y no con ningún otro.

En todo caso, es claro que por virtud de la prevalencia moderada del derecho internacional y en aplicación del principio de interpretación conforme, las normas internas se deben leer

de manera tal que su sentido armonice al máximo, no sólo con los preceptos del Estatuto Superior sino también con las obligaciones internacionales que asisten a Colombia.

Pero la decisión va más allá porque precisa con claridad cuáles son las normas de ese ordenamiento jurídico internacional que obligan expresamente a Colombia y cómo se da su aplicación: importantes restricciones una de carácter material que se refiere a la naturaleza de los delitos respecto de los cuales se puede ejercer y otro de orden jurídico que consiste en el hecho de que tal jurisdicción solo se puede reclamar cuando la misma “consta expresamente en un tratado”.

Significa lo anterior que, en aquellos eventos en los cuales, no exista tratado específico aplicable al caso concreto. Resulta obligatorio emplear el principio general de la territorialidad en su fase subjetiva. Esto quiere decir, en palabras más simples, que en el caso de la aplicación de una determinada sanción o medida restrictiva de cualquiera de los derechos fundamentales de una persona que se encuentra bajo la jurisdicción de un estado, por parte de otro, como es el caso examinado, las autoridades colombianas, sometidas como se encuentran al imperio del orden jurídico nacional e internacional, deben establecer antes de cualquiera otra consideración, cuales son los principios y normas del derecho internacional e interno que deban aplicarse.

6. La orden ejecutiva N° 12978 del departamento del tesoro de los Estados Unidos

“Lista Clinton”²

Se reconoce a la Lista Clinton como una orden ejecutiva emitida por el presidente de los Estados Unidos de América, Bill W. Clinton, el 21 de octubre de 1995, distinguido con el número 12978. Esta orden señala a una serie de personas de todo el mundo como objeto de un bloqueo en el manejo de bienes a su nombre -activos y pasivos-, o a nombre de personas que actúan por ellos, además, prohíbe transacciones con presuntos traficantes de narcóticos.³

La Orden Ejecutiva número 12978, en la que aparecen más de 500 personas de origen colombiano que con el transcurrir del tiempo se han visto discriminados, especialmente por el sector financiero; es un acto administrativo que busca como efecto jurídico sacar del comercio toda propiedad, rendimiento o intereses de los bienes de las personas que aparecen relacionadas específicamente en esta Orden como presuntos narcotraficantes o de otras personas que actúen a nombre de éstos como "testaferros".

Mediante este acto, el Gobierno norteamericano, prohíbe enfática y explícitamente cualquier transacción o negocio que se realice con estas personas por parte de cualquier persona o empresa norteamericana, fuera o dentro de los Estados Unidos.

² Documento de apoyo para la intervención del Defensor del Pueblo en Audiencia Defensorial, en que sesionó la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Representantes, sobre la Orden Ejecutiva Número 12978 o "Lista Clinton", el 21 de octubre de 2004.

³ Blocking Assets and Prohibiting Transactions with Significant Narcotics Traffickers.

Así también, advierte que quien realice cualquier operación o transacción comercial que pretenda evadir o evitar o atentar o violar las prohibiciones contenidas en la Orden, serán sancionadas.

7. La lista Clinton y el principio de legalidad

No cabe duda que de la simple lectura de la Orden Ejecutiva N° 12978 del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, se desprende de inmediato, que se trata de una acción estatal de carácter punitivo, como quiera que reúne todas las características de lo que se entiende por una pena estatal.

En primera instancia, la orden ejecutiva tiene como fundamento, la presunta ocurrencia de un ilícito; teniendo en cuenta que en ella se incluyen personas que supuestamente se dedican a actividades de Narcotráfico; La inclusión en esa lista tiene una consecuencia directa consistente en la privación del ejercicio de derechos constitucionales. Como la Orden Ejecutiva comporta la pérdida o restricción de derechos fundamentales, es en estricto sentido una pena por haber sido impuesta por una autoridad competente dentro del ejercicio de sus funciones.

Desde este punto de vista y atendiendo al principio de soberanía preferente ya explicado, los Estados Unidos de América, pueden hacer efectiva la orden ejecutiva N° 12978 del Departamento del Tesoro, dentro de los Estados Unidos y aún fuera de él en los casos en los

que exista un acuerdo, o tratado vigente que permita aplicarla. Sin embargo ello no ocurre en el caso colombiano y por lo tanto esa orden ejecutiva no es aplicable dentro de nuestro territorio nacional a ciudadanos colombianos.

Ahora bien, en materia de aplicación de penas extranjeras, la ley es clara y establece los requisitos necesarios para que tengan validez en Colombia. No tendrán el valor de cosa juzgada ante la ley colombiana las sentencias en los Artículos 14 y 15, numeral 2°. La pena o parte de ella que el reo hubiere cumplido en virtud de tales sentencias se descontará de la que se impusiere de acuerdo con la ley colombiana, si ambas son de igual naturaleza y si no, se harán las conversiones pertinentes.

En cualquier otro caso, la sentencia absolutoria o condenatoria pronunciada en el extranjero tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales.

De lo anterior se infiere que las penas impuestas por una autoridad extranjera solo tendrán valor en Colombia, en la medida en que se dicten mediante una sentencia judicial, esto es que sea una autoridad judicial la que las imponga, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley del respectivo país y siempre y cuando que se reúnan los requisitos establecidos por la ley colombiana. Así las cosas, dados los efectos que produce la inclusión de una persona en la orden ejecutiva N° 12978 no cabe duda que se trata de una pena, en cuanto comporta una sanción en sí misma. Pero la orden ejecutiva N° 12978 no puede aplicarse en Colombia precisamente por eso, por ser un acto del ejecutivo y no una sentencia judicial, por lo tanto no reúne el primero y básico requisito establecido por la ley (art. 16 ya citado), cual es que se trate de una sentencia.

En Colombia, en materia penal impera el principio de legalidad “*nullun crime nulla pena sine lege*”, Es decir que no es posible entre nosotros la aplicación de una pena criminal, esto es aquella que restringe de manera grave un derecho fundamental, sin que antes no exista una definición legal tanto del delito que le sirve de base como de la definición de la misma por la ley. Es decir que en Colombia nadie puede sufrir una pena que no esté previamente definida, pues no podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecidos.

En Colombia solo las autoridades judiciales y en casos excepcionales las administrativas, pueden imponer penas válidamente. Para ello se requiere que las mismas tengan jurisdicción y competencia. Los requisitos para tener jurisdicción y competencia los establece restrictivamente la ley, para las autoridades colombianas.

Así las cosas, esta orden no es de obligatorio cumplimiento en Colombia como si se tratase de un convenio, un tratado internacional o una sentencia debidamente ejecutoriada, no es más que una herramienta desarrollada por el País del Norte para batallar en contra del negocio de las drogas que establece límites comerciales que impidan que se fragüen planes ilícitos relacionados con sus naturales o con sus aliados comerciales.

8. Del uso consultivo de la lista Clinton por parte de entidades financieras o bancarias.

En este capítulo esbozaremos la afectación a los ciudadanos por el uso consultivo de la Lista Clinton en el contexto financiero para la colocación de productos Bancarios, siendo este acto administrativo como ya se ha dicho un acto que no genera ningún efecto vinculante en Colombia y cuyo uso viola la soberanía, la ley y algunos de los derechos fundamentales de los Colombianos los que serán desarrollados a lo largo del capítulo.

Acerca del uso consultivo de la Lista Clinton en Colombia no se ha investigado mucho, un par de tesis de grado son el único referente que se tiene sobre este tema, en el que se establece que es necesario para la empresas usar como medio de control la Lista Clinton como un parámetro en la aceptación de clientes y contratistas, esto con el fin de no verse vinculados con conductas delictivas relacionadas con el Narcotráfico, sin embargo es importante destacar que pese a que si bien es cierto esto puede ayudar a las empresas, afecta en gran manera a los ciudadanos cuando han sido relacionados en dicho acto sin ser culpables de las conductas que les imputan, lo anterior toda vez que en la mayoría de los casos solo se les sindicaba, son enlistados sin haber atravesado por una investigación penal que como resultado indique que son culpables de los hechos por los que se les sanciona públicamente afectando derechos personalísimos que se estudiarán más adelante.

La Corte Constitucional, en la misma sentencia SU- 157 de 1999 que es base de excepción de las Entidades Bancarias para justificar que no aceptan prestar los servicios bancarios a las personas incluidas en la Lista Clinton dispone (Corte Constitucional de Colombia, 1999):

Advertir a las entidades financieras colombianas que la Orden Ejecutiva 12978 expedida por el presidente de Estados Unidos de América Bill Clinton, no tiene efectos vinculantes en el Estado Colombiano, razón por la cual no es norma que deba aplicarse coercitivamente en nuestro País.

Por esta razón, expondremos que el uso consultivo de la Lista Clinton para la colocación o contratación de servicios financieros y/o bancarios va en contravía de los principios de autonomía legal, la soberanía y el derecho al debido proceso y otros derechos fundamentales. Lo anterior, toda vez que los dineros que maneja y coloca el sistema financiero no le pertenecen a las entidades que los administran, por no corresponderle a los accionistas, este dinero está constituido por el caudal público de ahorro cuyo único titular es el Estado para destinarlo al servicio de los colombianos.

Así las cosas, el bloqueo comercial al negarle un servicio o producto bancario a un Ciudadano incluido actualmente en la Lista Clinton o quien en algún momento lo fue, es una sanción accesoria y su aplicación significa ejercer la potestad punitiva del Estado que sólo le corresponde a los Jueces de la Nación.

Razón por la que es necesario investigar los mecanismos de defensa con los que cuentan los Colombianos contra la Lista Clinton, llegado el caso de no poder realizar su defensa como es el caso de la mayoría de los Colombianos vinculados a esta Lista, es importante hondar en el trabajo que se ha venido realizando la Defensoría del Pueblo en este aspecto y los avances en cuanto a la defensa de los intereses de los Colombianos.

8.1 El servicio público de crédito e inclusión financiera en Colombia

La Actividad Financiera se desarrolla a través de la captación, manejo, aprovechamiento e inversión de fondos provenientes del ahorro del público, así como el ofrecimiento de otros servicios auxiliares del crédito. Por su importancia frente a planteamientos posteriores, resulta importante destacar que las operaciones de crédito a su vez, se dividen en (Bernal Salazar, sf):

- ✓ Operaciones Activas, consistentes en las colocaciones que realizan los establecimientos crediticios de los recursos obtenidos a través de operaciones pasivas o sus propios recursos.
- ✓ Operaciones Pasivas, aquellas mediante las cuales, los establecimientos crediticios reciben recursos y disponibilidades de sus clientes o de otras entidades crediticias (Unidades superavitarias) para aplicarlas y manejarlas de acuerdo con sus propios fines y;
- ✓ Operaciones de Servicios o neutras que no implican captación o colocación de servicios.

