



Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

130 años sirviendo a Colombia

380

julio - diciembre, 2024

Directora de la revista

Yadira Alarcón Palacio

Miembro correspondiente de la
Academia Colombiana de Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
julio-diciembre, 2024

COMISIÓN DE LA MESA

JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA
Presidente

SAÚL SOTOMONTE SOTOMONTE
Primer vicepresidente

LUCY CRUZ DE QUIÑONEZ
Segunda vicepresidente

DIGNATARIOS DE LA CORPORACIÓN

JOSÉ CELESTINO HERNÁNDEZ RUEDA
Secretario general

SANDRA MORELLI RICO
Tesorera

HERNANDO ROA SUÁREZ
Bibliotecario

DIRECTORA DE LA REVISTA

YADIRA ALARCÓN PALACIO

COMITÉ EDITORIAL

CONSUELO ACUÑA TRASLAVIÑA

RAFAEL FORERO CONTRERAS

SERGIO MUÑOZ LAVERDE

MARIO CAJAS SARRIA

MANUEL RESTREPO MEDINA

LAURA GARCÍA MATAMOROS

GIORGIA PAVANI

COMITÉ CIENTÍFICO

LUCY CRUZ DE QUIÑONES

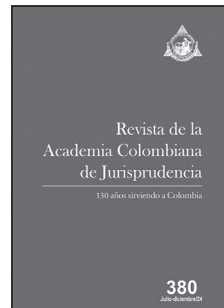
ERNESTO RENGIFO GARCÍA

SANDRA MORELLI RICO

LUIS JAVIER MORENO ORTIZ

RICARDO ABELLO GALVIS

RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU



Esta revista es divulgada tanto en forma impresa
como en formato digital a texto abierto.

Se autoriza la reproducción de los textos citando
la fuente. Las opiniones de los autores son de
su entera responsabilidad y no comprometen
la línea editorial de la Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia.

MARTA LUZ RIVERO ARROYO
Asistente editorial

MARUJA ESTHER FLÓREZ JIMÉNEZ
Diseño y diagramación

MARÍA DEL PILAR GARCÍA GONZÁLEZ
Correctora de estilo

DGP EDITORES
Impresión

Calle 84C n.º 9-32.
Tel.: 601 621 1420
Página web: www.academiacolombianadejurisprudencia.com.co
E-mail: revista@academiacolombianadejurisprudencia.com.co
Bogotá - Colombia

Edición n.º 380, julio-diciembre, 2024
ISSN (impresa): 0123-301-7
ISSN (.pdf): 2744-8010

CONTENIDO

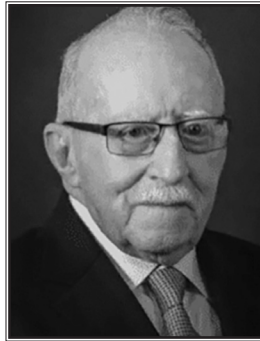
EDITORIAL.....	7
CONMEMORACIÓN DE LOS 130 AÑOS DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA Juan Rafael Bravo Arteaga <i>Académico honorario</i> <i>Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia</i>	7
PRESENTACIÓN.....	13
REVISTA DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA. EDICIÓN n.º 380 Yadira Elena Alarcón Palacio <i>Directora de la revista</i>	13
PRIMERA PARTE	
DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.....	17
NULIDAD DE FIDEICOMISO CIVIL E INEFICACIA DE RESTITUCIÓN Carlos Fradique-Méndez Sr. <i>Académico de número</i>	19
JUDICATURA, SERVICIO SOCIAL Y EXAMEN CONVALIDANTE PARA LOS ABOGADOS RECIÉN EGRESADOS EN COLOMBIA Hernán Alejandro Olano García <i>Académico de número</i>	39
SEGUNDA PARTE	
DISCURSOS DE ASCENSO E INGRESO COMO MIEMBROS DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA.....	57
RETOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL PARA EL DERECHO Manuel Alberto Restrepo Medina <i>Académico de número</i>	59
RESPUESTA A LA INTERVENCIÓN DEL ACADÉMICO MANUEL RESTREPO MEDINA POR SU TRABAJO “RETOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL PARA EL DERECHO”; EN SU ASCENSO A MIEMBRO DE NÚMERO Carlos A. Orjuela Góngora <i>Académico de número</i>	77

EL APORTE DEL SIGLO XX A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA Gonzalo Suárez Beltrán <i>Académico de número</i>	85
RESPUESTA A LA INTERVENCIÓN DEL ACADÉMICO GONZALO SUÁREZ BELTRÁN POR SU TRABAJO “EL APORTE DEL SIGLO XX A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA”, EN SU ASCENSO A MIEMBRO DE NÚMERO Juan Carlos Esguerra Portocarrero <i>Académico de número</i>	107
PENA ALTERNATIVA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ José Celestino Hernández Rueda <i>Académico de número</i>	113
DISERTACIÓN FILOSÓFICA EN EL CONTEXTO DEL ECLIPSE DE LA CAUSALIDAD Eduardo López Villegas <i>Académico de número</i>	139
RESPUESTA A LA INTERVENCIÓN DEL ACADÉMICO EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS POR SU TRABAJO “DISERTACIÓN FILOSÓFICA EN EL CONTEXTO DEL ECLIPSE DE LA CAUSALIDAD”, EN SU ASCENSO A MIEMBRO DE NÚMERO Álvaro Orlando Pérez Pinzón <i>Académico de número</i>	179
EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: UNA MIRADA A SU INCORPORACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO Jorge Villegas Betancur <i>Académico de número. Capítulo seccional (Medellín)</i>	185
RESPUESTA A LA INTERVENCIÓN DEL ACADÉMICO JORGE VILLEGAS BETANCUR POR SU TRABAJO “EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: UNA MIRADA A SU INCORPORACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO”, EN SU ASCENSO A MIEMBRO DE NÚMERO Rodrigo Puyo Vasco <i>Académico de número</i>	231
LA INTROMISIÓN, A TRAVÉS DE LA TARIFA LEGAL, DEL LEGISLADOR EN LA FUNCIÓN JUDICIAL Y, EN ESPECIAL, CON RESPECTO A LA PRUEBA DOCUMENTAL Flavio Eduardo Córdoba Fuertes <i>Académico correspondiente</i>	237
LA LUCHA DEL DERECHO POR LOS LÍMITES Álvaro Andrés Motta Navas <i>Académico correspondiente</i>	247

CLÁUSULAS SOCIALES VS. EL DEBER DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL Rodrigo Pombo Cajiao <i>Académico correspondiente</i>	285
IMPACTOS POR LA GOBALIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Raquel Ceballos Molano <i>Académica correspondiente. Capítulo seccional (Cali)</i>	337
CONTENIDO Y MÉTODO DEL CONTROL JUDICIAL A LOS PREACUERDOS Y SUS MODALIDADES EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO Ana Julieta Argüelles Daraviña <i>Académica correspondiente. Capítulo seccional (Cali)</i>	377
TIEMPO PARA DESREGULAR LA USURA: UNA RESPUESTA DESDE EL DERECHO PRIVADO ECONÓMICO Luis Hernando Parra Nieto <i>Académico correspondiente</i>	411
DISCUSIONES SOBRE EL DESARROLLO DEL ARBITRAJE EN MATERIA SOCIETARIA EN COLOMBIA Jaime Humberto Tobar Ordóñez <i>Académico correspondiente</i>	453
TERCERA PARTE	
VIDA ACADÉMICA	485
PRESENTACIÓN DEL LIBRO “EL MUNDO JURÍDICO COLOMBIANO DEL SIGLO XIX: DE LAS LEGISLACIONES CASTELLANA E INDIANA A LOS CÓDIGOS DE 1887” DE RODRIGO PUYO VASCO María José Collantes de la Hera <i>Directora del Departamento de Historia del Derecho, Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España)</i>	487
PALABRAS DEL AUTOR Rodrigo Puyo Vasco <i>Académico de número</i>	491
PRESENTACIÓN DEL LIBRO “ENSAYOS POLÍTICO-JURÍDICOS” DE HERNANDO ROA SUÁREZ Palabras del autor Hernando Roa Suárez <i>Académico de número</i>	499
PRÓLOGO “ENSAYOS POLÍTICO-JURÍDICOS” Humberto Sierra Porto <i>Académico correspondiente</i>	515

REFLEXIONES SOBRE LA VIDA Y OBRA DE UN PROFESOR Sergio Rodríguez Azuero <i>Académico de número</i>	523
MEMBRESÍA	541
NOVEDADES DE LA MEMBRESÍA.....	543
RESEÑA REVISTA DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA	545
BREVE RESEÑA DE LA REVISTA DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA Hernán Alejandro Olano García <i>Académico de número</i>	547
CARTA A LOS AUTORES	549
PAUTAS DE REDACCIÓN DE LA REVISTA DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA.....	551

EDITORIAL
CONMEMORACIÓN DE LOS 130 AÑOS
DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA



Juan Rafael Bravo Arteaga
Académico honorario
Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

El 23 de septiembre de cada año se conmemora la fundación de la Academia de Jurisprudencia, inicialmente llamada: “Sociedad Colombiana de Jurisprudencia”, fundación que ocurrió en la citada fecha del año de 1894.

Desde su fundación, los fines de la Academia han sido: la asesoría de las diferentes autoridades colombianas, cuando lo solicitan, y la emisión de conceptos a petición de los particulares, cuando se considera que lo planteado tiene interés general.

Al abrir este Foro, que se ocupará fundamentalmente de la operancia de la Constitución Nacional y de sus reformas o sustituciones, como presidente de la Academia Colombiana

de Jurisprudencia, me corresponde registrar la complacencia que sentimos los miembros de esta entidad por la presencia de tan ilustres juristas y hombres de Estado que participarán en este Foro, así como la admiración por el contenido de sus intervenciones, que escucharemos en el curso del día.

Ante todo, me permito enviar un saludo muy amable y respetuoso a los académicos extranjeros que participan en esta sesión, doctores Manuel Aragón, de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España, y Allan Brewer Carías, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Por diversas circunstancias, no resulta posible la presencia real de los mencionados académicos, que también lo son de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, pero, afortunadamente, la avanzada tecnología de nuestros días nos permitirá escuchar sus intervenciones de manera virtual. Muchas gracias a los doctores Aragón y Brewer por su participación en el presente Foro.

También tendremos oportunidad de escuchar, a no dudarlo, las profundas intervenciones de los distinguidos juristas y respetadas figuras de la política colombiana, que intervendrán en las diferentes sesiones que se celebrarán en el curso del día. Escuchar sus planteamientos y meditar sus propuestas constituirá una labor profundamente enriquecedora para todos los que tenemos la oportunidad de acompañarlos. Muchas gracias a los expositores por haber aceptado su participación en el presente Foro.

El tema fundamental, que ocupará nuestra atención en las próximas horas, será el referente a la reforma de la Constitución, en cuanto a sus procedimientos y contenidos.

La Constitución de Colombia de 1991, en su Título XIII, artículos 374 a 379, establece que la Carta Fundamental puede ser reformada por el “Congreso Nacional”, por una “Asamblea Constituyente” o por un “Referendo”. En los citados textos, se regula la configuración de las diferentes formas antes enunciadas, conforme a las cuales, en todos los casos, es necesaria la intervención del Congreso Nacional. En efecto: es evidente que en el caso de la reforma por acto legislativo es necesaria la intervención del Congreso. En el caso de la Asamblea Constituyente, esta debe ser aprobada por el Congreso, con el voto de, por lo menos, la tercera parte del censo electoral, mediante una ley que autorice al pueblo para convocar una colectividad que se ocupe de estudiar determinados temas constitucionales y

resolver sobre su posible reforma, así como también sobre la composición y duración de dicha entidad. En el caso del referendo popular, el Congreso debe expedir una ley que contenga la propuesta de reforma constitucional y que ordene someter la correspondiente propuesta al voto popular.

En tales condiciones, no resulta conforme a Derecho la propuesta de algunos altos exfuncionarios del Estado, en el sentido que el acuerdo de la Presidencia de la República con un grupo guerrillero, firmado en el año 2016 en busca de la paz, pueda legitimar la convocatoria de una Asamblea Constituyente, así como tampoco que, por la expedición de un decreto de la Presidencia de la República, se pueda convocar a un referendo popular para que los ciudadanos puedan aprobar reformas a la Constitución.

La reforma de la Constitución solamente puede realizarse en la forma prevista por ella misma.

Por otra parte, la facultad de reforma de la Constitución es limitada, conforme lo tiene establecido la Corte Constitucional en Sentencia C- 551 del 9 de julio de 2003, que dijo lo siguiente:

Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la facultad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad.

En otra sentencia del 9 de diciembre de 2003, la Corte distingue entre dos principios jurídicos, que no permiten la modificación de la Constitución, que son: la “insustituibilidad” y la “intangibilidad”. El primero “impide transformar determinada Constitución en una totalmente diferente, lo cual implica que el cambio es de tal magnitud y trascendencia que la Constitución original fue remplazada por otra, con pretexto de reformarla”. El segundo “impide tocar el núcleo de un principio fundamental o, en su sentido más amplio, afectar uno de los principios definitorios de la Constitución”.

Conforme a lo anterior, cuando cambia todo el texto de la Constitución, o cuando cambian los principios fundamentales que le dan existencia, no se configura una reforma, sino, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de octubre de 1990: una intervención del “constituyente primario”, que es la nación o “el pueblo por habitar nuestro país”.

Así ocurrió en Colombia en 1886, cuando la Constitución de tal año sustituyó la de 1863, así como también en 1991, cuando la Constitución de tal año sustituyó la de 1886.

Después de la batalla de la Humareda, ocurrida el 17 de junio de 1885, en la cual vencieron las tropas del Gobierno, el presidente Rafael Núñez, desde el balcón del Palacio Presidencial, ante una multitud que lo aclamaba, declaró: “Señores: La Constitución de 1863 ha dejado de existir”.

Posteriormente, fue expedido el Decreto del 1 de septiembre de 1885, por el cual se invitó a los gobernantes de los Estados para que enviaran a Bogotá “delegados” que formarían un Consejo Nacional, para deliberar sobre los términos en que se deberían reformar las instituciones.

En la *Historia de Colombia* de Henao y Arrubla se dice que el mencionado Consejo se instaló el 11 de noviembre de 1885, y que estaba compuesto de dieciocho (18) miembros.

El Consejo de Delegatarios expidió el 30 de noviembre del citado año un Acuerdo sobre reforma constitucional que fue base de la Ley fundamental, el cual fue aceptado “en todas sus partes” por el Poder Ejecutivo y se sometió a la ratificación de los Concejos Municipales de la República, los cuales lo aprobaron emitiendo su voto libremente. “De 619 municipalidades, votaron 605 afirmativamente, y 14 negativamente. El escrutinio definitivo lo hizo la Corte Suprema de Justicia”.¹ En todo caso, los votos afirmativos superaron el 97% del total de votos.

En el año de 1990 se presentó en Colombia una situación de orden público que encendió todas las alarmas en el Gobierno Nacional y en la opinión pública, lo cual dio lugar a la convocatoria de una consulta con el electorado para el 27 de mayo de dicho año, con el objeto de preguntar sobre la conveniencia o no de convocar una Asamblea Constitucional para la reforma de la Carta de 1886 y sus enmiendas posteriores. Sobre el resultado de dicha votación, uno de los considerandos del Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990, dice lo siguiente:

Que el resultado de tal contabilización demuestra que una amplia mayoría de votantes, superior al 88%, sufragó afirmativamente, lo cual significa que la Nación, depositaria de la soberanía, ha manifestado en ejercicio de

¹ Henao y Arrubla. *Historia de Colombia* (Bogotá: Talleres Editoriales de la Librería Voluntad, 1967), 782 y 783.

la función constitucional del sufragio su voluntad de que sea convocada una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política vigente con el fin de fortalecer la democracia participativa.

En el mencionado Decreto se autorizó la celebración de una consulta popular el 9 de diciembre de 1990, “para que los ciudadanos tengan la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional”. En sentencia del 9 de octubre de 1990, la Corte Suprema de Justicia declaró constitucional el Decreto 1926 de 1990, salvo en lo referente a la limitación de los temas sobre los cuales podría pronunciarse la mencionada Asamblea. Por tal razón, la Asamblea Constituyente declaró que, debido a su origen popular, no tenía limitación ni controles. Así nació el texto de la Constitución de 1991.

De lo anteriormente expuesto, se puede deducir lo siguiente:

- 1°.- Que la Constitución Nacional solo puede ser reformada por los medios establecidos en ella misma.
- 2°.- Que si se pretende invocar al “constituyente primario” para reformar la Constitución de 1991, teniendo en cuenta los antecedentes históricos de 1885 y de 1990, sería necesario el consenso del electorado en un 97%, como ocurrió en 1885, o por lo menos del 88%, como ocurrió en 1990.
- 3°.- Si se analiza la situación actual de Colombia, se observa que el respaldo popular de una posible propuesta de acudir al respaldo del “Constituyente primario”, para modificar la Constitución, escasamente llegaría a un 30% de la población, lo cual sería notablemente inferior a los porcentajes registrados, tanto en 1885 como en 1990. En tales condiciones no sería políticamente aceptable una reforma constitucional.

PRESENTACIÓN
REVISTA DE LA ACADEMIA COLOMBIANA
DE JURISPRUDENCIA
Edición n.º 380



Yadira Elena Alarcón Palacio
Directora de la revista

En esta entrega compartimos con la comunidad la revista número 380 de nuestra corporación, en la que damos cuenta de nuestra intensa actividad académica. Este número inicia con la editorial que antecede, en la que presentamos el discurso de nuestro señor presidente, Dr. Juan Rafael Bravo Arteaga, en el evento conmemorativo de los 130 años de nuestra corporación que agrupó a importantes personalidades del derecho constitucional actual, entre ellos, a Manuel Aragón, Allan Brewer Carías, Mauricio García Villegas, Fernando Carrillo Flórez, Gustavo Zafra Roldán, Juan Manuel Charry, Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Juan Camilo Restrepo, Hugo Palacios Mejía, Alejandro Linares Cantillo, Alfonso Gómez Méndez, Humberto

Sierra Porto, Julio César Ortiz, Álvaro Echeverry Uruburu, Humberto De La Calle Lombana, Augusto Trujillo Muñoz, Sandra Morelli Rico, Claudia Dangond Gibson, Ángela María Buitrago. A todos les damos las gracias por haber participado, y esperamos que próximamente se puedan publicar las memorias de tan importante evento, que se constituyó en un gran foro de debate sobre la reforma a la Constitución Política y sus procesos en el marco de un Estado Social de Derecho democrático y constitucional.

En la sección de Doctrina y Jurisprudencia, presentamos la contribución del académico de número Carlos Fradique-Méndez, “Nulidad de fideicomiso civil e ineficacia de restitución”, y la contribución del académico de número Hernán Alejandro Olano García, “Judicatura, servicio social y examen convalidante para los abogados recién egresados en Colombia”.

En una segunda sección, publicamos los discursos de ascenso e ingreso de nuestros distinguidos académicos, con trabajos como “Retos de la economía digital para el Derecho” de Manuel Restrepo Medina, en su ascenso a miembro de número, así como el texto de las intervenciones presentadas por los doctores Gonzalo Suárez Beltrán, “El aporte del siglo XX a la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia”; de José Celestino Hernández, “Pena alternativa en la ley de justicia y paz”; de Eduardo López Villegas, “Disertación filosófica en el contexto del eclipse de la causalidad”, y de Jorge Villegas Betancur, “El consentimiento informado: una mirada a su incorporación en el Derecho colombiano”.

Seguidamente, en la tercera sección, encontramos los discursos de ingreso como miembros correspondientes, así: “La intromisión, a través de la tarifa legal, del legislador en la función judicial y, en especial, con respecto a la prueba documental”, de Flavio Eduardo Córdoba Fuertes; “La lucha del Derecho por los límites”, de Álvaro Andrés Motta Navas; “Cláusulas sociales vs. el deber de selección objetiva en la contratación estatal”, de Rodrigo Pombo Cajiao; “Impactos por la globalización e internacionalización del derecho de propiedad intelectual en el ordenamiento jurídico colombiano”, de Raquel Ceballos Molano; “Contenido y método del control judicial a los preacuerdos y sus modalidades en el sistema acusatorio colombiano”, de Ana Julieta Argüelles Daraviña; “Tiempo para desregular la usura: una respuesta desde el Derecho privado económico”, de Luis Hernando Parra Nieto, y “Discusiones sobre el desarrollo del arbitraje en materia societaria en Colombia”, del doctor Jaime Humberto Tobar Ordóñez.

En una tercera sección y cerrando esta edición compartimos las presentaciones de los libros *El mundo jurídico colombiano del siglo XIX: de las legislaciones castellana e indiana a los códigos de 1887*, del académico de número Rodrigo Puyo V., y *Ensayos político-jurídicos*, del académico de número Hernando Roa Suárez, y cerramos la edición con las “Reflexiones sobre la vida y obra de un profesor”, del académico de número Sergio Rodríguez Azuero.

Primera parte

Doctrina y Jurisprudencia

NULIDAD DE FIDEICOMISO CIVIL E INEFICACIA DE RESTITUCIÓN

Carlos Fradique-Méndez Sr.*
Académico de número

Resumen: El fideicomiso civil es institución en decadencia, y bajo la cultura de no estudiar los actos jurídicos conforme a sus elementos esenciales y aceptar en silencio las costumbres de los formatos, se cometen yerros jurídicos que se han podido evitar si se ejercen con el debido cuidado las obligaciones de control de legalidad que tienen las autoridades y funcionarios que deben autorizar la realización de actos jurídicos.

La restitución, en la fiducia, es la traslación de la propiedad por el fiduciario al fideicomisario o fideicomisarios. Traslación, es acción de trasladar y exige como esencia que haya una persona que traslada un derecho y otra u otras personas que lo reciben, por lo que se trata de un acto jurídico esencialmente bilateral y, por lo tanto, excluye la opción de que sea unilateral.

Palabras y expresiones clave: fiducia; fiduciario; fideicomisario; plazo; condición; muerte; hecho jurídico; traslado de derechos; acto bilateral; acto unilateral; ineficacia actos jurídicos; control de legalidad.

NULLITY OF CIVIL TRUST AND INEFFECTIVENESS OF RESTITUTION

Abstract: Civil trusts are falling into disuse and the use of templates, lack of analysis of the essential elements of the transaction, and the relevant particularities in each case, may result in legal errors which

* Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Consultor en temas de derecho civil y de familia.
Contacto: carlosfradique@outlook.com

may be avoided by a diligent legality review by the authorities and officers who are in charge of controlling and authorizing certain legal transactions.

In the context of trusts, a restitution implies the transfer of ownership by the trustee to the trustor(s). A transfer, in essence, requires the existence of a person who transfers the ownership and a person who receives it, which constitutes a bilateral act and in consequence, may not be unilateral.

Keywords: Trust; Trustee; Trustor; Term; Condition; Death; Legal transaction; Transfer or rights; Bilateral act; Unilateral act; Ineffectiveness of legal acts; Legality review.

La fiducia es institución milenaria

Lo tomo de la red. Etimológicamente, “la palabra fideicomiso viene del término latín *fideicommissum*, de la unión de las palabras *fide*, que quiere decir confianza o fe, y *commissum*, que significa comisión, lo que se traduce como “un cometido de confianza”.

El fideicomiso es, entonces, un encargo de buena fe para que el encargado, el fiduciario, entregue a otro, el beneficiario del encargo, fideicomisario, el bien que se denomina fideicomiso o bien entregado de buena fe para que se cumpla el encargo.

En el Derecho Romano –tomo las ideas del Diccionario de Jurisprudencia Romana del profesor Manuel Jesús García Garrido– el fideicomiso era una disposición en la que se confiaba en la buena fe del fiduciario, quien se encargaba de entregar el encargo, la comisión, a otra persona, llamada fideicomisario. Es una institución en la que prevalece la buena fe, aun cuando hubo casos en los que se utilizó para burlar leyes sobre sucesión y sobre impuestos.

En Colombia tomamos el fideicomiso del derecho chileno, desde los primeros códigos de los Estados en la Confederación Granadina, y es, en últimas, el que tenemos vigente, por supuesto sin olvidar que la fiducia civil ha perdido vigencia porque prevalece la fiducia mercantil.

El fideicomiso fue utilizado para desmejorar derechos hereditarios y hoy parece haberse reemplazado por la llamada sucesión en vida que regula el artículo 487 del CGP, del siguiente tenor:

PARÁGRAFO. La partición del patrimonio que en vida espontáneamente quiera efectuar una persona para adjudicar todo o parte de sus bienes, con o sin reserva de usufructo o administración, deberá, previa licencia judicial, efectuarse mediante escritura pública, en la que también se respeten las

asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales. En el caso de estos será necesario el consentimiento del cónyuge o compañero.

Los herederos, el cónyuge o compañero permanente y los terceros que acrediten un interés legítimo, podrán solicitar su rescisión dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que tuvieron o debieron tener conocimiento de la partición.

Fideicomiso y buena fe

Conforme a las notas citadas, hoy no hay duda de que el fideicomiso se puede constituir, pero bajo estrictas normas de buena fe, y que todo fideicomiso en el que no se respeten “las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales, queda viciado de nulidad y en subsidio de ineficacia”. Si el fideicomiso queda bien celebrado, pero lesiona derechos, ¿la acción será la rescisión?

Para el caso en estudio no procede la rescisión porque este fideicomiso queda viciado de nulidad y no genera obligaciones exigibles, como lo presento en la tesis que expongo.

Modelos de escrituras

Para exponer con mejor precisión el tema dejo a consideración el resumen básico de las escrituras de fideicomiso y de restitución que se encuentran en la red y que ofrecen entidades que tienen que ver con la constitución de fideicomisos.

ESCRITURA DE FIDEICOMISO

Fecha hipotética: 20 de enero de 2010

Clase de acto: ***Constitución de propiedad fiduciaria civil de carácter revocable***

Constituyente: Pedro Pedro

Fideicomisarios: xx, yy y *Juan Pedro*

Se presentó el constituyente y manifestó:

#. Que es dueño de los siguientes bienes

xxx xxx y los identifica.

#. Que conservando sobre los bienes la calidad de ***PROPIETARIO FIDUCIARIO*** constituye sobre ellos gravamen de fideicomiso revocable a favor de xx, yy, *Juan Pedro*

#. Que los bienes del fideicomiso son inembargables

#. Que, una vez verificada la condición, esto es la muerte del fideicomitente constituyente, los fideicomisarios otorgarán escritura pública de restitución del fideicomiso civil, acto en el cual se convierten en dueños absolutos de los bienes con la facultad de usar, gozar y disponer...

#. Que por ser un acto unilateral se reserva el derecho de cancelar el fideicomiso para recobrar el dominio pleno sobre los bienes del fideicomiso.

Es importante tener en cuenta que el fideicomiso se constituyó a título gratuito, lo que lo hace presumir como DONACIÓN para efectos de disposición del derecho y de pagos fiscales. Así se concluye de lo dispuesto en los arts. 1740 y 1741 del Código Civil. Pero una donación que no puede cumplirse porque no hay testamento y luego de muerto el fiduciario, no habrá donante que pueda transferir el dominio.

ESCRITURA DE RESTITUCIÓN

Fecha de otorgamiento: 20 de febrero de 2020

Clase de acto: **Restitución de bien sometido a propiedad fiduciaria civil de carácter revocable**

Un inmueble y cuotas sociales en sociedad Ltda.

Beneficiarios - compareciente: Juan Pedro, uno de los tres fideicomisarios (es el único compareciente).

Inmueble objeto del acto: lote de terreno

Establecimiento comercial: 50 cuotas sociales en sociedad de responsabilidad Ltda.

El fideicomisario compareciente manifestó:

#: Que por medio de la escritura No. xx se constituyó **fideicomiso civil de carácter revocable**. A favor de xx, yy, zz.

#: Que, en la cláusula novena de la mencionada escritura, el *CONSTITUYENTE* condicionó la restitución de los bienes constituidos fideicomiso, a su propio fallecimiento al establecer: “Que, una vez verificada la condición, esto es la muerte del fideicomitente constituyente...” los fideicomisarios otorgarán la escritura de restitución...

#: Que el fallecimiento del constituyente *Pedro Pedro* acaeció en la ciudad de xxx, el pasado 20 de enero de 2020, fecha en la cual, cumplida la condición el bien debe ser restituido de conformidad con lo estatuido por los

artículos 794 a 822 del Código Civil, en común y proindiviso y por iguales partes a favor de sus hijos xx, yy, zz.

#: **Cuantía:** Que para efectos fiscales la presente *restitución* tiene un valor de *cinco millones de pesos*.

#: Que ruega al señor R.I.P de xxx proceder al registro de la presente escritura, toda vez que se cumplió la condición de la cual pendía la restitución del inmueble en cabeza de los fideicomisarios y pide a la Cámara de Comercio que reforme los estatutos de la sociedad para ingreso de nuevos socios.

Es importante estudiar el alcance de los efectos fiscales, dado que el FIDEICOMISO se constituyó a título gratuito y en el evento de que fuera jurídicamente posible la traslación del dominio, debe hacerse a título gratuito y si se fijara precio ha debido ser un precio para el lote y otro para las cuotas sociales y para cada uno de los fideicomisarios.

Qué es el fideicomiso

Conforme al artículo 794 del CC

... se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición.

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución.

Elementos del fideicomiso civil

Conforme a la norma anterior son los siguientes:

Fiduciante. La persona dueña del bien que constituye el fideicomiso. Los bienes deben estar perfectamente identificados conforme a los títulos de propiedad.

Fideicomiso. Los bienes que están con limitación de dominio y deben ser restituidos al cumplirse la condición.

Fiduciario. La persona que recibe el bien en propiedad fiduciaria y que debe cumplir con la transferencia, con la traslación del dominio una vez se cumpla la condición establecida. Puede ser el mismo fiduciante, caso en el que él y solo él puede transferir el dominio. En estricto sentido, debe ser persona diferente al constituyente. El artículo 807 permite que el constituyente goce fiduciariamente del fideicomiso.

Fideicomisario o fideicomisarios. Es el beneficiario o son los beneficiarios del fideicomiso. Su eventual derecho es recibir el derecho de dominio sobre los bienes del fideicomiso. No se los pueden autoadjudicar.

Condición. Es el hecho futuro e incierto que, ocurrido, genera obligación para el fiduciario de transferir la propiedad de los bienes del fideicomiso al o a los fideicomisarios en los precisos términos que se consignaron en la escritura pública de constitución. Por la mera ocurrencia de la condición no se transfiere el dominio. Cumplida la condición, la obligación de transferir, de trasladar el dominio se hace exigible y la debe cumplir el propietario fiduciario y solo él. Para la restitución o entrega del encargo, para la transferencia del dominio, si la propiedad debe ser registrada, se requiere escritura pública otorgada por el titular del derecho, es decir, el fiduciario.

Hay que distinguir la obligación condicional de la exigibilidad y cumplimiento de la obligación.

Para el caso del fideicomiso, el propietario fiduciario adquiere una obligación cuya exigibilidad depende del cumplimiento de la condición en los términos convenidos (art. 1541 CC) y los fideicomisarios solo podrán exigir el cumplimiento de la obligación de traslación del derecho (no confundir con tradición del derecho), luego de cumplida cabalmente la condición (art. 1542 CC)

Restitución. Es la traslación de la propiedad por el fiduciario al fideicomisario o fideicomisarios. Quien hace la restitución debe ser el dueño del fideicomiso, porque solo el dueño puede transferir propiedad. Por supuesto que los fideicomisarios deben estar presentes en el acto de traslación para que acepten la traslación o la rechacen. Por esta razón, la traslación de la propiedad que para el caso *no es tradición* sino título de traslación. Título de propiedad es un acto jurídico bilateral: quien traslada y quien acepta la traslación.¹

Tipicidad de los elementos del fideicomiso en el fideicomiso civil citado

En la escritura de constitución citada, el constituyente se reservó la propiedad, y se constituyó como propietario fiduciario y, como tal, recibiría los bienes del fideicomiso, y al ocurrir la condición, debería transferir a los fideicomisarios el dominio sobre los bienes del fideicomiso.

¹ Artículos 740, 793, 794, 1530 del Código Civil.

Esta transformación del constituyente de propietario pleno a propietario fiduciario, esta transfiguración el estilo bíblico (San Lucas 9, 28-36), deja dudas jurídicas, porque del texto del artículo 794 del CC citado, solo es posible esta conversión, si la restitución se debe hacer en vida del constituyente.

En gracia de discusión, admitamos que en el caso comentado, en una misma persona pueden concurrir las calidades de fideicomitente y de fiduciario como lo permite, *lato sensu*, el artículo 807 del Código Civil. No es fácil entender que una persona, que es dueña de un bien, pueda transferirse la propiedad a sí mismo para recibirla con un gravamen fiduciario. Es como aceptar que “yo me puedo ceder una propiedad a mí mismo” y, con el solo cambio unilateral, antes del CGP, transformar el bien en inembargable.

Como el constituyente se hace dueño fiduciario, adquiere la obligación de transferir la propiedad de esos bienes a los fideicomisarios, una vez él muera, muerte que así llanamente establecida no es una condición sino un plazo indeterminado, porque la muerte es un hecho ineluctable, es decir, no es incierto y, según el argot popular, es lo único cierto que tenemos en la vida.

Para el caso es necesario recordar el artículo 801 del Código Civil que reza: “...Las disposiciones a día que no equivalgan a condición, según las reglas del título *De las asignaciones testamentarias*, capítulo 3, no constituyen fideicomiso”.

En el capítulo 3, encontramos en el artículo 1139, *Asignaciones testamentarias a día*, y su párrafo 2 enseña: El día “...es cierto pero indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona.”

En los artículos 801 y 1139 encaja de manera perfecta el párrafo que se consignó en la escritura de constitución del fideicomiso: “...una vez verificada la condición, esto es, la muerte del fideicomitente constituyente” esta disposición a día cierto pero indeterminado no es condición, es plazo y como tal *no constituye fideicomiso*.