Así mismo, es importante diferenciar los servicios prestados por las Entidades Bancarias porque resulta de especial importancia basar dichos fundamentos en lo que concierne al depósito y manejo en cuenta corriente de los recursos del depositante; y otra bien distinta, el crédito que una persona previamente ha obtenido en modalidad de Contrato de Apertura de Crédito y acreditado un nombre comercial. Dicho de otra forma, una cosa es llevar dinero al

banco para consignarlo en cuenta corriente y otra bien distinta, disponer de un cupo de crédito previamente otorgado y ganado por un usuario con tradición de muchos años, generalmente con seriedad y cumplimiento. Los analistas financieros establecen que la mejor referencia comercial es una tarjeta de crédito o el escalafón de cuotas de un crédito personal que el cliente va pagando mes a mes dentro de la fecha que la Entidad Bancaria le señale.

Por tanto, el crédito debe analizarse entonces desde diferentes ángulos; por un lado para el Estado Colombiano, un servicio que se obliga a prestar a todas las personas en condiciones democráticas; para las entidades financieras una actividad mercantil que les produce utilidades: un negocio y; para los titulares del crédito, es decir para quienes se lo han ganado: un bien, el cual el Estado debe garantizar.

En este punto nace el conflicto de intereses que debe ser objeto de examen constitucional, dada la desproporción y situación desigual porque para las Entidades Bancarias es un cliente más al que puede sancionar con el bloqueo económico; pero para las personas incluidas en la Lista Clinton algunos con su crédito ganado a punta de buen nombre constituye la única fuente de acceso al sistema crediticio, como quiera que ha sido la Entidad Bancaria en la que se ha acreditado un nombre la misma que exige a las personas que están en la Lista Clinton, o bien el pago inmediato de sus acreencias o en mejor de los casos no permitir aperturar siquiera una cuenta de ahorros.

Es decir, que el enfoque comercial para una Entidad Bancaria debe mantener las relaciones comerciales con un cliente. Incluso en la Lista Clinton se lesionan las garantías de las dos partes, inclusive las del Banco por cuanto la relación Usuario – Entidad Financiera, no solo está fundada simplemente en la voluntad contractual, sino en la garantía constitucional del

cliente para acceder a la actividad económica, siempre y cuando el cliente, cumpla con sus obligaciones recíprocas, incluida la de informarle al Banco, en caso de duda, sus actividades personales y la procedencia de sus ingresos.

Los presupuestos constitucionales que respaldan el derecho de acceder al crédito como instrumento de participación en la actividad económica, fueron consignados en la nueva Constitución de 1991 en los siguientes artículos (República de Colombia. Constitución Política de Colombia, 1991, sf):

Art. 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la Ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (p.83).

Art. 334. La dirección de la economía está a cargo del estado, quien intervendrá por mandato legal a fin de lograr mejorar la calidad de vida y la distribución equitativa. (p.84).

El crédito así entendido, tiene una doble significación al momento de definirlo y valorarlo:

El Crédito como negocio, consistente en la acción que desarrollan las entidades financieras cuando colocan recursos propios o captados del público;

El Crédito como Servicio Público, prestado por el Estado a través de las entidades financieras autorizadas por concesión y;

El Crédito como bien personal, consistente en el derecho que faculta a las personas para acceder a la adquisición de bienes y servicios de forma que se garantice su participación en la actividad económica como principio constitucional.

De acuerdo con la libertad contractual aplicable a los contratos bancarios, como a cualquiera otro, es aceptable que las Entidades Financieras tengan libertad en el otorgamiento de créditos; pero una vez otorgado y estando obligado a tener a disposición del usuario los cupos de crédito asignados y contando, con los recursos para hacerlo y el correcto cumplimiento de éste en el pago de sus obligaciones recíprocas, no resulta que recibo, frente a las normas invocadas, que las Entidades Bancarias bloquee en forma atípica el derecho del usuario mediante la imposición de una sanción impuesta, con fundamento en una calificación que resulta abusiva, por lo falsa y afrentosa.

Otra de las razones de apoyo son los dineros que maneja y coloca el sistema financiero, pues no les pertenecen a las entidades que los administran, por no corresponderle a sus accionistas, sino porque no constituyen el caudal público del ahorro, cuyo único titular es el Estado, para destinarlo al servicio de los ciudadanos en igualdad de condiciones y sin discriminación aparente. De ahí que la libertad de las Entidades Financieras, deba someterse a postulados de orden público por tratarse del manejo de recurso reservado a la soberanía del Estado. Dicho en otras palabras, los dineros que manejan los Bancos les pertenecen a sus clientes, por ello, constituyen un pasivo, pero el ahorro como sistema, es del Estado Colombiano quien concede a aquellas, su aprovechamiento condicionado. Por esta razón los bancos no pueden decir: “*yo hago con mi plata lo que quiero*”, porque sencillamente el dinero que prestan es del público y el titular del sistema es del Estado Colombiano.

En este sentido, el problema a resolver es que, en sí, no constituyen simplemente la terminación de un contrato bancario cuando las Entidades Bancarias son avisadas que algún cliente ha sido incluido en la Lista Clinton o cuando una persona que injustamente ha sido incluido en la Lista Clinton se acerca a su puerta a aperturar una cuenta de ahorros o corriente; sino de manera directa, la discriminación del usuario para que no pueda tener acceso al crédito bancario. De eso se trata: de bloquearlo.

Además, el ejercicio privado por parte de las Entidades Financieras, siendo de carácter esencialmente público, es el reflejo de la confianza en la guarda y tutela del ahorro que les otorga el Estado Colombiano por medio de su soberanía monetaria, estableciendo instrumentos de regulación indispensables para hacer efectiva la intervención pública sobre el mercado del ahorro y del crédito, claro está, todo enmarcado bajo las fronteras de la Constitución que subraya la responsabilidad del Estado respecto del desenvolvimiento y la estabilidad de los sistemas financieros; es por ello que la labor para una comunidad económicamente organizada es que deba responder al sistema de mercado, al interés público de la actividad, a la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, patrones con los cuales se califica la actividad financiera y bancaria como de servicio público; al respecto manifiesta la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, 1992): en su sentencia T-443 de 1992 con ponencia del Honorable Magistrado José Gregorio Hernández Galindo:

La actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, atendiendo a su propia naturaleza, reviste interés general y por lo tanto, no escapa al

postulado constitucional que declara su prelación sobre intereses particulares, lo cual se concreta en el carácter de servicio público. (p.12).

A raíz de las decisiones del sistema financiero en contra de ciudadanos colombianos derivadas de la inclusión en la llamada Lista Clinton del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, se han iniciado hace unos 15 años atrás acciones judiciales, entre ellas la impetración de acciones de tutela para amparar derechos fundamentales. Es así como la Honorable Corte Constitucional al respecto y a través de las sentencias SU 57, SU 166 y SU 167 de 1999 ha realizado pronunciamientos en los cuales tutela los derechos fundamentales de los lesionados por su inclusión en la lista Clinton y hace una serie de precisiones entre las que cabe destacar las siguientes (Corte Constitucional de Colombia, 1999):

...a través de la relación contractual bancaria también es factible predicar el derecho a participar en la economía de mercado en igualdad de condiciones y el derecho a la iniciativa privada, los cuales también gozan de garantía superior (C.P. art. 13, 333 y 334). De igual manera, es indudable que el crédito y el depósito especializado del dinero constituyen instrumentos indispensables para ejercer el derecho fundamental a asociarse para constituir empresas y para concretar las libertades económicas, propias de la economía de mercado. (p.6).

Finalmente en la Sentencia Constitucional tantas veces citada se resuelve entre otras cosas (Corte Constitucional de Colombia, 1999, pág. 8):

ORDENAR al Defensor del Pueblo, para que en un término de cuarenta y ocho (48,) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, inicie las gestiones necesarias para presentar las acciones pertinentes ante las autoridades judiciales o administrativas competentes de los Estados Unidos de América, destinadas a proteger los derechos de los accionantes, sin que

ellos deban hacer erogación por ese aspecto... y sexto. Comunicar la presente sentencia a la Superintendencia Bancaria, al Ministerio de Relaciones Exteriores a la Asociación Bancaria, Colombia, al Ministerio de Comunicaciones,, a las entidades financieras accionadas, esto es, los Bancos de Bogotá, Popular (seccional Martillo), Caja Social, Industrial Colombiano, Andino, COOPDESARROLLO y SANTANDER; y a las corporaciones de ahorro y vivienda DAVIVIENDA y las cadenas radiales RCN, CARACOL Y TODELAR; la revista DINERO, a la Bolsa de Occidente, a la Asociación Nacional de Industriales ANDL al defensor del Pueblo y al Ministerio de Relaciones Exteriores. (p.8).

Así, el Doctor Jair Antonio Vargas Camargo, en ejercicio de sendos derechos de petición a la Defensoría del Pueblo, la Asociación Bancaria y la Superintendencia Bancaria, indaga sobre las medidas que dichas entidades han adoptado para dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia SU-157 de 1999. Las correspondientes entidades dieron respuesta a la solicitud haciendo algunas precisiones, que, en últimas no se traducen, ninguna de ellas en una efectiva protección de los derechos fundamentales de los amparados, tal como lo ordena la H. Corte Constitucional.

9. Derechos constitucionales vulnerados bajo la figura del bloqueo comercial

La decisión de las entidades financieras consiste en aplicar la sanción de Bloqueo Comercial, tomando como base de aplicación objetiva su inclusión en la Lista Clinton, vulneran varios principios constitucionales, algunos de ellos clasificados como fundamentales.

Los principios constitucionales como el de la Soberanía Nacional, La reserva de la potestad punitiva (Constitución Nacional artículos 1°, 3°, 11, 101, 102) y la Libertad Económica (Constitución Nacional artículos 150 y 333); La personalidad jurídica (Constitución Nacional artículos 6, 13, 14), La igualdad (Constitución Nacional artículos 4, 13), el derecho al buen nombre (Constitución Nacional artículos 2, 15) el derecho a la honra (Constitución Nacional artículo 21), la libertad de profesión u oficio (Constitución Nacional artículos 2, 26), el derecho al debido proceso (Constitución Nacional artículo 29).

9.1 Concepto de violación y reconocimiento de la soberanía punitiva del estado

Frente al punto de vista de la autonomía legal y la soberanía, la cual radica exclusivamente en el pueblo, la sanción de bloqueo comercial impuesta por las Entidades Financieras no es otra cosa que ejercer la Potestad Punitiva del Estado, como lo define la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, Abril 8 dc 1997):

...La imposición de una pena o sanción, y el BLOQUEO COMERCIAL es la más dañina y perversa, porque produce señalamiento, discriminación y restricción a un derecho público, constituyen a no dudarlo una ATRIBUCIÓN PUNITIVA, como quiera que, dictada en forma unilateral y autoritaria, produce para quien la padece una especie de disminución de su capacidad, sin mínima defensa... (p.4).