Es útil recordar un ejemplo preciso en el que la muerte es una condición. En la canción *Jaime Molina* del maestro Rafael Escalona encontramos la lección perfecta.

Jaime Molina, canción de Rafael Escalona

Recuerdo que Jaime Molina
Cuando estaba borracho ponía esta condición:
Que, si yo moría primero él me hacía un retrato
O, si él se moría primero le sacara un son.
Ahora prefiero esta condición,
Que me hiciera el retrato y no sacarle el son.

Jaime Molina murió y Rafael Escalona le compuso esta canción que es dechado de amistad y de cumplimento de la antes llamada “palabra de oro”.

No hago ninguna referencia a la validez del acto jurídico celebrado estando borracho, uno o ambos contratantes. Entre amigos como Jaime Molina y Rafael Escalona, la palabra es de oro y se cumple, como en efecto se cumplió.

Cuando el fideicomitente dice que se vuelve, se transfigura en fideicomisario y que se obliga, una vez muera, es decir, se obliga para cuando esté muerto a transferir, a trasladar, diferente a tradición del derecho de propiedad sobre ciertos bienes a un tercero o terceros llamados fideicomisarios, se está obligando a realizar algo que físicamente no podrá cumplir, es decir, está aceptando una obligación físicamente imposible de cumplir: aquella que contraría las leyes de la naturaleza, puesto que los muertos por sí mismos no pueden celebrar contratos por falta absoluta de capacidad y de voluntad.

Las obligaciones contraídas por las personas y que perduren luego de la muerte de estas, de ser conformes a derecho, las deben cumplir sus herederos y conforme a las normas de la sucesión, y si se trata de legados, además, conforme al testamento.

Y el que los muertos no pueden transferir derechos, no pueden celebrar actos jurídicos es, evidente, conforme al artículo 91 del CC, que enseña que la existencia de las personas termina con la muerte.

Recordemos lo dicho en el Eclesiastés 9:5-7: “...porque los que viven saben que han de morir; más los muertos nada saben, ni tienen más paga; porque su memoria es puesta en olvido.”

Seguimiento del derecho de propiedad sobre los bienes del fideicomiso

Para entender mejor la situación, debemos hacernos las siguientes preguntas: ¿Quién era el dueño de los bienes el 20 de enero de 2010, fecha

de la constitución del fideicomiso? Conforme al certificado de libertad del inmueble y al certificado de Cámara de Comercio, era Pedro Pedro.

¿Quién era el dueño de los bienes el 19 de enero de 2020, un día antes de la muerte de Pedro Pedro? Conforme al certificado de libertad del inmueble y al certificado de Cámara de Comercio, era Pedro Pedro.

¿Quién era el dueño de los bienes el 21 de enero de 2020, un día después de la muerte de pedro Pedro? Conforme al certificado de libertad del inmueble y al certificado de Cámara de Comercio, era Pedro Pedro. Pero, como murió, sus bienes siguiendo del propietario Pedro Pedro, y pasan a formar el Patrimonio Autónomo *Sociedad conyugal y herencia de PEDRO PEDRO, en liquidación.*

Esta afirmación tiene fundamento en los artículos 1012 y 1013 del Código Civil y la transferencia de esos bienes teniendo como propietario a PEDRO PEDRO, al patrimonio SOCIEDAD CONYUGAL y SUCESIÓN ILÍQUIDA, es de pleno derecho, por ministerio de la ley.

¿Quién era el dueño de los bienes el 20 de febrero de 2020, el día en que JUAN PEDRO, uno de los llamados fideicomisarios, otorgó lo que llamó escritura de restitución? Conforme al certificado de libertad del inmueble y al certificado de Cámara de Comercio y por la muerte de PEDRO PEDRO, el dueño sigue siendo PEDRO PEDRO, pero haciendo parte del PATRIMONIO AUTÓNOMO *Sociedad conyugal y herencia de PEDRO PEDRO, en liquidación.*

De lo anterior se colige: que Pedro Pedro nunca dejó de ser propietario de los bienes del fideicomiso y que, como consecuencia de su muerte, esos bienes siendo de propiedad de Pedro Pedro pasaron por virtud de la ley a formar parte del activo del patrimonio autónomo Sociedad Conyugal y herencia de Pedro Pedro, en liquidación.

Y esta afirmación de que Pedro Pedro sigue siendo dueño de los bienes, aun después de muerto, se entiende mejor si recordamos que en el trabajo de partición o de adjudicación de la herencia se tienen en cuenta los bienes de Pedro Pedro para adjudicarlos a quien corresponda por ley.

Adicional a las preguntas anteriores tiene cabida la siguiente:

¿En qué día, por medio de qué acto jurídico, por virtud de cuál disposición legal, Juan Pedro, durante el tiempo comprendido entre el 20 de enero de

2010, fecha de constitución del fideicomiso, el 19 de febrero de 2020, un día antes de otorgar la llamada escritura de restitución, se hizo propietario de los bienes que se limitaron como propiedad fiduciaria? La única respuesta posible es: Juan Pedro nunca ha sido dueño de los bienes del fideicomiso, y siendo fideicomisario solo tiene la expectativa de que el *propietario fiduciario*, de ser legal y de ser posible le haga *la traslación de una parte de esos bienes*.

Análisis de las tradiciones respecto de la propiedad del predio constituido en fideicomiso

(Excusas si esta reseña parece redundante, pero la hago para que las ideas propuestas queden claras y sean comprensibles).

En la matrícula encontramos cuatro anotaciones:

- La primera, compra por parte de Pedro Pedro. Tiene indicación de que es *dueño*.
- La segunda, la anotación de un fideicomiso y Pedro Pedro *sigue siendo el dueño*.
- La tercera anotación es una aclaración de un fideicomiso y Pedro Pedro *sigue siendo el dueño*.
- La cuarta es la anotación por transferencia de Pedro Pedro, con prueba plena de que al otorgar la escritura de declaración de que Pedro Pedro estaba muerto desde el 20 de enero de 2020, justo un mes antes de la mal llamada restitución. Esta anotación la he comentado a varios expertos en derecho inmobiliario y no pueden creer que mi relato sea cierto. ¿Cómo así que un muerto *interviene en una escritura* para transferir una propiedad? ¿Cómo así que sin que el muerto haya intervenido en la escritura, mal llamada de restitución, el Sr. registrador lo inscribe como *interviniente* con manifestación de que transfiere una propiedad?

Y preguntan: ¿cómo es posible que Juan Pedro, sin ser dueño, sin tener poder para obrar en nombre de Pedro Pedro se presenta para dejar constancia en escritura pública de que su padre ha muerto y de esa constancia el señor registrador de Instrumentos Públicos osa afirmar que Pedro Pedro intervino para transferir el dominio del predio a unas personas que *no intervinieron en la escritura*?

Toda explicación que se quisiera dar para justificar la anotación contraria, la verdad, es vana.

¿Acaso hay norma legal que diga que la muerte de una persona transfiera de pleno derecho la propiedad a otra?

El artículo 794 del CC es claro al establecer que la transferencia del dominio de un fideicomiso depende del cumplimiento de una condición. La muerte de una persona no es condición como lo enseñan los artículos 801 y 1139 del CC.

Y enseña que la *traslación de la propiedad* se debe hacerse luego de *cumplida la condición* y, por supuesto, que la debe hacer quien sea titular del derecho de propiedad.

En este caso, muerto Pedro Pedro, la propiedad sigue en cabeza de Pedro Pedro, ahora como parte del activo de *la sucesión sociedad conyugal en liquidación* y, mientras no se adjudique el bien, *no se puede vender*, porque el único título de transferencia es la adjudicación, bien como cuota de gananciales, bien como derecho de herencia.

Una anotación sobre las legítimas y los gananciales

De manera ligera se cree que un fideicomitente, el constituyente del fideicomiso, puede disponer de sus bienes en fideicomiso civil y además gratuito en el que sigue siendo el dueño, sin limitaciones de ninguna naturaleza. La jurisprudencia y la doctrina han reiterado que el fideicomitente por medio del fideicomiso no puede desconocer los derechos de legítimas y los de sociedad de gananciales en sociedad conyugal, y hoy los de gananciales en sociedad surgida por virtud de la Unión Marital de Hecho, que llamo matrimonio consensual, si los desconoce, el fideicomiso es nulo.

Un fideicomiso gratuito es en verdad una donación y debe acatar lo dispuesto en los artículos 1470 y 1471 del Código Civil.²

Sobre el fraude para desconocer las legítimas y los gananciales hay varios trabajos presentados como requisito para optar al título de abogado y estudios de posgrado y se pueden consultar en la red.

Una sentencia reciente y muy ilustrativa es la dictada por la Corte Suprema de Justicia, M.P. Hilda González Neira, SC-2906-2021 Rad. 05001-31-03-

² Véase la Sentencia de casación del 7 de marzo de 1932. *Gaceta XXXIX*, página 539.

017-2008-00402-01 (Aprobado en sesión virtual de ocho de julio de dos mil veintiuno) Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintiuno (2021) cuya lectura recomiendo.

No está por demás advertir que el fideicomiso es nulo cuando el objeto es desplazar bienes del patrimonio del constituyente para darles el carácter de inembargable y burlar el pago de sus deudas. El objeto ilícito en este caso es evidente.

Un registro imposible de creer que se haya realizado

Aun cuando puede ser adelantado este comentario, para no perder el hilo, luego de varios reparos al registro de la escritura llamada de restitución, el registrador ordenó la restitución del turno y luego proceder al registro.

Durante este periodo, solicitud de registro y restitución de turno, uno de los hijos, a la sazón fideicomisario, se opuso al registro y presentó razones de fondo para apoyar la calificación, el análisis jurídico de la llamada escritura de restitución, con el fin de que se estudiara a fondo si reunía las exigencias de ley para acceder al registro, como lo ordena el artículo 16 de la Ley 1579 de 2012.

El registrador ignoró ese documento que era de apoyo jurídico, y, al final, se hizo el registro de la escritura de restitución en los siguientes términos:

- Fecha de la anotación: tres días después de otorgada la escritura y no la fecha de registro verdadero, que es un año y seis meses después de presentada la solicitud de registro.
- Dijo que el acto que se inscribía era restitución en fideicomiso civil.
- Dijo que los comparecientes en la escritura de restitución fueron Pedro Pedro quien en la fecha de la escritura hacía ocho días había muerto, muerte que se probó justo con el certificado de defunción que se protocolizó en la escritura de restitución y lo hizo comparecer como la persona que trasladaba el dominio a los fideicomisarios, a quienes también señaló como intervinientes sin haber intervenido.

No se puede explicar cómo el registrador afirma que el muerto comparece sin haber comparecido y, además, que compareció para hacer la traslación del derecho de dominio sobre los bienes del fideicomiso. Es la primera vez que me entero de que un registrador da fe de que un muerto comparece, sin comparecer, a un acto de traslación de dominio y además que el muerto es

quien hace la traslación. Y tampoco se puede explicar cómo el registrador da fe de que los fideicomisarios comparecieron, sin comparecer, y que aceptaron la traslación del dominio que les hizo el muerto.

Por supuesto que ese registro es manifiestamente ilegal, en virtud de los gravísimos errores cometidos en el registro, y no crea derechos, como lo dispone el artículo 60 de la Ley 1579 de 2012.

Están en trámite los recursos de ley para que se corrija o se cancele el registro que deberá considerarse como hito de lo jurídicamente imposible.

Tipicidad de los elementos del acto jurídico en la restitución citada

En la misma escritura de constitución del fideicomiso, a la que me estoy refiriendo, se autoriza a los fideicomisarios para que ellos otorguen la escritura de restitución una vez muera el constituyente.

Esta delegación es jurídicamente imposible de cumplir, porque como el constituyente es la persona que irremediablemente habrá de fallecer y es el propietario fiduciario de los bienes, al momento mismo de su fallecimiento, sus bienes, sin alterar el titular de la propiedad, entran a formar parte del activo del patrimonio autónomo *sociedad conyugal-herencia en liquidación* y solo los herederos, luego de la liquidación y adjudicación de bienes, podrán disponer de esos bienes. Recordemos los artículos 1012 y 1013 del Código Civil.

Ese patrimonio autónomo es diferente del fallecido y se tiene como capacitado para ser parte en procesos, tal como lo dispone el artículo 53 del CGP, y solo lo atan las obligaciones nacidas conforme a derecho o las que de buena voluntad acepten todos los herederos o interesados.

Los bienes que entran a formar parte del activo y pasivo de la sociedad conyugal y de la herencia son los que existan o deban existir al momento del fallecimiento de la persona, sin alterar la titularidad del dominio, como lo enseñan entre otros artículos los ya citados, 1012 y el 1013 del Código Civil.

Obligación físicamente imposible

Para entender cuando una obligación es físicamente imposible de cumplir, invito a que recordemos la lección que aprendimos en nuestras clases de obligaciones en el *Mercader de Venecia*, obra del gran William Shakespeare

o en la canción popular *Mátese media vaca*, del maestro Antonio María Peñaloza.

En el Mercader de Venecia el fiador se obligó a pagar una deuda en dinero, con una libra de carne de su propio cuerpo. El acreedor exige el pago de la deuda al fiador, previo rechazo del pago en efectivo. El abogado del fiador acepta que se pague la deuda con la libra de carne, pero siempre y cuando no se lesione al fiador ni se derrame una sola gota de sangre, pues lo debido es carne y no sangre, y no se puede lesionar a la persona para tomar la libra de carne. Como no es físicamente posible que se tome la libra de carne sin lesionar y sin derramar sangre, la obligación de pagar con la libra de carne es imposible y tiene objeto ilícito y la fianza es nula.

En la canción *Mátese media vaca*, del maestro Antonio María Peñaloza, se enseña lo siguiente:

... El alcalde de Zapata
En uso de facultades legales y considerando:
Que el pueblo de Zapata se sobra con media res
Resuelve, artículo único:
Mátese media vaca

La imposibilidad física de matar media vaca es evidente y no requiere explicación adicional. Nadie puede matar media vaca, es físicamente imposible matar media vaca, y como tal la obligación de matar media vaca no se puede exigir y no se puede cumplir.

De la misma manera, no se puede cumplir la obligación en la que el constituyente del fideicomiso dice: “Yo propietario fiduciario les haré transferencia del dominio sobre tal lote, luego de que yo muera”. Por mejor decir, les haré la transferencia, la traslación del dominio cuando esté muerto. Me levantaré de la tumba como lázaro e iré a la notaría a firmar la escritura que sirva de título de transferencia del dominio.

Y decir que los fideicomisarios, pueden hacerse transferencia del derecho de propiedad sobre los bienes del fideicomiso es un despropósito legal porque, (i) no son dueños de los bienes y (ii) porque muerto el fiduciario sus bienes pasan de pleno derecho al patrimonio autónomo sucesión, sociedad conyugal en liquidación.

No es posible entender que disponga que los fideicomisarios se pueden hacer transferencia de dominio de un derecho de propiedad que ellos no

tienen, porque su expectativa es a recibir el derecho del propietario fiduciario, y como este estando muerto no puede realizar actos jurídicos, su derecho es imposible de satisfacer, y si uno de los fideicomisarios unilateralmente pretende transferirse el dominio sobre el fideicomiso, esa “imaginada restitución” resulta ineficaz.

Además, el acto de traslación, de transferencia de un derecho de dominio, para su celebración es esencialmente bilateral, o lo que es lo mismo “requiere la conjunción o confluencia de dos declaraciones de voluntad”, que no son otras que la de la persona que traslada y la de la persona que acepta la traslación. No se puede trasladar el dominio a quien no manifiesta que lo acepta. Y es importante recordar que hay diferencia entre el acto jurídico bilateral que para su existencia requiere de la concurrencia de dos voluntades y contra bilateral que es el que genera obligaciones para ambas partes o para las varias partes que intervienen en su celebración.

Conviene aclarar que el fideicomiso comentado no genera obligaciones a favor de terceros y a cargo de la sucesión, por la elemental razón de que las asignaciones *post mortem* solo se pueden hacer en testamento y lejos, muy lejos de que se pueda asimilar el fideicomiso civil en estudio a un testamento que es un acto que no se asimila a ninguno otro.

En la escritura de “restitución” citada, uno, *solo uno*, de los fideicomisarios se presenta a la notaría y en concreto se limita a decir:

1. Que por medio de la escritura *No. xxx* se constituyó *FIDEICOMISO CIVIL DE CARÁCTER REVOCABLE. A FAVOR DE xx yy zz*
2. Que la condición es la muerte del constituyente. Se trata de una muerte que debía ocurrir, hecho cierto, aun cuando no se tenía fecha cierta.
3. Que muerto el constituyente “los fideicomisarios otorgarán la escritura de restitución.”
4. Que el constituyente falleció tal día...
5. Que establece una cuantía para este acto.

Es una escritura ilegal que el notario, luego del control obligatorio de legalidad, ha debido no autorizar puesto que el fideicomisario no es dueño del inmueble ni de las cuotas sociales a que hace referencia y la calidad de no dueño del compareciente se deduce de manera simple y fácil de la lectura de la matrícula inmobiliaria y del certificado de constitución y gerencia de la sociedad Ltda y del certificado de defunción del constituyente.

¿En qué aparte de esta escritura de restitución el fideicomisario *no dueño*, porque legalmente no lo es, dice que *traslada* o transfiere la propiedad que ejerce sobre el inmueble a los otros dos fideicomisarios y que parte de esa propiedad se la traslada a él mismo?

¿En qué aparte de esta escritura de restitución el fideicomisario *no dueño*, porque legalmente no lo es, dice que *traslada* o transfiere la propiedad que ejerce sobre las cuotas sociales en la sociedad Ltda. a los otros dos fideicomisarios y que una parte de esas cuotas sociales se las traslada a él mismo?

La respuesta es en ninguna de las cláusulas de la escritura se hace esta traslación y además es jurídicamente imposible que el fideicomisario que otorga la escritura se traslade a sí mismo una propiedad que no tiene y que si la tuviera es jurídicamente imposible adjudicarse un derecho que ya se tiene.

Recordemos que la “condición” era la muerte del constituyente y la muerte *per se* es un hecho jurídico y como tal excluye que pueda ser un acto jurídico que transfiera la propiedad. La muerte genera consecuencias jurídicas que deben ser reconocidas ante autoridad competente, y como no es acto jurídico, en ninguna circunstancia se puede tener como título traslativo de derechos.

Si retomamos las consecuencias de la muerte, conforme a los artículos 1012 y 1013 del Código Civil, por ministerio de la ley activa derechos en el patrimonio autónomo sucesión y sociedad conyugal ilíquidas, pero sin alterar la propiedad de los bienes que forman la masa sucesoral.

Dejar constancia en escritura pública de que el *constituyente fiduciario murió* no es un acto jurídico por virtud del cual se transfiera el derecho de dominio sobre un bien, porque esta transferencia, que para el caso de inmuebles es el título de propiedad, requiere del lleno pleno de los requisitos de todo acto jurídico, al tenor del artículo 1502 del CC.

Recordemos que la restitución, al tenor del artículo 794 del CC es la traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se constituyó el fideicomiso, que es justo el fideicomisario, o sea la persona a quien debe llegar la propiedad fiduciaria.

De la manera clara, sencilla, elemental como debe leerse y entenderse, el artículo 794, párrafo 4, (art. 23 del CC) por tratarse de un acto jurídico de traslación del dominio, deben necesariamente concurrir quien transfiere la propiedad y quien o quienes la reciben, de tal manera que la restitución es

un acto jurídico esencialmente bilateral en su celebración, lo que excluye toda opción de que pueda ser unilateral en su celebración.

Es procedente recordar el artículo 3 de la Ley 1579 de 2012, Estatuto del Registro de Instrumentos Públicos:

ARTÍCULO 3o. *Principios*. Las reglas fundamentales que sirven de base al sistema registral son los principios de:

d) Legalidad. Solo son registrables los títulos y documentos que reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su inscripción;

f) Tracto sucesivo. Solo el titular inscrito tendrá la facultad de enajenar el dominio u otro derecho real sobre un inmueble salvo lo dispuesto para la llamada falsa tradición.

Este principio es vital: *solo el titular inscrito* puede enajenar. En este caso, solo Pedro Pedro y de ninguna manera puede enajenar Juan Pedro porque no es *titular inscrito* del inmueble.

Y en cuanto a la traslación de dominio sobre las cuotas sociales de la sociedad Ltda., es imposible la inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, porque por medio de la fiducia no se pueden modificar los estatutos de la sociedad que regulan el procedimiento esencial, solemne para ceder o vender las cuotas sociales. Ese trámite exige asamblea de socios, oferta de cesión, derechos de preferencia y otros.

¿Fideicomiso civil anulable, supuesta restitución ineficaz?

En el caso comentado, el fideicomiso es *anulable y la restitución es ineficaz* y tomo notas de la sentencia del honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. (30) de abril de dos mil doce (2012) Rad. 25000-23-26-000-1995-00704-01(21699).

Negocio jurídico. Eficacia e ineficacia/Contratación estatal. La eficacia, en sentido lato del contrato, se refiere a la plenitud de la producción de sus efectos jurídicos, o sea, a los derechos y obligaciones que de su celebración surgen para las partes y sus proyecciones respecto de terceros, extraños al interés dispuesto, pero afectos a su disposición. En cambio, la ineficacia del contrato es la no producción de los efectos que debiera producir con ocasión de su celebración, bien sea porque: a) para el ordenamiento jurídico el negocio es inexistente, es decir, no produce efecto alguno; b) o resulta inválido o nulo,

o sea, que nacido a la vida jurídica, los efectos que de su existencia emanan pueden ser anulados o aniquilados por presentar irregularidades o vicios frente a la ley; c) o por disposición legal o particular se difieren sus efectos, como cuando se somete a condiciones por las partes o requiere de autorizaciones legales que lo activen. [...] la ineficacia *lato sensu* de un negocio jurídico se refiere a su carencia de efectos, por motivos diferentes, que versan sobre la carencia de los elementos para su nacimiento –inexistencia–; o por predicarse del mismo defectos, distorsiones, vicios o irregularidades –invalidez–; o por circunstancias que le inhiben relevancia –condiciones o situaciones subordinantes– según se trate, que emergen de un juicio negativo.³

El fideicomiso es nulo porque no cumple con el requisito esencial de establecer una verdadera condición, pues la muerte pura y simple como hecho inexorable es un plazo cierto de día indeterminado porque de antemano se sabe que la muerte va a ocurrir, es un hecho cierto pero con fecha incierta, lo que hace que el tiempo de ocurrir el hecho sea indeterminado y además no cumple con el requisito de haber constituido a un *propietario fiduciario* capaz de transferir la propiedad porque se refiere al propietario fiduciario muerto y dispone que los fideicomisarios *que no son dueños* se transfieran a sí mismos una *propiedad, que no tienen*.

Y la escritura de restitución es ineficaz. Y lo es de pleno derecho, porque el fideicomisario que compareció se limitó a declarar que el *constituyente* había muerto en tal fecha y nada más. Y por supuesto que esta declaración es ineficaz para transferir dominio, por la razón elemental de que el compareciente no es *titular de la propiedad* sobre los bienes del fideicomiso, y, como tal, nada puede transferir, como lo enseña la sentencia del Derecho Romano que reza:

Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet. Nadie puede transferir a otro más derecho que el que tiene.

El obligatorio control notarial de legalidad

Todos los funcionarios públicos o que prestan un servicio público tienen la obligación ineludible de hacer control de legalidad a los documentos y actos jurídicos que deban autorizar.

Para el caso en estudio, el notario debió hacer control de legalidad a la *fiducia para advertir al que se pretende constituyente* que la muerte como

³ Artículo 1501 del Código Civil; artículo 897 del Código de Comercio, artículo 898 del Código de Comercio.

tal no es condición y que al morir el constituyente la propiedad sobre esos bienes entra de pleno derecho a formar parte del activo de la sociedad conyugal y de la herencia, y que como los fideicomisarios no son titulares del derecho de dominio, no pueden cumplir con el deber de restitución.

Y también ha debido advertir que con el fideicomiso *no se pueden* desconocer los derechos de legítimas y los que corresponden como cuota de gananciales. Y si el constituyente insiste, el notario debe dejar en la escritura de manera clara estas advertencias.

Y en cuanto a la escritura de restitución se refiere el notario debió hacer control de legalidad y advertir que el otorgante fideicomisario no es el titular del derecho de dominio del inmueble y de las cuotas sociales y que en esas condiciones no puede cumplir con el deber de restitución. Esa advertencia debió quedar por escrito.

Aquí es necesario recordar lo que ordena el Decreto 960 de 1970, Estatuto del Notariado.

ARTÍCULO 21. El notario *no autorizará el instrumento* cuando quiera que por el contenido de las declaraciones de los otorgantes o con apoyo en pruebas fehacientes o en hechos percibidos directamente por él, llegue a la convicción de que el acto sería absolutamente nulo por razón de lo dispuesto en el artículo 1504 del Código Civil.

ARTÍCULO 31. Los inmuebles que sean objeto de enajenación, gravamen o limitación se identificarán por su cédula o registro catastral si lo tuvieren; por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde están ubicados, y por sus linderos. Siempre que se exprese la cabida se empleará el sistema métrico decimal.

ARTÍCULO 32. *Será necesario indicar precisamente el título de adquisición del declarante* que dispone del inmueble o que lo grava o afecta, *con los datos de su registro*. Si el disponente careciere de título inscrito, así lo expresará indicando la fuente de donde pretende derivar su derecho.

Ahora lo que ordena el Código Civil

ARTÍCULO 1502. *Requisitos para obligarse*

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1º.) que sea legalmente capaz.

2º.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3°.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4°.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

En el caso de establecer la muerte como condición y la transferencia del derecho de dominio luego de la muerte, siendo el constituyente el propietario, el objeto es ilícito porque contraviene una norma que establece elementos esenciales de la fiducia como son la expresión de una condición y la restitución por quien al momento de hacer la traslación sea el titular del derecho de dominio.

Conclusiones

1. El fideicomiso constituido, si el constituyente se hace fiduciario y la “condición” es su muerte pura y simple, que en verdad es un plazo indeterminado, es nulo por *objeto imposible de cumplir* pues los muertos no pueden transferir dominio por falta total de capacidad y de voluntad. Recordemos el artículo 801 del CC.
2. La manifestación hecha por el o los fideicomisarios de que restituyen un fideicomiso porque el constituyente murió es ineficaz de pleno derecho, porque ellos no son los dueños del fideicomiso y no es posible que alguien diga “me hago dueño” de tal bien porque la persona que era dueña murió y por la muerte se me transfiere la propiedad.
3. Como con esta declaración se pretenden lograr efectos jurídicos, la obligación de las autoridades es *hacer el control obligatorio de legalidad* y negarle efectos jurídicos, ineficacia de pleno derecho y rechazar toda inscripción o semejante que se pretenda con esos documentos. Es lo mismo que se debe hacer cuando se pretende un pago con un billete falso o una tarjeta bancaria robada.

Bibliografía

CÓDIGO CIVIL. Bogotá: Editorial Temis- Ortega Torres, 1983.

PESCIO, Victorio. *Manual de Derecho Civil*, I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1958.

RODRÍGUEZ, Alessandri y Manuel Somarriva. *Curso de Derecho Civil*, II. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1940.

JUDICATURA, SERVICIO SOCIAL Y EXAMEN CONVALIDANTE PARA LOS ABOGADOS RECIÉN EGRESADOS EN COLOMBIA

Hernán Alejandro Olano García*
Académico de número

Resumen: El artículo aborda la reglamentación y evolución normativa de la judicatura o servicio social obligatorio para abogados recién egresados en Colombia. Se describe cómo, a través de diferentes leyes y resoluciones, los egresados de las facultades de derecho pueden cumplir este requisito en diversas entidades del Estado como la Fiscalía General, la Procuraduría General de la Nación, el Congreso, y otras instituciones. La judicatura, que puede ser remunerada o ad honorem, es presentada como una alternativa al trabajo de grado, facilitando el ejercicio profesional de los egresados. También se examinarán los requisitos de la práctica jurídica y la prueba de Estado necesarios para obtener la Tarjeta Profesional de Abogado. Finalmente, el texto explora los impactos de estos mecanismos en el acceso y desarrollo de los profesionales del Derecho en Colombia.

Palabras clave: Judicatura; servicio social obligatorio; abogados recién egresados; Colombia; normatividad; práctica jurídica; tarjeta profesional de abogado; examen de Estado; evolución normativa; desarrollo profesional jurídico.

* Hernán Alejandro Olano García es tunjano (n. 1968), abogado, con estancia posdoctoral en Derecho Constitucional como becario de la Fundación Carolina en la Universidad de Navarra, España y estancia posdoctoral en Historia en la Universidad del País Vasco como becario de AUIP; Doctor *Magna Cum Laude* en Derecho Canónico, Magíster en Relaciones Internacionales, Magíster en Derecho Canónico y Magíster en Educación; Especialista en Pedagogía y Docencia Universitaria, Derechos Humanos, Bioética, Liderazgo Estratégico Militar, Gestión Ambiental y Desarrollo Comunitario, Derecho Administrativo y Gestión Pública, y Derecho de Familia. Es investigador asociado ante Minciencias. Decano de Derecho y antes rector de la Institución Universitaria Colegios de Colombia Unicoc, donde además es profesor titular, Investigador y director del Grupo de Investigación en Historia de las

JUDICIARY, SOCIAL SERVICE AND VALIDATION EXAM FOR RECENTLY GRADUATED LAWYERS IN COLOMBIA

Abstract: The article addresses the regulation and normative evolution of the judiciary or mandatory social service for recently graduated lawyers in Colombia. It describes how, through different laws and resolutions, law school graduates can meet this requirement in various State entities, such as the attorney general's office, the Attorney General's Office, Congress, and other institutions. The judiciary, which can be paid or ad honorem, is presented as an alternative to graduate work, facilitating the professional practice of graduates. The requirements of legal practice and the State test necessary to obtain the Professional Lawyer Card will also be examined. Finally, the text explores the impacts of these mechanisms on the access and development of legal professionals in Colombia.

Keywords: Judiciary; Compulsory Social Service; Newly Graduated Lawyers; Colombia; Regulations; Legal Practice; Professional Lawyer Card; State Exam; Regulatory Evolution; Legal Professional Development.

Introducción

En Colombia ha sido reglamentado el servicio social de los abogados bajo la denominación “judicatura”, que puede ser remunerada o “ad honorem”. El Decreto 1862 de 1989,¹ permitió el servicio jurídico voluntario para los egresados de las facultades de Derecho, en el cargo de auxiliar judicial en los despachos judiciales sin remuneración alguna; la Ley 23 de 1991, “*por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, y se dictan otras disposiciones*”,² en el artículo 55 y siguientes, crea el cargo de auxiliar en el despacho del defensor de familia en calidad de ad honorem, que podrá ser desempeñado por los egresados de las facultades de Derecho, entre otras, reconocidas oficialmente, el servicio jurídico voluntario prestado, no inferior a nueve (9) meses, le servirá además de judicatura para obtener el título de abogado; pero no solo en la rama judicial, sino también en la Procuraduría General de la Nación y en el Congreso de la

Instituciones y DDHH Cacique de Turmequé, fundado en 1998. Miembro correspondiente de la Real Academia Española de la Lengua; Miembro de Número, sillón “U” de la Academia Colombiana de la Lengua, Miembro de Número de la Academia Colombiana de Historia Eclesiástica y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, donde ocupa el sillón # 14. Contactos: decanocjes@unicoc.edu.co; haolano@unicoc.edu.co; hernanolano@gmail.com

¹ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1862 de 1989, <https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1362784>

² CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 23 de 1991, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6546>

República, Ley 878 de 2004,³ *se reglamentada en la Procuraduría General de la Nación dicha prestación del servicio de los auxiliares jurídicos ad honórem, por medio de la Resolución 368 del 9 de noviembre de 2009.*

Igualmente puede prestarse al servicio de las ligas y asociaciones de consumidores, Ley 1086 de 2006.⁴ La Ley 1224 de 2008 en sus artículos 8 y 9,⁵ se refiere a los estudiantes de Consultorio Jurídico y a los egresados que pueden realizar judicatura como apoyo en materia penal y asistentes de los defensores técnicos de la Fuerza Pública, en los términos previstos en el citado reglamento, y la Ley 1322 de 2009,⁶ por la cual se autoriza la prestación del servicio de auxiliar jurídico ad honórem en los organismos y entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, territorial y sus representaciones en el exterior.

En cuanto a la judicatura o servicio social obligatorio que deben desempeñar quienes aspiren a ser abogados, podrá ser desarrollada por los egresados de facultades de Derecho de universidades oficialmente reconocidas en la Fiscalía General de la Nación, en las direcciones Nacional y Seccionales Administrativas y Financieras, direcciones Nacional y Seccionales de Fiscalías y direcciones Nacional y Seccionales del Cuerpo Técnico de Investigación, en las diferentes unidades, despachos y Secretarías Judiciales; en las oficinas del nivel central de la entidad, en que se desarrollen funciones jurídicas, que permitan la habilitación y capacitación de los egresados, en los términos señalados en la Constitución Política, con base en la reglamentación de tal actividad, la cual se encuentra incluida en la Resolución 0-1684 del 30 de julio de 2010, expedida por el fiscal general de la nación,⁷ que permite también este desempeño en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 878 de 2004, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=66203>

⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1086 de 2006, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1086_2006.html

⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1224 de 2008, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=31433>

⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1322 de 2009, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1322_2009.html

⁷ Fiscalía General de la Nación. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_fiscalia_1684_2010.htm

Por medio de la Ley 1395 de 2010, en su artículo 50⁸ se estableció adicionalmente la siguiente disposición sobre la judicatura:

Artículo 50. Los egresados de las Facultades de Derecho podrán realizar judicatura ad honórem en las casas de justicia como delegados de las entidades en ellas presentes, así como en los centros de conciliación públicos. En este último caso, es necesario haber cursado y aprobado la formación en conciliación que para judicantes establezca el Ministerio del Interior y de Justicia. También podrán cumplir con el requisito de la judicatura, como asesores de los conciliadores en equidad.

La judicatura en las casas de justicia o en los centros de conciliación públicos, o como asesores de los conciliadores en equidad, tendrá una duración de siete (7) meses; quienes la realicen tendrán derecho a ser nombrados en empleos de carrera en cualquier entidad u organismo estatal, en caso de igualdad de puntaje en la lista de elegibles.

En desarrollo de la Ley 1322 de 2009, varias entidades del Estado han reglamentado la prestación de la judicatura y de la práctica en sus dependencias; es el caso de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, la cual, por Resolución 033 del 21 de enero de 2010,⁹ la práctica de judicatura voluntaria ad honórem para optar por el título de abogado, en reemplazo de la tesis de grado, de los estudiantes de las facultades de Derecho de las universidades oficialmente reconocidas, podrá realizarse en las aéreas misionales de la Dirección citada.

La judicatura en el Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra regulada en la Resolución 4254 del 30 de septiembre de 2010,¹⁰ expresándose que la judicatura la pueden adelantar los egresados de las facultades de Derecho de las universidades oficialmente reconocidas en territorio colombiano, que aspiren a obtener el título de abogado, en cualquiera de las dependencias del Ministerio de Relaciones Exteriores o en sus representaciones en el exterior.

⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1395 de 2010, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1395_2010.html

⁹ DIRECCIÓN NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR, https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_dndautor_0033_2010.htm

¹⁰ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Resolución # 4254 del 30 de septiembre de 2010, https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_4254_2010.htm

Por la Resolución 510-005283, del 25 de marzo de 2010, se adoptó el procedimiento para la prestación del servicio de auxiliar jurídico ad honórem en la Superintendencia de Sociedades.¹¹

Luego, la Ley 1434 de 2011,¹² “por la cual se modifica y adiciona la Ley 5 de 1992, se crea la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 14 “De los judicantes y practicantes” dice: “*La Comisión para la Equidad de la Mujer podrá tener en su planta pasantes y judicantes acogiendo las disposiciones y convenios que para tal efecto ha establecido el Congreso de la república con las distintas Instituciones de educación Superior.*”

*De la práctica jurídica,*¹³ el literal h) del numeral 1 del artículo 23 del Decreto 3200 de 1979, modificado por el artículo 3° de la Ley 1086 de 2006, creó la posibilidad para los egresados de las facultades de derecho, de compensar, de acuerdo a la autonomía universitaria de cada institución educativa, los exámenes preparatorios o el trabajo de investigación dirigida, con la prestación de un año continuo o discontinuo de práctica o servicio profesional en el cargo de “*Abogado o Asesor Jurídico de entidad sometida a inspección, vigilancia y control de cualquiera de las Superintendencias establecidas en el país*”.

En este orden de ideas, la práctica de la judicatura se convierte en un requisito alternativo para optar por el título de abogado, en virtud del cual, se busca que a través del ejercicio de cargos o actividades que impliquen el desarrollo de tareas propias de la disciplina del derecho, el egresado aplique los conocimientos adquiridos en las distintas asignaturas que integran el pénsum correspondiente.

Evolución normativa

A fin de conocer la intención del legislador al regular la práctica de la judicatura como requisito alternativo para la obtención del título de abogado, resulta oportuno hacer una breve revisión de los antecedentes normativos que han desarrollado la materia.

¹¹ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Resolución 510-005283 del 25 de marzo de 2010, <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=4046210>

¹² CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1434 de 2011, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41207>

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL SALA DE DECISIÓN EN TUTELA- M. P. Luis Guillermo Salazar Otero. Aprobado Acta No. 270. Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013).

En primer lugar, se encuentra el Decreto 3200 de 1979, por el cual se dictan normas sobre enseñanza del Derecho. En efecto, este dispone en su artículo 23 que

... los estudiantes que hayan iniciado el Programa de Derecho con anterioridad al 31 de diciembre de 1979, y aquellos a que hace referencia el inciso segundo del artículo precedente, estarán sujetos para obtener el título de abogado al lleno de los requisitos previstos en el artículo 20, pero podrán compensar los exámenes preparatorios o el trabajo de investigación dirigida, cumpliendo con posterioridad a la terminación del plan de estudios uno cualquiera de los siguientes requisitos:

1.- Hacer un año continuo o discontinuo de práctica o de servicio profesional, en uno de los cargos que se enumeran a continuación:

[...]

h). Abogado o Asesor Jurídico de entidad bajo la vigilancia de las Superintendencia Bancaria o de Sociedades.

Así, son requisitos para obtener el título profesional de abogado, según lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1221 de 1990:

1. Haber cursado y aprobado la totalidad de las materias que integren el plan de estudios.

2. Haber presentado y aprobado los exámenes preparatorios.

3. Haber elaborado monografía, que sea aprobada igual que el examen de presentación de la misma, *o haber desempeñado con posterioridad a la terminación de estudios durante un año continuo o discontinuo de práctica profesional en uno de los cargos previstos en el decreto 3.200 de 1.979, artículo 23; o haber prestado el servicio jurídico voluntario regulado por el decreto 1.862 de 1.989; o haber ejercido durante dos (2) años la profesión en las condiciones establecidas en el artículo 31 del Decreto 196 de 1.971*". (Énfasis agregado)

No obstante, el literal h del numeral 1 del artículo 23 del Decreto 3200 de 1979, fue modificado por el artículo 93 del Decreto 2150 de 1995, expedido por el presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 83 de la Ley 190 del mismo año.

Establece el citado estatuto:

Artículo 93. Requisitos para acreditar la judicatura. El literal h) del numeral 1 del artículo 23 del Decreto 3200 de 1979 quedará así:

h) Abogado o asesor jurídico de entidad sometida a la inspección y vigilancia de las Superintendencias Bancaria, de Valores o de Sociedades.

El artículo 3 de la Ley 1086 de 2006, con el ánimo de ampliar el ámbito de alternativas para quienes aspiran obtener el título como abogados, permite que la judicatura se pueda cumplir haciendo un año continuo o discontinuo de práctica o de servicio profesional como Abogado o Asesor Jurídico de entidad sometida a inspección, vigilancia y control de cualquiera de las Superintendencias establecidas en el país.

Ahora bien, con el fin de aclarar las dudas que suscitaron los términos de inspección y vigilancia para el reconocimiento de la práctica laboral que permite obtener el título como profesional del derecho, la Superintendencia de Sociedades emitió el concepto 220-62661 de fecha 26 de septiembre de 2000, en el cual precisó que

... la sola inspección no puede tomarse en sentido laxo para efectos de la judicatura; pensar lo contrario, es tanto como decir que el solo hecho de constituir una sociedad que no sea sujeto de vigilancia por otra superintendencia, automáticamente la ubicaría en los términos del Decreto 2150 de 1995. Situación diferente se predica de la vigilancia y control en sentido lato en cuyos eventos la Superintendencia de Sociedades sí ejerce una efectiva vigilancia según se desprende de los términos de la Ley 222 de 1995.

Sin embargo, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-281 de 2004, declaró inexecutable dicho artículo, toda vez que el Gobierno había excedido en su expedición, el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 190 de 1995; por ende, el literal h del numeral 1 del artículo 23 del Decreto 3200 de 1979, retomó vigencia.

Ello fue así hasta el 2006, pues la Ley 1086, “*por medio de la cual se permite la realización de la judicatura al servicio de las ligas y asociaciones de consumidores*”, estableció en su artículo 3 lo siguiente:

Artículo 3. Judicatura al servicio de las entidades sometidas a inspección, vigilancia y control de cualquiera de las superintendencias establecidas en el país. Modifíquese el literal h) del numeral 1, artículo 23 del Decreto 3200 de 1979, el cual quedará así:

h) Abogado o asesor jurídico de entidad sometida a inspección, vigilancia y control de cualquiera de las Superintendencias establecidas en el país”.

Según se extrae de la exposición de motivos de la citada ley, la intención del legislador fue ampliar el ámbito de alternativas para quienes aspiran obtener el título de abogados luego de su formación académica, en aras de garantizar el derecho de igualdad.

Por ello, se ajustó el régimen reglamentario existente, permitiendo que el requisito de judicatura para quienes opten por el título de profesionales del derecho se pueda cumplir con la prestación de servicios jurídicos a entidades sometidas a inspección, vigilancia y control del Estado a través de las Superintendencias.

En efecto:

... se estima este un momento oportuno para ampliar con criterio general las posibilidades de la práctica jurídica de la judicatura, no sólo ante las Ligas y Asociaciones de Consumidores sino también por la prestación de servicios de asesoría jurídica en entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control del Estado.¹⁴

Toda vez que la misma razón jurídica que aplicaba para valer el ejercicio de judicatura en entidades vigiladas por las Superintendencias Financiera o de Sociedades, resultaba viable para entender que esta procedería en entidades sometidas a inspección, vigilancia y control estatal a través de las restantes Superintendencias.

De la evolución legislativa que regula la práctica jurídica como requisito alternativo para obtener el título de abogado, se puede concluir que ha sido la intención del legislador ampliar la clase de entidades en las que esta puede tener lugar.

En efecto, actualmente la ley permite que el requisito alternativo de la judicatura se pueda cumplir haciendo un año continuo o discontinuo de práctica o de servicio profesional como abogado o asesor jurídico de entidad sometida a inspección, vigilancia y control de cualquiera de las Superintendencias establecidas en el país, cuando antes sólo era posible ante entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Financiera o de Sociedades.

El Estatuto del ejercicio de la abogacía es el Decreto Ley 196 de 1971¹⁵, con 90 artículos. Pero, si bien, el artículo 112 de la Ley 1123 de 2007,¹⁶ deroga lo pertinente, deja vigente entre otros, del Decreto-Ley 196, cuarenta

¹⁴ *Gaceta del Congreso*, Año XIII, No. 700 del 10 de noviembre de 2004. Primer debate de la Cámara de Representantes al Proyecto ley No. 74 de 2004, “por medio de la cual se autoriza la realización de la judicatura al servicio de los consumidores”, página 4.

¹⁵ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto-Ley 196 de 1971, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=92330>

¹⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1123 de 2007, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1123_2007.html

artículos, entre ellos, los temas de inscripción y registro de abogados, con base en lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-692 de 2008¹⁷ (M.P. Manuel José Cepeda Espinoza).

El ejercicio de la profesión jurídica

Al Estado le corresponde ejercer el control que el ejercicio de las profesiones y oficios amerite, buscando siempre el debido equilibrio entre la salvaguarda de los postulados superiores y los derechos particulares, de manera tal que el Estado Social de Derecho se haga realidad en armonía con el cabal respeto y acatamiento que merecen los derechos de las personas en su perspectiva individual o colectiva. Estas, a su turno, deben tener presente que el ejercicio de cualquier profesión u oficio implica responsabilidades frente a la comunidad y el Estado, razón por la cual a este le corresponde expedir y aplicar estatutos de control bajo los parámetros que considere más apropiados, como lo ha resaltado la Corte Constitucional en la Sentencia C-098 de 2003¹⁸ (M.P. Jaime Araujo Rentería).

Al Derecho le son aplicables algunos principios que también pueden predicarse de las profesiones liberales o libres, como son los siete siguientes propuestos por la doctrinante Ángela Aparisi Miralles:¹⁹

- a. El principio que exige obrar según ciencia y conciencia.
- b. El principio de integridad profesional (búsqueda del bien ajeno y servicio al bien común). Frente a ellos, existirían otros que, aun teniendo un contenido suficientemente amplio (y por lo tanto siendo susceptibles de ser aplicados en diversos ámbitos), serían más propios de una determinada profesión, dependiendo estrechamente de la función social de la actividad tomada en consideración.
- c. El principio del secreto profesional.
- d. El principio de independencia y libertad profesional.
- e. Principio de diligencia.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-692 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinoza, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-692-08.htm>

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-098 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-098-03.htm>

¹⁹ Ángela APARISI MIRALLES, *Ética y deontología para juristas*, 2ª. ed. (Pamplona: EUNSA, 2008), 206.

f. Principio de desinterés: la función social de las profesiones jurídicas.

g. El principio de lealtad profesional.

A continuación, ya encontramos disposiciones vigentes el Código Deontológico de la Abogacía Colombiana. “Para justificar la obligatoriedad de los códigos deontológicos se suele mantener que la codificación de la ética profesional es el resultado de un pacto social”;²⁰ sin embargo, en el caso colombiano, la regulación de la actividad profesional del abogado le ha correspondido al Ejecutivo y posteriormente al Legislativo.

La deontología profesional²¹ se ha presentado, con cierta frecuencia, “como el sistema de normas jurídicas que regulan internamente el ejercicio de una determinada profesión”; mientras que el Código Deontológico es “una guía de normas precisas para el profesional, que persigue facilitar y orientar el buen cumplimiento de los principios morales que impone una determinada profesión”.²²

La abogacía y su función social, art. 1

Artículo 1º. La abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia.

¿Cuál es la misión del abogado?, art. 2

Artículo 2º. La principal misión del abogado es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares. También es misión suya asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas.

Por eso se dice que la principal finalidad del jurista es conocer el derecho para discernir y señalar qué es lo justo en cada circunstancia: *aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes* (Digesto 1,1,1).

Por ejemplo, en Europa, el Código Deontológico del Consejo de los Colegios de Abogados de la Unión Europea, bajo el epígrafe de “La misión del abogado”, sostiene lo siguiente:

En una sociedad fundada en el respeto a la Justicia, el abogado tiene un papel fundamental.

²⁰ APARISI MIRALLES, Ángela. Ética y deontología para..., 175.

²¹ *Ibid.*, 159.

²² *Ibid.*, 165-166.

Su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco de la Ley. En un Estado de Derecho, el abogado es indispensable para la Justicia y para los justiciables, pues tiene la obligación de defender los derechos y las libertades; es tanto el asesor como el defensor de su cliente.²³

¿Quién es abogado? art. 3

Artículo 3º. El abogado es quien obtiene el correspondiente *título universitario* de conformidad con las exigencias académicas y legales.

Inserción como abogado

Artículo 4º. Para ejercer la profesión se requiere estar inserto como abogado, sin perjuicio de las excepciones establecidas en este Decreto.

El título

Artículo 5º. Es requisito para la inscripción haber obtenido el *título* correspondiente, reconocido legalmente por el Estado.

Artículo 21. La inscripción, mientras esté vigente, habilita al abogado para el ejercicio de la profesión en todo el territorio de la República con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley.

Artículo 22. Quien actúe como abogado deberá exhibir su *tarjeta profesional* al iniciar la gestión de lo cual se dejará testimonio escrito en el respectivo expediente. Además, el abogado que obre como tal, deberá indicar en todo memorial el número de su tarjeta. Sin el cumplimiento de estas formalidades no se dará curso da la solicitud.

Excepciones a la inscripción

Artículo 6º. No podrá ser inscrito como abogado, y si ya lo estuviere, deberá ser excluido:

a) quien se halle en interdicción judicial, y b) el responsable de delio que tengan señalada pena de presidio, de prisión, o de relegación a colonia, cometido con posterioridad a la vigencia de este Decreto, si por las modalidades y circunstancias del hecho, los motivos determinantes y la personalidad del agente, el Tribunal competente lo considera indigno de ejercer la abogacía.

Se exceptúa el caso de la condena condicional o del perdón judicial.

²³ *Ibid.*, 152-153.

La prueba de Estado para solicitar la Tarjeta Profesional de Abogado

Hoy en día y a partir de 2024, para los abogados graduados, al tenor de la Ley 1905 del 28 de junio de 2018,²⁴ se creó el examen habilitante como requisito de idoneidad para el ejercicio de la profesión, aplicable a quienes inicien la carrera de derecho después de su promulgación (es decir, el periodo semestral universitario de 2018-2).

La prueba de Estado pretende validar la idoneidad del graduado de Derecho, y así permitirle acceder a la tarjeta profesional a los nuevos abogados, quienes deben acreditar certificación de aprobación del examen de Estado que para el efecto realice el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), directamente o a través de una Institución de Educación Superior acreditada en alta calidad que se contrate para tal fin, junto con los demás requisitos exigidos en las normas legales vigentes, y, si el egresado o graduado no aprueba el examen, se podrá presentar en las siguientes convocatorias que señale el CSJ hasta tanto obtenga el porcentaje mínimo exigido.

El examen de Estado se entiende aprobado cuando el resultado supere la media del puntaje nacional de la respectiva prueba, que por primera vez se realizará en mayo y, en segundo lugar, en octubre de 2024. En el resultado individual de cada examen, el CSJ señalará la representación porcentual del puntaje obtenido sobre la media nacional y, de acuerdo con el artículo 2° de la citada ley,

La certificación de la aprobación del Examen de Estado será exigida por el Consejo Superior de la Judicatura o por el órgano que haga sus veces para la expedición de la Tarjeta Profesional de Abogado. Para ser representante de una persona natural o jurídica para cualquier trámite que requiera un abogado, será necesario contar con la tarjeta profesional de abogado, que solo se otorgará a quienes hayan aprobado el examen. Para las demás actividades no se requerirá tarjeta profesional.

Previamente, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-128 de 2024²⁵ (M.P. Natalia Ángel Cabo), concedió el amparo invocado e inaplicó por inconstitucional el artículo 11 transitorio del Acuerdo PCSJA24-12162

²⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1905 de 2018, Diario Oficial 50.368 del 28 de junio de 2018, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1905_2018.html

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia SU-128 de 18 de abril de 2024, M. P. Natalia Ángel Cabo, [https://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/CorteConstitucional/30051494?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](https://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/CorteConstitucional/30051494?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

de 9 de abril del 2024 del Consejo Superior de la Judicatura,²⁶ que prevé la categoría de tarjeta profesional provisional para los destinatarios de la Ley 1905 del 2018. Por lo tanto, ordenó a la accionada expedirle a los accionantes la tarjeta profesional de abogado con carácter definitivo y sin la exigencia de aprobación del examen en cuestión, protegió el derecho a la libre escogencia y ejercicio de la profesión de abogado de tres personas (expedientes acumulados) a quienes el Consejo Superior de la Judicatura expidió tarjetas profesionales de carácter provisional antes de que dicha entidad cumpliera con su deber de implementar el examen de Estado previsto en la Ley 1905 del 2018 como requisito adicional para la obtención de la tarjeta profesional.

Según los demandantes, la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad y al libre ejercicio de la profesión, pues para obtener una tarjeta profesional definitiva no se puede exigir un requisito que materialmente no pueden cumplir, como es la presentación de un examen que dicha institución no ha implementado ni menos aplicado, además de las afectaciones en su ejercicio profesional por tener una tarjeta provisional.

El alto tribunal señaló que el Consejo Superior de la Judicatura no actuó con la debida diligencia respecto de su deber de crear e implementar el examen de Estado regulado por la Ley 1905 del 2018. En efecto, agregó, “han transcurrido casi seis años desde la promulgación de la ley sin que se haya dado efectivo cumplimiento a la obligación dispuesta de realizar el mencionado examen”.

La Corte hizo una ponderación de los intereses que estaban en juego en este caso, y concluyó que

... (i) el requisito de aprobación del Examen de Estado busca proteger el interés general de garantizar la probidad y calidad en el ejercicio de la profesión de la abogacía; (ii) este requisito, sin embargo, es inexigible para aquellas personas que al momento de solicitar su tarjeta profesional no pudieron satisfacerlo ante la inexistencia del examen; (iii) la expedición de una tarjeta profesional provisional no sólo limita de hecho el ejercicio de la profesión de sus destinatarios, sino que impacta de manera grave el interés general, en tanto afecta el acceso a la administración de justicia de

²⁶ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Acuerdo PCSJA24-12162 de 9 de abril del 2024, https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUplod%2FPCSJA24-12162.pdf

los ciudadanos que contrataron los servicios profesionales de abogados con tarjeta provisional, en el caso en que estos llegaran a perder el examen y les fuera removida la tarjeta. Para la Sala, la pérdida de vigencia de la tarjeta provisional, con la consecuente pérdida de personería jurídica para actuar en los procesos en curso, afecta también la confianza legítima del ciudadano en el Estado que acreditó la idoneidad profesional de un abogado, para luego revertir esa acreditación y dejar incluso en duda la validez de las actuaciones realizadas por este durante el proceso.²⁷

Así las cosas, el hecho de que a estas personas se les habilitara el ejercicio de la profesión de manera provisional y no definitiva por no haber presentado un examen que aún no había sido implementado implicó, por una parte, una extralimitación de las competencias de la accionada, y por otra, una restricción injustificada de la libertad de ejercer la profesión, con las graves implicaciones para la seguridad jurídica, el principio de confianza legítima y el acceso de la ciudadanía a la administración de justicia.

Conclusiones

La regulación del servicio social y la práctica jurídica en Colombia han experimentado una evolución significativa a lo largo de los años, a fin de garantizar tanto la formación integral de los futuros abogados como el acceso equitativo a la profesión. A partir de un análisis detallado de las disposiciones legales pertinentes, se pueden extraer varias conclusiones importantes:

- *Ampliación de oportunidades*: la legislación ha buscado ampliar las oportunidades para los egresados de las facultades de derecho, permitiendo que la judicatura se realice en una variedad de entidades, no solo en la rama judicial, sino también en instituciones gubernamentales y organizaciones sociales. Esto refleja un compromiso con la diversificación de experiencias y la formación práctica de los abogados en diferentes áreas del derecho.
- *Énfasis en la ética y la responsabilidad social*: tanto en la normativa como en los códigos deontológicos, se destaca la importancia de la ética profesional y la responsabilidad social del abogado. Se subraya su papel en la defensa de los derechos individuales y colectivos, así como en la promoción de la justicia y el bien común.

²⁷ <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2016%20-%20Abril%2017%20y%2018%20de%202024.pdf>

- *Flexibilidad en los requisitos para cumplir con la judicatura:* se ha reconocido la importancia de flexibilizar los requisitos para obtener el título de abogado, permitiendo que la judicatura pueda ser cumplida de manera discontinua, y en diversas modalidades como el servicio jurídico voluntario o la práctica profesional remunerada. Esto facilita el acceso a la profesión para aquellos que enfrentan limitaciones de tiempo o recursos.
- *Regulación del ejercicio profesional:* se establecen criterios claros para el ejercicio de la profesión de abogado, incluyendo la inscripción obligatoria en el respectivo colegio de abogados y el cumplimiento de requisitos de idoneidad como la aprobación del examen habilitante. Esta regulación busca garantizar la calidad y la integridad en el ejercicio de la abogacía.

En resumen, la evolución normativa en materia de servicio social y práctica jurídica en Colombia refleja un compromiso con la formación integral, la ética profesional y el acceso equitativo a la profesión de abogado. Estas disposiciones buscan asegurar que los futuros abogados estén debidamente preparados para enfrentar los desafíos de la práctica legal en un contexto dinámico y diverso.

Bibliografía

- ÁMBITO JURÍDICO, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/constitucional-y-derechos-humanos/abogados-con-tarjeta-provisional-expedida-antes>
- APARISI MIRALLES, Ángela. *Ética y deontología para juristas*, 2ª ed. Pamplona: EUNSA, 2008.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1086 de 2006, http://www.secretaria.senado.gov.co/senado/basedoc/ley_1086_2006.html
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1123 de 2007, http://www.secretaria.senado.gov.co/senado/basedoc/ley_1123_2007.html
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1224 de 2008, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=31433>
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1322 de 2009, http://www.secretaria.senado.gov.co/senado/basedoc/ley_1322_2009.html
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1395 de 2010, http://www.secretaria.senado.gov.co/senado/basedoc/ley_1395_2010.html

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1434 de 2011, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41207>
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1905 de 2018, Diario Oficial 50.368 del 28 de junio de 2018, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1905_2018.html
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 23 de 1991, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6546>
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 878 de 2004, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=66203>
- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Acuerdo PCSJA24-12162 de 9 de abril del 2024, https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA24-12162.pdf
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-128 de 18 de abril de 2024, M. P. Natalia Ángel Cabo, [https://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/CorteConstitucional/30051494?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](https://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/CorteConstitucional/30051494?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)
- CORTE CONSTITUCIONAL. Comunicado de Prensa # 16 del 17 de abril de 2024, <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2016%20-%20Abril%2017%20y%2018%20de%202024.pdf>
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-098 de 2003, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-098-03.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-692 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-692-08.htm>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal - Sala de Decisión en Tutela, M. P. Luis Guillermo Salazar Otero. Aprobado Acta No. 270. Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013).
- DIRECCIÓN NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR. Resolución 033 del 21 de enero de 2010, https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_dndautor_0033_2010.htm
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución # 0-1684 del 30 de julio de 2010, expedida por el fiscal general de la nación, https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_fiscalia_1684_2010.htm
- Gaceta del Congreso*, Año XIII, No. 700 del 10 de noviembre de 2004. Primer debate de la Cámara de Representantes al Proyecto ley de 2004, “por

medio de la cual se autoriza la realización de la judicatura al servicio de los consumidores”.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Resolución # 4254 del 30 de septiembre de 2010, https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_4254_2010.htm

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1862 de 1989, <https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1362784>

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto-Ley 196 de 1971, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=92330>

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Resolución 510-005283 del 25 de marzo de 2010, <https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=4046210>

Segunda parte

Discursos de ascenso
e ingreso como
miembros de la
Academia Colombiana
de Jurisprudencia

RETOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL PARA EL DERECHO*

Manuel Alberto Restrepo Medina**
Académico de número

Resumen: El texto comienza con la presentación de las principales características de la economía digital, que permiten darle contexto a la problemática abordada, para pasar luego a su objeto central, consistente en la identificación de las implicaciones más relevantes que aquella está generando en el derecho laboral, el derecho tributario y el derecho comercial. Para este efecto se hizo una revisión de la literatura disponible sobre la materia, empleando como descriptores de búsqueda los términos “economía digital” y “derecho y economía digital”, tras cuya revisión y análisis se evidenció que, en esos ámbitos, se impone la necesidad de regular los derechos de los trabajadores de plataformas, incluyendo los aspectos relacionados con el uso de datos, la fiscalidad, dada la reducción de la base fiscal y recaudatoria de los gobiernos por la extensión de la actividad económica de las plataformas, así como lo relativo a la competencia empresarial injusta que está siendo ejercida por los beneficiarios de las economías digitales sobre las empresas y sectores convencionales.

Palabras clave: Economía digital; plataformas; economía colaborativa; ecosistema digital.

* Trabajo presentado en sesión del 7 de marzo de 2024 para el ascenso a “Miembro de número” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Una versión preliminar del mismo fue publicada en el libro *Derecho y economía digital*, Universidad del Rosario, 2024.

** Abogado. Especialista en Legislación Financiera. Magíster en Estudios Políticos. Magíster en Derecho Administrativo. DEA en Derecho Procesal. Doctor en Derecho. Profesor emérito y director de la Escuela Doctoral de Derecho de la Universidad del Rosario. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, ORCID 0000-0003-1097-8353.
Contacto: manuel.restrepo@urosario.edu.co

CHALLENGES OF THE DIGITAL ECONOMY FOR THE LAW

Abstract: The text begins with the presentation of the main characteristics of the digital economy, which allow to give context to the problem addressed, to then move on to its central objective, consisting of the identification of the most relevant implications that it is generating in labor law, tax law and commercial law. To this end, a review of the available literature on the subject was carried out, using the terms “digital economy” and “law and digital economy” as search descriptors, after which review and analysis it was evident that, in these areas, there is a need to regulate the rights of platform workers, including aspects related to the use of data, taxation, given the reduction of the fiscal and tax base of governments due to the extension of the economic activity of the platforms, as well as matters related to the unfair business competition that is being exercised by the beneficiaries of the digital economies over conventional companies and sectors.

Keywords: Digital economy; platforms; collaborative economy; digital ecosystem.

Introducción

La revolución digital ha transformado la economía en la manera de producir y consumir, hacer negocios y realizar intercambios colaborativos, a una velocidad inusitada de cambio, producto de la naturaleza exponencial de los avances tecnológicos, cuya base está en el comercio electrónico y los pagos digitales, gracias al empleo masificado de plataformas digitales.¹

Esa transformación de la economía trae aparejados desafíos e impacta al derecho, del cual se reclaman respuestas en escenarios tan diversos como el propiamente comercial, en ámbitos como los de la libre competencia o los derechos de los consumidores, el laboral, el tributario, el penal y hasta el constitucional, para no hacer referencia sino a los más evidentes.

Esos retos comienzan por la definición de la necesidad de regular la economía digital, cuestión que no es para nada pacífica, pues quienes la defienden argumentan que se requiere para garantizar la protección y seguridad de los consumidores, evitar el *dumping* social, así como garantizar una competencia justa,² mientras que otros sostienen que los

¹ Sergio PAZ, *Economía digital: el futuro ya llegó* (Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, Unidad de Publicaciones del Departamento de Economía y Administración, 2021). <http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/2990>

² Stephen MILLER, Transferable Sharing Rights: A Theoretical Model for Regulating Airbnb and the Short-Term Rental Market, 24 oct. 2014. <http://ssrn.com/abstract=2514178>

efectos negativos que puede acarrear la regulación son más costosos que los fallos del mercado a las que se enfrentan.³

Hasta el momento, como lo señala Molina,⁴ las respuestas de los gobiernos a la economía digital y de plataforma han sido generalmente de alcance limitado, reactivas, y se han concentrado en gestionar los efectos secundarios en lugar de intentar proveer un marco general para el desarrollo de la economía digital que limite sus efectos sociales, potencialmente negativos, sin menoscabar su capacidad para generar innovación y riqueza. Con esto no se quiere significar que no haya una base legal para que la economía digital pueda operar, como sucede en el caso colombiano con la Ley 527 de 1999, pero se trata de normas meramente instrumentales que facilitan el comercio digital, que no tienen el alcance que Molina reclama.

Por lo anterior, persiste la demanda por una regulación de la economía digital, que se ha concentrado principalmente en tres ámbitos: los derechos de los trabajadores de plataformas, incluyendo los aspectos relacionados con el uso de datos; la fiscalidad, donde los gobiernos ven en la extensión de las plataformas un mecanismo que reduce la base fiscal y recaudatoria, y la competencia empresarial injusta ejercida por las plataformas sobre las empresas y sectores convencionales.

Pasemos a identificar ahora las principales implicaciones que la economía digital está generando en el derecho laboral, el derecho tributario y el derecho comercial, para cuyo efecto se hizo una revisión de la literatura disponible sobre la materia empleando como descriptores de búsqueda los términos “economía digital” y “derecho y economía digital”.

Algunas consideraciones de caracterización de la economía digital

De manera relativamente reciente, la producción de bienes y servicios ha pasado de ser gestionada a través de un modelo de empresa fordista a su prestación por medio de plataformas digitales, que ha recibido

³ Darcy ALLEN y Cris BERG, *The sharing economy. How over-regulation could destroy an economic revolution*. Institute of Public Affairs (Australia: Bergallen, 2014). [BERGALLEN_The-Sharing-Economy-Institute-of-Public-Affairs-2014.pdf](#) (chrisberg.org)

⁴ Óscar MOLINA, “La regulación en la economía digital: un análisis comparativo del empleo y las relaciones laborales en Alemania, Francia y el Reino Unido”, en *Economía digital y políticas de empleo*, coordinador Fausto Miguélez, 106-130 (Barcelona: Centre d’Estudis Sociològics sobre la Vida Quotidiana i el Treball – QUIT Institut d’Estudis del Treball Universitat Autònoma de Barcelona, 2019).

distintas denominaciones, aunque la más reconocida es la de “economía digital”, término acuñado por Don Tapscott en 1995.⁵ Para este autor la nueva economía está basada en la digitalización, en la medida en que la información, que en la vieja economía se basaba en objetos o relaciones físicas, se puede transformar en *bits*, que son almacenables, transformables y distribuibles por todo el mundo a gran velocidad.

Ese cambio de lo analógico a lo digital ha producido una transformación de los negocios a una economía del conocimiento, en la cual una creciente proporción del valor agregado proviene de la capacidad mental y no de la física, donde la inmediatez es su característica más relevante. Y en ese proceso, anclado en el uso de la tecnología, dice Tapscott, parece haber consenso en torno a que debe ser el sector privado quien lo construya, mientras que los gobiernos actúen como árbitros que protegen los intereses públicos sin intentar controlar o regular en exceso.⁶

Ese tránsito hacia la economía digital ha implicado ir mutando de un modelo caracterizado por

... la concentración de un gran número de trabajadores en un centro de trabajo físico con una estructura organizativa jerarquizada en la que la figura del empleador era fácilmente delimitable, a una segunda etapa caracterizada por un modelo de empresa descentralizada en la que la mayor parte de sus fases productivas se externalizan a terceros ajenos (ya se trate de otras empresas o de trabajadores autónomos) con el fin declarado de reducción de costes y maximización del beneficio; y por último, en la actualidad, nos encontramos en un tercer estadio, el mercado abierto, en el que confluyen nuevos modelos de negocio basados en las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) y en los que los límites entre prestadores de servicios, usuarios y empresarios son extraordinariamente móviles.⁷

Los nuevos modelos de negocio de la economía digital potencian su alcance mediante la utilización de las TIC, que las revisten de características que

⁵ Don TAPSCOTT, *La economía digital. Promesas y peligros de la inteligencia en redes* (Bogotá: McGraw-Hill, 1996).

⁶ *Idem*.