El simple hecho de que alguien, con capacidad, poder y autonomía se abrogue el derecho a decidir quien se va y quien da, hablando de usuarios de un servicio público, y sin que su fallo se enmarque dentro de criterios de igualdad comercial o como consecuencia de la

aplicación acordada de sanciones pactadas, implica a no dudarlo ejercicio de la atribución punitiva, quedando inmerso, quien la impone, en el campo de la responsabilidad sancionatoria.

Igualmente, la capacidad punitiva y la distancia existente entre el operador del servicio y el usuario, en el ámbito de poder, se materializa además, en que la puede sancionar al usuario por sí mismo, basado en sus causas, supuestamente subjetivas; en tanto que, el usuario para poder defenderse de la agresión, debe acudir al Juez o simplemente aceptar su incapacidad civil y el calificativo de narcotraficante significativo utilizado como excusa.

Por tanto, la imposición de castigos, restricciones y penas desde los albores de la civilización se ha reservado a quienes ostentan poder, pues dentro del desenvolvimiento de las relaciones interpersonales, comerciales o de consumo, se establecen distancias entre quien presta el servicio público y el usuario. En esencia, quien restringe a otro o le impone pena o sanción, consistente en un bloque que le impida acceder a un servicio público de rango constitucional, debe cumplir con ciertos presupuestos a saber: Preexistencia de la pena, demostración de la causa invocada, proceso justo con ejercicio del derecho de defensa y aplicación gradual de la sanción frente a la adecuación típica causal.

Sin abarcar de forma total todos estos campos, es de recalcar, que el poder que Estado tiene, tiene entre otras características, la de ser soberano; atributo que se manifiesta de dos maneras: una interna, en cuanto se ejerce dentro del ámbito del Estado, y otra externa, en cuanto que el estado está colocado en pie de igualdad jurídica frente a los demás que conforman la comunidad internacional, adquiriendo derechos frente a esa comunidad. Por enunciar algunos, el de suscribir tratados, hacerse representar diplomáticamente, etc.; de esta

forma el reconocimiento a un Estado declara que dicha entidad política será tratada como un sujeto de derecho internacional, investido de plena capacidad jurídica.

Es así como la jurisprudencia constitucional, enuncia dentro de los principios del derecho Internacional contemporáneo, el respeto a la soberanía y con él, el sometimiento al principio de la competencia territorial se los Estados (Mesa Naranjo, 1995):

Lo expresado en la Resolución 2625 adoptada por la asamblea General de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1970, según el cual se recuerda que ningún Estado o grupo de Estados tienen derecho a intervenir directa o indirectamente, sea cual fuera el motivo, el principio de competencia territorial de los Estados determina que las personas que habitan en el territorio de un Estado, las cosas que en él se encuentren y los hechos que en él ocurren, se rigen por las leyes propias de su organización. (p.34).

De esta forma en un territorio determinado no se ejerce más que una sola competencia estatal, especialmente sancionatoria, penal y restrictiva: por lo tanto, su soberanía jurídica se encuentra limitada expresamente a ese territorio, y no queda de ninguna forma librado a la voluntad de los particulares, como principio en el cual se funda la existencia del ordenamiento jurídico; ahora bien, dentro de las relaciones internacionales entre Estados Soberanos es corriente la celebración de convenios, tratados, etc., como para el caso el acuerdo que se firmó entre los Estados Unidos de América y nuestra Patria Soberana Colombia, “*Acuerdo de cooperación mutua entre los dos gobiernos para combatir, prevenir y controlar el lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas*”, suscrito el 27 de febrero de 1992, en el cual los intervinientes convienen que cada país obligue a las entidades financieras a reportar transacciones monetarias cuyo monto fije la autoridad respectiva, como

realmente sucedió por parte de nuestro Estado Colombiano quien a través de la legislación, ha creado medidas suficientes para que la superintendencia Bancaria, aunada a un sistema organizacional, desarrolle esa tarea (Corte Constitucional de Colombia, 1999).

En materia de relaciones internacionales existe un conjunto de principios orientadores, siendo el principal de ellos, el de Soberanía Nacional. El principio de soberanía es la encarnación jurídica de lo político con profunda raigambre en la comunidad internacional, a saber el de la *“libre autodeterminación de los pueblos”*, principio este que se encuentra consagrado en prácticamente todos los ordenamientos constitucionales del mundo, y que ha sido pilar fundamental de las relaciones internacionales.

La constitución lo consagra como una de las brújulas que orientan nuestras relaciones internacionales en su artículo 9° de la Constitución Nacional, las relaciones exteriores de Colombia encuentra uno de sus fundamentos en el principio de soberanía nacional, el cual fue consagrado por la Carta de la Naciones Unidas (Artículo 2.1) como uno de los cimientos esenciales del orden interestatal. Los estudiosos del tema citan con frecuencia, la definición que tal principio se hizo en laudo arbitral del caso de Isla de Palmas, en el cual se dijo que “Soberanía” en las relaciones internacionales significa “independencia” y que como tal consiste en la facultad de ejercer, dentro de un determinado territorio y sobre sus habitantes las “funciones de un estado”.

Ahora bien tal y como lo preciso la Corte Internacional de Justicia en el caso del estrecho de Corfú, este principio confiere derechos a los Estados, pero también les impone claras y precisas obligaciones internacionales, entre las cuales sobresale la de respetar la Soberanía

de las demás Naciones, en toda su dimensión. Esta correspondencia elemental entre derechos y obligaciones encuentra eco en los artículos 9 y 226 de la carta.

9.2 Soberanía preferente

En virtud de este principio político de la libre autodeterminación, el derecho internacional ha desarrollado uno jurídico que denomina de *reserva*, también llamado de *dominio reservado*, *soberanía preferente o competencia exclusiva*, en virtud del cual, cada Estado Soberano se reserva, respecto de los demás, una determinada competencia preferente o exclusiva respecto de ciertos asuntos que por su naturaleza solo le competen al propio Estado o que, aunque en principio puedan tener alguna relación o afecten a otros estados, por virtud de principios de orden superior, no se dejan a la regulación o al arbitrio del derecho internacional, sino que se restringen a cada estado, que en relación con dichas materia, es soberano absoluto. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 21 de Diciembre de 1965)

... Este principio de reserva fue recogido por Colombia en diferentes ocasiones, especialmente al suscribir los protocolos de la Convención de Montevideo de 1933, la reafirmación de principios fundamentales de Derecho Internacional del Comité Jurídico de la Unión Panamericana de junio 2 del 1942; también en la Carta de las Naciones Unidas... (p.23).

Pero esta potestad de ejercicio de la soberanía no se limita, tan solo, al Gobierno Nacional, de su ejercicio también es garante la administración de justicia, como rama independiente y autónoma del poder público que encarna lo que en los Estados modernos se denomina la soberanía (Corte Constitucional de Colombia, 1994):

...En materia de política criminal el Estado Colombiano es autónomo. La autonomía del Estado es superior a la autonomía judicial, pero debe existir entre éstas dos posiciones de proporcionalidad para lograr el equilibrio... (p.7).

Criterio se acoge por la propia Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando precisa (Corte Suprema de Justicia, 2001):

... tal dispositivo de asistencia y solidaridad internacional parte del supuesto de la soberanía tanto del Estado requirente como del requerido, una de cuyas manifestaciones más clásicas es la administración de Justicia. A través de la cual los Estados a través de sus jueces y magistrados ejercen la soberanía al interior de su territorio imponiendo las sanciones a que haya lugar, o en todo caso, resolviendo los conflictos conforme a su juridicidad. (p.2).

Del desarrollo de estas ideas surge el problema de si existe o no incompatibilidad entre el derecho-deber del Estado de ejercer la soberanía y administrar justicia y la obligación que tiene respecto de los demás estados de colaborar con ellos en lograr propósitos que les son comunes, y concretamente cuando se trata, como al parecer ocurre en el caso que nos ocupa, de la cooperación internacional en la persecución de actividades consideradas como delitos internacionales, tales como el narcotráfico y el lavado de activos.

La simple existencia de la Doctrina Constitucional y Tratados Internacionales Bilaterales entre Colombia y Los Estados Unidos de Norteamérica en materia de cooperación y lucha contra el narcotráfico y el lavado de activos en general, y en particular las disposiciones y acuerdos específicamente signados, descartan la posibilidad de que un estado se involucre en la disposición punitiva del otro, y lo que es menos, que sus nacionales, operadores de los servicios públicos, interpretan códigos de penas basados en listas de personas a quienes se pretenda sancionar o penalizar por conductas delictivas mediante simple decreto.

En otras palabras; si los Estados Unidos de Norteamérica querían homologar la Lista Clinton dentro de un código de penas, por qué no lo dejaron consignado en un tratado, refundiéndolo más bien a la sombra de un mecanismo clandestino pero efectivo al momento de producir sanción. De hecho muchos de quienes se hallan incluido en dicha lista, no saben siquiera porque están allí considerados como tales, y lo que es peor cuando se les terminará el daño –pena- que les viene causando, pues se torna en una sanción indefinida (Corte Constitucional de Colombia, 1994):

...El Derecho Internacional ha desarrollado una serie de principios fundamentales que son los parámetros a partir de los cuales se fijan reglas de juego para estos casos. Las mismas se rigen, como ya se señaló, por el principio de soberanía, que es máxima por excelencia. Sin embargo los Estados bien pueden condicionar ese ejercicio, a los acuerdos y compromisos que en ejercicio de esa misma soberanía adquiera con otros estados mediante los instrumentos jurídicos... (p.6)

Este tema ha sido ampliamente tratado por la Honorable Corte Constitucional en múltiples jurisprudencias, de las cuales una de las más importantes es el reciente pronunciamiento sobre constitucionalidad de los artículos 13, 15 y 17 del Código Penal (Corte Constitucional de Colombia, 2000), en la cual se hace un amplio análisis de estas problemáticas y se decantan importantes principios al respecto, razón por la cual como avance de esta tesis de grado la cual aspiramos sea aceptada por este magno templo del saber, trabajaremos y profundizaremos porque esta posición de la Corte es considerada en nuestro humilde razonamiento esencial en el entendimiento del Orden Interestatal.

9.3 La autonomía privada de la voluntad como antecedente

La función especial de las entidades financieras frente al servicio público de la actividad bancaria, exigen el análisis de la incidencia constitucional de la autonomía de la voluntad privada, manifiesta por una parte en la libertad contractual de los bancos y por otra en los derechos constitucionales de los usuarios del servicio, conllevando derechos como la personalidad jurídica, la igualdad, las libertades económicas y el derecho al buen nombre.

La autonomía privada en materia contractual frente a nuestro estado social de derecho exigen que las actividades económicas particulares se desarrollen dentro del marco de la función social, por ello dicha autonomía goza de sustento en la constitución como quiera que se deduce de la protección de varios derechos, como el derecho a la personalidad jurídica, la propiedad privada, la libertad de asociación, el derecho a la libre actividad económica y la libertad de empresa. Por ello la libertad contractual goza entonces de garantía constitucional

pero como lo ha señalado La Corte Constitucional posee unos límites también constitucionales, como son las exigencias del estado social, el interés público y el respeto de los derechos fundamentales de otras personas.