⁷ Esther GUERRERO-VIZUETE, “La economía digital y los nuevos trabajadores: un marco contractual necesitado de delimitación”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n.º. 6, 1 (2018): 195-218.

les facilitan su rápida expansión e internacionalización; de ahí que Laudon⁸ atribuye a este tipo de servicios las siguientes características:

- a. la ubicuidad, referida a la posibilidad de alcanzar a los potenciales consumidores en cualquier tiempo y lugar;
- b. el alcance global, entendido como la ruptura de los límites geográficos para la comercialización de un determinado producto o servicio;
- c. los estándares universales a nivel tecnológico que facilitan la interacción con diferentes latitudes;
- d. la incorporación del formato multimedia –texto, audio y video–;
- e. la interactividad entre proveedores y consumidores;
- f. la mayor densidad de la información actual a menores costos;
- g. la personalización de los servicios a grupos o individuos conforme a sus características o a sus gustos y preferencias;
- h. las interacciones con las comunidades digitales, conforme al nuevo modelo social que impera en el mundo digital.

La economía digital se desarrolla en varios formatos de intermediación, y sus principales modalidades son la economía colaborativa, la economía bajo demanda y la economía de acceso.⁹

La **economía colaborativa** consiste en el uso de plataformas para crear un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos por particulares, en el cual el papel de la plataforma es el de poner en contacto al proveedor del bien o prestador del servicio con el prestatario, por cuya razón puede haber o no el pago de una contraprestación.

La **economía bajo demanda** o economía *gig*, consiste en el desarrollo de una actividad por parte de un sujeto que atiende el requerimiento de suministro de un bien o prestación de un servicio de un usuario que lo solicita a cambio de una contraprestación, cuya característica es la existencia de un numeroso grupo de personas dispuestas a realizar el encargo y un correlativo potencial de usuarios que pueden requerir su realización, cuyo contacto es facilitado por la plataforma.

⁸ Kenneth LAUDON, *E-commerce: negocios, tecnología, sociedad* (Ciudad de México: Pearson Educación de México, 2011).

⁹ GUERRERO-VIZUETE, “La economía digital y los nuevos...”, 199-203.

En la **economía por acceso**, una empresa con un fin comercial proporciona a sus usuarios un bien de carácter temporal mediante el empleo de una plataforma digital. A diferencia de los otros dos casos, aquí la plataforma interviene directamente como medio de contacto entre el proveedor y el cliente, por lo que las implicaciones que se plantean provienen más desde la protección del usuario como consumidor.

De los principales desafíos que las distintas modalidades de intermediación de la economía digital generan en el derecho laboral, el derecho tributario y el derecho comercial se ocuparán los siguientes apartados.

Desafíos de la economía digital sobre el derecho laboral

El rápido crecimiento de la economía digital y su impacto en los mercados de trabajo y sistemas de relaciones laborales se ha producido en gran medida aprovechando vacíos legales. Esto ha permitido la proliferación de actividades y formas de organización que no existían hasta el momento, y ha tenido un carácter fuertemente disruptivo.¹⁰

De acuerdo con Guerrero,¹¹ la afectación que la economía digital genera sobre las relaciones laborales, y que impacta por consiguiente al derecho laboral proviene

... por un lado, [de] la inmediatez y relativa facilidad con que los potenciales clientes pueden acceder a los bienes y servicios canalizados a través de plataformas digitales y por otro, [d]el amplio colectivo de prestadores de servicios que pueden facilitarlos encuadrados en un régimen de flexibilidad hasta ahora poco explorada.

La flexibilidad viene dada porque la prestación del servicio puede ser periódica u ocasional, de forma profesional o no, con dedicación de tiempo completo o de tiempo parcial, como un medio para mejorar los ingresos o como una palanca para la expansión de la oferta de bienes y servicios, de manera deslocalizada y apoyada en el uso de la tecnología, todo lo cual acarrea una ampliación de la oferta de servicios, una mejor adaptación a las necesidades de los consumidores y una reducción en los precios; no obstante, a la vez plantea el interrogante de la existencia de una relación laboral entre la persona que presta sus servicios y la plataforma.

¹⁰ MOLINA, “La regulación en la economía...”, 126.

¹¹ GUERRERO-VIZUETE, “La economía digital y los nuevos...”, 197.

Esta pregunta de si a los trabajadores de las plataformas se les debe considerar como empleados o trabajadores independientes es clave para el objeto de este escrito, en la medida en que aquellos disfrutaban de una serie de derechos que conllevan unas determinadas obligaciones fiscales para los empleadores, que no se dan en el caso de considerarse que se trata de una relación mercantil de externalización, y de ser esta la respuesta a la pregunta, cabe plantearse por los requisitos que les serían exigibles como prestadores de servicios y por la responsabilidad ante los consumidores por los servicios prestados.¹²

Guerrero¹³ propone para resolver este interrogante determinar la existencia de dependencia o subordinación como elemento estructurador del vínculo laboral, en el sentido de establecer si el prestador del servicio está sometido al círculo rector, organicista y disciplinario del empresario, porque este determina continuamente la forma en que aquel ha de desarrollar su actividad para que se logren los objetivos empresariales, de tal modo que el trabajador está en la obligación de cumplir con las órdenes e instrucciones que le son impartidas para tal efecto, o si se trata de encargos genéricos que el prestador del servicio realiza como le parece oportuno.

En ese orden de ideas, la discusión está en torno a la prevalencia de la libertad de prestación que emana de la flexibilidad vs. el cumplimiento de las órdenes e instrucciones del empresario en un horario flexible, cuya respuesta puede estar en si el prestador del servicio percibe directamente y no de la plataforma la retribución por sus servicios, que actúa como intermediaria a cambio de una comisión, o si es quien asume los riesgos, favorables o adversos, que se deriven de su actividad, como la negativa de un cliente a pagar por un determinado servicio, y si los medios de producción son suyos.

Así, no habría relación laboral, si el prestador del servicio lleva a cabo la actividad económica a título lucrativo de manera directa por fuera del ámbito de dirección y organización de la plataforma digital. Si bien podría pensarse que los trabajadores digitales no tienen una relación laboral con las plataformas, porque son ellos quienes deciden voluntariamente

¹² Karolien LENAERTS, Mirsolav BEBLAVY y Zachary KILHOFFER, Government Responses to the Platform Economy: Where do we stand? *CEPS Policy Insight*, 27 jul. 2017. <https://www.ceps.eu/ceps-publications/government-responses-platform-economy-where-do-we-stand/>

¹³ GUERRERO-VIZUETE, “La economía digital y los nuevos...”, 205.

registrarse en ellas, aceptando mediante su adhesión las condiciones que tienen establecidas para el desarrollo de esa actividad, si estas establecen un nivel de exigencia y especificación tales que controlan significativamente la actividad del prestador, se estaría frente a una laboralidad encubierta.

En ese sentido, Sánchez Bayón¹⁴ señala que la economía bajo demanda se ha prestado para que a los prestadores de servicios se les impongan condiciones abusivas, que hacen evidente su dependencia de la plataforma digital y, por ende, la existencia de una relación laboral encubierta, cuya remuneración está muy por debajo de su cualificación, bajo una falsa promesa de futura mejora y de que otros vendrán a asumir la sobrecarga; por lo cual, como señala Doz,¹⁵ se hace necesario redefinir el concepto de subordinación jurídica de cara a la dependencia económica de los trabajadores y garantizar los derechos laborales con independencia de los formatos que adopte la actividad.

La dificultad para establecer la dependencia o subordinación se deriva, para Doz, de que el régimen jurídico de las relaciones laborales por Internet es deliberadamente confuso, al permitir modalidades de trabajo precario, que son organizadas a través de intermediarios que desdibujan su situación laboral al catalogarlos como contratistas independientes, asociados, colaboradores, encargados de la tarea, desprovoyéndolos de los beneficios de la afiliación a la seguridad social, y sin que sean trabajadores por cuenta propia, porque no tienen la capacidad para definir tareas, establecer tarifas o poseer la titularidad de la propiedad intelectual producida.

En esa medida, en los ámbitos de los trabajadores en régimen de externalización abierta con relaciones de empleo precarias y variables se necesita la protección expresa del ordenamiento jurídico para garantizar la salud y seguridad en el trabajo, la protección social, la libertad de asociación y la negociación colectiva, la estabilidad frente a despidos de facto, el derecho a una remuneración salarial digna, el derecho a rechazar el trabajo ofrecido con poca antelación sin penalización y la titularidad de la propiedad intelectual.

¹⁴ Antonio SÁNCHEZ-BAYÓN, Medidas de economía de bienestar que destruyen empleo en la economía digital. *Semestre Económico*, n.º. 23, 55 (2020): 87-112.

¹⁵ Javier DOZ, La economía digital desde la perspectiva del Comité Económico y Social Europeo. *Gaceta sindical: Reflexión y debate*, n.º. 27 (2016): 129-148.

Justamente, para detectar la ocurrencia de una laboralidad encubierta, la Comisión Europea ha señalado que son indicios de control de la actividad subyacente por parte de las plataformas la fijación del precio final que deba pagar el usuario, la fijación de las condiciones y términos que determinan la relación contractual entre el prestador y el usuario y la propiedad de los activos clave para prestar el servicio subyacente.

En criterio de Dittrich¹⁶ otro tema emergente que está ganado peso en el contexto de las transformaciones tecnológicas y las relaciones de empleo es el de la privacidad y el uso de información por parte de los empresarios para tomar decisiones en relación al empleo. Se trata no solo de proteger la privacidad de los trabajadores, sino del uso de estos datos que hace la empresa. Esto incluye, por ejemplo, la utilización de algoritmos en aspectos relacionados con la organización del trabajo o la evaluación del rendimiento que, a pesar de ser en principio eficientes, pueden perpetuar la discriminación y aumentar el desequilibrio de poder en la empresa.

Finalmente, relacionada con la problemática del empleo se encuentra la de la fiscalidad, por cuanto el sistema de seguridad social deja de percibir ingresos de aquellos trabajadores independientes cuyos aportes no son realizados por las plataformas, a no ser que se establezcan mecanismos que faciliten y garanticen el pago de cuotas por parte de ellos. Lo cual no solo impacta negativamente en todo el sistema de protección social, sino que comporta una menor protección para los trabajadores de plataformas.¹⁷

Siguiendo a Evans y Byhovskaya,¹⁸ frente a los retos que le plantea la economía digital, se requiere que el derecho laboral haga una promoción de las relaciones laborales con un enfoque basado en los derechos, que permita extender los derechos y prestaciones a todos los trabajadores, independientemente del tipo de contrato laboral suscrito, y fortalecer las redes de cobertura social para los trabajadores de la economía de plataformas, garantizando una cobertura similar a la del resto de trabajadores en

¹⁶ Paul-Jasper DITTRICH, *Online platforms and how to regulate them: an EU overview, Policy Paper, n.º. 227* (2018). EZ_JDI_OnlinePlatforms_Dittrich_2018_ENG.pdf (bertelsmannstiftung.de)

¹⁷ Rodrigo CASTRO-SALAZAR, 2019. *Los desafíos fiscales de la economía digital*. <https://repositorio.ulacit.ac.cr/bitstream/handle/20.500.14230/9253/043587.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁸ John EVANS y Anna BYHOVSKAYA. “La gestión de la economía digital, hacia un cambio tecnológico abierto, equitativo e inclusivo: una perspectiva sindical”. *Gaceta sindical: Reflexión y debate, n.º. 16* (2016): 107-118.

lo que respecta a los riesgos para la salud, de discapacidad, pensiones y desempleo.

Desafíos de la economía digital para el derecho tributario

La realización de transacciones comerciales con intangibles, valiéndose de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, plantea retos al derecho tributario porque el funcionamiento de los sistemas tributarios está basado en hechos imponderables sobre bienes y servicios tangibles, cuando el comercio electrónico ocurre en el ciberespacio, que no tiene una realidad física, se deslocaliza rápidamente y donde su objeto no recae tanto sobre bienes y servicios físicos, sino sobre servicios que se pueden prestar de forma íntegra a través de la red de Internet.¹⁹

En esa medida, los sujetos pasivos de derecho tributario y en especial las multinacionales se han visto altamente beneficiados por la posibilidad de proveer bienes y servicios a un espectro más amplio de clientes por medio de la web, y muchas veces estas actividades comerciales digitales se realizan en países donde los sujetos pasivos no cuentan con presencia física o legal, lo cual dificulta la determinación de la base gravable y el posterior recaudo respectivo, del cual son titulares los distintos Estados, como sujetos activos de la obligación tributaria.²⁰

Teniendo en cuenta ese contexto, Ibáñez²¹ sistematiza los problemas que surgen de la economía digital en cuatro agrupaciones que corresponden al nexo, la data, la caracterización y el IVA cibernético.

- ◆ Dentro de la categoría denominada Nexos, se encuentran la clasificación y localización de la renta, la determinación de la residencia del contribuyente, el concepto de establecimiento permanente, y las atribuciones y reparto de la soberanía entre las distintas jurisdicciones.
- ◆ Con respecto a la segunda categoría denominada Data, se pueden encontrar problemas tales como el tratamiento fiscal de los datos,

¹⁹ Raquel ÁLAMO-CERRILLO, *La economía digital y el comercio electrónico. Su incidencia en el sistema tributario* (Madrid: Dykinson, 2016).

²⁰ Eli HADZHIEVA, *Tax Challenges in the Digital Economy* (Bruselas: European Parliament, 2016).

²¹ María-Jesús IBÁÑEZ, “BEPS y los desafíos de la inminente digitalización de las economías”. *Anuario de derecho tributario*, n.º. 7 (2015): 17-38.

y la atribución del valor generado, dado que el valor agregado no está en la data en sí, sino en la capacidad de utilizarla para generar utilidades económicas.

- ♦ La tercera categoría que trata de la Caracterización, presenta uno de los problemas más polémicos y menos regulados como lo es el uso de las monedas virtuales en actos de comercio y el *cloud computing*, como envío de servicios de computación.
- ♦ Por último, pero considerado uno de los temas más relevantes en la economía digital está el IVA cibernético, que presenta un reto para identificar la jurisdicción del proveedor y el destinatario del producto o servicio que puede ser determinado por el principio de destino o el principio de origen. Cada uno de los principios determina una manera de recaudo distinta y por consiguiente afecta la imposición tributaria sobre los actos de comercio de cada Estado en particular.

De manera particular, en la primera de las agrupaciones la economía digital plantea desafíos para la fiscalidad internacional, ya que la presencia física no es impedimento para la expansión del comercio internacional, cuyos modelos²² dejan atrás la suposición de que una empresa no residente solo puede operar de manera significativa en una jurisdicción del mercado mediante su exclusiva presencia física.²³

Esta situación permite el aprovechamiento por parte de las empresas multinacionales de las lagunas en la interacción entre los distintos sistemas tributarios para disminuir artificialmente las bases imponibles o trasladar los beneficios a países o territorios de baja tributación en los que realizan poca o ninguna actividad económica (prácticas elusivas BEPS - erosión de bases imponibles y traslado de beneficios), que socavan la integridad del sistema tributario y dificultan la obtención de ingresos fiscales.

Frente a los desafíos que la economía digital ha generado en el plano de la fiscalidad internacional, desde 2015 los países miembros del G-20 y de la OCDE han promovido un consenso mundial para armonizar y que resulten

²² Los nuevos modelos de comercio digital son desarrollados entre empresas (B2B), entre empresa y consumidor (B2C), entre empresa y la administración (B2A), entre empresa y los empleados (B2E) y entre consumidores (C2C).

²³ OCDE, *Addressing the tax challenges of the digital economy: Action 1, 2015 final report* (París: OECD Publishing, 2015). <https://10.1787/9789264>

fácilmente inteligibles el criterio para la determinación de la existencia de un «nexo» (o criterio de sujeción) y las reglas de «atribución de beneficios», dos conceptos fundamentales inherentes al reparto de la potestad tributaria entre jurisdicciones y a la forma en que se asignan los beneficios a las diferentes actividades desarrolladas por las empresas multinacionales, cuya implementación comprende un conjunto de 15 acciones y un sistema de dos pilares, que han obligado a los países miembros del Marco Inclusivo de BEPS de la OCDE y del G20 a ir adecuando progresivamente sus legislaciones internas y a generar acuerdos bilaterales de información.

Aparte de la agrupación de los desafíos para el derecho tributario, podría adicionarse el que surge de la utilización de algoritmos, que les permite a las grandes plataformas de ventas emplear los registros históricos de transacciones previas de los consumidores para dar intención a una publicidad directa a usuarios específicos, que convierten a los datos personales recopilados, de los cuales dependen estos nuevos modelos de negocio, en un activo en sí mismo, de altísimo valor, que puede pasar desapercibido frente a las administraciones fiscales.²⁴

En resumen, la solución al problema de la fiscalidad internacional radica en poder determinar un criterio de atribución y de reparto de la soberanía tributaria entre distintas jurisdicciones, al tiempo de establecer dónde se realizan en específico las actividades económicas en cuestión y dónde se genera el valor de estas actividades,²⁵ mientras que en el orden interno el vacío legal que se deriva del anonimato y la falta de control de los Estados sobre Internet, que se traduce tanto en la eventualidad de una doble imposición como en el riesgo de que en la práctica las transacciones en línea no estén sujetas a impuestos, convirtiendo a Internet en un paraíso fiscal, llevan a la necesidad de establecer una normativa especial aplicable al comercio electrónico.²⁶

²⁴ Antonio FAÚNDEZ-UGALDE, Álvaro VIDAL-OLIVARES, Alexander OLGUÍN-ROMERO y Felipe MOLINA-MARISIO, "Tributación en la economía digital: Propuestas impulsadas por la OCDE y el impacto frente a los principios rectores de todo sistema tributario". *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, n.º. 10, 1(2021): 9-28.

²⁵ IBÁÑEZ, "BEPS y los desafíos de...", 17.

²⁶ David AGRAWAL, *The Internet as a Tax Haven? The Effect of the Internet on Tax Competition*. Feb , 2017. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2328479>

Desafíos de la economía digital para el derecho comercial

En este ámbito, el debate se ha centrado en la competencia desleal y el poder de mercado de las plataformas, ya que muchas de ellas tienden a estar dominadas por uno o muy pocos actores, gracias a, entre otras cosas, los fuertes efectos de red y las economías de escala. Otra preocupación es la forma en que las plataformas pueden aprovechar su acceso exclusivo a grandes cantidades de datos de consumo, negocios y transacciones, ya que este acceso les confiere una ventaja sobre competidores y reguladores por igual,²⁷ pudiendo emplearse la algorítmica para llegar a acuerdos colusorios de precios.

Sin duda, los datos son una entrada valiosa para las plataformas de Internet, cuyos usuarios voluntariamente suben sus datos sin que generalmente perciban ningún pago por ellos. Así, las plataformas de Internet a cambio de los servicios que proveen obtienen en una especie de trueque la carga de datos de sus usuarios, quienes quedan expuestos a que se infrinja su privacidad, y refleja una de las principales preocupaciones a la hora de hacer negocios a través de las plataformas, como lo es la seguridad de las transacciones.

En efecto, la desmaterialización de las transacciones aumenta el riesgo de que una persona transite con una identidad ficticia o usurpe la identidad de otra persona. De esta manera el desarrollo del comercio electrónico en un entorno abierto plantea dos problemas indisociables: la seguridad técnica y la seguridad jurídica de las transacciones desmaterializadas.

Como señala Devoto,²⁸ la seguridad es uno de los temas centrales y claves en el desarrollo de toda infraestructura de información, ya sea a nivel nacional como global. Los participantes quieren tener la certeza de que la persona con la que están contratando es efectivamente quien dice ser, que la información o mensajes transmitidos no han sufrido alteración durante su transmisión y que la información sea confidencial, de manera que solo pueda ser leída por el sujeto a quien va dirigida.

Para este autor, la criptografía, a través de la firma digital, aporta las soluciones que permiten garantizar el “no repudio” y la “inalterabilidad” del mensaje y la tecnología, a través del encriptado de los mensajes, aporta la

²⁷ MOLINA, “La regulación en la economía...”, 112.

²⁸ Mauricio DEVOTO, “La economía digital: el dinero electrónico y el lavado de dinero. *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*”, n° 27-29 (1998): 469-502.

solución adecuada al desafío de la confidencialidad. La cuestión es que, si tecnológicamente esos riesgos parecerían estar cubiertos, hace falta la masificación de su uso a través de la regulación y no únicamente desde los usos y costumbres.

Si bien es cierto que existen leyes sobre comercio electrónico (como la Ley 527 de 1999 en el caso colombiano), estas se han ocupado de regular los aspectos básicos para dar plena validez jurídica al uso de los mensajes de datos como otra forma de manifestación de voluntad y medio probatorio, así como de institucionalizar los equivalentes funcionales de escrito, original, firma y archivos, pero no incorporan la totalidad de las prácticas que han surgido y existen sobre la materia.²⁹

Así, por ejemplo, escapan del ámbito regulado normativamente por las legislaciones sobre comercio electrónico los actos previos, circundantes y posteriores al contrato, como la publicidad, la búsqueda de información sobre bienes y servicios, la negociación de condiciones sobre precio y tiempo de entrega o los servicios de atención al cliente en preventa y postventa, que muestran la insuficiencia legal y la necesidad de contar con una legislación completa y actualizada que garantice plenamente la seguridad jurídica negocial.

Además, actividades propias del giro ordinario del comercio electrónico, tales como la apertura de cuentas bancarias, la adquisición de instrumentos monetarios y la transferencia electrónica de fondos, se prestan para realizar operaciones de lavado de dinero de fondos obtenidos de la comisión de delitos, cuya detección entraña una gran dificultad por el hecho de que los medios utilizados no son en sí mismos ilegales y dada la facilidad para su movilización anónima, por lo cual es lógico suponer que tales actividades sean empleadas con esa finalidad.³⁰

Conclusión

La economía digital, entendida como el desarrollo de actividades comerciales llevadas a cabo a través del uso de tecnologías de computación digital, genera oportunidades y al propio tiempo desafíos para toda la sociedad, estos últimos referidos a cuestiones como la confianza en el ecosistema

²⁹ Nelson REMOLINA ANGARITA, “Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica”. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Tecnologías*, n.º. 2 (2006): 323-370.

³⁰ Mauricio DEVOTO, “La economía digital: el dinero...”, 495.

digital, el uso de los datos personales o la pérdida de empleos convencionales.

En materia jurídica el derecho deberá dar respuesta, ojalá más temprano que tarde y sin sacrificar las ventajas de esta nueva forma de producción de bienes y servicios, a asuntos tales como la protección a los derechos de los trabajadores digitales, la imposición fiscal adecuada tanto para evitar la doble imposición como la evasión y la elusión, la protección de los datos y la privacidad de los usuarios de las plataformas, la competencia leal y lucha contra los monopolios y las prácticas contrarias a la competencia y la responsabilidad de las plataformas por los negocios celebrados mediante su intermediación.

Lyria Bennet, haciendo un símil con la fábula de la liebre y la tortuga, señala que la norma se presenta como la eterna perdedora en la carrera sin fin contra la tecnología, y mientras esta da lugar a importantes transformaciones sociales, que involucran nuevas formas de conducta de las personas, el derecho continúa dirigido a resolver viejos problemas, incapaz de mantenerse al día con el mundo moderno.

Para no ir demasiado a la zaga de los desafíos que los cambios sociales marcados por el uso intensivo de la tecnología le plantean, es necesario llevar a cabo un proceso general de adaptación del derecho a la sociedad de hoy, digitalizada y virtual. El sistema normativo debe desarrollar la capacidad para entender las nuevas relaciones sociales, de las cuales la economía digital es tan solo uno de sus catalizadores, ajustarse a ellas y proponer soluciones innovadoras y creativas. En definitiva, y como ha sido su constante en la historia de la humanidad, se requiere seguir repensando el derecho, para que pueda dar respuestas adecuadas a los requerimientos del momento presente, y proyectarse a las transformaciones futuras que seguirán a un ritmo de cambio más vertiginoso que el actual.

Bibliografía

- AGRAWAL, David. The Internet as a Tax Haven? The Effect of the Internet on Tax Competition (febrero de 2017) <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2328479>
- ÁLAMO-CERRILLO, Raquel. *La economía digital y el comercio electrónico. Su incidencia en el sistema tributario*. Madrid: Dykinson, 2016.
- ALLEN, Darcy y Cris Berg. *The sharing economy. How over-regulation could destroy an economic revolution*. Australia: Institute of Public Affairs, 2014.

- BERGALLEN_The-Sharing-Economy-Institute-of-Public-Affairs-2014.pdf (chrisberg.org)
- BENNET, Lyria. Agents of Change. How the Law ‘Copes? With Technological Change. *Griffith Law Review*, n°. 20 (2014): 763-794.
- CASTRO-SALAZAR, Rodrigo. *Los desafíos fiscales de la economía digital* (2019). <https://repositorio.ulacit.ac.cr/handle/123456789/9253>
- DEVOTO, Mauricio. La economía digital: el dinero electrónico y el lavado de dinero. *Informática y derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, n°. 27-29 (1998): 469-502.
- DITTRICH, Paul-Jasper. “Online platforms and how to regulate them: an EU overview”. *Policy Paper Jacques Delors Institute*, n°. 227 (2018). EZ_JDI_OnlinePlatforms_Dittrich_2018_ENG.pdf (bertelsmann-stiftung.de)
- DOZ, Javier. “La economía digital desde la perspectiva del Comité Económico y Social Europeo”. *Gaceta sindical: reflexión y debate*, n°. 27 (2016): 129-148.
- EVANS, John y Anna Byhovskaya.. La gestión de la economía digital, hacia un cambio tecnológico abierto, equitativo e inclusivo: una perspectiva sindical. *Gaceta sindical: reflexión y debate*, n°.16 (2016): 107-118.
- FAÚNDEZ-UGALDE, Antonio, Vidal-Olivares, Álvaro, Olguín-Romero, Alexander, y Felipe Molina-Marisio, Felipe. “Tributación en la economía digital: Propuestas impulsadas por la OCDE y el impacto frente a los principios rectores de todo sistema tributario”. *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, n°.10, 1 (2021): 9-28.
- GUERRERO-VIZUETE, Esther. “La economía digital y los nuevos trabajadores: un marco contractual necesitado de delimitación”. *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo*, n°. 6, 1 (2018): 195-218.
- HADZHIEVA, Eli. *Tax Challenges in the Digital Economy*. Bruselas: European Parliament, 2016.
- IBÁÑEZ, María-Jesús. “BEPS y los desafíos de la inminente digitalización de las economías”. *Anuario de Derecho tributario*, n°. 7 (2015): 17-38.
- LAUDON, Kenneth. *E-commerce: negocios, tecnología, sociedad*. Ciudad de México: Pearson Educación de México, 2011.
- LENAERTS, Karolien, Beblavy, Mirsolav y Kilhoffer, Zachary. Government. Responses to the Platform Economy: Where do we stand? *CEPS Policy Insight* 27 oct. 2017. <https://www.ceps.eu/ceps-publications/government-responses-platform-economy-where-do-we-stand/>

- MILLER, Stephen. Transferable Sharing Rights: A Theoretical Model for Regulating Airbnb and the Short-Term Rental Market, 2014. <http://ssrn.com/abstract=2514178>
- MOLINA, Óscar. “La regulación en la economía digital: un análisis comparativo del empleo y las relaciones laborales en Alemania, Francia y el Reino Unido”. En *Economía digital y políticas de empleo*, coordinador Fausto Miguélez, 106-130. Barcelona: Centre d’Estudis Sociològics sobre la Vida Quotidiana i el Treball – QUIT. Institut d’Estudis del Treball Universitat Autònoma de Barcelona, 2019.
- OCDE. *Cómo abordar los desafíos fiscales de la Economía Digital*. París: OCDE, 2014. <https://www.oecd.org/ctp/action-1-digital-economy-esp-preliminary-version.pdf>
- OCDE. *Addressing the tax challenges of the digital economy: Action 1. Final report*. París: OECD Publishing, 2015. <https://10.1787/9789264>
- PAZ, Sergio. *Economía digital: el futuro ya llegó*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, Unidad de Publicaciones del Departamento de Economía y Administración, 2021. <http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/2990>
- REMOLINA ANGARITA, Nelson. Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Tecnologías*, n.º.2 (2006): 323-370.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio. “Medidas de economía de bienestar que destruyen empleo en la economía digital”. *Semestre Económico*, n.º. 23, 55 (2020): 87-112.
- TAPSCOTT, Don. *La economía digital. Promesas y peligros de la inteligencia en redes*. Bogotá: McGraw-Hill, 1996.

RESPUESTA A LA INTERVENCIÓN DEL ACADÉMICO
MANUEL RESTREPO MEDINA POR SU TRABAJO
“RETOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL PARA EL
DERECHO”, EN SU ASCENSO A MIEMBRO
DE NÚMERO

Carlos A. Orjuela Góngora*
Académico de número

Señores, presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, vicepresidentes y demás miembros de la Comisión de la Mesa, académicos, familiares del Dr. Manuel Alberto Restrepo Medina e invitados especiales:

Por generosa invitación del Dr. Manuel Alberto Restrepo Medina, quien accede hoy a la categoría de “Académico de número”, me corresponde dar respuesta, a nombre de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al importante ensayo mediante el cual sustenta su ascenso a esa dignidad.

Debo señalar, en primer término, que el Dr. Manuel Alberto Restrepo Medina es un hombre serio, sí que también, de buen humor.

Su vida ha estado dedicada, en buena medida, al estudio, a la reflexión profunda sobre la razón de ser del Derecho y de la Ciencia, y a la búsqueda de instrumentos para la solución de los interrogantes y conflictos habituales en la vida de los seres humanos.

* Exconsejero de Estado, asesor y consultor.
Contacto: corjuelag@gmail.com

Desde muy temprano, en su periplo estudiantil, Manuel Alberto se destacó como Colegial de Número en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor del Rosario, y luego de terminar sus estudios de pregrado emprendió un largo y respetable camino, dentro del cual se especializó en Legislación Financiera en la Universidad de los Andes; cursó un Magíster en Estudios Políticos en la Universidad Javeriana, otro, en Derecho Administrativo, en la Universidad del Rosario, y un Doctorado en Derecho, en la Universidad Alfonso X, El Sabio.

Para estas calendas, después de una extensa dedicación a la cátedra universitaria y a la investigación jurídica, es profesor titular y emérito de su alma mater.

Manuel Alberto es y ha sido generoso con su bagaje jurídico y científico, por manera que la propia Academia y, especialmente, la Comisión de Reforma de la Administración de Justicia, se han nutrido de sus luces y de su apoyo a través del Doctorado en Derecho de su universidad, que dirige con brillo y especial dedicación. No sobra agregar que Manuel Alberto, además, ha sido profesor invitado en las universidades de Bolonia, Burdeos, San Francisco de Quito, Andina, Simón Bolívar y otras. También, se desempeñó como Conjuez de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Es autor o coautor, entre otros textos, de los libros *Vademécum de Derecho Administrativo*, *Novedades y perspectivas de la reforma al control fiscal*, y *Problemas actuales de la responsabilidad en derecho*.

Su tesis doctoral de la Universidad Alfonso X, El Sabio, intitulada “Administración cautelar de bienes con fines de comiso. Especial referencia a los delitos de narcotráfico y conexos”, fue dirigida por el jurista español Eduardo de Urbano Castrillo. De igual manera, Manuel Alberto es autor de un extenso catálogo de ensayos, y es colaborador tanto en distintos medios jurídicos de Colombia como en diversas revistas y medios extranjeros, de modo que es uno de los juristas colombianos más conocidos y valorados en varios países.

Sobraría decir, también, que es un académico juicioso, constante en sus deberes de esta naturaleza y que es habitual verlo presente en todos los actos programados por la institución, en los que siempre interviene con sabiduría, espíritu de colaboración y en los que suele hacer planteamientos sesudos y bien respaldados.

Pues bien, Manuel Alberto nos pone de presente, en el denso trabajo que ha puesto hoy a consideración de esta Academia, que “... la revolución digital ha transformado la economía en la manera de producir y consumir, hacer negocios y realizar intercambios colaborativos” como producto de la utilización de los avances tecnológicos y, principalmente, debido al empleo generalizado de plataformas digitales. Ello, como es apenas natural, implica unos desafíos interesantes y complejos para el mundo jurídico, pues la sociedad espera respuestas en todos los campos en los que se mueven intereses de diversa índole. Y, desde luego, en cuanto se avizora que es indispensable regular los efectos correspondientes; sin dejar de lado, que algunos sectores estiman que las regulaciones podrían traer consecuencias negativas en muchos de esos terrenos.

Lo cierto es que hasta ahora no son muchos los países que han incursionado por los meandros de esas regulaciones, y pareciera que muchos, inclusive, están a la espera de observar y estudiar lo que hacen a ese respecto los demás.

A propósito, dice Manuel Alberto que ese panorama se mueve en tres direcciones: los derechos de los trabajadores de las plataformas; la fiscalidad, y la competencia empresarial con las entidades y sectores que siguen actuando de la manera tradicional.

Pues bien, es conveniente, entonces, que hagamos algunas breves reflexiones sobre este apasionante tema.

Hay que decir que, como lo señalan algunos analistas de estos fenómenos, “el rápido avance a la inteligencia artificial ha cautivado la atención del mundo, causando expectación y alarma y planteando importantes interrogantes acerca del posible impacto en la economía mundial.” Tan cierto es ello, que en muchos escenarios del mundo ya se habla de “la cuarta revolución industrial”, que tiene como protagonista principal, la inteligencia artificial. Por consiguiente, es absolutamente indispensable, analizar muy a fondo lo que se relaciona con la reglamentación de los fenómenos que surgen como consecuencia de este novedoso y controvertido medio tecnológico.

No sobra traer a colación, entre muchas definiciones de lo que es la inteligencia artificial, la de Elaine Rich,¹ según la cual “es el estudio de

¹ “Inteligencia Artificial, Faception y Ojos de Águila”, *Discovery*, 36.

cómo se puede lograr que los ordenadores hagan cosas que, de momento, las personas hacen mejor.”

La presidenta del Parlamento Europeo, la maltesa Roberta Metsola, como lo reseñó el periódico “El Tiempo”, en su edición del domingo 18 de junio de 2023, llamó la atención sobre la circunstancia de que “si hay algo en lo que no podemos admitir compromisos, es en el hecho de que cada vez que la tecnología avanza tiene que ir de la mano de nuestros derechos fundamentales y valores democráticos”; lo cual le impone un marco sustancial a todos los intentos que se hagan en esta materia.

Es por dicha urgencia, dicen quienes permanecen atentos a esos desarrollos, que la Unión Europea quiere ir por delante, habida cuenta de que Estados Unidos y China están preparando sus propias regulaciones. Estudiosos como Manuel Muñiz y Samir Saran,² advierten que

“la IA puede realizar tareas que las personas detestan hacer. También puede brindar educación y atención médica a millones de personas que están desatendidas en los marcos existentes. Y puede mejorar en gran medida la investigación y el desarrollo, lo que podría marcar el comienzo de una nueva era dorada de la innovación. Pero también puede potenciar la producción y difusión de noticias falsas, desplazar la mano de obra humana a gran escala y crear herramientas peligrosas y perturbadoras que son potencialmente enemigas de nuestra propia existencia”.

Por ende, concluyen que esto exige una mejor gobernanza a nivel mundial. Incluso, ponen de presente cómo, hacia el año 2028, India será la tercera potencia económica del mundo, y que su manera de reglamentar estos fenómenos deberá ser tenida en cuenta dentro de un probable nuevo Orden Mundial Económico.

Y llaman la atención sobre un aspecto vital, y es el de que los regímenes autoritarios tienen en este terreno ventajas, debido a los poderes compensatorios y los límites constitucionales de las acciones gubernamentales en las democracias liberales occidentales.

Por su parte, Nouriel Roubini, profesor emérito de Economía en la Escuela de Negocios Stern de la Universidad de Nueva York,³ añade, con un poco

² *El Tiempo*, domingo 4 de junio de 2023, páginas 2.4 y 2.5.

³ *El Tiempo*, edición del domingo 11 de febrero de 2024, página 2.5.

de ironía, que “hay que tener presente que la estupidez humana es una fuerza mucho más dominante en el mundo que la IA”.

Y agrega, a propósito de lo que se discutió este año en el Foro Económico Mundial en Davos, que

... las medidas que tomamos son demasiado erradas, para hacer frente incluso a los riesgos más graves y evidentes para nuestro futuro, entre ellos: el cambio climático, que traerá enormes costos económicos; estados fallidos que magnificarán las olas de refugiados climáticos, y una reiteración de pandemias graves que pueden provocar incluso más daño económico que el covid-19.

Previene así mismo, sobre el aumento de la desigualdad de ingresos y riqueza, “motivado en parte por la hiperglobalización y por el uso de tecnologías que permiten ahorrar mano de obra, lo cual ha provocado una reacción contra la democracia liberal que ofrece oportunidades a movimientos políticos populistas, autocráticos y violentos”. Y pone de presente que “el mundo sigue una tendencia general hacia el proteccionismo, la desglobalización, el desacople y la desdolarización”. Y termina, de modo cáustico, advirtiendo que “ojalá algún día la inteligencia artificial le gane a la estupidez humana, pero nunca tendrá ocasión de hacerlo si antes de eso nos destruimos solos”.

Por último, no sobra hacer énfasis en un nuevo riesgo, como lo puso de presente el exrector de la Universidad Nacional de Colombia, Moisés Wasserman, en su columna del viernes 1º de marzo de este año, donde previene sobre las llamadas “*deepfakes*”, es decir, las falsificaciones profundas, que sirven para componer piezas gráficas que “documentan” hechos que nunca han sucedido, y que pueden llevar a un número inmenso de personas, que no indaguen sobre su procedencia, a convicciones absolutamente erradas sobre cosas que no han ocurrido. En síntesis, noticias o documentos que implican un hecho verdaderamente constitutivo de “terrorismo virtual o digital”. Es claro que un buen uso de la IA puede llevar, en la economía, a revitalizar la productividad, estimular el crecimiento mundial y elevar los ingresos de quienes trabajan. En el campo tributario, la IA genera mecanismos que le permiten al Estado controlar la evasión, verificar la fuente de los ingresos y aplicar mecanismos que aseguren el pago real de los impuestos causados, además de controlar el fenómeno del contrabando.

En el campo laboral, la IA puede crear nuevas fuentes de trabajo, recrear otras, ya existentes, y rediseñar los procesos propios de las actividades colectivas. De hecho, la incorporación de robots y máquinas inteligentes en las actividades que hasta hace poco eran exclusivamente de los seres humanos, seguramente traerá una sustitución de la mano de obra, de carácter mecánico, en la industria y en el sector de los servicios, principalmente. Aseguran los especialistas, además, que

... entre los trabajos con menos riesgo de automatización figuran aquellos relacionados con la asistencia a las personas y que requieren habilidades de inteligencia emocional, creativa y social. De momento, músicos, médicos, bailarines, escultores, escritores, psicólogos, terapeutas, pedagogos, cirujanos, actores, directores generales... tienen el empleo asegurado por más tiempo.⁴

Sin embargo, una distorsión o abuso de dicha IA puede conducir a todo lo contrario, es decir, volver caótica la economía, falsificar o adulterar los hechos constitutivos de los fenómenos impositivos y afectar el recaudo fiscal, y, en lo laboral, eliminar puestos de trabajo, y afectar los derechos fundamentales de los trabajadores.

No podemos dejar de lado que muchos críticos pesimistas y que no ven con muy buenos ojos la IA, afirman que su uso descontrolado podría, inclusive, llevar a la desaparición de la humanidad, y a un imperio o gobierno de las máquinas o robots.

Sin embargo, otros estudiosos hacen notar que, en los procesos conocidos como revoluciones industriales, la inteligencia humana ha superado los obstáculos y peligros, y ha generado los correctivos y ajustes indispensables para que ello no ocurra.

Desde la perspectiva de quienes creemos en un Ser Superior, el criterio predominante es el de que Él les dará a las criaturas que hizo a su imagen y semejanza, los instrumentos y dones necesarios para que impongan su espiritualidad sobre los acontecimientos y hechos de naturaleza material.

Por todas estas razones y circunstancias, el enjundioso trabajo mediante el cual el Dr. Manuel Alberto Restrepo Medina refrenda su ascenso a la calidad de Académico de Número, constituye un valioso llamado de atención sobre una temática vital para el correcto desarrollo de la sociedad, su economía

⁴ “Inteligencia Artificial, Faception y...”, 72.

y su vocación de generadora de mayores y mejores oportunidades de realización personal y profesional para todos los seres humanos.

Por todo ello, Dr. Manuel Alberto Restrepo Medina, la Academia Colombiana de Jurisprudencia celebra con alborozo esta ocasión y expresa su confianza en que su inteligencia, profundo conocimiento de las instituciones jurídicas, y su capacidad de creación, de innovación y concreción de nuevas formas científicas, contribuirán al buen nombre de esta institución, y por contera, al compromiso que tenemos todos sus integrantes, de ayudar a la consolidación de un nuevo y mejor país.

Nuestro reconocimiento por sus méritos y calidades, y nuestras congratulaciones para usted, Dr. Manuel Alberto Restrepo Medina, y su distinguida familia, que nos honra hoy con su cálida presencia.

¡Bienvenido, y enhorabuena!

Bogotá, D. C., 7 de marzo de 2024

EL APOORTE DEL SIGLO XX A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA*

Gonzalo Suárez Beltrán**
Académico de número

Resumen: Hoy damos por sentado que si un daño es imputable al Estado, este debe repararlo integralmente y que los jueces lo pueden obligar a hacerlo. En Colombia, ello es el resultado de una evolución jurisprudencial memorable, en la esencia misma de la construcción de nuestro derecho administrativo durante el siglo XX. El punto más alto de ese proceso vendría a materializarse por el constituyente del 91, al consagrar la responsabilidad del Estado como uno de los pilares de nuestro Estado Social de Derecho. Este trabajo describe ese proceso, pero además reivindica la idea de que la misma es un preciado fruto de la transición de los conceptos de Estado de Derecho a Estado Social de Derecho.

Palabras clave: Estado Social y Estado de Derecho; evolución; responsabilidad patrimonial del Estado.

* Trabajo presentado en sesión del 11 de abril de 2024 para el ascenso a “Miembro de número” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. A la memoria de los ilustres académicos Fernando Sarmiento Cifuentes, jurista y caballero; Gabriel De Vega Pinzón, administrativista y entrañable amigo, y Antonio José Uribe Gaviria, precursor del Derecho Administrativo Colombiano, y presidente de nuestra Academia, en 1904.

** Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia desde el 21 de febrero de 2013, actualmente miembro de número. Abogado javeriano (1989); Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, en Derecho Humanos de la Universidad Complutense de Madrid y Master of Science in Politics of Development de la London School of Economics (LSE), Merit Degree. Profesor administrativo de pregrado y de maestría de la PUJ y de maestría en Contratación Pública y su Gestión (Universidad del Rosario). Autor de libros especializados en Contratación Pública. Exviceministro de Justicia de Colombia (2000-2001), y conjuer de la Sección Tercera del Consejo de Estado desde 2019. Contacto: gonzalo.suarez@suarezbeltran.com

THE CONTRIBUTION OF THE 20TH CENTURY TO THE PATRIMONIAL RESPONSIBILITY OF THE STATE IN COLOMBIA

Abstract: Today we take for granted that if damage is attributable to the State, it must fully repair it and that judges can force it to do so. In Colombia, this is the result of a memorable jurisprudential evolution, in the very essence of the construction of our administrative law during the 20th century. The highest point of this process would be materialized by the constituent of '91, by enshrining the responsibility of the State, as one of the pillars of our Social State of Law. This work describes this process, but also vindicates the idea that it is a precious fruit of the transition from the concepts of the State of Law to the Social State of Law.

Keywords: Social State and the Rule of Law; Evolution; Patrimonial Responsibility of the State.

Introducción

“Toda teoría de la responsabilidad refleja una cierta forma de civilización”,¹ así comienza Riveró su explicación sobre los fundamentos de la responsabilidad en el Derecho Administrativo. Esta es una conquista reciente del derecho administrativo, que, nacido de la Revolución francesa, es aún una disciplina joven y en construcción.²

Previamente, el concepto de soberanía hacía difícil pensar en que un juez pudiera someter al “soberano”, que era “inmune” por naturaleza. El “Rey Sol”, Luis XIV de Francia, proclamaba ser solo responsable ante Dios, bajo la doctrina del “derecho divino de los reyes”. Los reinos e imperios previos a la aparición del Estado de Derecho, no construyeron una noción integral de responsabilidad civil del Estado.

En España, los “pleitos colonbinos” marcaron un precedente. Los sucesores de Colón demandaron a la Corona de Castilla y León en defensa de los privilegios que el Almirante había pactado con los Reyes Católicos en las “Capitulaciones de Santa Fé” en abril de 1492. Los pleitos se extendieron por casi 30 años, terminando con un laudo arbitral en 1536, que trató las relaciones entre la Corona y los Colón con base en obligaciones recíprocas, y no en meras “gracias reales”, condenando a la Corona a reconocer

¹ Jean RIVERÓ, *Derecho Administrativo*, 9a trad. edición de 1980 (París: Editorial Dalloz, 2006).

² Cfr. Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4a ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998).

algunos honores y rentas a la descendencia del “Gran Almirante de la Mar Océana”.

Pasada la Revolución francesa, la maduración del concepto de responsabilidad patrimonial del Estado en ese país, solo comienza en 1873 con el Fallo Blanco del Tribunal de Conflictos, al decidirse que los daños sufridos por una pequeña niña arrollada por un coche de una empresa de tabaco pública debían ser conocidos por la jurisdicción contenciosa administrativa, bajo normas especiales vinculadas a la actividad del Estado, y no “bajo los principios que rigen las relaciones entre particulares”.³ Se inició así una evolución que ha sido en gran parte jurisprudencial, “pretoriana” dirían algunos, pero que ha tenido también apoyo en hitos regulatorios; en ambos casos aplicando al Estado el principio básico *neminem laedere*: el de no dañar. Hasta antes del Fallo Blanco, se pensaba que si un funcionario causaba un daño, él mismo debía repararlo con su patrimonio al ser un hecho personal suyo, y que ante demandas contra el Estado, el juez no tenía competencia y debía inhibirse. Finalmente, causar daño no era parte de las funciones del Estado, luego, si eso pasaba, le era ajeno y solo comprometía al causante.

Nuestro siglo XIX comenzó brillantemente con la creación de una República liberal clásica. Con todo, desaparecida la Gran Colombia en 1830, la nación entró en confrontación, pasando al menos por siete (7) guerras civiles nacionales, que solían terminar con una nueva Constitución dictada por los vencedores, incluida la obra maestra de 1886. Importante resaltar, que ninguna de esas Constituciones estableció la responsabilidad patrimonial del Estado.

No obstante, como lo recuerda Saavedra Becerra,⁴ desde tan temprano como en 1823, las leyes reconocieron indemnizaciones por trabajos públicos, así como por la ocupación temporal de terrenos con ocasión de obras públicas y de operaciones militares. En ese sentido, el trabajo de los jueces se limitaba a reconocer los supuestos de aplicación de la ley.

Especial mención merece el legado de la Constitución de Los Estados Unidos de Colombia de 1863 con su catálogo de derechos y libertades,

³ CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, “Caso Blanco, 8 de febrero de 1873”, en *Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, 2a ed. (Madrid: Dalloz, 2017), 27.

⁴ Ramiro SAAVEDRA BECERRA, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública* (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2005).

soporte de cualquier régimen de responsabilidad civil, en particular por su protección del derecho a la propiedad en su artículo 15.

Con ese apoyo, la Corte Suprema Federal de Los Estados Unidos de Colombia conoció de daños ocasionados por causa o con ocasión de las guerras civiles durante su existencia. El fundamento fue la protección de la propiedad, y el principio según el cual el Estado Federal podría asumir con cargo a los Estados federados la indemnización de daños que los funcionarios de estos hubieren causado.⁵ Algunos estudiosos citan un fallo de 7 de diciembre de 1864⁶ de la Corte Suprema Federal en el que, a partir de principios constitucionales y no mediando ley especial, se reconoció responsabilidad del Estado por la destrucción de una propiedad durante el conflicto de 1861 a 1862.⁷ A su turno, una ley posterior (Ley 27 de 1865) reconoció daños que hubieren sufrido los ciudadanos a manos de los ejércitos de ¡ambos bandos! Lo mismo ocurrió con ocasión de la guerra civil de 1876-1877, con otra ley (la Ley 67 de 1877), que llevó a la Corte Suprema Federal de Los Estados Unidos de Colombia a producir numerosos fallos de condena, que el estudioso Arenas sitúa en más de 800. Este espíritu civilista de protección al derecho de propiedad contrasta, sin embargo, con la notable inacción ante el Decreto del 9 de septiembre de 1861, con el que el presidente Don Tomás Cipriano de Mosquera ordenara la llamada “desamortización de bienes de manos muertas”, que fue nada menos que una expropiación administrativa sin indemnización de los bienes de la Iglesia, que no se compensaría hasta la celebración del Concordato de 1887 con la Santa Sede.⁸

⁵ Cfr. Artículos 15 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia, Rionegro, 1863.

⁶ Según ARENAS, citando a J. LÓPEZ (1997), un primer fallo en ese sentido puede rastrearse al 7 de diciembre de 1864, en el que la Corte Suprema Federal encontró responsable al Gobierno por la expropiación y destrucción de una propiedad por parte del ejército federal en la guerra civil de 1860 a 1861. Hugo Andrés ARENAS MENDOZA, *¿Estado irresponsable o responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, luego de la Guerra Civil de 1876-1877* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009), 97.

⁷ Cfr. *Ibidem*. A su turno un fallo de 11 de diciembre de 1865 reconocería indemnizaciones por expropiaciones efectuadas en el curso de ese mismo conflicto. Se dice que el Gral. boyacense Juan José Reyes Patria, que para esos efectos había expedido recibos a los afectados, confiando en que les servirían posteriormente para reclamar una indemnización, como en efecto ocurrió.

⁸ Fernán GONZÁLEZ G., “El Concordato de 1887: Los antecedentes, las negociaciones y el contenido del tratado con la Santa Sede”, banrepcultural.org/biblioteca-virtual. Las cuestiones económicas son resueltas en los artículos 22 al 29, donde el gobierno reconoce a perpetuidad, como deuda consolidada, el valor de los censos eclesiásticos redimidos y de los bienes

Más importante aún es destacar que durante la vigencia de la Constitución de 1863 floreció la idea de la unificación de las normas civiles, superando el derecho castellano-indiano y se adoptó el Código Civil de la Unión, mediante la Ley 87 de 1873, que sería en vigencia de la Constitución de 1886, el de la nación (la Ley 57 de 1887), estableciéndose con él, los fundamentos normativos hoy vigentes de nuestra responsabilidad civil; esos mismos cuya sustancia encuentra asiento en las siete partidas⁹ de don Alfonso X “El Sabio”, rey de Castilla, y en últimas, en el derecho romano mismo.

Ahora bien, las páginas jurisprudenciales más elocuentes del siglo XIX en el tema las produjo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ya bajo la vigencia de la Constitución de 1886, en las que la Corte acabó con la inviolabilidad soberana del Estado, al encontrar fundamento constitucional para responsabilizarlo por hechos dañosos de sus agentes, a partir del cometido de las autoridades de garantizar la vida, honra y bienes de los ciudadanos del artículo 16.¹⁰ De allí el especial valor de las célebres sentencias del 22 de octubre de 1896 y de 20 de octubre de 1898. Ambos casos se originan en hechos ocurridos en el entonces Estado Soberano de Panamá. En el primero, se condenó a la nación a asumir las consecuencias patrimoniales de un delito de homicidio perpetrado por agentes de policía.¹¹

eclesiásticos desamortizados, al 4,5%. Y las rentas de patronatos, capellanías y cofradías se pagarían a los que tuvieran derecho. En el artículo 24, la Santa Sede, “en vista del estado en que se halla el tesoro nacional y de la utilidad que deriva la Iglesia de la observancia de este Convenio”, condona el valor no reconocido hasta ahora de los bienes desamortizados y de lo que se debía a las entidades eclesiásticas por la desamortización, hasta el 31 de diciembre de 1887. En compensación por esta gracia, el Gobierno asigna una renta perpetua de 100.000 pesos, que irá aumentando equitativamente cuando mejore la situación fiscal.

⁹ La tercera partida se ocupó del tema de la “responsabilidad civil”, asumiendo los principios romanos de la responsabilidad por el hecho dañoso derivado de la culpa o el dolo.

¹⁰ Inicialmente, no se habla de responsabilidad del Estado, sino de la de los funcionarios, pero se dice que si el patrimonio de estos no satisface a las víctimas, el Estado debe hacerlo, dado su cometido alrededor de la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos del artículo 16 (“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...”), y del principio de responsabilidad de los funcionarios del artículo 20 (“Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas”).

¹¹ Dijo entonces la Corte que “si bien es cierto que el Estado como persona jurídica no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resulten de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes”.

Responsabilidad extracontractual. El segundo, recayó sobre el irrespeto de un contrato de concesión, que había sido otorgado por el Estado soberano de Panamá a unos particulares para la construcción de un mercado público en la ciudad de Colón sobre un lote de propiedad pública y que resultó caducado por orden del jefe militar designado por el gobierno federal con ocasión del estallido de la guerra civil de 1885, argumentando que se encontraba incumplido. La Corte Suprema de Justicia, encontró que tal decisión violaba el contrato, que la parte contratante había además incumplido al no haber entregado el lote en su momento y condenó a la reparación el daño.¹² Responsabilidad contractual.

En ambos casos se trató al Estado como a una persona jurídica, y se aplicó la tesis de la “responsabilidad indirecta” del Código Civil, estableciendo el deber de indemnizar los daños causados en cabeza del funcionario, pero subsidiariamente en la del Estado, con base en las denominadas culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*.

El primer aporte del siglo XX: el control de legalidad de las decisiones administrativas y la reparación del daño

En este estado de cosas, corría el mes de abril del año 1900, cuando Don Antonio José Uribe, decía: ...¹³ “todo buen colombiano debe hacer votos porque termine entre nosotros la larga época de la retórica política y comience la época de la Administración Fundamental”.

Deseo entonces argumentar aquí, Sr. Presidente, que no sería hasta la reforma constitucional de 1910, que el país encontraría una constitución incluyente,¹⁴ que consolidara los elementos básicos del Estado de Derecho,

¹² En ese contexto, enmarcó la relación entre el Estado y su agente al decir: “Los comitentes asumen la responsabilidad de sus agentes como resultado de su falta de vigilancia sobre ellos y aún por la elección de los mismos. Este principio que es más riguroso, en el caso de los empleados públicos, comprende toda especie de personas morales y agentes de las mismas”.

¹³ “La administración y la política”, originalmente publicado en septiembre de 1900 y compilado en *La Reforma Administrativa en Colombia*, editada inicialmente en 1903 y reeditada en mayo de 1917 por Librería Colombiana, Camacho Roldán & Tamayo, página 7.

¹⁴ En ese mismo sentido, “la incorporación del Partido Liberal a la Asamblea Constituyente de 1910 fue un gesto de buena voluntad por parte del Partido Conservador. Aunque el Partido Liberal no logró obtener una representación proporcional a su fuerza social, su participación en la Asamblea contribuyó a la legitimidad del proceso constituyente.” Malcolm DEAS, *Del poder y la gramática: La lucha por la democratización en Colombia* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993), 105. “La inclusión del Partido Liberal en la Asamblea Constituyente de 1910 fue un factor importante para la estabilidad política del país. La participación del Partido Liberal en el proceso constituyente redujo el riesgo de nuevas guerras civiles y contribuyó al desarrollo

y que vendría en lo político a dar un paso significativo bajo el siguiente gobierno del constituyente Don Carlos E. Restrepo, quien proclamaría la Unión Republicana e invitaría al Partido Liberal a compartir el poder, al punto que al entregar el gobierno pacíficamente en 1914 pudo decir:

Si ningún partido ha encontrado en mí el fiel intérprete de sus odios, de sus amores o de sus intereses, es porque he presidido un gobierno colombiano. Al presidir cualquier facción me hubiera ganado el sufragio incondicional de medio país, pero el otro medio, y sobre todo mi conciencia, me hubieran negado el suyo...¹⁵

Fue en este ambiente que se consolidó el control de constitucionalidad en cabeza de la Corte Suprema de Justicia a partir de la acción pública de inconstitucionalidad; que se concibió así mismo nuestro primer Código Contencioso Administrativo, la Ley 130 de 1913¹⁶ y que se organizó la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el Acto Legislativo 1 de 1914, en el que se trazaron los rasgos fundamentales que aún hoy la distinguen.¹⁷ En el Código, se creó la acción pública de nulidad, al darle competencia a la jurisdicción para juzgar la legalidad de las manifestaciones¹⁸ de

de una cultura política más tolerante”. Jorge Orlando MELO, *Historia de Colombia: El siglo XX*. (Bogotá: Taurus, 2008), 125. “La participación del Partido Liberal en la Asamblea Constituyente de 1910 fue un símbolo de la reconciliación nacional después de la Guerra de los Mil Días. La inclusión del Partido Liberal en el proceso constituyente demostró un compromiso con la representación de diferentes sectores políticos en la construcción del nuevo Estado.” David BUSHNELL, *Colombia: una nación a pesar de sí misma* (Bogotá: Planeta Colombiano, 2007), 246. “La incorporación del Partido Liberal a la Asamblea Constituyente de 1910 fue un paso importante en la construcción de una democracia más incluyente en Colombia. A pesar de las limitaciones del proceso, la participación del Partido Liberal contribuyó a la ampliación de la participación política y al fortalecimiento de las instituciones democráticas.” Eduardo POSADA CARBÓ, *Historia de Colombia: el siglo XX* (Bogotá: Editorial Norma, 2009), 157.

¹⁵ Citado por Antonio CABALLERO CALDERÓN, *Historia de Colombia y de sus oligarquías* (Bogotá: Editorial Planeta, 2018).

¹⁶ Cómo no recordar aquí, en honor al nacimiento de nuestro derecho administrativo, el artículo 1 de ese primer Código Contencioso Administrativo, al disponer que la jurisdicción contencioso-administrativa “tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos...”

¹⁷ Que serían reforzados con el Acto Legislativo 1 de 1945, incluyendo la potestad de suspensión provisional de los actos administrativos.

¹⁸ Artículo 1º. La jurisdicción contencioso-administrativa tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente Ley.

voluntad de la administración,¹⁹ es decir, sobre los actos administrativos. Al tiempo de ello, se concibió *el primer aporte del siglo XX* a la construcción del régimen de responsabilidad patrimonial del Edo en Colombia, al establecerse en su artículo 80²⁰ la posibilidad de accionar para que se reparara el daño en los “derechos civiles” de quien los hubiera sufrido por un acto administrativo ilegal. Nació de esta manera la idea de la acción de “plena jurisdicción”, como acción subjetiva, o de “restablecimiento del derecho” como también se le ha llamado.

Con la organización de la jurisdicción contenciosa, se vino a generar una dualidad de competencias en relación con el Estado. De conformidad con la Constitución Política de 1886, le correspondía a la Corte Suprema de Justicia “conocer negocios contenciosos en que tenga parte la Nación”. Así, después de 1914 ella siguió conociendo de asuntos de responsabilidad tanto contractual como extracontractual.²¹

Consolidado el control de legalidad en un ambiente de convivencia política, debe registrarse que al terminar la década de los veinte, el 6 de diciembre de 1928, ocurrió el trágico episodio de la masacre de las bananeras, cuya indignante impunidad aún resuena, así como las palabras de Gaitán para denunciarlo. En lo político, ese episodio se cuenta entre las causas del final de la “hegemonía conservadora” y de la llegada de la “República Liberal” en 1930²²; en lo jurídico, el silencio de la justicia fue elocuente.

Destaco aquí sí, que aunque de manera muy tardía, en el cincuentenario de la tragedia de las Bananeras, el Estado reconoció públicamente su responsabilidad y honró la memoria de las víctimas mediante Ley 64 de 1979, ordenando colocar una placa recordatoria en el sitio de los hechos,

¹⁹ Aquellas de “las corporaciones o empleados de la administración en el ejercicio de sus funciones, o con el pretexto de ejercerlas”, según al artículo 1 del Código.

²⁰ Artículo 80. Para la revisión de dichos actos, en el concepto de ser lesivos de derechos civiles, no puede procederse sino a petición de quienes tengan intereses en ello por creerse agraviados. Por tanto, en este juicio intervienen únicamente tales personas y el agente del Ministerio Público.

²¹ Esta consideración debe matizarse, por cuanto, a partir de la expedición de la Ley 167 de 1941, se puso en cabeza del Consejo de Estado el conocimiento de la acción de restablecimiento del derecho por hecho u operaciones de la administración (arts. 67 y 68) y acción especial, por daños de trabajos públicos. Esto dio como resultado la construcción jurisprudencial de los elementos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de Estado.

²² En particular, con la adopción de la reforma constitucional de 1936, bajo la premisa de López Pumarejo de que “el deber del hombre de Estado es efectuar por medios pacíficos y constitucionales todo lo que haría una revolución por medios violentos” Cfr. CABALLERO CALDERÓN, *Historia de Colombia y de sus...*, 316.

así como adelantar algunas obras públicas en beneficio de la población de Ciénaga. Un acierto, en medio de tanta vergüenza.

La “Revolución en marcha” de López Pumarejo vino en 1936 a incorporar a nuestra Constitución de 1886 el concepto “social” de manera transversal. Se abandonó el papel de simple “Estado gendarme”, para trascender a uno que pretendió la transformación social. Ese paso cambió significativamente el cometido constitucional de la organización política y, con él, el del derecho administrativo y el alcance por tanto del régimen de responsabilidad en construcción. Empezó a nacer allí nuestro Estado Social de Derecho. Como explicamos hace ya unos 30 años.²³

Durante el siglo XIX, en pleno esplendor del Estado de Derecho, la industrialización no sólo había dejado ver sus virtudes de expansión económica y crecimiento, sino también el aumento de la desigualdad social que era patente en el sufrimiento de los grupos más desamparados [...]

Ante este estado de cosas surgieron entonces movimientos sociales que ejercían presión a través del sufragio, los sindicatos y la huelga. Lorenz von Stein, a quien se considera como precursor del Estado Social, expuso su teoría en 1850, en la que sostenía que había terminado la época de las revoluciones y reformas políticas y había llegado la de las revoluciones y reformas sociales [...] “...la corrección por el Estado de los efectos disfuncionales de la sociedad industrial competitiva no es sólo una exigencia ética, sino una necesidad histórica, pues hay que optar necesariamente entre la revolución o las reformas sociales”.

En este orden de ideas, para Stein el fin del “Estado” debe ser procurar una vida con calidad digna para los miembros de la sociedad, morigerando las desigualdades que producen las leyes del mercado, pero preservando estas últimas como único motor posible para la generación de riqueza.

[...]

Dicho lo anterior, si Stein logró en su momento una claridad conceptual del elemento “social”, fue en realidad Herman Heller quien se atrevió a proponer el concepto de “Estado Social de Derecho”, al percatarse que la crisis conceptual del Estado de Derecho causada por los extremos del capitalismo

²³ Trabajo de grado en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1994, publicado en *Relación entre el Estado de Derecho y el Estado Social como problema actual del Constitucionalismo: la aparición del Estado Social de Derecho*. Artículo publicado en *Revista Universitas Jurídica*, n.º 87, editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, en diciembre de 1994.

irracional, podía conducir a la creación de un nuevo feudalismo o la llegada de dictaduras fascistas como solución a la injusticia social. Decía entonces que la solución no estaba en renunciar al “Estado de Derecho”, sino en darle un contenido “social”, de manera que se configurara una organización política capaz de salvar los valores de la civilización. ¡Qué tanta razón tenía!

[...]

La preocupación por recoger constitucionalmente una nueva concepción del Estado llegó en los albores del siglo XX, y comenzó con las constituciones de Weimar y de la República mexicana. En ellas se incorporaron derechos sociales y cláusulas económicas de limitación de la libertad absoluta que reservaban para el “Estado” el monopolio en la realización de ciertas actividades. “El constitucionalismo social mantiene el cordón umbilical con el liberalismo constitucional, a través del reforzamiento del garantismo”. Adicionalmente, Weimar creó Consejos Económicos y Sociales, institucionalizó los partidos políticos e impulsó las formas de ejercicio semidirecto de la democracia.

En algunas constituciones de la época, como la austriaca, la checoslovaca o la española de la segunda república, afloran los conceptos que la teoría había perfilado como pertenecientes a la teoría del Estado Social de Derecho, aunque no se haga explícita esta enunciación. No obstante, estos esfuerzos de constitucionalización, en algunos países las transformaciones no requirieron de reformas a los textos de esta jerarquía, sino que fue suficiente con el desarrollo de una legislación ordinaria que recogiera los principios básicos. Tal es el caso de la Francia de la tercera república y el de los Estados Unidos de América, el más trascendente sin duda alguna, en donde al amparo de la Constitución de Filadelfia del 1787 fue posible el New Deal del presidente Roosevelt, el que superó el control de constitucionalidad gracias a la evolución jurisprudencial de la Suprema Corte y a su precursor, el juez Oliver Wendell Holmes, quien había declarado años antes que la Constitución no había adoptado para siempre los principios económicos clásicos del “*laissez-faire*”, lo que le permitió al Estado norteamericano acudir a salvar a los empresarios del rigor de las leyes del mercado que tendían a destruirlos en plena crisis, y con ellos a la sociedad entera. A los norteamericanos se debe también haber acuñado por primera vez el concepto de “seguridad social”, en el Social Security Act de 1935...”.

En ese contexto, el segundo Código Contencioso, Ley 167 de 1941 reconoció competencia a la jurisdicción contenciosa en materia extracontractual,

vinculada a “hechos y operaciones administrativas”, lo que dejó, de todas maneras, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de causas de responsabilidad nacidas de otras circunstancias. Por ello, el aporte jurisprudencial o “pretoriano” del siglo XX a la construcción de la responsabilidad del Estado, me permito dividirlo en dos: el de la Corte Suprema de Justicia y el del Consejo de Estado.

El aporte de la Corte Suprema de Justicia

Para hablar por un momento del aporte de la Corte, debe recordarse que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia tuvo competencia en asuntos del Estado, entonces, desde 1886 hasta 1964²⁴ con la anotación hecha de lo ocurrido en 1941. En cuanto a lo contractual, aplicó en ese periodo a los contratos del Estado el régimen general de las obligaciones y de los contratos, pero, además, conceptualizó dos aspectos de particular importancia en el derecho público. De un lado, como en el fallo de 1898 mencionado, admitió la posibilidad de pacto y aplicación de cláusulas con potestades unilaterales para proteger el interés público y, de otro, adaptó la teoría de la imprevisión a las necesidades de lo público. En ese segundo aspecto, durante la llamada “Corte de Oro”, alumbraría el mandato de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos.²⁵ En valiosos planteamientos de la década de los 30, sin norma expresa que lo consignara, la Corte Suprema de Justicia reconoció como principio general del derecho el *rebus sic standibus* como limitación del *pacta sunt servanda*, de forma tal que las estipulaciones contractuales se entienden a la luz de las circunstancias vigentes al momento de celebración del contrato, por lo que una alteración sustancial de las mismas, puede llevar a una revisión del clausulado cuando se afecta la “equivalencia de las prestaciones”. Así lo había hecho ya el Consejo de Estado Francés, en célebres fallos de 1910 y de 1914, conocidos como los casos del Tranvía de Marsella el primero, y el de la Compañía de Alumbrado de Burdeos, en los que el comisario de gobierno León Blum había hecho célebre la

²⁴ Ello fue así, hasta la vigencia del Decreto Ley 528 de 1964, “Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones”, en el que se cumpliría con el cometido de concentrar toda la competencia en cabeza de la jurisdicción contenciosa con el Consejo de Estado a la cabeza.