De todo lo anterior se concluye que el hecho privado (Facultad de los Bancos) debe ser aplicado dentro del marco de la constitución y el bien común, de manera que la libertad contractual no solo gire en la órbita del contrato, sino en el ámbito de los derechos constitucionales de los usuarios de ese servicio público; la Corte dejó dicho (Corte Constitucional de Colombia, 1993):

Los límites a la libertad de contratación, en la medida que ella se encuentra íntimamente conectada con diversos derechos constitucionales pueden no solo vulnerar el valor mismo de la libertad, la personalidad y la dignidad del sujeto que se reflejan decisivamente bajo la óptica del contrato, sino el ámbito de tales derechos si aquellos no se conforman a los fines constitucionalmente permitidos y se socava su contenido esencial. (p.3).

Hasta el momento logramos concluir que la actividad bancaria es totalmente diferente otras actividades simplemente mercantiles, pues la misma constitución política limita su libertad contractual, por ser el servicio de interés público que se dirige a lograr el bienestar general. Es el mismo tribunal constitucional quien determina las premisas por las cuales se materializa dicho interés público y enuncia que (Corte Constitucional de Colombia, 2013):

1. El acceso a la prestación del servicio público bancario es restringido. 2. Garantía de un trato igual de los usuarios para el acceso al servicio y la no aceptación de los clientes solo debe responder a factores objetivos y razonables que impliquen un riesgo económico para la entidad financiera, como quiera que se impone la universalidad del ahorro; así mismo, la igualdad incluye

la homogeneidad de oportunidades para alcanzar la eficiente prestación de aquellos servicios. (p.7).

De igual manera, la ley 35 de 1993 en su artículo 5, inciso 2 dispone (Congreso de la República De Colombia, 1993):

El gobierno nacional podrá dictar normas, con el fin de evitar que en el otorgamiento de crédito por parte de las instituciones sometidas a la inspección y vigilancia de la superintendencia bancaria se empleen prácticas discriminatorias relacionadas con sexo, religión, filiación política y raza u otras situaciones distintas a las vinculadas directamente con el riesgo de la operación y la capacidad de pago del solicitante. Para este mismo propósito, el gobierno nacional podrá definir y prohibir prácticas que constituyan exigencia de reciprocidades con el fin de evitar que a través de las mismas se impidan injustificadamente el acceso al crédito o a los demás servicios financieros.

En este punto vale la pena señalar que la vinculación del Accionante por espacio de 22 años como tenedor de la tarjeta de crédito Diners no le ha implicado riesgo alguno al Banco, dada la excelente tradición en el manejo del crédito; Pero, lo que es más notorio tampoco desde el punto de vista de la supuesta causa objetiva de hallarse incluido en la Lista Clinton, pues por espacio de 8 años, después de elaborada, ha objeto de sanción alguna por parte del gobierno americano, Por lo menos el Banco al imponer el Bloque Comercial, no dijo que la vinculación del accionante le hubiese causado daño alguno.

9.4 El derecho a la personalidad jurídica

Consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política como una verdadera garantía de la persona natural para que goce de su capacidad jurídica, integrándose potencialmente a su vida económica y al tráfico jurídico de la *Otras Sentencias T-240 de 1993, C-265 de 1994, C-367 de 1995, C-233 de 1997* sociedad.

En este orden de ideas no puede haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, puesto que ello equivaldría a privarles de la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, enmarcado dentro de la finalidad del Estado social de derecho como los señalan el artículo 2 de la carta magna, de esta forma diferentes convenios y pactos internacionales ratificados consiguientemente por una ley Colombiana que establece que deduciendo al establecerse el reconocimiento a la personalidad jurídica se constituye un Norma Imperativa de Derecho Internacional General.

Por lo tanto la protección constitucional de la personalidad jurídica constituye una especial garantía a la aptitud económica y en caso de presentarse trasgresión o vulneración alguna a este derecho fundamental, como lo es para el caso, exige de la protección inmediata por medio de la acción de tutela; más cuando cualquier persona tiene la vocación de ejercer su capacidad jurídica en cualquier actividad lícita, incluida la posibilidad de recibir servicios bancarios para poder de esta forma acceder al ahorro y al crédito.

La inclusión en una lista como la orden ejecutiva en cuestión, constituye una flagrante violación de este derecho fundamental es algo que no tiene discusión, a este respecto y

ratificando lo expuesto por la Corte Constitucional expreso (Corte Constitucional de Colombia, 1999):

Representa un deber de protección que obliga a la intervención del Estado cuando se quebranta la igualdad y se evidencian desigualdades fácticas inmensas, por lo que los derechos fundamentales también se constituyen en barreras frente al poder de los particulares. Por consiguiente en aquellas situaciones en donde los derechos requieren la intervención del Estado para garantizar su efectividad, la autonomía privada también puede estar sujeta a la limitación impuesta directamente por el Juez. (p.8).

Y en lo que respecta a la degradación que pueda sufrir una persona por la restricción o limitación de sus derechos esenciales derivados del reconocimiento como persona jurídica puntualizó en su momento la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, 1992):

En efecto, surge el Derecho a la Personalidad Jurídica, que presupone toda una normatividad jurídica, según la cual todo hombre por el hecho de serlo tiene derecho a ser reconocido como sujeto de derechos, con dos contenidos adicionales: titularidad de derechos asistenciales y repudio de ideologías devaluadoras de la personalidad, que lo reduzcan a la simple condición de cosa. (p.3).

Por ende toda restricción del acceso o administración del patrimonio por parte persona jurídica, implica necesariamente una limitación o un menoscabo personalidad jurídica, así claramente lo ha señalado la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, 2001):

El reconocimiento de la personalidad jurídica, encuentra en el artículo 14 de la C.P., una especie de cláusula general de protección de todos los atributos y derechos que emanan directamente de

la persona y sin los cuales ésta no podría jurídicamente estructurarse. Por consiguiente, salvo que en la propia constitución de manera expresa se defina y ampare un derecho indisolublemente vinculado con la personalidad jurídica, la anotada disposición constitucional le extiende protección a los intereses del sujeto cuyo desconocimiento degraden su dignidad. (p.2).

En este sentido, no podría hablarse de pleno reconocimiento de la personalidad jurídica, si la identificación de la persona se limitase a considerar su sexo, edad, estado o filiación, dejando de lado las vulneraciones y alteraciones deliberadas o culposas que injustamente afecten la identidad cultural derivada de los hechos y circunstancias claramente conocidos en el ambiente social en el que se desenvuelve la persona. El reconocimiento de la personalidad jurídica, carecería de sentido, sino aparejara también su ejercicio legítimo, máxime si se toma en consideración el aspecto dinámico consustancial al obrar como persona.

De acuerdo a la sentencia T-329A/12 la consecuencia de hacer uso de la personalidad jurídica, a través de múltiples actos en los que se patentiza la libertad del sujeto (C.P. Art. 16), trasciende en el plano individual y social mediante la adquisición y abandono de hábitos, connotaciones atributos, virtudes y demás elementos que contribuyen a configurar la personalidad única e insustituible de que goza el individuo y que como tal es merecedora de respeto por los demás.

9.5 Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Si no se dispone de una personalidad jurídica en los términos que consagra la constitución y la ley, no es posible que una persona pueda acceder a su derecho a un libre desarrollo de la

personalidad. Estos derechos van de la mano y el uno necesariamente se deriva del otro. En cuanto al alcance de este derecho la Corte Constitucional de Colombia ha expresado que el artículo 16 de la constitución, consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad dentro del orden jurídico, respetando claro está, los derechos de los demás.

Esta consagración proviene de la Constitución española que sienta como fundamento del orden político y de la paz social, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, las limitaciones impuestas por el Banco al accionante, al bloquear el acceso al servicio público financiero, específicamente al crédito, mediante decisión unilateral, restringen de igual manera el derecho fundamental al Libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que le impiden proyectarse libremente dentro del horizonte de posibilidades que le ofrece el marco legal y constitucional a toda persona natural amparada por el orden jurídico interno. Ciertamente la máxima expresión del libre desarrollo de la personalidad de una persona, radica precisamente en su capacidad para poderse desenvolver dentro del plus de posibilidades que le ofrece el mercado y el libre juego de la economía dentro de los marcos de la ley.

Así mismo se tiene que someter a una serie de condiciones de minusvalía que debilitan esas posibilidades. Quien carece de la posibilidad de acceder a servicios financieros, no puede decirse que esté en posibilidad de ser individualmente como quiere ser, en el sentido en que ha señalado la Corte Constitucional los alcances de este derecho (Corte Constitucional de Colombia, 1995):

La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el conocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. (p.1).

El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público.

Desde el punto de vista jurídico, se entiende la personalidad como la capacidad que se le reconoce a un ser sujeto de derechos y obligaciones, limitada por el interés general y el orden público. Es, pues, la situación que la persona tiene en relación con la sociedad civil y con el Estado.

9.6 Derecho a la honra y al buen nombre

El derecho a la honra, se encuentra relacionado con el concepto de “buen nombre” que el constituyente estableció en el Art. 15 de la Carta, al desarrollar el derecho a la intimidad. Este concepto, no obstante constituir en algunos eventos una manifestación del derecho a la intimidad, gana mayor trascendencia cuando se trata del derecho a la honra, el cual gana dimensión pública en el más amplio de los sentidos. La protección al derecho a la intimidad en este punto busca evitar intromisiones en la vida privada de las personas o de sus familias, que pongan en peligro o afecten su buen nombre. El derecho a la honra, no sanciona la intromisión en sí misma, proscrita ya por el derecho a la intimidad, sino la posterior violación

del buen nombre, como consecuencia de la divulgación de aspectos de la vida privada del individuo o de su familia que por su naturaleza afectan su reputación.

Lo más importante de destacar frente al anterior postulado resulta, que, si para alguien es valiosa su intimidad, frente a hechos ciertos, como por ejemplo haber sido condenado por la comisión de un delito, cosa que hace parte de su vida privada, con mayor razón lo es, para quien es expulsado de un Banco por aparecer en una lista de narcotraficantes sin serlo. En este punto, no pretende el accionante decir que el Banco lo esté tratando como tal, en forma originaria, pero el hecho de repetir algo que no le consta, que es delito y que no es producto de una decisión legítima, lo convierte en responsable de una agresión contra el derecho que se examina.

En sentido positivo, el derecho a la honra implica la posibilidad real que debe hacerse accesible a todo individuo, de construir su prestigio en el medio social. En el inciso 20 del artículo 20 de la Constitución se consagra la garantía según la cual las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra, bienes, creencias y en los demás derechos y libertades.

Así como existen artículos referentes al derecho a la vida, los bienes, la religión y creencias, y a las libertades de la persona humana, se creyó conveniente, por parte del constituyente consagrar normas que establecieran el deber del Estado y de los particulares de proteger la esfera interna de las personas, El artículo 15 de la Constitución relativo al derecho a la intimidad, contiene una zona de reserva para la propia persona, de la que quedan excluidos los demás, a menos que la persona protegida decida voluntariamente compartir dicho ámbito. Contiene dicho artículo, entre otros, los derechos a la intimidad personal y

familiar, al buen nombre, al habeas data y a la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada. Todos estos derechos están unidos por su finalidad, cual es la de aislar a la persona de las injerencias de terceros, así como de proteger su imagen.