²⁵ Cfr. Sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, números 1918-1919; Sentencia del 23 de mayo de 1938, XLVI, n.º. 1936; sentencias del 9 de diciembre de 1936, XLIV, números 1918-1919, p. 789, y del 25 de febrero de 1937 (Sala Plena), XLIV, n.º. 1920-1921, páginas 613-44.

frase del “equivalente honrado” para describir la necesidad de mantener en el contrato administrativo el valor intrínseco de la remuneración del contratista colaborador de la administración. No sería regulatoriamente hasta el Código de Comercio de 1970, que se recogiera el principio,²⁶ que posteriormente sería desarrollado de manera especial para la contratación pública²⁷ en el Estatuto General de Contratación Pública.

No menos trascendente fue el aporte de la Corte Suprema de Justicia en lo extracontractual. Un primer paso de la “Corte de Oro” fue pasar de la “responsabilidad indirecta” a la “directa”, al entender que el hecho del agente vincula a la persona jurídica. Este significativo avance, sería solo la introducción del más importante aporte de la Corte Suprema de Justicia a la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, vigente hasta hoy, cual fue la incorporación a nuestro derecho público del concepto de origen francés de “la falla en el servicio”, como título de imputación.

Señor Presidente, el 30 de junio de 1941, la Corte Suprema de Justicia, dio ese paso muy trascendente, el que la propia Corporación profundizaría en otro 30 de junio pero del año 1962, con ponencia del magistrado Dr. José J. Gómez,²⁸ en el famoso “Fallo Tinjacá”. En él, condenaría a la ciudad de Bogotá, por el hecho de un conductor de un carro de bomberos que estando en cumplimiento de sus funciones, en la madrugada de un 25 de diciembre invadió a alta velocidad y en zigzag el andén por el que caminaba el señor Tinjacá en el centro de Bogotá con un amigo, arrollándolos y causándoles serias lesiones. Con ocasión de ello, la Corte explicó el alcance de la falla en el servicio al configurar una noción propia de “culpa administrativa” vinculada no a la de un funcionario específico, sino al incorrecto funcionamiento de los servicios públicos, lo que, en la medida en que cause daño, configura el título de imputación.²⁹ Un gran legado de la Corte

²⁶ Artículo 868.

²⁷ Hoy recogido en el núm. 1 del artículo 5 y en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, “Estatuto General de Contratación”, que se debe leer de consuno con el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de junio de 1962, M. P. José J. Gómez, *Gaceta Judicial*, 2256 a 2259.

²⁹ Dijo al respecto la Corte: “...en lo que se refiere a la “responsabilidad del Estado” *la tesis de “las fallas del servicio público” o culpa de la administración*, se inspira en el deber primordial de la entidad pública, de suministrar a los administrados los medios conducentes a la efectividad de sus derechos, eso es, a la consecución de sus fines [...] Aquellos medios no son otra cosa que los servicios públicos, de cuya eficacia dependen la verdadera práctica de esos derechos y la realización cierta de tales fines. De modo que *si en la prestación de dichos servicios llega a causarse daño, es el Estado quien debe responder de ello, no como fruto de la presencia de un*

Suprema de Justicia. Anuncio, Sr Presidente, que en mi nueva condición de numerario, propondré en sesión ordinaria que esta fecha del 30 de junio sea en lo sucesivo celebrada por la Corporación, como el día del Derecho Administrativo y que sea la ocasión para realizar reflexiones alrededor de sus retos.

El aporte del Consejo de Estado

En cuanto al aporte del Consejo de Estado, él es naturalmente enorme y ocurre en los tres aspectos a que me he referido: el del daño nacido del acto administrativo ilegal, el de la responsabilidad contractual y en el de la responsabilidad extracontractual: el primero a partir de 1914; el segundo a partir de 1941 de manera limitada y de 1964 de forma plena, y el tercero, desde esta última fecha, con la consolidación en su cabeza de todas las competencias jurisdiccionales vinculadas al control de la actividad del Estado. Para referirnos por razones de tiempo solo a esta última, el Consejo de Estado perfiló durante el siglo XX la “falla en el servicio” como el título general de imputación, mediante copiosa jurisprudencia que vino a desarrollarla como “anónima” en cuanto a la culpa y “relativa” a los medios de que disponga el Estado para cumplir la función,³⁰ al tiempo que construyó “presunciones” para facilitar la labor de las víctimas al buscar la reparación, como en el caso de la responsabilidad médica. Por otro lado, destaco como el aporte más significativo del Consejo de Estado hasta antes de la Constitución del 91, al haber incorporado un régimen especial de “responsabilidad objetiva”, iniciando con el reconocimiento de la teoría del “daño especial” y continuando con la del “riesgo creado”, como títulos de imputación.

El 10 de julio de 1944 ocurrió en Pasto un intento de golpe de Estado en contra del presidente Alfonso López Pumarejo. Previo concepto del Consejo de Estado, se decretó entonces el estado de sitio por el Gobierno Nacional, presidido por el primer designado Dr. Darío Echandía, de tan profundo arraigo en los afectos de esta Academia. Siguiendo el ordenamiento jurídico de la época, se adoptó la censura, mediante un acto administrativo que estableció el listado de los periódicos y designó a cada uno

hecho específico de alguno o algunos de sus agentes identificados, sino como secuela de la falla que se haya producido.”

³⁰ Cfr. Fallo del 7 de diciembre de 1977 sobre el derrumbe de Agua Blanca de 1973.

un censor, estableciendo que a partir del 11 de julio de 1944 no podría circular ninguno que no se hubiere sometido a tal procedimiento. En tanto el diario opositor “El Siglo”, dirigido por Don Laureano Gómez no fue incluido en el listado, ni tampoco se le designó un censor, se impidió *de facto* su circulación. Además, con el argumento de “proteger” a la sede del periódico de los “ataques violentos de las muchedumbres”, la fuerza pública lo rodeó el mismo 10 de julio. Como resultado, durante 27 días no circuló el diario, soportando gastos sin ingresos.

En su demanda por esos hechos, El Siglo S.A. pidió se condenara a la nación, por una “vía de hecho”. La Sentencia de 29 de julio de 1947, con ponencia del académico y consejero de Estado Dr. Gustavo Valbuena, determinó que en tanto no resultaba discutible la legalidad de la medida, el asunto recaía sobre los efectos dañosos de la “operación administrativa”, por lo que afirmó:

Domina, actualmente como *mejor criterio el de daño especial*. Parte esta teoría del gran principio básico del derecho público moderno, *de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas*. En tanto que un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar al Estado; pero *el deber de indemnizar aparece desde el instante en que se produce una carga especial*. (Énfasis agregado)

Esta joya jurisprudencial inauguró entonces la teoría del “daño especial”, o de la “responsabilidad sin falta”, como título de imputación de responsabilidad objetiva, aunque el célebre salvamento de voto del magistrado Lamus Girón aún suscita discusiones académicas. Unos años después, en aplicación de esa teoría, mediante fallo del 23 de mayo de 1973, el Consejo de Estado determinó que debía indemnizarse integralmente a doña Vitalia Duarte de Pinilla, propietaria del inmueble destruido por la acción de las fuerzas militares con la que se dio de baja al bandolero Efraín González el 9 de junio de 1965. El encarnizado combate había terminado con la demolición de la casa de la demandante. Dado que no se discutía la legalidad de la actuación de las fuerzas del orden, el asunto se centró en el “daño especial” sufrido por la demandante.

La teoría sería usada también en el célebre fallo del Banco Bananero de 1976,³¹ en el que absolvió al Estado de responsabilidad por los actos de

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de octubre de 1976, C. P. Jorge Valencia Arango.

intervención y liquidación ejecutados en ese Banco por la Superintendencia Bancaria, ante la alegación de los accionistas de la ocurrencia de daños en su patrimonio por decisiones de los funcionarios que se hicieron administradores del mismo. En esa ocasión afirmó:

Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando [...] causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.

La teoría del daño especial ha soportado el test del tiempo, a no dudarlo, y se ha enfrentado a sus propios límites; como en el debate sobre los daños causados por el terrorismo de los años 80 en adelante, o en el de evitar que por la vía del “daño especial” se pierda la causalidad con actividades de la administración y se convierta al Estado en una especie de asegurador universal por “solidaridad”. Por ello, la apreciación de la presencia o no de un “daño especial”, debe hacerse “caso a caso”, de manera exceptiva y no general. En el análisis, la actuación del Estado debe primero superar el test de legalidad (falla en el servicio), y solo si lo hace, aplicar un “test de desigualdad”, entendiendo que se trata de un título de imputación de aplicación restringida.³²

El segundo aporte del Consejo de Estado en la línea de establecer una responsabilidad objetiva apareció por primera vez en 1984 cuando se reconoció el título de imputación de riesgo creado o riesgo excepcional, de suerte que si el Estado realiza una actividad riesgosa, de concretarse

³² El avance, por supuesto, está en que si el juicio de valor se basara únicamente en la vigencia del principio de legalidad, la declaratoria de responsabilidad y la consiguiente reparación no podrían tener lugar. Con todo, debe advertirse, esa visión no puede conllevar la de perder contacto con el título de imputación y sus elementos constitutivos, como pasaría por ejemplo si, en ausencia de una causalidad material, se pretendiera aplicar un supuesto deber de solidaridad. Así, concuerdo con el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado con ponencia del también académico Sánchez Luque al decir: “...una «causalidad abstracta» –que impute el daño por los deberes jurídicos generales de las autoridades públicas– implicaría, en el fondo, una atribución ilimitada de responsabilidad: del ámbito de la responsabilidad civil del Estado, propio del juzgador, se trasladaría al de la solidaridad, el aseguramiento y la equidad, propios de la formulación de políticas públicas, y ajenos al juez de la administración.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de marzo de 2022, Rad. 25000-23-26-000-2005-00440-01(65853), C. P. Guillermo Sánchez Luque.

el riesgo, responderá por los daños que se generen, sin importar que no haya mediado ilegalidad o negligencia, lo que en realidad resulta ser una adaptación de la Responsabilidad Civil por actividades peligrosas. En sentencia conocida como la de las “vacas electrocutadas”, con ponencia del consejero de Estado Eduardo Suescún Monroy, se explicó la teoría diciendo que el “riesgo excepcional” ocurre

... cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio *público* utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a “un riesgo de naturaleza excepcional” (Laubadere) el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos *particulares* como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio.³³

En sucesivos pronunciamientos el Consejo de Estado ha llegado a decir que, aunque se desconozca la razón de un accidente originado de una actividad riesgosa de la Administración, la indemnización resulta procedente por el “riesgo creado”.³⁴ Así mismo, el catálogo de actividades riesgosas, que empezó por el del manejo de la energía eléctrica, se ha ido necesariamente ampliando a otras tareas como la construcción de obras públicas, el manejo de armas y explosivos, o la fumigación de cultivos ilegales, todas las cuales comparten la idea de la creación por el Estado de un “riesgo de naturaleza excepcional”.

Nótese cómo los títulos de responsabilidad “objetiva”, el “daño especial” y el “riesgo creado”, aportes de singular valía del Consejo de Estado durante el siglo XX, no niegan el carácter preminente de la “falla en el servicio”. En ese estado de evolución nos encontrábamos cuando se hizo presente entre nosotros la Constitución de 1991.

El aporte de la Constitución de 1991

Como se vio, en vigencia de la Constitución Política de 1886 se construyó una clara línea legal y jurisprudencial para reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado, sin que existiera un principio constitucional

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de febrero de 1984, Expediente 2744, C. P. Eduardo Suescún Monroy.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de agosto de 1989, Expediente 5408 (317), C. P. Juan Carlos Henao Pérez.

autónomo para el efecto. Ese vacío evidente vino a llenarse con el inciso 1 del artículo 90 de la Constitución de 1991, al disponer: “El Estado responderá patrimonialmente por *los daños antijurídicos* que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Como javeriano y discípulo del Dr. Juan Carlos Esguerra Portocarrero, mucho me honra que sea precisamente él, cultor y ponente como constituyente de esta joya de nuestra juridicidad, quien generosamente me acompañe hoy respondiendo a nombre de la Academia estas palabras. Muchas gracias Dr. Juan Carlos.

Que la Constitución haya recogido el principio de responsabilidad patrimonial del Estado, subraya ante todo que él es uno de los pilares de nuestro Estado Social de Derecho, y con ello le da una especial protección, cubriendo toda forma de responsabilidad del Estado.³⁵ Adicionalmente y como es evidente, la norma constitucional focaliza la atención en la víctima del “daño antijurídico”, inspirada en la teoría de origen español de la “lesión”.

Ahora bien, el evocar la “antijuridicidad” del daño, coloca la prueba en un escenario más favorable para la víctima. La jurisprudencia del Consejo de Estado en un momento inicial dudó sobre si ello significaría o no que

³⁵ En relación con este artículo, la Corte Constitucional, en Sentencia C- 333 de 1996, señaló su importancia al ser la primera manifestación constitucional del establecimiento general de la responsabilidad contractual como extracontractual del Estado:

“3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado [...] Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el artículo 90 señala con claridad que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”

Ahora bien, como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo –ya que ordena al Estado responder– sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual, sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento de uno de los intervinientes, según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación, el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no solo la responsabilidad extracontractual, sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual”.

el conjunto del sistema habría cambiado a una responsabilidad objetiva. La respuesta finalmente del Consejo de Estado ha sido que el artículo 90 de la Constitución Política no “borró del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio”,³⁶ por lo que coexisten los títulos de imputación; así como tampoco eliminó la necesaria relación de “causalidad” de esa lesión, con la “acción u omisión” de las autoridades, a la que alude expresamente, y que tiene necesariamente que ver con el tipo de reproche obligacional que se haga al Estado.

¿Qué se ganó entonces con este cambio de mirada? El Consejo de Estado en reciente jurisprudencia, lo resume brillantemente al decir

39. El artículo 90 de la Constitución Política define la cláusula general de responsabilidad estatal y determina como eje axial la existencia de un daño antijurídico, comprendido este como *toda aminoración cierta, determinada y personal de un derecho o interés lícito que una persona no está en el deber de soportar* y, en ese sentido, a la hora de solicitar una indemnización por parte del Estado, los razonamientos relativos a los títulos de imputación de la responsabilidad gozan de relevancia argumentativa, pero no son un requisito sin el cual no se pueda adelantar el enjuiciamiento de la situación sometida a consideración pretoriana, *de ahí que los jueces, como autoridades investidas de jurisdicción y competencia, puedan declarar el deber de reparar* con fundamento en la estructuración de una falla en el servicio, la ocurrencia de un daño especial o la concreción de un riesgo excepcional, *conforme con lo que encuentre probado y siempre teniendo en cuenta el criterio pro homine y de dignidad humana* por la que propende el sistema constitucional colombiano.³⁷

A no dudarlo, el artículo 90 centra la discusión en el daño que no debe soportar la víctima, por lo que, bajo el llamado principio *pro homine*, no importa ya si el demandante erró o no en la forma como buscó configurar la imputación, potenciando al juez para hallar el título correcto. Desde luego la congruencia de la sentencia sí supondrá un mínimo de coherencia, de manera que se haya garantizado el derecho de defensa del Estado, en frente de los hechos alegados, y se haya preservado el elemento de la causalidad.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de febrero de 1993, Expediente 7742, C. P. Carlos Betancurt Jaramillo.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, Sentencia del 18 de marzo de 2022, Rad. 76001-23-31-000-2011-00383-01 (54346). C. P. José Roberto Sáchica Méndez.

De otro lado, la extensión del artículo 90, explica la razón por la cual se ha ampliado sustantivamente la protección de los ciudadanos, por ejemplo con la figura de la responsabilidad del legislador y con la consagración robusta de la responsabilidad en la administración de justicia en la Ley 270 de 1996 en tres supuestos: el error judicial, la privación injusta de la libertad y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Antes del 91, escasamente algún fallo había encontrado responsable a un dependiente judicial por apropiarse de un bien secuestrado o por haber desaparecido un título ejecutivo en un expediente, al paso que ahora las responsabilidades han afectado a jueces de todas las áreas, incluso en las Altas Cortes, por razones sustantivas. ¡Dejó de presumirse la infalibilidad del juez!

Desde otro ángulo, el rumbo de la “reparación integral” ha enriquecido enormemente el alcance de las decisiones, de manera no limitada a los parámetros civiles clásicos del daño emergente y del lucro cesante, trascendiendo a toda esfera de afectación moral o social, individual o colectiva y, por tanto, no limitándose a la protección de derechos económicos, y atendiendo también el efecto social del daño. De ahí la importancia de las medidas simbólicas de reparación, como las excusas públicas o los monumentos de recordación, que honran no tan sólo al ofendido, sino que, como las medidas de no repetición, transmiten una visión de corrección a futuro.

Ahora bien, en esta comprensión ha tenido mucho que ver que la Constitución que introdujo también entre nosotros el llamado “bloque de constitucionalidad” en la protección de los derechos humanos. Es esta la puerta por la que hemos transitado al llamado “control de convencionalidad”. No corresponde a este trabajo ahora elaborar sobre su impacto, pero se aprecia ya uno significativo y el reto de enmarcarlo adecuadamente.

Conclusión

El aporte del siglo XX a la construcción de la responsabilidad patrimonial del Estado fue formidable. En Europa, incluso, ello llevó a incluir un nuevo derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2000), llamado “Derecho a una buena administración”, y dentro de él, un numeral 3 que proclama como parte del mismo la responsabilidad del Estado: “...entre nosotros, vendrán nuevas cimas a alcanzar en el siglo XXI [...] La Academia debe ser parte de esa

reflexión Sr. Presidente, porque de cómo la asimile nuestro Estado Social de Derecho, dependerá, en mucho, “nuestra forma de civilización...”, como bien dice Riveró.

Bibliografía

- ABENDROTH, Wolfgang. “El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político”. En *El Estado Social, Centro de Estudios Constitucionales*, Abendroth, Wolfgang; Fosthoff, Ernst; Doehring, Karl (Orgs.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. *¿Estado irresponsable o responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, luego de la Guerra Civil de 1876-1877*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- _____. Hugo Andrés. *El régimen de responsabilidad objetiva*, 2da ed., Bogotá: Legis, 2017.
- _____. “Declaratoria de caducidad del contrato de concesión y responsabilidad del Estado: a propósito de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 1898”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 24 (segundo semestre de 2020). <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.09>
- BUSHNELL, David. *Colombia: una nación a pesar de sí misma*. Bogotá: Planeta Colombiano, 2007.
- CABALLERO CALDERÓN, Antonio. *Historia de Colombia y de sus oligarquías*. Bogotá: Editorial Planeta, 2018.
- CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: CEC, 1988.
- CASTRO DE CIFUENES, Marcela, Yinna Fernanda FIGUEREDO y Sharick Tatiana VARGAS. “Evolución jurisprudencial de la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas en Colombia”. *Anuario de Derecho Privado*, n.º. 1 (2017). <http://dx.doi.org/10.15425/2017.203>
- COLMENARES, Germán. *Historia económica y social de Colombia (1537-1978)*. Bogotá: Siglo XXI Editores, 1989.
- CORCUERA, Javier. *Derecho y economía en el Estado Social*. Madrid: Tecnos, 1988.

- DEAS, Malcolm. *Del poder y la gramática: La lucha por la democratización en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993.
- DOEHRING, Karl. “Estado Social, Estado de Derecho y orden democrático”. En *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- FORSTHOFF, Ernst. “Problemas constitucionales del Estado Social y concepto y esencia del Estado Social de Derecho”. En *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- ESGUERRA PORTOCARREGO, Juan Carlos. “La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional”, *Jurídicas Unam*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/34.pdf>
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Editorial Alianza Universidad, 1988.
- GONZÁLEZ G. Fernán. “El Concordato de 1887: los antecedentes, las negociaciones y el contenido del tratado con la Santa Sede”. banrepcultural.org/biblioteca-virtual
- HENÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier E. “La responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado colombiano”, *Revista Universidad Militar Nueva Granada*, 2002.
- HENAO, Juan Carlos. “La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia”. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1392/12.pdf>
- LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ, GENEVOIS. “Grandes Arrrêtes. Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés”, 2ª ed. Madrid: Editorial Dalloz, 2017.
- LOO GUTIERREZ, Martín. “El significado del procedimiento administrativo”, *Revista Derecho del Estado*, n.º. 38 (enero-junio de 2017).
- MELO, Jorge Orlando. *Historia de Colombia: El siglo XX*. Bogotá: Taurus, 2008.
- PALMA ÁRIAS, Tania Sofía. “La *actio de in rem verso* en la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana”. *Revista Vis Iuris*, 10, n.º 5 (2018): 41-62.
- PAZOS GUERRERO, Ramiro. “De la irresponsabilidad del Estado en Colombia a la apertura al derecho internacional”, pág. 77. https://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/opus4-wuerzburg/frontdoor/deliver/index/docId/32356/file/978-3-95826-149-5_PazosGuerrero_OPUS_32356.pdf
- POSADA CARBÓ, Eduardo. *Historia de Colombia: el siglo XX*. Bogotá: Editorial Norma, 2009.

- QUINTERO, Gustavo. “La Construcción de la Responsabilidad del Estado en Colombia: entre la dualidad de jurisdicciones y la dualidad jurídica”, *Manual de Derecho Administrativo, Universidad de Los Andes*, 2009
- RIVERÓ, Jean. *Derecho Administrativo*, 9ª trad. edición de 1980. París: Editorial Dalloz, 2006.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. “El equilibrio económico en los contratos administrativos”. *Derecho PUCP*, n°. 66 (2011).
- SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Bogotá: Ediciones Ibáñez, 2005.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “Fundamentos constitucionales del Derecho Administrativo Colombiano”. *A&C Revista de Derecho Constitucional y Administrativo*, 2008.
- SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Relación entre el Estado de Derecho y el Estado Social como problema actual del constitucionalismo: la aparición del Estado Social de Derecho”. *Revista Universitas Jurídica*, n°. 87 (1994).
- URIBE GAVIRIA, Antonio José. “La Reforma Administrativa en Colombia”, editada inicialmente en 1903, y reeditada en mayo de 1917 por Librería Colombiana, Camacho Roldán & Tamayo.
- VANOSI, Jorge Reinaldo. *El Estado del Derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Editorial Eudeba, 1987.
- ZAPATA GARCÍA, Pedro A. “Fundamentos y límites de la responsabilidad del Estado. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual”. *Universidad Externado de Colombia*, 2019.

RESPUESTA A LA INTERVENCIÓN DEL ACADÉMICO
GONZALO SUÁREZ BELTRÁN POR SU TRABAJO
“EL APORTE DEL SIGLO XX A LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA”,
EN SU ASCENSO A MIEMBRO DE NÚMERO

Juan Carlos Esguerra Portocarrero*
Académico de número

La corporación ha tenido el acierto de elegir como miembro de número al académico correspondiente Gonzalo Suárez Beltrán, quien, para la formalización de su ascenso, ha elaborado un extraordinario trabajo, intitulado *“El aporte del siglo XX a la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia”*, y me ha hecho el honor de proponer mi nombre para que dé la respectiva respuesta institucional.

Lo hago con mucho gusto, tanto por el autor como por el escrito al que voy a referirme. Por aquel, en consideración a que lo conozco y lo aprecio sinceramente desde hace más de treinta años como el sobresaliente alumno que fue de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana,

* Abogado y especialista en Ciencias Socioeconómicas de la Universidad Javeriana, y Magíster en Derecho de la Universidad de Cornell. Es profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en varias universidades. Ha sido decano de Derecho de la Universidad Javeriana; miembro del Consejo Asesor de la Facultad de Derecho de Cornell; delegatario a la Asamblea Constituyente de 1991; ministro de Defensa Nacional y ministro de Justicia y del Derecho; embajador ante los Estados Unidos; árbitro nacional e internacional; juez ad-hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y conjuer del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Es autor de los libros *“La protección constitucional del ciudadano”* y *“Los cimientos de la Constitución”* y es Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Contacto: jcesguerra@esguerrabarrera.com

y, desde entonces, por haber tenido el privilegio de ser testigo cercano de su lucidísima carrera profesional, y de conocer varias, variadas y sobresalientes obras jurídicas de su pluma. Y en cuanto a este, su escrito de hoy, ya que, para decirlo de entrada, no hay duda de que se trata de un señor trabajo, en todo el sentido de la expresión.

En efecto, el académico que asciende y el texto que ha escrito para hacerlo son sobradamente destacados.

Gonzalo Suárez Beltrán, porque, a base de estudio, de consagración y de trabajo, esforzados, apasionados y sin pausa, durante los más de treinta años de que atrás hablé –treinta y tres para ser exactos–, y luego de adicionar a su formación una especialización en España y una maestría en Inglaterra, ha desarrollado, con notable éxito, tareas profesionales de diversa índole. Ha sido litigante, asesor, consultor, profesor de pregrado y de posgrado en varias universidades, viceministro de justicia, perito, árbitro, conjuuez del Consejo de Estado, autor o coautor de proyectos de ley y de plurales textos jurídicos y, como a ustedes les consta, desde hace diez años, un muy activo y lucido miembro de esta corporación.

Por lo que hace a su trabajo de ascenso, que comencé por calificar de ‘*señor trabajo*’, ni mucho menos fue esa una fórmula gratuita. Ciertamente no, y rotundamente no. El escrito que lleva por título “*El aporte del siglo XX a la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia*” es muchísimo más que un juicioso recuento y análisis de los textos normativos, jurisprudenciales o doctrinales que, a lo largo del pasado siglo fueron avanzando en el proceso de forja del perfil de la vertiente pública de la responsabilidad aquiliana – que, por supuesto lo es y de qué completa manera–.

Es la proposición de una verdadera tesis, que comienza trazando un paralelo entre dos conceptos que, por distintas razones, el derecho ha considerado tradicionalmente por separado –acaso por estimar que ellos y sus mundos nada tienen que ver entre sí–, y que principalmente consiste en hacer evidente la recíproca correspondencia que hay entre ellos, derivada de las bases conceptuales que les son comunes. Son los conceptos de ‘la responsabilidad patrimonial del Estado’ y del ‘Estado Social de Derecho’.

Así, a mi juicio, mucho más que en la historia de la responsabilidad patrimonial del Estado a lo largo del siglo XX, el *quid* de este trabajo de Gonzalo Suárez está, por un lado, en haber relevado y rastreado con

detalle ese paralelismo y esa mutua correspondencia –que ordinariamente se pasan por alto, dada la tradicional adscripción de uno y otro concepto a distintos ámbitos del derecho, el administrativo y el constitucional, respectivamente–. Y por el otro, aún más importante, en hacer ver que son más o menos coetáneos, que lo fueron también su desarrollo y florecimiento, ocurridos durante el siglo XX, y, sobre todo, que tienen en común unos mismos fundamentos filosófico-políticos, que los explican, los justifican y los emparentan cercanamente: la justicia social, la búsqueda de la igualdad, la prevalencia del interés público sobre el interés particular, los derechos sociales y, por supuesto y ante todo, lo que podríamos llamar la efectividad plena de la dignidad humana.

Esos fundamentos, que con el tiempo se fueron irguiendo en verdaderos principios de derecho público, están en la base misma del Estado Social de Derecho y de su responsabilidad patrimonial, e iluminan íntegramente las dos construcciones.

Como lo anota el autor, la atenuación y las limitaciones que se fueron imponiendo a la concepción absoluta y rabiosamente individualista de los derechos del hombre y de sus libertades públicas, para irle abriendo paso a una visión crecientemente social de los mismos, al lado de la transformación paralela que se fue dando en la idea misma del Estado, de su razón de ser, de sus funciones y de su misión, propiciaron los dos conceptos en cuestión.

Prueba de ello son, según dice con sólido apoyo en abundantes normas, jurisprudencia y doctrina muy apropiados, por ejemplo, las Constituciones de Querétaro y de Weimar, ambas del amanecer del siglo XX, y los primeros pronunciamientos judiciales que reconocieron la responsabilidad patrimonial del Estado.

Y lo son así mismo, a partir de allí, un nuevo constructo de función administrativa del Estado y de su papel en la vida social, marcado por el dinamismo y la acción en aras de la igualdad real y del bien común, y la progresiva apertura de la puerta a la reparación de los daños causados por él, hasta entonces cerrada con base en el viejo y rotundo postulado anglosajón de “*The King can do no wrong*”.

El repertorio de las fuentes nacionales y extranjeras que trae a colación el académico Suárez para apoyar su disertación es evidente reflejo de un

trabajo encomiable. En especial, por lo que hace al puntual recuento de la historia, tanto en Europa y Norteamérica como en Colombia, de los dos grandes conceptos a los que ella se refiere.

En el caso del Estado Social de Derecho, comienza a partir del rastreo de los antecedentes de reacciones contra el capitalismo a ultranza en Inglaterra, Francia y Alemania promediando el siglo XIX, y de su bautizo por Hermann Heller al despuntar el siguiente, que dieron lugar a una completa metamorfosis del gobierno, que fue pasando de la inercia del *‘laissez faire’* y el *‘laissez paseer’* al papel abiertamente activo que se llamó *‘intervencionismo’*.

Otro tanto hace en relación con nuestro país, comenzando por remontarse a los grandes momentos constitucionales de cambio de 1910 y, en especial el de 1936, para desembocar en el de 1991, en el que la Carta Política enarbola con todas las letras el *‘Estado Social de Derecho’*.

Y en el de la responsabilidad patrimonial del Estado hace otro tanto, resaltando que, como en Francia y, en general en el derecho continental europeo, ella fue obra de los jueces, que poco a poco la fueron construyendo y dándole forma. Primero, mediante la aplicación al ámbito público de los elementos principales del constructo jurídico milenario de la responsabilidad civil entre particulares, basado primordialmente en la culpa, y luego, a base de ir adicionando o acuñando categorías propias de aquel, como las ideas de la *‘falla del servicio’* o del *‘daño especial’*.

Y luego de recorrer con todo detalle nuestra historia, que también fue jurisprudencial y se cumplió primero en la Corte Suprema y luego en el Consejo de Estado, aborda, en todo su significado, el cambio que introdujo la Carta de 1991, que en el artículo 90 instituyó expresamente que el “Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables...”. Y que al hacerlo le dio un muy significativo giro a esta especie de responsabilidad, poniendo entre sus fundamentos el énfasis en el daño antijurídico, como lo había planteado Eduardo García de Enterría en el proyecto que se convirtió en la Ley Española de Expropiaciones Forzosas de 1954, y como luego fue instituido en el artículo 106.2 de la Constitución de 1978.

Un tema mayor y de muy hondo calado, porque, de esta suerte, con un marcado sentido de igualdad frente a las cargas públicas y de justicia social,

el eje de la responsabilidad estatal se centra más en el daño que sufre la víctima, y si él tiene un título jurídico válido, que en la antijuridicidad o no de la conducta del agente que lo causa.

Sentido de igualdad frente a las cargas públicas y de justicia social que, como bien lo dice en su escrito el académico Suárez, por supuesto son los mismos que están en la base del Estado Social de Derecho.

En fin, señor presidente y señores académicos, lo dicho: Gonzalo Suárez Beltrán y el trabajo con el que ha comparecido hoy a la formalización de su ascenso a la categoría de ‘Miembro de número’ de esta Corporación, lo merecen justificadamente con largueza, lo mismo que nuestras sinceras felicitaciones.

PENA ALTERNATIVA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ*

José Celestino Hernández Rueda**
Académico de número

Resumen: El primer ejercicio de justicia transicional que Colombia realizó con la finalidad de lograr la paz en medio del conflicto armado que vive hace más de 60 años, fue la Ley 975 de 2005, conocida como “Ley de Justicia y Paz”, mediante la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, y esta incluyó la figura jurídica de la “pena alternativa”. En este escrito se analizarán su constitucionalidad, requisitos, aporte en la consecución de la paz, la doctrina y la jurisprudencia al respecto.

Palabras clave: conflicto armado; paz; justicia transicional; pena alternativa; Ley de Justicia y Paz.

ALTERNATIVE PUNISHMENT IN THE JUSTICE AND PEACE LAW

Abstract: The first exercise of transitional justice that Colombia carried out with the purpose of achieving peace in the midst of the

* El presente trabajo se funda en el texto de la tesis doctoral que su autor está presentando para optar el título de doctor en Derecho de la Universidad de Jaén. Discurso de ascenso a Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en sesión del 18 de abril del 2024.

** Graduado en Relaciones Internacionales y Diplomacia; abogado, especializado en Ciencias Penales y Criminológicas; maestría en Ciencias Políticas y Liderazgo Democrático; máster en Derecho Público y de la Administración Pública; doctorando en Derecho. Exjuez, exfiscal, excoordinador del Área Jurídica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Consultor, asesor y profesor universitario en Derecho Penal y Justicia Transicional. Contacto: hernandezruedajose@gmail.com

armed conflict that has been going on for more than 60 years, was Law 975 of 2005, known as the “Justice and Peace Law”, through which They dictate provisions for the reincorporation of members of armed groups organized outside the law, who contribute effectively to the achievement of national peace, and this included the legal figure of the “Alternative Punishment.” In this writing, its constitutionality, requirements, contribution to the achievement of peace, doctrine and jurisprudence in this regard will be analyzed.

Keywords: Armed Conflict; Peace; Transitional Justice; Alternative Punishment; Justice and Peace Law.

Introducción

La Constitución Política de 1991 señala que la paz es, al mismo tiempo, un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento,¹ al cual concurren por igual las instituciones estatales, las empresas privadas, las organizaciones sociales y políticas, y, en general, todas las personas residentes en Colombia. Es a través de la misma que el Estado puede garantizar el cumplimiento de los fines esenciales para el cual fue instituido, entre ellos servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Magna, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.²

La historia de Colombia es la sucesión de conflictos sociales o políticos antagónicos,³ que de tiempo atrás impiden la existencia de una sociedad en paz, desde los albores de la independencia hasta el presente.

Los conflictos expresan la inestabilidad social y política, así como la inseguridad jurídica que se genera en la adopción de normas, las cuales son dictadas por quien gana la contienda o, en el interés de mantener condiciones que, en general, reproducen las causas de la violencia. La inestabilidad jurídica se expresa en las 22 constituciones políticas expedidas entre el grito de independencia (1810) y la vigente, proferida en 1991.⁴

¹ Artículo 22, Constitución Política.

² Preámbulo, Constitución Política.

³ Marc W. CHERNICK, “Aprender del Pasado; Breve Historia de los Procesos de Paz en Colombia (1982-1996)”. *Revista Colombia Internacional Universidad de Los Andes*, n°. 36 (1996): 4-8.

⁴ Si bien no todos los estudios del tema concuerdan con el número de textos constitucionales, unos por incluir algunas otras que lo fueron a nivel regional, y otros por considerarlas menos,

Múltiples fueron las acciones que frente al problema de la paz debieron asumir los diferentes gobernantes de turno, pero, para mayor precisión histórica, aquí se hará mención a partir del periodo gubernamental previo a la expedición de la *Ley de Justicia y Paz*, primer ejercicio de la justicia transicional adoptado en Colombia.

El gobierno de Andrés Pastrana Arango⁵ plantea negociaciones con las guerrillas para obtener la tan anhelada paz y, con el apoyo internacional, avanza en este propósito con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), y dispone despejar una parte del territorio nacional. Mientras tanto, las FARC se fortalecen militar y geográficamente, siguiendo con sus actividades ilegales. Evidenciadas estas acciones, el Gobierno da por concluida la negociación, y se agrava el conflicto en diversas zonas del territorio nacional.

En el primer gobierno de Álvaro Uribe Velez⁶ se establece la política pública de “Seguridad Democrática”,⁷ con la cual se pretendía lograr la participación más activa de la sociedad para lograr la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley y la derrota total de los grupos guerrilleros, mediante el fortalecimiento institucional y presencia gubernamental en las regiones. Se aumentó el pie de fuerza oficial y se patrullaba el territorio en procura de desplazar y suprimir organizaciones clandestinas que, hasta hacía poco mantenían el poder en esas zonas deprimidas. Por muchos fue considerado que además se apoyó a grupos privados que pretendían remplazar a las fuerzas militares oficiales en la lucha contra la guerrilla, bajo la figura legal de las “Convivir”, cooperativas de seguridad creadas y asentadas a tal propósito y financiadas, en algunos casos, por empresarios y ganaderos que veían amenazados sus bienes y actividades. Durante este periodo se expide la Ley 975 de 2005, conocida como “*Ley de Justicia y Paz*”. Esta norma contempla, como medida de *justicia transicional* y como atractivo para acogerse a ella, la concesión de la figura jurídica especial de la *pena alternativa*, significativamente menor en comparación con la *pena*

por no otorgarles la trascendencia debida. Véase <https://www.suin-juriscal.gov.co/legislacion/constituciones.htm>

⁵ Mandato presidencial: 7 de agosto de 1998 – 7 de agosto de 2002.

⁶ Primer mandato presidencial: 7 de agosto de 2002 – 7 de agosto de 2006.

⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió el informe titulado “Impacto de la Política de Seguridad Democrática, sobre la confrontación armada, el narcotráfico y los derechos humanos”. Véase <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25967.pdf>

principal que correspondería por esos mismos hechos en la justicia común u ordinaria vigente en el momento.

Marco teórico

El análisis de la relación *paz y justicia* constituye tema central en el mundo moderno, de manera especial cuando se trata de experiencias en la resolución de conflictos internos de todo nivel, sin que se deje de lado, hoy día, la justicia,⁸ para lograr, mediante su implementación, el respeto de los derechos humanos para unos y el castigo para quien los ha vulnerado. Es allí donde se hace necesario que términos como *desmovilización, desarme y reintegración*, sean llevados a la práctica. Todo lo anterior con la aplicación del imperio de la ley y bajo el supuesto de la *verdad, la reparación y la reconciliación* de las víctimas, así como las *garantías de no repetición*, necesarias para que los hechos violentos no se vuelvan a presentar.

Por lo anterior, y bajo el supuesto que el conflicto armado en Colombia no ha sido superado, pero que se ha dado inicio a la consecución de una *Paz estable y duradera* a través de “acuerdos” y la implementación de normas fundadas en la *justicia transicional*, se entiende entonces como lógico, que las normas expedidas al efecto sean no solo de mentalidad diferente a la aplicada de común a los desacuerdos entre los ciudadanos en su diario vivir, sino que contengan modificaciones institucionales, que permitan arribar al fin propuesto en relación con los grupos armados al margen de la ley, para motivar su desmovilización, así como mecanismos que permitan no solo el reconocimiento de las víctimas sino su dignificación, para lo cual se debe llegar al esclarecimiento de la verdad, el resarcimiento de los derechos inculcados y, naturalmente, el retorno a condiciones de estabilidad y tranquilidad de la sociedad.

Cuando se revisan las políticas públicas en cuanto a la búsqueda de la *Paz*, es innegable concluir que, a pesar del paso del tiempo, el conflicto sigue vigente, e incluso, se ha incrementado, no solo por el combustible que representa el narcotráfico, sino por la inclusión de nuevos actores, que

⁸ Las amnistías como mecanismo de solución a los conflictos desaparecen del mundo moderno para pasar, en épocas de transición, de la justicia retributiva a la justicia transicional, sin renunciar a la justicia *per se*. Véase el Informe de la Organización de Naciones Unidas. “El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”. Informe del Secretario General, 2004.

bajo la denominación de “*criminalidad organizada*” agudizan la violación de los derechos humanos. A esto se debe sumar la polarización política, la cultura del miedo y la desinstitucionalización del Estado, lo que conlleva inseguridad jurídica.

De manera específica, las políticas públicas del siglo XX estaban condicionadas por la lucha de intereses particulares, y la concentración y centralización del poder estatal. Igual acontece, a pesar de los denodados esfuerzos por llegar a la solución del conflicto armado, a que en lo corrido del siglo XXI se esté en condiciones similares, lo cual demostraría que el paso de los años y las experiencias respecto a este tema no han dado los frutos esperados y se sigue en la búsqueda de la *Paz*, sin llegar a su consolidación.

Cada periodo presidencial ha pretendido afianzar políticas públicas que confluyan en esa meta, sin embargo, se han quedado en “*planes de gobierno*” más que en “*políticas de Estado*”, como correspondería, pues, los cambios de gobernante representan, en unos casos, volver a empezar, y en muy pocos, darle una continuidad a largo plazo a tales políticas. Además de los saltos políticos, la inseguridad jurídica, expresada en la incontable y permanente modificación y derogación de las normas relativas a la consecución de la *paz*, limita al Estado, impidiéndole que las acciones sean de largo plazo y solo respondan a problemas coyunturales, lo cual, necesariamente, afecta la convivencia social y el desarrollo nacional.

Por lo anterior, cuando se entra a revisar la política pública de la *Paz* y, de manera precisa, la contenida en la *Ley de Justicia y Paz*, es menester resaltar que las normas constitucionales y legales le dan validez y fuerza jurídica, pero ello no significa que se pueda dar por sólida su estructura, y menos aún por segura su reglamentación e implementación. Son muchos los intereses en uno y otro sentido que así lo impiden. Hay víctimas y victimarios, incluso agentes del Estado, además de otros actores políticos, militares, económicos, sociales, etc., que demarcan un derrotero difícil de seguir y de cumplir. Tal es el caso de los eventos de reparación a las víctimas, los cuales, en primer lugar, están condicionados a la existencia de recursos económicos, y si bien han sido varias las etapas a tal efecto, no hay recursos suficientes para cumplir a cabalidad con la misma. No hay un presupuesto nacional que permita responder efectivamente sin dejar de atender otros esenciales requerimientos. Es decir, no todo puede ser para la

Paz, porque el Estado debe amparar a todos sus ciudadanos y no solo a las víctimas del conflicto armado, quienes, por más de ser muchos, son apenas una parte, si bien representativa de la población, no son la totalidad.

Es pertinente llevar adelante este análisis, por cuanto sus conclusiones no solo serán base de consulta para futuros procesos, sino punto de referencia para la implementación del *Acuerdo de Paz de la Habana*, suscrito entre el gobierno colombiano y el grupo insurgente “Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP)”⁹ y, más recientemente, con los diálogos iniciados al mismo efecto con la segunda guerrilla más antigua y poderosa militarmente que aún subsiste en Colombia, el Ejército de Liberación Nacional (ELN).

Todo esfuerzo que se haga por lograr la consolidación de la *Paz*, no solo tiene que realizarse, sino que debe corresponder a los principios constitucionales y a los acuerdos internacionales que permitan, además de su concreción, su real y efectiva implementación.

Justicia Transicional y Ley de Justicia y Paz

Colombia, en procura de encontrar un marco legal para la adopción de decisiones que permitieran no solo la terminación del conflicto, sino la reincorporación de los alzados en armas, optó por el modelo de *justicia transicional*, el cual a nivel internacional se ha aplicado en procesos de transición, situación en la cual aún no se encuentra nuestro país.

La efectividad del modelo de *justicia transicional* implementado en Colombia es limitada frente al ejercicio del derecho a la *justicia*, porque aún existe un conflicto armado interno, y la aplicación de las normas de *justicia y paz* no ha logrado el cumplimiento de los objetivos por ellas establecidos.

Se partirá, entonces, de la necesaria confrontación de si las disposiciones de *justicia y paz* constituyen normas de *justicia retributiva*¹⁰ o *justicia*

⁹ Firmado el 24 de noviembre de 2016, bajo el nombre de “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”.

¹⁰ “La justicia retributiva es la que existe en la justicia penal, y la que seguirá existiendo y se fundamenta en dar un mal por otro mal, es retribuir al delincuente con un castigo, es decir, con la pena, en especial la de privación de la libertad por el mal causado a la víctima con el delito [...] En esta justicia el delito es un problema entre el Estado y el delincuente, sin en que ella la víctima, su familia o la comunidad puedan participar activamente aun cuando puedan estar interesados en la búsqueda de la solución generada con el delito [...] La justicia retributiva

*transicional*¹¹, en tanto las primeras son las disposiciones que en tiempos de “normalidad” son aplicadas como respuesta de la sociedad a quienes violan el ordenamiento jurídico y, en particular, trasgreden la ley penal, como la relación de causa-efecto en la que en un proceso un ciudadano es vencido en juicio y, en consecuencia, se le castiga con la pena previamente establecida bajo los principios de transparencia y publicidad y, las segundas, corresponden al conjunto de medidas judiciales y extrajudiciales por medio de las cuales la sociedad castiga, sin el rigor de la justicia retributiva, a quienes han cometido violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en un contexto político de transición, bien sea de una dictadura a un régimen democrático o por la finalización de un conflicto armado interno. En este último caso, lo que se pretende es un fin mayor al de la *justicia*, el cual es aceptado y propugnado por el Estado como un acuerdo de los miembros de la sociedad, que permita dar viabilidad a dicha normatividad para conseguir la *Paz*.

La hipótesis de partida de este texto es que la *pena alternativa*, consagrada como aplicación de los principios de la *justicia transicional*, permitió el desarme, desmovilización y reintegración de los miembros de estos grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML), por lo cual encuentra justificación a nivel interno, al fundarse en principios de la *justicia transicional*, incorporados en el marco legal colombiano a través de diversas normas.

Categorías de análisis

Para lo propuesto, se hace necesario revisar lo que se ha denominado “categorías de análisis”, que corresponde, en esencia, y sin limitarse al concepto general que se tiene, a partir de las interpretaciones, de las

tiende a estigmatizar a las personas, marcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa”. Álvaro E. MÁRQUEZ CÁRDENAS “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, X, n.º. 20 (julio - diciembre 2007): 201-212.

¹¹ “La justicia transicional es la manera de hacer justicia en contextos de transición política. Cuando se trata de ponerle fin a conflictos armados internos, la justicia transicional contribuye a conseguir –al mismo tiempo– dos objetivos esenciales: la negociación política del conflicto y la realización de la justicia. Para ello, la justicia transicional pone a disposición una serie de mecanismos y herramientas especiales que permiten enfrentar el legado de violaciones masivas a los derechos humanos, buscando el reconocimiento de las víctimas y la construcción de confianza entre los ciudadanos, y entre éstos y el Estado” Véase <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/justicia-transicional/Paginas/que-es-la-Direccion-de-Justicia-Transicional.aspx>

definiciones de lo que constituyen palabras clave en el entendimiento de la *justicia transicional* y su aplicación a nivel nacional, como: la verdad, la justicia y la reparación. Para el objeto de este trabajo académico, de la pena principal y la pena alternativa, para traer de presente la globalidad de lo acontecido, sus aciertos y desaciertos, conclusiones y recomendaciones en cada una de ellas.

Pena principal¹²

Elemento necesario en el análisis en aplicación de los principios de la *justicia transicional*, es la *pena principal* y es aquella que le corresponde al victimario como consecuencia del proceso penal adelantado en su contra por los hechos cometidos a lo largo del conflicto y que, conforme con la legislación ordinaria o de común aplicación en Colombia, le hubiese correspondido.

Igualmente, se debe precisar que, a pesar de los innumerables y graves delitos cometidos por quienes se acogieron a la “*Ley de Justicia y Paz*”, en la justicia ordinaria, la pena principal máxima por imponer les correspondería, para el momento de la expedición de la misma,¹³ a la de 40 años de prisión.

Han sido muy pocos los procesos que contra miembros de los grupos organizados al margen de la ley se han adelantado en la jurisdicción ordinaria, en que las penas impuestas no han alcanzado ese quantum punitivo, sin embargo, una vez entró en vigencia la *Ley de Justicia y Paz*, muchos de ellos, por no decir que todos, se acogieron a la misma con la finalidad de resultar beneficiados con la sustancial rebaja de pena que les podría significar poder acceder a una *pena alternativa*, ínfimamente menor a la fijada por la justicia ordinaria como *principal*, al punto que algunos de ellos se les reconoció la figura jurídica de “pena cumplida” y obtuvieron su libertad, quedando por revisar si dio o no cumplimiento a los presupuestos requeridos a efecto de ser merecedores de tal beneficio.

¹² “Sanción legalmente establecida por la comisión de una infracción penal, que no depende de otra para su imposición”. Véase <https://dpej.rae.es/lema/pena-principal>

¹³ 25 de julio de 2005.

Penas alternativas¹⁴

Se comenzará por decir que esta figura jurídica especial es aplicación de los principios de la *justicia transicional*, en razón de las posibilidades de llegar a ella para la obtención del fin propuesto, y que en Colombia no está contemplada como una opción legal aplicable a los casos comunes o de diaria ocurrencia. Tiene una clara finalidad, cual es motivar a quienes no fueron vencidos militarmente por las fuerzas legítimas del Gobierno a que se sometan al Estado y abandonen la lucha armada.

En efecto, uno de los atractivos ofrecimientos de la *justicia transicional* es el otorgamiento de la sustitución de la *pena principal* que les correspondería en la justicia ordinaria por una *pena alternativa* que, para el caso de la “*Ley de Justicia y Paz*”, está enmarcada entre los 5 y los 8 años de prisión, la cual, sin duda, es sustancialmente inferior a la que normalmente les hubiere sido impuesta.

La *pena alternativa* no se puede asimilar a la impunidad o como un “premio” o un “regalo” a quienes tan gravemente afectaron a la sociedad. Indiscutiblemente son muchos los contradictores de esta ficción jurídica, pues más allá de lograr el sometimiento al Estado, de quienes estuvieron fuera de la ley por tanto tiempo y que no pudieron, en su mayoría, ser sometidos al imperio de la misma, se debe entender que uno de los principios fundamentales de la vida en sociedad es la *justicia*; sin ella muy difícilmente se puede tener una convivencia pacífica en un mundo de intereses particulares. De otra parte, es innegable que las víctimas del conflicto merecen como derecho que se aplique una sanción justa, equitativa y real, a quienes los han afectado tan gravemente. Una y otra posición son totalmente respetables y válidas, pero –y así se debe entender a efecto de lograr un fin superior cual es el de una *Paz estable y duradera*–, debe ceder el derecho a la *justicia* al derecho a la *Paz*.

Se debe precisar que no es obligatorio, y menos de aplicación automática, la concesión de este beneficio punitivo; se deben cumplir, al menos en teoría, una serie de requisitos para que sea procedente la sustitución de la *pena principal* por la *pena alternativa*. En primer lugar, quien

¹⁴ “Sanción penal que el legislador asocia a una infracción penal, que a su vez tiene prevista otra posible sanción, entre las que el órgano jurisdiccional debe elegir”. <https://dpej.rae.es/lema/pena-alternativa>

se acoge a la *Ley de Justicia y Paz* debe aportar al esclarecimiento de la *Verdad*. Igualmente, procurar la reparación de las víctimas, así como comprometerse con su resocialización, y promover actividades tendientes a lograr la desmovilización del grupo armado al cual perteneció.¹⁵

De la lectura detallada de las sentencias proferidas en el marco del *proceso de justicia y paz*, es evidente concluir que si bien los fundamentos empleados para sustentar la viabilidad de la sustitución de la *pena principal* por la *pena alternativa*, corresponden a desarrollos constitucionales y legales; también lo es, que se evidencia que los llamados requisitos para su concesión, en muchos de los casos se han quedado en la letra y no se han verificado, por lo cual es factible colegir que no en todos los casos se ha dado cumplimiento a los mismos, y no se ha revocado por tal causa la *pena alternativa* impuesta, más como medida de política criminal y desarrollo constitucional que como una realidad procesal.

Por esta razón la sugerencia es que la Sala de Justicia y Paz del tribunal a cargo del proceso y de proferir la correspondiente sentencia condenatoria, previamente a la concesión de la *pena alternativa*, a través de mecanismos eficaces y ciertos, corrobore que por parte del procesado se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por la Ley 975 de 2005 a ese efecto. En caso contrario, la niegue e imponga la *pena principal*. Debe

¹⁵ Ley 975 de 2005, artículo 29. *PENA ALTERNATIVA*. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal. En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un periodo mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos.

Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció.

¶ Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia, se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, periodo durante el cual el beneficiario se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia.

¶ Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el periodo de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan.

PARÁGRAFO. En ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa.

operar de manera cierta la revocatoria de la concesión de la *pena alternativa* cuando se demuestre por un procedimiento judicial, que no fue cierto el cumplimiento de tales requisitos y, por lo tanto, no merece la concesión de tal beneficio.

En orden a atender la política criminal del Estado a ese respecto y la finalidad de obtener la *Paz* —como es la pretensión de la norma—, se podría expedir un procedimiento judicial mediante el cual ese condenado, a quien se le ha negado la sustitución de la pena por no haber cumplido con los requisitos de ley, posteriormente pudiese obtenerla a través de la demostración detallada y real de que, aun cuando luego de la sentencia cumplió con los mismos, es merecedor de la concesión de la *pena alternativa*.

Por demás, cada medida que se adopte para sustentar los esfuerzos, que con fundamento en la *justicia transicional* se pretende adelantar para lograr esa *Paz* estable y duradera que soñamos todos los colombianos, será de grato recibo.

Fundamentos constitucionales para la concesión del beneficio de la pena alternativa

Es necesario concretar los fundamentos constitucionales que los falladores han empleado en el estudio y decisión de otorgar el beneficio de la *pena alternativa* en cada una de las sentencias proferidas.

En tales condiciones, atendiendo a los principios de solidaridad y complementariedad según los cuales el Estado colombiano es el primer llamado a garantizar los derechos humanos de las víctimas y a juzgar los hechos en sus propios Tribunales, estos mismos deben regir frente a las normas y criterios de interpretación y, por consiguiente, si el ordenamiento interno cuenta con disposiciones que brinden mayor protección a las víctimas, a ellas se debe acudir; tesis consecuente con el numeral 6° del artículo 75 del Estatuto de Roma, según el cual “*Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional*”¹⁶ y, a nivel interno, la Corte Suprema de Justicia ha asentido: “*ya que una de las finalidades*

¹⁶ ONU, “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

esenciales del estatuto de Justicia y Paz la constituye la reparación del daño derivado del delito".¹⁷

¿Cuáles son las condiciones establecidas en la ley? Habrá que precisar que la Corte Constitucional de Colombia, ante incontables demandas de inconstitucionalidad contra esta ley, ha realizado importantes pronunciamientos, de los cuales se puede extraer el acatamiento de los mandatos contenidos en la norma demandada, y más propiamente, de cada uno de los artículos contenidos en la Carta Magna colombiana.¹⁸

Esta Alta Corte, en Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, refiere a que se encontró ajustada a la Constitución Política de Colombia la sustitución de la *pena principal* por la *pena alternativa*, por no entrañar una desproporcionada afectación del valor justicia.¹⁹ En ella, entre importantes precisiones, se resalta la constitucionalidad de la norma demanda y allí tratada: *"en el entendido de que la colaboración con la justicia debe estar encaminada a lograr el goce efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición"*.

Como se manifestó, han sido muchos los pronunciamientos de este alto tribunal en estudio y decisión de las normas que han sido objeto de múltiples demandas, sin embargo, para continuar con la línea adoptada en este trabajo académico, se deberá decir que de las aquí concitadas "condiciones", solamente ha prosperado la inexequibilidad de algunas palabras del inciso cuarto del artículo 29 de la Ley 975 de 2005, consistente en "reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley",²⁰ y, por ende, conservan su vigencia y valor inicial, si bien algunas

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, AP4837-2016. Rad. 35637., M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, 27 julio de 2016.

¹⁸ Los más relevantes pronunciamientos al respecto están contenidos en las siguientes sentencias de constitucionalidad, las cuales pueden ser fácilmente consultadas en la base de datos de la Alta Corte, pues, como se espera, son de conocimiento y acceso público: Sentencias C-370-06, C-319 de 2006, C-719-06, Sentencias C-319-06, C-575-06.

¹⁹ "La alternatividad penal parecería una afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas si la "colaboración con la justicia" no comprendiera la integralidad de los derechos de tales víctimas, y si no exigiera de parte de quienes aspiran a acceder a tal beneficio acciones concretas encaminadas a asegurar el goce efectivo de estos derechos. En consecuencia, la Corte declarará la constitucionalidad del artículo 3º, en el entendido que la "colaboración con la justicia" debe estar encaminada al logro efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición". <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2006/C-370-06.rtf>

²⁰ "Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, periodo

han recibido la exequibilidad condicionada, lo han sido por interpretaciones y no por aspectos de fondo constitucional.²¹

El tema no deja de ser complejo y de difícil manejo, no solo por la especialidad de los conceptos sino por la defensa de posiciones jurídicas a tal efecto.

Marco legal de la concesión de la pena alternativa

Baste con sentar desde ahora, que el trámite judicial especial establecido en la *Ley de Justicia y Paz* se realiza dentro de un proceso de *Paz*, es decir que, como consecuencia de ese alto anhelo, se han disminuido los estándares legales con la única finalidad de que quienes están por fuera de ella se desmovilicen y acepten retornar a la sociedad. Se debe recordar que esta jurisdicción tiene fundamento transicional y, por ende, las condiciones y supuestos básicos son diferentes a los de la justicia del común.

Otro pedestal es que todas las sentencias proferidas y por proferir son y deberán ser de carácter condenatorio, pues de qué otra forma se entendería que si uno de los presupuestos es que la persona se acoja a la ley del Estado que ha combatido y cuyas normas rectoras de convivencia ha vulnerado reiteradamente en beneficio individual, no le sea impuesta una pena o sanción por el daño causado, no solo la privación efectiva de la libertad, sino la reparación a las víctimas, el abandono de las armas y, en general, la reincorporación a la vida civil y el acatamiento a la normatividad vigente.

En estas circunstancias se encuentra un hecho innegable, cual es la “motivación” que el Estado ha dado a quienes están en su contra, para dejar de hacerlo y convenir reincorporarse a la sociedad, acogiéndose al *proceso de justicia y paz*, con las condiciones y consecuencias, que a continuación se verán.

durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia”. Apartes resaltados y subrayados, fueron declarados inexecutable en la Sentencia C-370-06 de 18 de mayo de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

²¹ Inciso 5o. declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-370-06 de 18 de mayo de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, ‘en el entendido de que también se revocará el beneficio cuando haya ocultado en la versión libre su participación como miembro del grupo en la comisión de un delito relacionado directamente con su pertenencia al grupo’.

Conforme con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 975 de 2005,²² esta norma tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Con esa precisión, la finalidad de establecer un proceso especial de juzgamiento para los miembros de esos grupos armados al margen de la ley es totalmente clara y sincera. Desde allí se establece una ventana jurídica para manejar con otras condiciones las sanciones que por parte del Estado se les debe imponer, bajo parámetros estrictamente de justicia transicional.

Igual acontece con el ámbito de aplicación de la norma, al señalar que esta ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales, de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional, aplicando criterios de priorización en la investigación y el juzgamiento de esas conductas.²³

Es precisa la afirmación según la cual la sanción y los beneficios judiciales están regulados por dicha norma y, de allí que el procedimiento sea de carácter especial y que prime sobre el ordinario o de común aplicación. A renglón

²² “Artículo 1o. *OBJETO DE LA PRESENTE LEY*. La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la Ley 782 de 2002”.

²³ “Artículo 2o. *ÁMBITO DE LA LEY, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN NORMATIVA*. La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional. La interpretación y aplicación de las disposiciones previstas en esta ley deberán realizarse de conformidad con las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia. La incorporación de algunas disposiciones internacionales en la presente ley, no debe entenderse como la negación de otras normas internacionales que regulan esta misma materia. La reintegración a la vida civil de las personas que puedan ser favorecidas con indulto o cualquier otro beneficio jurídico establecido en la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifican, prorrogan o adicionan, se regirá por lo dispuesto en dicha ley. La reintegración a la vida civil de quienes se sometan a los procedimientos de que trata la presente ley, se regirá exclusivamente por lo dispuesto en el artículo 66 de esta”.

seguido, la norma en estudio estipula el tema objeto de este trabajo académico, la concesión o aplicación de la alternatividad en materia penal y, de manera explícita en el procedimiento de *justicia y paz*. El artículo 3º prevé:

ALTERNATIVIDAD. Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley.

De estas líneas se debe partir para realizar el análisis de contexto que permite considerar el fundamento constitucional y legal que cada administrador de justicia tuvo al momento de proferir sentencia para sustituir la *pena principal* por la *pena alternativa*.

Tal vez lo primero que se debe analizar es que se “concede”, es decir, no es un acuerdo o una negociación, sino un acto de disposición discrecional del Estado; en segundo lugar, a un “beneficiario” más que a un procesado; tercero, que este realiza una “contribución a la consecución de paz nacional”; cuarto, que también “colabora con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. Pero, y he ahí un punto por resaltar, “...la concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley”.

Los primeros cuatro puntos mencionados son de fácil interpretación y por lo tanto no requieren, por el momento, de mayor profundización, no solo por la sencillez de las palabras y su connotación ceñida a la justicia transicional, sino porque no afecta de fondo lo aquí analizado más allá de su comprensión jurídica. Al fin y al cabo, como se adujo previamente, es la “motivación” para que quienes están por fuera de la ley se acojan a ella. De resto, no es viable pensar que se van a desmovilizar, desarmar y reincorporar, si lo que les espera es la pena que les correspondería en la justicia ordinaria, la cual, en la mayoría de los casos, sería, para el momento de expedición de la norma especial, la máxima de 40 años de prisión, con base en la cual se dosifica la *pena principal* que se sustituye por la *Alternativa*. Por lo cual “concederla” es parte de esa política pública para lograr una *Paz* estable y duradera.

En cuanto el procesado y luego condenado, se denomina como “beneficiario”, por cuanto es eso lo que se le concede, un beneficio. ¿Cuál? El de la aplicación de una *pena alternativa*. Se dejará para después las condiciones

previas para su otorgamiento y, las consecuencias de incumplirlas; pero, lo relevante en este instante es que la connotación de “beneficiario” es única e irrepetible. En la legislación ordinaria colombiana, nadie tiene la calidad de “beneficiario” de una *pena alternativa*, tal vez de la consecución de un principio de oportunidad o de una rebaja punitiva por colaboración eficaz, confesión o delación, en fin, podrá ser igualmente beneficiario, pero no de una *pena alternativa*.

Se le concede por cuanto el “beneficiario” realiza una “contribución a la consecución de paz nacional”, igualmente porque “colabora con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización”. Es decir, no se le concede solo porque haya tomado la decisión de renunciar a la ilegalidad, también tiene que cumplir unas condiciones, en principio, concretas y posibles. Contribuye con la consecución de la *Paz* al desmovilizarse y dejar las armas, al no seguir con el conflicto armado. Colabora con la justicia porque tiene que confesar los delitos en que ha hecho parte y aceptar su responsabilidad, lo cual trae como consecuencia las siguientes condiciones: reparar a las víctimas y resocializarse. Tanto la reparación como la resocialización podrían ser objeto, cada una de ellas, de otro trabajo académico como el presente, pues, a pesar de la buena voluntad mostrada al acogerse al *proceso de Justicia y Paz*, de un lado se desconocen todos los intereses que pudieron haber acompañado la decisión, al punto que fueron muchos los que no se acogieron a esta normatividad y siguieron delinquiendo y, de otra parte, que la reparación a las víctimas no se ha dado integralmente y, además, son muchas las que aún no han sido tenidas en cuenta. La reparación directa, la que debían hacer cada uno de los “beneficiarios”, no solo ha sido poca, sino, en muchos casos, inexistente. En cuanto hace a la resocialización, igual acontece, no ha sido completa, muchos lo han logrado, algunos han retornado a la ilegalidad, otros no han recibido lo esperado y, finalmente, unos cuantos, no alcanzaron a llegar con vida para reintegrarse, como era su anhelo y el de todos los colombianos.

El acogimiento debe ser real y no solo de palabra, por cuando no debe volver a cometer acciones contra la sociedad ni contra el Estado; igualmente, debe reparar a las víctimas, no basta la solicitud de perdón y, sin lugar a dudas, tiene que volver al seno de la sociedad y aprender a convivir dentro de ella.

Ahora, corresponde precisar el último y más relevante condicionamiento contenido el artículo 3º de la Ley 975 de 2005, “... *la concesión del bene-*

ficie se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley". He ahí un punto por tratar previamente a entrar a analizar el fundamento y las consideraciones de los administradores de justicia al conceder la *pena alternativa* a estos "beneficiarios".

En este orden de ideas, es el momento de entrar a revisar las "condiciones" de la norma para conceder la *pena alternativa* a los "beneficiarios" de la misma, contenidas en el ya citado artículo 29 de la Ley 975 de 2005.

De esta norma se deben resaltar los siguientes apartes, no solo las condiciones para conceder la *pena alternativa*, sino para revocar su concesión. En el inciso segundo se precisa que la Sala la impondrá: "... *en caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley*". El inciso tercero prevé las condiciones para su concesión, al señalar:

... para tener derecho a la *pena alternativa* se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció.

Una vez concedida la *pena alternativa* y en caso que no se dé cumplimiento a las obligaciones, está previsto que "*en caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan*".

Finalmente, en el párrafo, se estableció que "*en ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa*".

Queda entonces establecido que se concederá la *pena alternativa* cuando "*el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley*", y que esas "condiciones" son: *i)* contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad y, *ii)* promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció.

También se estipula, en el inciso quinto, que en caso que no se dé cumplimiento a las obligaciones, "... *se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan*", lo cual,

además de lógico, es justo, especialmente con relación a las víctimas, pues, si no las repara, no se debería conceder la *pena alternativa* y, por ende, se debería aplicar la *pena principal*.

Las llamadas “condiciones”, son, por decir lo menos, básicas. Es apenas lógico que el “beneficiario” contribuya con su resocialización a través del trabajo, porque si no tiene labor alguna, lo más factible es que reincida en sus actividades ilícitas o se vuelva una carga, bien para el Estado o para su propia familia. Ahora, en cuanto tiene que ver con que durante el tiempo que permanezca privado de la libertad en cumplimiento de esa *pena alternativa*, estudie o enseñe, conforme con sus condiciones académicas, es esencial para su proceso de resocialización. Finalmente, que promueva actividades orientadas a lograr la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció, se deberá entender como colaboración con el Estado y la sociedad, en la consecución de la paz para Colombia.

En síntesis, las “condiciones” para la concesión de la *pena alternativa* son mínimas y apenas lógicas. Por lo cual, el tema no está en la concesión, sino en su revocatoria, cuando no se ha cumplido con las obligaciones por haberla concedido.

En el artículo 11A de la Ley 975 de 2005 se establecieron las causales de terminación y la exclusión de la lista de postulados:²⁴ i) cuando el postulado sea renuente a comparecer al proceso o incumpla los compromisos propios de la presente ley. ii) cuando se verifique que el postulado ha incumplido alguno de los requisitos de elegibilidad establecidos en la presente ley. iii) cuando se verifique que el postulado no haya entregado, ofrecido o denunciado bienes adquiridos por él o por el grupo armado organizado al margen de la ley durante y con ocasión de su pertenencia al mismo, de forma directa o por interpuesta persona. iv) cuando ninguno de los hechos confesados por el postulado haya sido cometido durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley, v) cuando el postulado haya sido condenado por delitos dolosos

²⁴ “Artículo 11A. CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ Y EXCLUSIÓN DE LA LISTA DE POSTULADOS. Los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley que hayan sido postulados por el Gobierno nacional para acceder a los beneficios previstos en la presente ley serán excluidos de la lista de postulados previa decisión motivada, proferida en audiencia pública por la correspondiente Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, en cualquiera de los siguientes casos, sin perjuicio de las demás que determine la autoridad judicial competente...”

cometidos con posterioridad a su desmovilización, o cuando habiendo sido postulado estando privado de la libertad, se compruebe que ha delinquido desde el centro de reclusión y, vi) cuando el postulado incumpla las condiciones impuestas en la audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento de que trata el artículo 18A de la presente ley.