Sobre este aspecto, y desde el punto de vista del respeto de los operadores de servicios públicos, resulta indispensable en Colombia que la información que aparezca en los bancos de datos sea verídica, pues no puede admitir un ciudadano que su nombre aparezca en la entidad como delincuente sin serlo.

Ahora bien, si la entidad financiera decide hacer oídos sordos y creer en forma absoluta lo que digan los demás, sin importar de quien se trate, debe atenerse a las consecuencias de violar derechos fundamentales por repetición de verdades a medias o simplemente inexistentes e improbables.

La calificación contenida en los archivos del Banco, lista negra, respecto al cliente, la expulsión del mismo como delincuente y los efectos que el Bloque Comercial implican, trasciende el campo meramente personal del agredido para empezar a afectar derechos de otras personas en el ámbito familiar, social y laboral, pues de rebote, nadie querrá tener nexos con quien, habiendo sido objeto de dicha sanción se queda callado.

El caso a estudio guarda relación directa con el derecho al buen nombre, entendiendo por ello el derecho a la reputación, o sea el concepto que las demás personas tienen de uno.

Esta ha sido la interpretación que la doctrina constitucional contemporánea le ha dado al término “buen hombre” y que fije recogida por el Tribunal Constitucional Español en Sentencia 137 de 1985, en el caso Derivados de Hojalata SA.

Ahora bien, el artículo 21 de la Constitución Política de Colombia; garantiza el derecho a la honra, así: *“Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección”*. A su vez el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, - aprobado mediante la Ley 74 de diciembre 26 de 1968, estableció en su artículo 17 (López Guerra, Espin, García Morillo, Perez Tremips, & Saturtregui, 1991):

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. (p.182).

Igualmente el Artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, aprobado mediante la Ley 74 de diciembre 26 de 1968, consagra (Rodríguez-Pinzón, 1999):

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques” (subrayas y negrillas no originales). (p.4).

El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia le confiere a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos el carácter de norma prevalente en el orden interno si se ajusta al orden constitucional y le otorga la condición de criterio de interpretación

constitucional para buscar el sentido de los derechos y deberes consagrados en la Carta Fundamental.

Así mismo, las normas contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos son vinculantes, pero en ésta última el concepto de honra está más protegido que en aquél. Para interpretar esto, se debe recurrir a los artículos 46 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y al artículo 29 (Convención Americana sobre Derechos Humanos) que establecen que ninguna disposición del Pacto Internacional o de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que consagre la norma más generosa.

La Constitución reconoce y garantiza la honra de “todas” las personas, sin excepción alguna. El artículo 13 de la Constitución consagra expresamente el derecho a la igualdad ante la ley prohibiendo cualquier discriminación, y la dignidad de la persona es el soporte y fundamento de dicha igualdad.

La inclusión gratuita y completamente arbitraria e infundada del accionante en la lista negra, como lo es la orden ejecutiva en cuestión implica atentado contra el buen nombre de quien de esa manera resulta incluido en ella. Esto por cuanto se pone en entredicho su buen nombre.

Tal cosa produce efectos negativos concretos respecto de la persona afectada, como es el caso concreto de la exclusión del servicio de crédito del accionante. No puede perderse de vista que el concepto de honra se debe construir desde puntos de vista valorativos y, en consecuencia, con relación a la dignidad de la persona. Desde dicha perspectiva la honra es

un derecho de la esfera personal y se expresa en la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad.

No cabe duda que dichos derechos: la honra y el buen nombre, son susceptibles de tutela cuando los mismos se ven gravemente menoscabados por actuaciones ilegales que van en contravía de la teleología constitucional, así lo ha señalado con claridad la Corte (Corte Constitucional de Colombia, 1992):

El núcleo esencial de este derecho lo regulan los artículos 21 de la Constitución, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prevén todos el mismo núcleo esencial. Los artículos mencionados anteriormente determinan que la ley señalará la forma de protección del derecho a la honra. Esa protección se manifiesta tanto en la acción de tutela como en los artículos 313 a 322 del Código Penal relativos a los Delitos contra la Integridad Moral concretizados en los hechos punibles de injuria y calumnia. Comete injuria el que hace a otros imputaciones deshonrosas, que menoscaban su reputación o su buen nombre dentro de la comunidad, mediante hechos que pueden ser ciertos o falsos pero no punibles. Incorre en calumnia el que imputa falsamente a otro un delito o una contravención. (p.7).

De la misma forma, respecto del derecho a la honra frente a los particulares, es necesario resaltar que si en algún ámbito tiene sentido hablar de la eficacia entre particulares de los derechos constitucionales fundamentales, éste es sin duda en el campo de la honra, como lo denota la Corte Constitucional (Constitución Política de Colombia, 1995):

El derecho al buen nombre, o derecho que tiene toda persona a no ser difamada, esto es, a que por parte de la sociedad se tenga una buena calificación o juicio favorable de su comportamiento mientras no se le pruebe lo contrario, además de que se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Carta Política como un derecho fundamental. (p.2).

Así mismo, la Corte continúa determinando (Constitución Política de Colombia, 1995, pág. 5):

El derecho a la honra, o derecho que tiene toda persona a no sufrir ataques que afecten la esfera externa de sus virtudes y valores, la cual socialmente le ha sido reconocida, además de que se halla dentro del Capítulo 1 del Título II de la Carta Política, esto es, se encuentra consagrado como un derecho fundamental. (p.4).

En otro pronunciamiento dijo esta Corporación (Constitución Política de Colombia, 1992):

El derecho al buen nombre que el accionante reclama está instituido como fundamental por el artículo 15 de la Carta Política, según el cual “el Estado debe respetarlo(s) y hacerlo(s) respetar”, de lo que se deduce que obliga a todos y en toda clase de relaciones, tanto oficiales como particulares y sean ellas públicas o privadas; su respeto, por supuesto. Es más exigente y estricto cuando se trata de relaciones o situaciones públicas, dado el carácter del derecho que se protege, el cual se desenvuelve muy especialmente ante una opinión circundante más o menos amplia y comprensiva de una gran variedad de relaciones personales.

Conforme a estos dos principios, toda persona tiene derecho a que lo que se exprese, sienta y piense de él por los demás corresponda a una estricta realidad de sus conductas y condiciones personales, especialmente de sus bondades y virtudes, de manera que la imagen no sufra detrimento por informaciones falsas, malintencionadas o inoportunas. (p.6).

Además, la honra y buen nombre son derechos que hacen parte de la esfera personal del sujeto y que se manifiestan en la consideración que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. Así entonces puede afirmarse, que los dos

guardan una íntima relación, toda vez que suponen una valoración de la persona desde el punto de vista de su esfera externa y abarcan el desarrollo del sujeto frente a un determinado ámbito social. El respeto por el derecho al buen nombre corresponde a una obligación tanto de las autoridades como de los particulares, sin ningún tipo de distinción; por ello el Artículo 15 de la Constitución establece la obligación del Estado de respetarlo y hacerlo respetar, y el artículo 95 numeral 1° de la Carta señala como obligación de la persona y el ciudadano *“respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.”*

Así mismo, el Artículo 21 de la Constitución Política garantiza la honra de las personas sin ningún tipo de excepción, de manera que se constituye en su núcleo esencial el derecho que tiene toda persona a ser respetada ante sí misma y ante los demás. La respetabilidad de éstos derechos, adquiere una mayor trascendencia frente aquellas situaciones en las que la información o el concepto que se tenga de una persona o de un grupo de personas, que además es falso, se haga conocer públicamente, pues ello conduce a que la información sea recibida y conocida por un número indeterminado de sujetos, los cuales, de acuerdo con lo manifestado, van a condicionar o modificar el buen concepto que tengan sobre el sujeto o sujetos involucrados.

9.7 Derecho a la igualdad y no ser discriminado

El concepto genérico de la igualdad encuentra uno de sus desarrollos específicos en la llamada igualdad de oportunidades; igualdad que ligado al reconocimiento de la personalidad jurídica como derecho se encuentran claramente en conexidad con la libertad económica a

pesar de que esta no sea un derecho fundamental, pero que al predicar el *las fundas mentalidad*, generará como resultado una violación clara del derecho a la igualdad, violación que implica negar el carácter de interés público de la actividad bancaria, la vulneración de derechos de los clientes del servicio Bancario al reconocimiento de la personalidad jurídica y la violación a la igualdad y la iniciativa privada.

En efecto, la jurisprudencia Constitucional referida ya en varias ocasiones al mismo tema de estudio, determinó reglas que permiten calificar cuando los derechos fundamentales de los peticionarios del servicio público Bancario frente a situaciones de conflicto con las entidades prestadoras del servicio, requieren de la necesaria protección; frente a ello se dijo (Corte Constitucional de Colombia, 2006):

La Corte Constitucional considera que si bien la autonomía de la voluntad de los Bancos está amparada constitucionalmente ellos anulan derechos de los Clientes o bloquean comercialmente a una persona cuando se presentan los Sigüientes elementos...

b. 1. Cuando al diente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los Bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloque financiero si existen medios administrativos y jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero.

b. 2. También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público Bancario. Por consiguiente, Quebranta desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca. (p.13)

Como se observa, si la mayor parte de la banca rechaza las relaciones comerciales con una misma persona, sin causa objetiva válida que le permita desplegar una actividad razonable para evitarlos, se vulnera no solo el núcleo esencial del derecho a la personalidad jurídica sino el derecho a acceder en igualdad de condiciones al servicio público bancario.

La Corte continúa diciendo (Corte Constitucional de Colombia, 2006):

b. 3. Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público.

b. 4. Cuando la negativa de negociación no responde a causa objetivas y razonables que justifican la decisión. Por lo tanto, las entidades financieras pueden negar el acceso al sistema financiero o pueden terminar contratos Bancarios cuando se presentan causales objetivas que amparan la decisión. Por consiguiente, no existe bloqueo financiero cuando existe una causa objetiva que explique la desvinculación o la negativa negociación. Por el contrario, sería evidente el abuso de la libertad negocial privada, opuesto a los principios del Estado Social... Cabe anotar que no constituye causal objetiva que autoricen la negativa para el acceso a la actividad financiera, la utilización de criterios de diferenciación prohibidos constitucionales (C.P. Art. 13). Por ende, no es factible negar al servicio público bancario por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión...

Se entiende por igualdad, la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, según un principio de reciprocidad. Y por derecho fundamental, aquel que siendo inherente a la persona, constituye el fundamento de legitimidad del orden jurídico, haciendo que éste sea justo. De lo anterior se colige que el derecho a la igualdad es la facultad que tiene todo ser humano, y en general toda persona, natural o jurídica, a recibir un trato no discriminado por parte de la sociedad civil y del Estado, según el merecimiento común – la racionalidad y la dignidad- y según los méritos particulares, fundados en la necesidad y en el trabajo. La igualdad en abstracto, implica una identidad en la oportunidad, al paso que en lo específico requiere un discernimiento una

diferencia y una proporcionalidad: se iguala lo diverso, no por homologación, sino por adecuación. (p.14)

A su vez, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este derecho en múltiples ocasiones, a través de sentencias provenientes de su Salas de Revisión de Tutelas y en de fallos proferidos por la sala plena. Teniendo en cuenta que la constitucionalidad de ellos e desprende de clara y contundente afirmación sobre el carácter fundamental del derecho a la igualdad, como valor del Estado social de derecho y de la concepción dignificante del ser humano que caracteriza la Constitución de 1991 y que consagra su artículo 13, en los siguientes términos (Constitución Política de Colombia, sf, pág. 2):

Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión opinión política o filosófica. El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

- a) Un principio general, según el cual todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades.
- b) La prohibición de establecer o consagrar discriminaciones: este elemento pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio o se restrinja el ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, o posición económica.

- c) El deber del Estado de promover condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva para todas las personas.
- d) La posibilidad de conceder ventajas o prerrogativas a favor de grupos disminuidos o marginados.
- e) Una especial protección a favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y la sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. (p.2).

En sentencia 1-432 de junio 25 de 1992, una de sus Salas de Revisión al analizar una de las principales implicaciones de este derecho expresó (Corte Constitucional de Colombia, 1994):

El principio de la igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos, el principio de la justa igualdad exige precisamente el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural etc., dimensiones todas esas que en justicia deben ser relevantes para el derecho. (p.7)

Y en sentencia C-211 de 29 de mayo de 1992, la Corporación al desentrañar el alcance del principio de la igualdad, señaló (Corte Constitucional de Colombia, 2006):

Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de

la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.

Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas; ella puede en si misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano. Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se deben adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, y proteger especialmente aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta, como afirma el artículo 13 en sus incisos 2° y 3° la igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad. (p.16).

El operador jurídico, al aplicar la igualdad con un criterio objetivo, debe acudir a la técnica del juicio de razonabilidad que en palabras del tratadista italiano Mortati (Corte Suprema de Justicia, 2006):

....consiste en, una obra de cotejo entre hipótesis normativas mismas hasta la comparación entre ellas, desde la interpretación de los contextos normativos que pueden repercutir, de un modo u otro, sobre su alcance real, hasta la búsqueda de las eventuales disposiciones constitucionales que especifiquen el principio de igualdad y su alcance. (p.20)

También esta Corte ha profundizado sobre la naturaleza de este derecho fundamental al respecto, ha dicho (Corte Constitucional de Colombia, 1992):

La igualdad de todas las personas ante la ley y las autoridades, constituyen un derecho constitucional fundamental tanto por su consagración como tal en el Capítulo 1, Título II de la Constitución Nacional, como por su exaltación como derecho de vigencia inmediata en el artículo 85 de la Carta Política, y también por el valor trascendente que tiene para el hombre, sobre todo dentro de una Nación que persigue garantizar a sus habitantes una vida conviviente dentro de lineamientos democráticos y participativos que aseguren un sistema político, económico y social justo.

La igualdad ante la ley y las autoridades he quedado cristalizada como derecho fundamental por cuanto es esencial al ser humano, pues elimina la esclavitud, la servidumbre, las prerrogativas hereditarias y los privilegios de clases, consideración que es robustecida por la trascendencia que a dicho derecho se le da en la Asamblea Nacional Constituyente y en los instrumentos y pactos internacionales. (p.9)

En el informe de ponencia para primer debate en plenaria sobre el tema de la igualdad y que aparece. En la Gaceta Constitucional No. 82, se manifiesta que (Pulgarín Martínez & Castañeda Ruiz, 2005.):

Constituye progreso indudable frente a la muy somera enunciación de nuestra Carta Centenaria, la obligación del Estado de promover las condiciones de igualdad y la obligatoria adaptación de medidas contra grupos, víctimas de discriminación o marginados. Conjugaba perfectamente con el derecho a la igualdad que se otorga a todas las personas, la obligación de los poderes públicos de tutelar una, de las más preciadas garantías de la persona humana.

Es indispensable expresar como se establece en la proposición sustitutiva que todas las personas son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos y deberes. La consecuencia directa de la igualdad, es la no discriminación de las personas, ni para perjudicarlas ni para favorecerlas, por causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su lengua o su ideología religiosa o política. Pero, además de la igualdad, se debe establecer por parte del Estado especial protección para aquellos que se encuentran en un nivel de desigualdad frente a los demás. (p.10)

Por su parte la Declaración Universal de los derechos del hombre y del ciudadano, votada por la Convención Francesa de 1789 reconoció y declaró en su artículo lo que los hombres nacen y permanecen libre e igual en derechos; por tanto, las distinciones sociales no tienen más fundamento que la utilidad pública. La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada por el Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 expresa en su artículo 2°. Que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos del Pacto de San José de Costa Rica proclama lo siguiente (Organización de los Estados Americanos –OEA):

Dice el artículo 1°. Que los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Preceptúa el artículo 24 que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

El artículo 26 consagra que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, acordaron en su Artículo 2°. Numeral 1°; comprometiéndose a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier Otra condición social. Y en cuanto a su alcance ha señalado la Corte (Corte Constitucional de Colombia, 1997):

La Corte debe reiterar que, en el plano normativo, el verdadero alcance del derecho fundamental a la igualdad consiste, no en la exactitud matemática de las disposiciones que se apliquen a unas y otras personas, sino en la adecuada correspondencia entre las situaciones jurídicas objeto de regulación o gobierno y los ordenamientos que se hacen exigibles a ellas.

La igualdad se rompe cuando, sin motivo válido – fundado en razones objetivas, razonables y justas, el Estado otorga preferencias o establece discriminaciones entre los asociados, si éstos se encuentran en igualdad de circunstancias o en un nivel equiparable desde el punto de vista fáctico. En otros términos, la igualdad se ve afectada cuando personas a las cuales, por la identidad de hipótesis en que se hallan, debería aplicarse la misma regla, se ven tratadas de manera distinta, que rife con un criterio mínimo de justicia distributiva. (p.14).

Sobre el tema en forma adicional se pronunció el mismo tribunal en los siguientes términos (Corte Constitucional de Colombia, 1996):

En repetidas oportunidades, esta Corporación se ha pronunciado frente al derecho fundamental a la igualdad diciendo que, todos los ciudadanos están en igualdad de condiciones frente a la ley el cual se traduce en igualdad de trato e igualdad de oportunidades para todos. Del respeto al derecho a la igualdad depende la dignidad y la realización de la persona humana por eso las normas que

otorgan beneficios, imponen cargas u ocasionan perjuicios a las personas en forma injustificada, contratan el sentido de la justicia y del respeto que toda persona merece. (p.4).

De tal manera, la discriminación, en su doble acepción de acto o resultado implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable.

Los actos discriminatorio es la conducta actitud o trato que pretende –consciente o inconscientemente – anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación.

Del análisis del entorno normativo y jurisprudencial antes invocado se desprende que, la consecuencia de la agresión predicada, resulta afectado el derecho de acceder al crédito por limitar el derecho de participar en la economía de mercado.

Con fundamento en los artículos 13, 333 y 334 de la constitución política la actividad económica otorga a las personas la libertad para acceder libremente, debiendo ejercerse dentro de los límites del bien común, sin la exigencia de requisitos previos ni autorizaciones que la ley no ha exigido; toda vez que conlleva implícita el bienestar de la sociedad, como lo consagra la Corte Constitucional (Colombia, 1998):

El derecho consagrado en el Artículo 333 de la carta política no sólo entra la libertad de iniciar una actividad económica sino en la de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad y libertad.

9.8 Principio al debido proceso y la defensa

En cuanto se relaciona con la supuesta causa objetiva alegada por la entidad financiera, según la cual el accionante se halla en la Lista Clinton, se debe precisar que en Colombia se pueda imponer una pena criminal, tiene que actuarse como consecuencia de un debido proceso penal con todas las garantías especialmente el derecho de defensa del procesado. Así claramente lo establecen la Constitución y la Ley.

La Constitución Nacional en su artículo 29 consagra que (Constitución Política de Colombia, sf, pág. 4):

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes Preexistentes al acto que se le imputa. Ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Es así como toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable; pues quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de un oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su Contra: a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es decir que es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Desde el punto de vista penal, Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada inicio.

En primer término y frente a la causal invocada para el Bloqueo Comercial, la orden ejecutiva N° 12978 del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, no es la consecuencia de un debido proceso legal, ni en los Estados Unidos ni en Colombia, siendo en realidad un acto administrativo derivado de Investigaciones policivas, informes del Departamento de Estado y del Departamento de Justicia, todos órganos de la rama ejecutiva, que no poseen autoridad jurisdiccional. De otra parte las investigaciones en las que se basa la inclusión de dichas personas en esa lista, son de carácter eminentemente policial, y no corresponden a debido proceso penal, mediante el cual, esas personas hayan sido vinculadas, investigadas y tenido el derecho a defenderse de las acusaciones, como a controvertir las pruebas en su contra.

No obstante lo anterior y para el caso del accionante, como a muchos otros, su inclusión obedece a una supuesta sanción moralizadora y ejemplarizante para personas que han trabajado con empresas, supuestamente vinculadas con narcotraficantes, Así las cosas, no estaríamos frente a una sanción legal y procesalmente impuesta, sino a una especie de venganza o retaliación por su trabajo. Entonces, no se cumple ninguno de los requisitos establecidos por la Ley, para que pudieran eventualmente ser afectados por dicha medida, ciudadanos colombianos residentes en Colombia.

Por lo tanto, y en consonancia con lo que se viene exponiendo, resulta indiscutible que en Colombia el Estado o los particulares no pueden aplicar ninguna sanción o restricción a un

derecho fundamental de uno de sus súbditos o usuarios, según el caso, por cuanto tal obligación solo surgiría de un traslado bilateral o multilateral que de manera expresa y concreta consagrara tal obligación y en el caso en concreto en la actualidad no existe tratado aplicable entre Colombia y los Estados Unidos de América para la aplicación de medidas sancionatorias como las que impone la orden ejecutiva No. 12978 del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos.

Tal es la conclusión que deriva la Corte Constitucional en su sentencia No. SU-167 de 1999 tantas veces citada cuando decide (Corte Constitucional de Colombia, 1999):

Advertir a las entidades financieras colombianas que la Orden Ejecutiva 12978 expedida por el Presidente de Estados Unidos de América Bill Clinton, no tiene efectos vinculantes en el Estado Colombiano, razón por la cual no es norma que deba aplicarse coercitivamente en el país.