Por demás, el párrafo primero establece que *“en el evento en que el postulado no comparezca al proceso de justicia y paz, se seguirá el trámite establecido en el presente artículo para la terminación del proceso y la exclusión de la lista de postulados”*.

Finalmente, el artículo 11B, prevé la renuncia expresa al proceso de justicia y paz y la exclusión de la lista de postulados.²⁵

Como se puede colegir de la lectura de esta norma, el texto es claro y sencillo, se acepta la decisión del procesado o, se adopta la exclusión y se ordena el procedimiento penal que corresponde, en el entendido que no por haber renunciado o haber sido excluido, se termina el proceso de responsabilidad penal en su contra, pues, si bien ya no lo va a ser mediante el definido en justicia y paz, lo será por la ley ordinaria o de común aplicación.

²⁵ “Artículo 11B. *RENUNCIA EXPRESA AL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ Y EXCLUSIÓN DE LA LISTA DE POSTULADOS*. Cuando el postulado decida voluntariamente retirarse del proceso de justicia y paz, podrá presentar su solicitud ante el fiscal o el magistrado del caso, en cualquier momento del proceso, incluso antes del inicio de la diligencia de versión libre de que trata la presente ley. El fiscal o el magistrado, según el caso, resolverá la petición y adoptará las medidas que correspondan respecto de su situación jurídica. De considerarla procedente, declarará terminado el proceso y dispondrá el envío de copia de la actuación a la autoridad judicial competente, para que esta adelante las respectivas investigaciones, de acuerdo con las leyes vigentes al momento de la comisión de los hechos atribuibles al postulado, o adopte las decisiones a que haya lugar. Igualmente, remitirá al Gobierno nacional copia de la decisión con el fin de que el desmovilizado sea excluido formalmente de la lista de postulados. Una vez en firme la decisión de terminación del proceso penal especial de Justicia y Paz, el fiscal o el magistrado del caso ordenará compulsar copias de lo actuado a la autoridad judicial competente para que esta adelante las respectivas investigaciones, de acuerdo con las leyes vigentes al momento de la comisión de los hechos atribuibles al postulado, o adopte las decisiones a que haya lugar. Si existieren requerimientos previos por investigaciones o procesos ordinarios suspendidos por virtud del proceso penal especial de Justicia y Paz, una vez terminado este, la Sala de Conocimiento, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, comunicará a la autoridad judicial competente a efectos de que se reactiven de manera inmediata las investigaciones, los procesos, las órdenes de captura y/o las medidas de aseguramiento suspendidas, si a ello hubiere lugar. En todo caso, la terminación del proceso de Justicia y Paz reactiva el término de prescripción de la acción penal”.

Doctrina en la Ley de Justicia y Paz

A fin de abordar las temáticas planteadas y el aspecto fáctico del *Proceso de Justicia y Paz* que se surte en Colombia, se considera procedente acudir, inicialmente, a conceptos concretos de personas que en razón de su profesión y desempeño laboral tienen un vasto conocimiento de los términos y su aplicación práctica.²⁶

De los temas tratados en el cuestionario original empleado para la tesis doctoral aludida al comienzo de este trabajo, se tomara solo lo atinente a la concesión de la *pena alternativa* en el marco del *proceso de justicia y paz* en Colombia, cual es el tema de este trabajo académico.

En cuanto al concepto de *pena alternativa*, como se puede colegir de los aportes recibidos, corresponde a aquella que se aplicaría a unos supuestos de hecho previos: *i)* que haya un proceso, *ii)* que haya una sentencia, *iii)* que sea de carácter condenatorio y, *iv)* que se aplique con prioridad a la principal.

¿Ahora, en qué consiste? Innegablemente se trata de un beneficio para el procesado, para hacer menos gravosa su situación. ¿Por qué se concede?

²⁶ Álvaro Orlando Pérez Pinzón: fue presidente Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decano Facultad de Derecho de la Universidad de Ibagué, director de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, fiscal general de la Nación ad-hoc, procurador general de la nación ad-hoc. Es “Miembro de Número” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, autor de libros y artículos académicos, profesor en diversas universidades. Jaime Bernal Cuéllar: fue procurador general de la nación, magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, director del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, miembro facilitador para los procesos de paz. Es “Miembro de Número” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, miembro de las Comisiones Redactoras del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal (1974-1977-1981-1987-1989), miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, autor de libros y artículos académicos, profesor en las universidades Externado, Nacional, del Rosario y Libre. Martín Antonio Moreno San Juan: es magistrado Auxiliar Jurisdicción Especial para la Paz -JEP. Ha sido fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia, fiscal delegado ante el Tribunal Superior, fiscal delegado ante los jueces penales especializados, fiscal delegado ante los jueces penales del Circuito, fiscal delegado ante los jueces penales municipales y promiscuos, y profesor universitario. Nury Luz Peralta Cardozo: es asesora Jurisdicción Especial para la Paz. Fue asesora en la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, coordinadora de litigio de tierras de la Comisión Colombiana de Juristas, coordinadora jurídica de la Unidad Administrativa Especial de Restitución de Tierras, asesora jurídica Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Carlos David Vergara Díaz es abogado en Procuraduría delegada con funciones de intervención judicial ante la Jurisdicción Especial para la Paz. Investigadora de la Universidad Javeriana. Autora de artículos para libros y revistas.

¿Por qué se pretende que a cambio el “beneficiario” cumpla con una serie de condiciones que, en caso diverso, como la aplicación de la pena principal, es probable que no se dieran? Por ejemplo: desmovilizarse, desarmarse y reincorporarse a la sociedad; reparar a las víctimas del hecho por el cual se le condena; colaborar con la verdad para que se conozca el por qué y para qué de su acción; ayudar en la ubicación de desaparecidos, etc.

Importante resaltar que la *pena alternativa* en Colombia se utilizó por primera vez en la *Ley de Justicia y Paz* y en aplicación de los principios de *Justicia Transicional*. Actualmente se pretende emplear en la “Justicia Especial para la Paz - JEP”, que corresponde al segundo esfuerzo por alcanzar la tan anhelada paz. En síntesis, se dirá que, la *pena alternativa* es el beneficio final por cumplir con unos supuestos de ley, sin los cuales no se debería aplicar esta, sino la principal. De igual manera, se entiende como una “motivación” para que quien no ha cumplido con la ley se someta a ella y reciba una sanción o castigo por haberla vulnerado.

Una cosa es que la *pena alternativa* pueda ser considerada un “beneficio” para el procesado y otra es que se pueda pactar por los sujetos procesales, pues, se debe recordar que para que esta exista, tiene que haber *pena principal* y, para que esta se dé, debe haber un proceso previo, al cual se haya acogido –y ahí viene el otro punto esencial–, *de manera libre y espontánea, por quien al final será beneficiado con dicha pena sustitutiva*. En tanto que cuando, en sentido general, se habla de *justicia premial*, se estaría haciendo referencia a los “premios” al procesado por aceptar su responsabilidad o facilitar el curso procesal, a través de figuras como la delación. Bernal Cuéllar señala:

En Colombia, la justicia premial se ha aplicado al conceder la pena alternativa en las sentencias de Justicia y Paz. Esta medida se enmarca en la búsqueda de garantizar la reparación integral a las víctimas, desmovilizar a los actores armados ilegales y contribuir al proceso de paz en el país. En el sistema de Justicia y Paz, se reconoce y beneficia a aquellos individuos que han cumplido con los requisitos impuestos, como la desmovilización del grupo armado, entrega de armas e información relevante, la reparación a las víctimas y el compromiso de no repetición. Así, la concesión de la pena alternativa se materializa como parte de un proceso de reconciliación y construcción de paz en Colombia. Cabe destacar que esta medida se ha regulado a través de diferentes normas con el objetivo de poner fin al enfrentamiento armado entre autodefensas, guerrillas y la Fuerza Pública.

Es importante señalar que las autodefensas se desmovilizaron parcialmente y han cumplido con los objetivos propuestos en esta jurisdicción. Por lo tanto, se puede afirmar que la justicia premial se ha aplicado con éxito en el sistema de Justicia y Paz.

En síntesis, según este experto, se puede afirmar que la sustitución de la *pena principal* por la *pena alternativa* se trata de un escenario de *justicia premial* excepcional, enmarcado en una apuesta transicional.

Conforme con los expertos consultados, la *justicia premial* es aplicada en Colombia a través de diversas figuras jurídicas dentro del ordenamiento procesal penal ordinario o de común aplicación. Solo uno de ellos, el ex procurador general de la nación, tratadista y profesor universitario, el académico Jaime Bernal Cuéllar, estima que encuentra aplicación igualmente en los procesos de *justicia y paz* y ahora en los adelantados por la Jurisdicción Especial para la Paz, ambos, derivados de la justicia transicional que Colombia adoptó para superar el conflicto armado y conseguir la tan anhelada paz.

En todo caso, en cuanto a la *pena alternativa*, no hay duda que corresponde a la sustitutiva de la *pena principal*, que dentro de un proceso de *justicia y paz*, se concede como beneficio a quien se haya sometido al mismo y cumpla una serie de requisitos legales previos. Es decir, debe haber un proceso y una condena previa. Igualmente, no se acuerda entre el sujeto activo y el administrador de justicia, se concede por el juez al proferir el fallo y, no se trata de un “premio” sino de un “beneficio”.

Jurisprudencia en Justicia y Paz

Al revisar y analizar las sentencias proferidas en el marco de los procesos de justicia y paz, se estableció que: i) en todos los casos se ha proferido sentencia de carácter condenatorio, en el entendido que es la única viable al procesado aceptar la comisión de delitos y la consecuencia lógica de sus acciones; ii) en todos los casos la *pena principal* establecida con base en la norma penal ordinaria o de común imposición en el territorio nacional, es inmensamente mayor que la que se ha fijado como alternativa; iii) la pena alternativa fue previamente estipulada en la norma entre 5 a 8 años; iv) la *pena alternativa* se contempló y concedió en todas las condenas; v) se sustentó su concesión en los mismos referentes (acogimiento a la norma, colaboración con la justicia, reparación a las víctimas, etc) y, vi) se sustituyó

la *pena principal* por la alternativa sin verificación real de los requisitos normativos para su concesión.

En cuanto tiene que ver con la jurisprudencia de las altas cortes, se resaltan las siguientes líneas:

En torno a dicho aspecto, se tiene que la Ley de Justicia y Paz, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala²⁷, contempla un trámite especial en el cual se describen los lineamientos generales de una ritualidad concebida al interior de la justicia de transición, en orden a cumplir unas determinadas finalidades y cuyo axioma fundamental es la paz a través de la reinserción a la sociedad de miembros de organizaciones delictivas que estaban generando violencia en el país, para cuyo efecto se consagró un importante incentivo que denominó pena alternativa, consistente en la imposición de una sanción sensiblemente benévola para quienes se desmovilizaran de esas agrupaciones delictivas y aceptaran sus delitos. De igual manera es del caso recordar que dicho tratamiento indulgente se condicionó a la obtención de la satisfacción efectiva de los derechos de la víctima a la justicia, verdad y reparación, como quedó establecido en el artículo 3º, al señalarse allí que “...el proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados...”

Respecto de la concesión, ha referido esta alta corte que *“el compromiso del postulado con los fines del proceso transicional ha debido ser evidente desde fases procesales anteriores, de modo que tampoco se trata de que por mediar la sola confesión de las conductas entonces automáticamente el procesado se haga acreedor a la pena alternativa”*.²⁸ De igual forma, *“la colaboración del postulado es un presupuesto para la concesión de la pena alternativa, pero a la vez constituye un criterio para su dosificación”*.²⁹

La Corte Suprema de Justicia ha considerado que es claro que su “concesión” está supeditada al cumplimiento de los requisitos relacionados con la satisfacción de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, al cumplimiento de las garantías de no repetición y la contribución del “beneficiario” a la consecución de la paz nacional; diferenciando de la

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 9 de marzo de 2009. Rad. 31048.

²⁸ CSJ, SP2211-2016, 24 de febrero de 2016, Rad. 46789.

²⁹ CSJ, SP2211-2016, 24 de febrero de 2016, Rad. 46789.

“dosificación”, en la cual se deben considerar solo dos aspectos puntuales: la gravedad de los delitos y la colaboración efectiva del postulado en el esclarecimiento de los mismos.

La pena alternativa es el beneficio por el cual se puede suspender la ejecución de la pena de prisión determinada en la respectiva sentencia, para ser reemplazada por una de igual naturaleza que no podrá ser inferior a 5 años, ni superior a 8, siempre y cuando los postulados acrediten el cumplimiento de las siguientes condiciones: que sean autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a grupos armados organizados al margen de la ley, hubieren decidido desmovilizarse; aporten definitivamente a la reconciliación nacional; se dé su adecuada resocialización; colaboren con la justicia y, contribuyan a la reparación a las víctimas.

[...] De igual forma, en atención a las características y propósitos específicos del proceso de justicia transicional que difieren de los consagrados en los estatutos sustancial y procesal penales vigentes y lo señalado en el artículo 29 de la Ley 975 de 2005, la Sala ha explicado que los criterios que definen la dosificación o graduación de la misma se restringen a: (i) la gravedad de los delitos y (ii) la colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos, a los cuales se impone sujetarse de manera irrestricta el funcionario judicial, según se advierte de los incisos 2 y 3, de la mentada disposición...³⁰

En este orden de ideas, y como quiera que el tema de estas líneas es la concesión de la *pena alternativa* y no la dosificación, nos limitaremos a señalar lo manifestado por el alto tribunal y que sirve de referente a los magistrados de las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que profieren la sentencia y conceden la *pena alternativa*. La ley es clara y precisa al señalar los criterios para su concesión y que es procedente cuando estos se han cumplido. En algunos casos pareciera que no se han dado como prevé la norma. De igual forma se dirá que la Corte no entra a realizar un análisis detallado en este sentido, precisamente por considerar que es literal su aplicación.

³⁰ CSJ, SP17775-2017, 25 de octubre de 2017, Rad. 49025.

Conclusiones

Se deduce entonces que el concepto de *pena alternativa* corresponde a aquella que se aplicaría a unos supuestos de hecho previos: que haya un proceso; que haya una sentencia, que sea de carácter condenatorio y que se aplique con prioridad a la principal.

La *pena alternativa* constituye un beneficio punitivo para el procesado para hacer menos gravosa su situación. Se concede, porque se pretende que a cambio el beneficiado cumpla con una serie de condiciones que, en caso diverso, como la aplicación de la *pena principal*, es probable que no ejecutaría. Se adujo que debía, entonces: desmovilizarse, desarmarse y reincorporarse a la sociedad; reparar a las víctimas del hecho por el cual se le condena; colaborar con la verdad para que se conozca el porqué y el para qué de su acción; ayudar en la ubicación de desaparecidos, etc.

También se dijo, como punto por considerar, que se debía resaltar que la *pena alternativa* en Colombia se utilizó por primera vez en la Ley de Justicia y Paz, y en aplicación de los principios de *justicia transicional*, y que, actualmente, se pretende emplear en la “Justicia Especial para la Paz” con la misma finalidad que la primera, la de alcanzar la tan anhelada paz en nuestro país.

Finalmente, la efectividad del modelo de *justicia transicional* implementado en Colombia es limitada frente al ejercicio del derecho a la justicia, porque aún existe conflicto armado interno, y la aplicación de las normas de *justicia y paz* no ha logrado el cumplimiento de los objetivos por ellas establecidos. Colombia, en procura de encontrar un marco legal para la adopción de decisiones que permitieran no solo la terminación del conflicto, sino la reincorporación de los alzados en armas, optó por el modelo de *justicia transicional*, el cual, a nivel internacional, se ha aplicado en procesos de transición, situación en la cual aún no se encuentra nuestro país.

Conforme con el estudio realizado en precedencia sobre los antecedentes del conflicto amado, las políticas públicas para lograr una *Paz* estable y duradera, las disposiciones normativas y la actividad estatal, así como el análisis teórico, jurisprudencial y dogmático realizado, se llega a la conclusión de que la hipótesis planteada como objeto de este trabajo se ha confirmado, y, en tal virtud, se considera que la *pena alternativa* prevista en la Ley de Justicia y Paz sí tiene respaldo constitucional, toda vez que

no se vulneran otros derechos, igualmente valiosos, como la verdad, la justicia y la reparación, con la finalidad suprema de alcanzar la *Paz*.

Por demás, cada medida que se adopte para sustentar los esfuerzos que con fundamento en la *justicia transicional* se pretenden adelantar para lograr esa *Paz* estable y duradera que soñamos todos los colombianos, serán de buen recibo.

Bibliografía

CHERNICK, Marc W. “Aprender del Pasado: Breve Historia de los Procesos de Paz en Colombia (1982-1996)”. *Revista Colombia Internacional Universidad de Los Andes*, n°. 36 (1996): 4-8.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 7 de julio de 1991 (Colombia).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS “Impacto de la Política de Seguridad Democrática, sobre la confrontación armada, el narcotráfico y los derechos humanos”. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25967.pdf>

LEY 975 DE 2005, “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”, 25 de julio de 2005. D.O. 45.980.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E. “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del Sistema Procesal de Tendencia Acusatoria”. *Prolegómenos X*, n°. 20 (julio - diciembre 2007): 201-212.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”. Informe del Secretario General, 2004.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

DISERTACIÓN FILOSÓFICA EN EL CONTEXTO DEL ECLIPSE DE LA CAUSALIDAD*

Eduardo López Villegas**
Académico de número

Resumen: La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha fundamentado el giro de la jurisprudencia de la Responsabilidad de Causalidad Adecuada a la Normativa Objetiva. Se indaga sobre la validez y pertinencia de su argumentación, para lo cual, se analiza la racionalidad que preside la hermenéutica jurídica, su compatibilidad con la reflexión filosófica y con la racionalidad científica positivista, y se dilucida sobre la naturaleza del nexo de causalidad, para lo cual, se examinan las teorías monistas y dualistas sobre nuestra corporeidad. Se concluye en los riesgos del reduccionismo epistemológico y el anacronismo que encierra la postura de la Corte.

* Trabajo presentado en sesión del 25 de abril de 2024 para el ascenso a “Miembro de número” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Abogado con título de Doctor en Derecho de la Universidad de Caldas; máster en Filosofía y Ciencia Jurídica de la Universidad de Caldas, estudios de posgrado en Diritto Sindacale del Lavoro e Della previdenza Sociale en la Universidad Degli Studi di Roma. Con desempeño en el litigio, actuando ante juzgados, tribunales, Superintendencia de Industria y Comercio y altas cortes, principalmente en asuntos laborales y civiles y en propiedad intelectual. Ha actuado como asesor de entidades privadas y públicas en asuntos relacionados con el manejo de las relaciones individuales y colectivas del trabajo; con contratación laboral, civil y administrativa y en propiedad intelectual y en el comercio del café. Con desempeño en la actividad jurisdiccional, como juez promiscuo municipal, juez penal, conjuer del Tribunal de Bogotá y magistrado de la Corte Suprema de Justicia en la sala laboral. Docente en las áreas del Derecho laboral, de la seguridad social, de filosofía del derecho, derecho constitucional y contratación civil, en Universidades de Caldas - Manizales, Nacional de Colombia, Javeriana de Bogotá y de Cali, del Rosario, Santo Tomás de Bogotá.

Contacto: eduardolopezvillegas@gmail.com

Palabras clave: Racionalidad jurídica; racionalidad científicista y la hermenéutica; relación del derecho y la filosofía; el reduccionismo epistemológico; responsabilidad por daños; limitación del examen de las causas; responsabilidad de causalidad adecuada; responsabilidad normativa objetiva; naturaleza del nexo de causalidad; inaprensibilidad de la causalidad; el monismo de nuestra corporeidad; el dualismo de nuestra corporeidad; el logos y las emociones; conocimiento objetivo.

PHILOSOPHICAL DISSERTATION IN THE CONTEXT OF THE ECLIPSE OF CAUSALITY

Abstract: The Civil Chamber of the Supreme Court of Justice of Colombia has shifted its jurisprudence from the Theory of Adequate Causation to Objective Normativity. This study explores the validity and relevance of the Court's reasoning by examining the rationality underlying legal hermeneutics, its compatibility with philosophical reflection, and positivist scientific rationality. The nature of the causal link is also analyzed, considering monistic and dualistic theories of human corporeality. The conclusion highlights the risks of epistemological reductionism and the anachronism inherent in the Court's stance.

Keywords: Legal Rationality; Scientific Rationality; Hermeneutics; Relationship between Law and Philosophy; Epistemological Reductionism; Liability for Damages; imitation of Causal Examination; Adequate Causation Liability; Objective Normative Liability; Nature of the Causal Link; Inaccessibility of Causation; Monism of Corporeality; Dualism of Corporeality; Logos and Emotions; Objective Knowledge.

Introducción

No es admisible el camino de imponer restricciones al campo de examen de las causas de un evento o de un proceso, tal como se inclina la teoría de la responsabilidad normativa objetiva, i) porque al derecho corresponde la racionalidad jurídica y no la del científicismo positivista; ii) no ha de pretender el juez un derecho desligado de la filosofía, con aversión a la metafísica, y un universo de conocimientos integrado solo por aserciones verificables; iii) no se deben eludir los riesgos de las equivocaciones al juzgar las causas de un evento o un proceso complejo, mediante un reduccionismo epistemológico, esto es, limitando el universo de causas a las que han sido objeto de regulación legal.

Acudir a la concepción del cuerpo escindido entre el logos y las emociones, sin atender a que hoy es controvertida su validez por pensadores contemporáneos, que rescatan y enriquecen el de la antigüedad griega y de los estoicos, para afianzar una teoría de la causalidad con la que se supere

una supuesta *inaprensibilidad* del nexo de causalidad, es un ejercicio argumentativo anacrónico.

Las reflexiones filosóficas sobre el derecho y la causalidad adquieren sentido práctico dentro del instituto de la Responsabilidad por Daños, el que algunas corrientes pretenden sea discernida bajo parámetros objetivos propuestos para superar la complejidad epistemológica de dilucidar acontecimientos que se estiman inextricables, regidos por nexos causales que arriesgan sumir el conocimiento en apreciaciones subjetivas.

Contexto de la disertación

La causalidad está incrustada en el instituto de la Responsabilidad por Daños y en ella juega de elemento principal.

Desde una perspectiva analítica, la institución jurídica de la Responsabilidad por Daños está constituida por una multiplicidad de factores, el hecho ilícito y el daño que se representarían como los dos extremos de una figura conectados por el nexo de causalidad, y dotados del sentido que les proporciona el propósito de restablecer un equilibrio perdido.

La versión arquetípica de la Responsabilidad por Daños toma el ilícito, el daño y el nexo de causalidad como elementos imprescindibles que deben ser determinados con nitidez en cada uno de los fenómenos respecto a los que se predique.

En la sencillez de la vida antigua, las relaciones entre las personas y de estas con las cosas era simple, y el universo de los daños podía ser contenido en tres verbos: *usserit, fregerit, ruperit*, romper, quemar reventar, los que utiliza la *Lex Aquilia*. En este escenario bastaban superficiales indagaciones para descubrir las causas y los autores de un evento, todos cercanos, contundentes para elucidar la responsabilidad.

En las expresiones lingüísticas corrientes se revelaba la comprensión de los sucesos a partir de encadenamientos de causalidad. Los verbos aquilianos dan por supuesto el que la acción encierra causación, como cuando se conjuga asesinar que implica la causación de una muerte. Son verbos causativos, golpear, romper, generar, producir, abusar, que encierran en sí una causa y, detrás de ella, un autor.

La modernidad apareja consigo la complejidad. Todos los elementos del instituto de la Responsabilidad han perdido sus iniciales contornos,

se han expandido hechos difusos, y para que puedan seguir orbitando en esa figura jurídica, han debido ser reformulados, no para hacerlos más nítidos y ciertos, sino cubrirlos de vaguedad y que así no luzcan de entrada incompatibles con la formulación original.

Ha operado una metamorfosis en el instituto de la Responsabilidad por Daños, bajo el supuesto pragmático de que hay que mantener viva la figura, pero, para que sea posible elucubrar bajo su alero, se proponen variaciones en los componentes, en el ilícito, en el daño, en el nexo causal, que en ocasiones es solo de piel, o en circunstancias, profundos.

La entidad del daño se revelaba en los hechos consumados y la autoría de la ilicitud quedaba despejada cuando se identificaba al sujeto actuante. Hoy, en el juego de las pluralidades de causas, que convergen formando una red, o en el entramado de un largo proceso, los estropicios ya no son los destrozos consumados, sino que se toman como presentes los peligros futuros meramente probables, y los autores ya no son solo los visibles sujetos actuantes, sino también aquellos que omitieron su actuación cuando eran los garantes de su no ocurrencia.

El impulso de la transformación de los factores del instituto de la Responsabilidad por Daños proviene de la naturaleza cambiante de sus factores, ahora de esquiva aprehensión o de más exigente y difícil identificación y prueba, tanto de hechos como de autores, y ni qué decir del nexo de causalidad. Y, en esas circunstancias, es cada vez más apremiante responder eficazmente a las víctimas de los daños. hacer eficaz la protección de las víctimas.

La metamorfosis del instituto, en ese esfuerzo para acompañarla con las nuevas realidades sociales, lleva casi sin falta a la atenuación del rigor propio de la teoría clásica que exigía para dar por establecido el nexo de causalidad. Se inaugura un periodo de eclipse de la causalidad.

Este escrito solo asume una realidad parcial de esta compleja institución de la Responsabilidad, que se ve asediada desde tres flancos; i) el filosófico, único del que se ocupa este escrito; ii) la inclinación garantista, signo de nuestra época, de legisladores y jueces a favorecer a la víctima con presunciones; iii) la evolución del daño al riesgo y su prevención, cambio de significado de la previsibilidad. Todos ellos debilitan los factores tradicionales para facilitar la fuga a la responsabilidad objetiva.

La fundamentación filosófica del giro jurisprudencial

La teoría de la Responsabilidad por Causalidad Adecuada, acogida largamente por jurisprudencia civil, fue objeto de revisión por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 12 de enero de 2018,¹ y en el marco de una controversia de responsabilidad por actividades peligrosas, entre la familia de quien se electrocutó realizando actividades dentro de su casa, ubicada en cercanías de redes de transmisión, y una empresa de conducción de energía eléctrica.

La Corte da un giro a la jurisprudencia de responsabilidad, hasta entonces signada por la teoría de la Responsabilidad de la Causalidad Adecuada para, en su lugar, adoptar la tesis de la Responsabilidad Normativa Objetiva; lo cual significa que se deja atrás el examen abierto de causas naturales posibles, y de ellas escoger las relevantes,² para discernir la responsabilidad, y, en lo sucesivo, las únicas causas que cuentan son las que se han plasmado en estatutos jurídicos, que las instituyen como deberes que se constituyen en causas cuando se faltan a ellos. Los juicios de adecuación de la causa que valen son estrictamente jurídicos.

La Corte plasma en su sentencia del 2018 un abanico de inconformidades con la teoría de la Responsabilidad en vigencia. No es objeto de este escrito el instituto de la responsabilidad, sino solo en lo que concierne al ataque a la supuesta fundamentación filosófica de la teoría de responsabilidad vigente.

El despliegue teórico de la Corte, con enunciaciones amplias e invocaciones generosas en filosofía, es el de una nueva y más moderna fundamentación filosófica, sobre la que se supone que la nueva teoría de la Responsabilidad Normativa Objetiva estaría i) liberada de lastres metafísicos, ii) dotada de una racionalidad moderna, y iii) superaría las limitaciones epistemológicas que supone para el juez conocer el nexo causal. Estas correcciones se le imponen a la Corte, no como una opción *caprichosa*, sino como *requerimiento ineludible del instituto de la responsabilidad civil*.

¹ CSJ, Sala Civil, Sentencia de 12 de enero de 2018. Rad. SC-002-2018.

² La teoría de la Responsabilidad de la Causalidad Adecuada, que la Corte (2018) califica de incoherente, porque, a su juicio, entre otras razones, no cabe en ella la responsabilidad subjetiva, pues la figura contenida en el artículo 2356, cuya inteligibilidad se hace a partir de una presunción, no admite que esta se desvirtúe con la conducta prudente del presunto responsable o de la víctima, y acepta solo para ese la causa extraña.

El ensayo que se acomete se limita a revisar las objeciones filosóficas que se atribuyen a la Responsabilidad Adecuada, y adoptar una posición en torno a la importancia de la metafísica, al verdadero carácter de la racionalidad jurídica y la naturaleza comprensible del nexo causal.

¿De qué racionalidad se trata?

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado:

La impotencia de los jueces para identificar el nexo causal entre los acontecimientos que interesan al proceso, en suma, no se debe a falta de conocimientos jurídicos, sino a que el problema de la causalidad ha sido planteado por la tradición jurídica en términos filosóficos que trascienden los límites especializados del derecho.

En el pie de página se especifica:³

*El problema de la causalidad es una de las cuestiones de mayor dificultad, a la que los pensadores como Hume, Kant, los miembros del Círculo de Viena, de la Nueva Filosofía de la Ciencia, entre otras corrientes importantes, dedicaron buena parte de sus investigaciones. Por ello, en vez de adentrarse en el terreno de la especulación diletante por medio de alusiones subjetivas, triviales y difusas como las “reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable, la prognosis póstuma, la *conditio sine qua nom*, el sentido de la razonabilidad, la razón natural, etc. ... lo más prudente es dejarse guiar por los progresos alcanzados por las teorías de la ciencia y las lógicas no-clásicas contemporáneas. De ahí que no sea admisible seguir prohijando la postura que esta Corte asumió en la Sentencia del 26 de septiembre de 2002 (Exp. 6878).*

La fútil declaración de guerra a la filosofía y a la metafísica

La Sala Civil de la Corte en 2018, al analizar el tratamiento que la jurisprudencia le ha dado al problema de la causalidad, asienta que

... ha sido planteado por la tradición jurídica en términos filosóficos que trascienden los límites especializados del derecho.

³ Llama a Núñez Laverde, para apoyarse en su proclama: “Lo que se trata de señalar con esta observación es que muchas veces el jurista está aceptando ingenua e inconscientemente conceptos cuya consciencia rechaza. No quiere hacer filosofía sino práctica, pero todo su lenguaje está impregnado de un aroma filosófico del que no puede huir: causa, motivo, culpa, consentimiento, son términos que si no son previamente conceptualizados desbordan el marco de la mera juridicidad para inhalar el de ciencias afines: desde la sicología a la filosofía”.

De ahí que el derecho tiene que depurarse y desprenderse del rezago metafísico que tradicionalmente ha impregnado sus institutos: como causa, motivo, culpa, consentimiento.

Son declaraciones de mucha hondura: ¿cómo hacer derecho sin filosofía?, ¿cómo construir una ciencia sin conceptos metafísicos?, ¿el derecho debe clausurarse en sí, para ponerse a salvo de la impotencia epistemológica que lo abruma?

El rechazo a la metafísica que pregona y dice practicar la Corte en la sentencia de enero de 2018, la obliga a tomar posición contra la causalidad, corolario de su declarada postura empirista. Ciertamente, si la causalidad no es fruto de la observación y la experiencia, es pura metafísica, y por ello, se debe evitar, y es más, revisar a la luz de tal premisa todos los institutos del derecho para cazar y expulsar las manifestaciones metafísicas.

El derecho y la filosofía

La convivencia de la filosofía y la ciencia ha sido oscilante, en ocasiones pacífica, se complementan e imitan,⁴ pero, en otras, una procura demoler la otra.

La filosofía se piensa a sí misma, vuelve sobre los primeros principios según las preocupaciones de cada época, y, al compás de estas, cambian su relación y límites con las ciencias.

Los científicos y positivistas lógicos tuvieron el propósito de desterrar la filosofía toda especulación metafísica de la ciencia, de construir una ciencia con proposiciones verificables, cortando de raíz con aquellos *filósofos enfermo, que decían cosas extrañas* –utilizando expresiones de Ayer– y libre de proposiciones sin sentido, o sea todas aquellas que carecieran de bases factuales. Ciertamente para ellos, seducidos por ver el pensamiento a través del lenguaje, se era metafísico, no por la naturaleza de las cosas que referían, sino por la forma como las decían.

Bajo la euforia de la ciencia, se ha llegado a predicar que la filosofía es marginal y redundante; cierto es que mientras más avance la ciencia, más arrinconada queda la filosofía, pero no por ello expulsada. Aún hoy, cuando la ciencia ha penetrado siglos luz en el universo, lo que queda al alcance de

⁴ HEGEL quería hacer de la filosofía una ciencia aún distinta de las demás, y Husserl, en uno de sus ensayos, aspiraba a hacer de la filosofía una ciencia rigurosa y exacta.

sus lentes deja de ser asunto de la teología, pero la filosofía, la metafísica aún cuentan para formular hipótesis en los extremos infinitos de su espacio o de su tiempo.

La vanidad de los científicos puede opacar la labor de la filosofía, que siempre seguirá siendo un instrumento, un auxilio desde fuera, como lo propone Ferrater Mora (1912-1991) apoyándose en Toulmin (1922- 2009).⁵ El filósofo actúa frente a la ciencia como *espectador*, y le propone a los científicos que son los *partícipes*, *modos de ver* la ciencia, que no es resolver problemas, disolverlos, esto es, *no instituirles estructuras conceptuales sino ablandar las ya existentes*.

Los saberes marcan sus campos de sentido. Así, la ciencia se preocupa por hechos, y no indaga por lo que efectivamente son los hechos. Mas, nada se opone a que el mismo científico se ocupe de la filosofía.

*Por supuesto, un filósofo puede ser también científico. Si este es el caso debe ser consciente de una diferencia fundamental entre dos tipos de cuestiones a plantear: ¿Si plantea cuestiones tales “¿cómo se formaron los cráteres de la luna?” o “¿existe alguna galaxia compuesta por antimateria?” hace preguntas que deben responderlas astrónomos y físicos. Por otra parte, si plantea cuestiones no relativas a la naturaleza del mundo, sino