10. Conclusiones

- Aunque muchos de los colombianos (más de 1000), se encuentran actualmente incluidos en la denominada Lista Clinton, algunos de ellos jamás han cometido alguno de los delitos que se le imputan. Sobre ellos recae el señalamiento de ser delincuentes, pero ante la ley y la justicia son libres de toda culpa, pero la pregunta es quién puede y cómo puede defender sus derechos.

- Lo único claro, es que los derechos fundamentales de estas personas son violados de manera abierta. El derecho al trabajo, al buen nombre, a la propiedad, a la educación y en algunos casos a la salud, pudiéndose determinar que lo que está en juego es el derecho a la vida de los colombianos. En dicha lista figuran niños y descendencia de personas vinculadas al narcotráfico, que, aunque son inocentes y ajenos a esa actividad, los han implicado en lo que se podría denominar un delito de sangre.
- Figurar en dicha lista, implica la muerte comercial, bancaria y económica, muchas de ellas no poseen la posibilidad de defenderse, en especial por los altos costos de las asesorías. No pueden vender ni comprar propiedades, ni tomar créditos, al punto de ser considerado más que un proceso financiero un proceso político.
- Aunque el Estado considera que la lista es arbitraria, también no ha poseído un mecanismo adecuado para intervenir. La Corte Constitucional en sentencias como la C-157 de 1999 o la C-167 de 1999, limita al gobierno para adelantar gestiones contra Estados Unidos para que sean excluidos de la Lista, dejando exclusivamente a los ciudadanos las acciones de su defensa.
- Autoridades colombianas como el Ministerio de Protección Social y la Defensoría del Pueblo, no poseen potestad para intervenir directamente y desvincular a dichas personas de la lista, sino que se limitan a asesorar y acompañar a los ciudadanos vinculados. A su vez, las organizaciones estadounidenses que manejan estos casos no ofrecen información a nadie más que a la persona que aparece reportada, sin poderles exigir más allá de información general.

- Aunque la corte haya concluido que sólo el hecho de que una persona figure en la Lista Clinton, sin que haya sido condenada o esté investigado por delitos relacionados con el narcotráfico en Colombia, se convierte en una causa objetiva que autoriza la imposibilidad de acceder al sistema financiero; también ha ratificado que la banca posee la libertad contractual como regla general, así ella la limite por el núcleo esencial de los derechos de los clientes. Pero la realidad es otra; pues la banca colombiana considera que la lista Clinton si es una causal objetiva que apruebe su decisión, como quiera que existe un riesgo bancario derivado de la relación comercial con los peticionarios que es muy alta, pues los Estados Unidos frena relaciones comerciales con entidades financieras que prestan sus servicios a vinculados a la lista.

- Todo lo anterior debe verse desde lo que ofrece el derecho constitucionalizado, que se basa en valores y se estructura sobre principios, más que reglas, asegurando un Derecho más cercano a la justicia, conciliando las realidades de un país esencialmente inequitativo, pero fundamentalmente permite un ejercicio de argumentación racional y coherente; que en muchos casos es útil en sistemas jurídicos como el colombiano caracterizado por la inestabilidad jurídica y una constante ausencia de justicia.

- Aunque hay algunos que defienden el nuevo derecho, la visión permite reconocer que la ley no opera en situaciones de igualdad real o material, sino que ha sido concebida por el legislador desde una óptica puramente teórica, que concibe a los ciudadanos como iguales, desde una visión netamente formal, pero que no se compadece con lo que en el mundo real se observa.

- La corte también dejó claro que los particulares que asuman actividades bancarias adquieren una posición de supremacía material, obteniendo una relevancia jurídica frente al usuario, rompiendo el plano de igualdad, lo que conlleva a que las acciones o las omisiones se establezcan bajo un derecho constitucional fundamental que debe ser protegido judicialmente.

- Es decir que todas las personas jurídicas que desarrollen actividades bancarias, con naturaleza pública ya sean mixtos o privados actúan en principio de una acción neta del Estado, gozando de acciones prerrogativas públicas propias de la actividad, obligándolas a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios; por lo tanto, las acciones de tutela que se fundamenten en dicho sentido se convierte formalmente procedente.

- Las entidades bancarias fundamentan su acción de terminar unilateralmente los vínculos con cualquier persona y en cualquier término a partir del artículo 1389 del código de comercio, convirtiéndose en un proceso legal que surge de ni relación contractual y que debe resolverse desde la justicia civil. Pero los funcionarios o entidades que prestan servicios públicos de actividad bancaria exigen sean tenidos en cuenta desde la incidencia constitucional de la autonomía privada, que se ve reflejada en la libertad contractual de los bancos, y el derecho a la personalidad jurídica de los usuarios.

- Cabe mencionar que, dentro de las funciones del Estado Social de Derecho, se exige que toda actividad económica particular se lleve a cabo dentro del marco de la función, retomando el concepto de autonomía negocial que inscribe la dinámica de la libertad que reconoce a todo personal el poder de decir su propia esfera personal decidiendo su propia esfera patrimonial y personal, visto desde el bien común, la solidaridad y el derecho

colectivo. Todo esto se resume en el derecho de la actuación privada reconociendo al individuo como un ser de derecho, que libremente puede tener una conducta activa y desde su propia iniciativa, y como actor participe de la dinámica del mercado.

- Por lo anterior la Constitución debe ser el garante fundamental de todo ordenamiento jurídico, por lo que la legislación de derecho privado también debe ser interpretada y aplicada desde la misma y todo lo que tiene que ver como derecho fundamental. Es decir que los derechos fundamentales incluyen a los poderes públicos y a todos los particulares, porque la constitución posee un orden de eficacia horizontal. Por tanto, los poderes públicos están en la responsabilidad de asegurar que tanto lo económico, como lo social tenga una estructura justa, promoviendo la prosperidad general y garantizando de esta forma la efectividad de los derechos y deberes establecidos en la constitución.

- Es decir, la corte tiene claro que cualquier ejercicio de autonomía privada debe poseer preceptos constitucionales que de una u otra forma limitan el radio de la acción de la libertad contractual para las entidades financieras, como lo denota el artículo 335 de la constitución, el cual establece que los servicios bancarios como parte de los procesos financieros, son de interés públicos, lo que significa que dicha actividad debe generar bienestar familiar.

- Por otro lado, en lo que tiene que ver con las relaciones jurídicas que se fundan entre los particulares, tiene relevancia el artículo 14 de la constitución, donde se reconoce la personalidad jurídica como garantía de la personal natural para que goce de la capacidad jurídica o de la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, no solo de contenido extra patrimonial sino de los conceptos económicos, lo que integra potencialmente los negocios y lo jurídico en una sociedad. Esto significa que las personas como individuo perteneciente a

un Estado debe participar en la vida social y económica no sólo al momento de concertar aspectos económicos. En este orden de ideas se puede determinar que las entidades financieras no pueden arbitrariamente y de manera subjetiva negar el acceso a los servicios financieros de una persona, pues esto implicaría negarle su personalidad jurídica.

- Lo anterior significa que sería inconstitucional que se encuentre prohibida la sanción que limite indefinidamente la opción de acceso a las actividades económicas lícitas, dentro de ellas el ingreso a la actividad bancaria.

- Podría existir el argumento de que únicamente el legislativo sería el encargado de determinar cuándo la autonomía privada queda sujeta a restricciones, bajo la protección de los derechos constitucionales en las relaciones privadas. Aunque es clara la existencia de una doble función; por un lado, la búsqueda de la defensa de los derechos esenciales, y del otro la protección de la intervención del Estado donde se quebranta la igualdad y la evidencia de desigualdades de los derechos fundamentales como poder fundamental de los particulares.

- Pero, aunque existe esta garantía, no se pueden medir las libertades económicas que son derechos fundamentales *per se*; y que pueden ser limitadas por el legislador, aunque no de una forma arbitraria, tampoco como impedimento para el ejercicio de la igualdad de condiciones, de todos aquellos que poseen condiciones similares.

- Por tanto, no se puede mantener la total imposibilidad legal o práctica del acceso a la actividad financiera, ya que la discrecionalidad de las entidades financieras estaría negando el carácter de interés público de la actividad bancaria, los derechos de los clientes como personas jurídicas y el hecho de ejercer condiciones de igualdad, bajo una libre iniciativa privada.

- Es claro con todo esto que las actividades financieras demandadas por terminar unilateralmente las relaciones contractuales, están pasando los límites legales y de justicia, y por ende con tal comportamiento se están violentando los derechos fundamentales a la personalidad jurídica y a la igualdad, derechos que son legalmente tutelados.

- Evidentemente, no se puede obligar a las entidades financieras a restablecer los contratos unilateralmente terminados, visto desde la justicia que imparten las cortes, ya que la libertad de contratación que involucra el derecho a acceder y estar en el sistema financiero, se supedita a la actuación de los particulares bajo la no vulneración del núcleo esencial del derecho.

- La Corte Constitucional desde la Lista Clinton y sus diferentes manifestaciones jurídicas ha definido claramente que las actividades que llevan a cabo las entidades financieras, debe verse reflejadas desde la base de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales de sus vinculados, y de todo el entorno financiero que estructura los accionantes jurídicos, ya que la naturaleza del servicio público financiero, se predica bajo la razón de manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados y todo lo que tiene que ver con el ahorro público.

- Las entidades financieras deben actuar en ejercicio de una autorización neta del Estado cumpliendo sus fines, pero bajo el cumplimiento de condiciones mínimas de derecho de los usuarios, ya que la Corte en sus pronunciamientos ha considerado que la noción de interés público reviste la actividad financiera, por ser un servicio público que se materializa bajo las premisas de acceso a la prestación del servicio bajo autorización neta del Estado. A su vez el concepto de interés público de la actividad financiera se concreta bajo la garantía de la

igualdad de los usuarios para acceder al servicio, ya que, si bien se debe asegurar la solvencia de quien se encuentra en el sistema, la no aceptación de los clientes sólo debe responder a factores objetivos y razonables que implique un riesgo económico para la entidad financiera desde el precepto de la universalidad del derecho individual del ahorro.

- La Corte también establece que la autonomía privada dentro del fundamento del Estado Social de Derecho que ilegalmente se estructura desde la Lista Clinton, presenta limitaciones que pueden ser pasadas por alto desde los particulares al momento de manifestar su voluntad, obligándose y desarrollando los negocios jurídicos propios de la libertad y discrecionalidad que caracteriza lo privado, pero bajo el fundamento de que existen limitaciones que impone la autonomía de voluntad en los negocios jurídicos propios de la actividad financiera, generando la prevalencia de los principios constitucionales consagrados en la carta magna y que se estructuran en los códigos.

- Las dificultades que se establecen bajo la autonomía de la voluntad, los derechos al buen nombre, a la dignidad y a la libertad financiera, es un tópico que aún se mueve bajo la voluntad de la defensa que la corte constitucional establece bajo la figura metafórica de claro y oscuro; que reflejan de una u otra forma el temor de la corte por manejar de forma clara y precisa la defensa de la libertad y la igualdad por encima de la defensa de otros países o del mercado como sucede con las personas implicadas en la Lista Clinton. A pesar de que se ha reconocido en algunos momentos que los particulares han violado los derechos fundamentales, no han realizado acciones contundentes frente a dichas violaciones, o las han tratado muy tímidamente, quizá con celo excesivo o en defensa de los intereses colectivos o generales determinando que no se dan las condiciones para tutelar los derechos.

- A raíz de todo esto, existe un peligro latente y es el hecho de que con la mejor de las intenciones resultantes el Estado Colombiano, solo está garantizando a todos los integrantes de la Lista Clinton, un sistema principalista, con decisiones parciales y en ocasiones injustas, abriendo un camino para un hábil ejercicio de fallos mecanizados que ayudan solamente a ciertos intereses y que se parcializan en impartir justicia no completa, sin importar los prejuicios y las limitantes que producen en la población colombiana sean o no culpables de dichas vinculaciones.

- Razón por la que es necesario reforzar la defensa de los ciudadanos frente a esta problemática la cual está siendo llevada a cabo por la Defensoría del Pueblo, esto con el fin que estos ciudadanos sean desvinculados de la Lista, aun cuando a pesar de ser desvinculados de la Lista Clinton, el haber estado reseñados allí no se olvida porque pese a no estar ya dentro de esa “Lista Negra” los Bancos siguen discriminándolos por haber estado alguna vez inscritos allí injustamente. Entonces pese a que la Defensoría adelanta la defensa y logra en el mejor de los casos que se desvincule de la Lista a algún ciudadano colombiano, para los Bancos este es un antecedente negativo que afecta y continúa violando los derechos fundamentales antes expuestos.

- De acuerdo a lo anterior sería necesario implementar lo que se ha denominado el derecho al olvido, que en palabras de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) es el derecho que tiene un ciudadano a impedir la difusión de información personal a través de internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previsto en la normativa, también indica la AEPD que este derecho incluye la posibilidad de limitar la difusión de datos personales, incluso cuando la publicación original sea legítima,

estableciendo que la difusión universal e ilimitada de información que ya no tiene relevancia ni interés público a través de los buscadores causa una lesión a los derechos de las personas.

- La primera vez que se trató el tema del derecho al olvido fue con ocasión de la sentencia proferida por el Tribunal de Casación de Francia en un caso en el que un agricultor que en el año 1993 asesinó al propietario de uno de los campos en los que trabajaba, de estos hechos se produjo y materializó una película belga de nombre “Meurtre aux Campos”.

- El agricultor y su familia solicitó ante la justicia francesa se suspendiera la publicación de la película, ante esta solicitud el Tribunal del Distrito de Bruselas el 20 de noviembre de 1990 prohibió que dicha película se transmitiera sin el permiso de los demandantes apoyándose en el artículo 8 de la convención Europea de los Derechos Humanos.

- Con esta providencia, el tribunal sentó el primer precedente sobre el droit à l'oubli o más conocido Derecho al Olvido siendo este entendido como parte integral del Derecho a la Intimidad.

- Sin embargo, fue con el caso Mario Costeja González contra Google Spain que este derecho fue desempolvado cobrando una mayor resonancia en los estrados judiciales. En este caso el demandante solicitaba a Google Spain fueran retirados de los motores de búsqueda todo indicio de hechos que habían sucedido en el año 1998 cuando remató sus bienes para pagar las deudas que tenía en ese momento, pasado que lo acompañaba en la internet y que, según él, afectaba su buen nombre.

- Ante esta demanda, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, falló el asunto C-131 de 2012 el día 13 de Mayo de 2014 ordenando a Google Spain bloquear el acceso de los

internautas a las páginas web en donde se podría acceder a información que no es relevante o no es de interés público.

- A partir del caso anteriormente enunciado se levantaron más asuntos en los que apoyados en el derecho al olvido, se solicitaba se borrarán de los motores de búsqueda de internet información que no era relevante, que no pertenecía al interés público y que además violaba el derecho a la intimidad y la privacidad de las personas.

- En Colombia el derecho al olvido no tiene fundamento directamente constitucional, sin embargo se venía tratando a través de la acción de tutela argumentando la manera en la que los hechos afectaban los derechos fundamentales del accionante, tal es el caso de las personas que se han visto involucradas en procesos penales, cuyas sentencias son publicadas por los medios oficiales de la administración de justicia, para este caso, las corporaciones están obligadas a indicar otros datos personales de manera que no se vincule a la persona con los hechos, toda vez que se entiende que una vez cumplen la pena, han pagado la sanción que amerita el delito, este como uno de tantos casos en los que la información que circula en la internet puede afectar y violar los derechos fundamentales de los Colombianos.

- También se ha tratado el derecho al olvido en relación con el derecho al habeas data en el entendido de la caducidad del tiempo de los reportes negativos en materia financiera que de acuerdo a la norma al cumplimiento de cierto tiempo deben ser retirados estos reportes sancionatorios, de ser así pasado el tiempo de sanción, estos reportes deben ser borrados o corregidos, asegurando de esta manera que el pasado financiero de los consumidores no afecte su futuro comercial, así las cosas el argumento en el que se apoyan varios accionantes reclamando que por su derecho al habeas data se borren los reportes inmediatamente efectúan

el pago de sus obligaciones en mora, está sujeto a las condiciones sancionatorias que la ley 1581 de 2012 estableció para la materia, lo anterior, teniendo en cuenta que las entidades financieras tienen derecho a conocer de manera temporal el pasado comercial de los usuarios o consumidores con el fin de evaluar el riesgo de prestar o contratar un servicio con la persona que se acerca a hacerlo.

- Como ejemplo, en Colombia, uno de los casos más recientes y sonados tuvo ocasión con hechos ocurridos el 29 de agosto de 2000, fecha en la que el periódico El Tiempo realizó una publicación a la que llamó “Empresa de trata de blancas”, en donde informaba la captura de dieciséis personas en la Ciudad de Cali que estaban aparentemente hacían parte de una red de trata de blancas, relacionando los nombres de las personas que habían sido capturadas.

- Una de las personas involucradas no fue condenada por los hechos publicados por la casa editorial, sin embargo, al ingresar su nombre en internet, aparecían reportes en los que se le involucraba con esta red delictiva lo cual afectaba de manera su buen nombre. Con ocasión a eso, inició una acción de tutela que fue llevada hasta la Corte Constitucional con el fin que se defendieran sus derechos a la honra y el buen nombre. La Corte, falló la tutela el día 12 de Mayo de 2015 a través de la sentencia T-277 de 2015, a través de la que ordenó a la Casa Editorial el Tiempo que, por medio de la herramienta técnica “robots.txt”, “metatags” u otra similar, neutralice la posibilidad de libre acceso a la noticia “Empresa de Trata de Blancas” a partir de la mera digitación del nombre de la accionante en los buscadores de internet.

- Así las cosas, es necesario que una vez se logre desvincular al ciudadano Colombiano de la Lista Clinton, se proceda inmediatamente a borrar, eliminar o privar de acceso al

público, a todo indicio que dé a entender que ese ciudadano fue alguna vez señalado como presunto Narcotraficante, de esta manera si la Banca continúa arbitrariamente consultando esa Lista para otorgar productos, no se continúen violando los derechos de los ciudadanos que logran ser desvinculados.

Referencias bibliográficas

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1999). *Resoluciones y decisiones aprobadas por la Asamblea General durante su vigésimo período extraordinario de sesiones.*

Documentos oficiales. Suplemento No. 3 (A/S-20/14),.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (21 de Diciembre de 1965). *Carta De Las Naciones Unidas. Resolución 2131 del 21 de Diciembre de 1965.*

Bernal Salazar, D. (sf). *Cupos individuales de endeudamiento, concentración de riesgo y garantías admisibles en el sistema Financiero Colombiano. Trabajo de grado como requisito parcial para optar el título de Abogado, .* Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana. .

Congreso de la República De Colombia. (1993). *Ley 35 de 1993.*

Constitución Política de Colombia. (1992). *Sentencia T -480 de 1992. Magistrado Ponente Jaime Sanin Greiffenstein.*

Constitución Política de Colombia. (1995). *Sentencia T-404 de 1995. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.*

Constitución Política de Colombia. (sf). *Artículo 13.*

Constitución Política de Colombia. (sf). *Artículo 29 .*

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T – 443 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.*

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T- 412 de 1992. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.*

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-432 de . Magistrado Ponente Jaime Sanin Greiffenstein, Ciro Angarita Barón.*

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-485 de 1992. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.*

Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia T-240 de 1993. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.*

Corte Constitucional de Colombia. (1994). *Sentencia C-176 de 1994. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.*

Corte Constitucional de Colombia. (1995). *Sentencia C-420 de 1995. Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.*

Corte Constitucional de Colombia. (1996). *Sentencia T-590 de 1996. Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.*

Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia C-384 de 1997. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.*

Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia C-372 de 1998. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.*

Corte Constitucional de Colombia. (1999). *Sentencia de tutela No SU-167 de 1999. Magistrado Ponente; Alejandro Martínez Caballero.*

Corte Constitucional de Colombia. (1999). *Sentencia de tutela No SU-167 de 1999. Magistrado Ponente; Alejandro Martínez Caballero.*

Corte Constitucional de Colombia. (2000). *Sentencia 1189 de 2000. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.*

Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia T-722 de 2001. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.*

Corte Constitucional de Colombia. (2006). *Sentencia C-341 de 2006. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.*

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-585 de 2013. Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.*

Corte Constitucional de Colombia. (Abril 8 de 1997). *Sentencia No. T-17597, de Abril 8 de 1997; Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.*

Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia C-400 de 1998. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.*

Corte Suprema de Justicia. (2001). *Sala de Casación Penal No. 16174. Magistrado Ponente Carlos E. Mejía Escobar, .*

Corte Suprema de Justicia. (2006). *Sala de Casación Laboral. Radicación No. 26,437, Magistrado Ponente Gustavo José Gnecco Mendoza, .*

López Guerra, L., Espin, E., García Morillo, J., Pérez Tremips, P., & Saturtregui, M. (1991). *Derecho Constitucional. Volumen 1. El Ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los Ciudadanos. . Valencia : Editorial Tirant lo Blanch. .*

Mesa Naranjo, V. (1995). *Teoría constitucional e Instituciones políticas.* Bogotá.

Organización de los Estados Americanos –OEA. (s.f.). *Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos –B-32. Tratos multilaterales.* Departamento de Derecho Internacional.

Pulgarín Martínez, J., & Castañeda Ruiz, H. (2005). *Breve descripción de los conceptos de autonomía universitaria derivados de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana. Informes de investigación y ensayos inéditos*. Medellín: Facultad de educación, universidad de Antioquia.

Red De Consejos Comunitarios del Pacífico Sur. (1998). *Convención de las naciones unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*. Bogotá: Mesa Departamental de Organizaciones Sociales Campesinas.

República de Colombia. Constitución Política de Colombia, 1991. (sf). *El pueblo de Colombia*. Obtenido de <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>

Rodríguez-Pinzón, D. (1999). *El derecho a la honra y la reputación*. American University-Washington College, of Law. Congreso anual de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO)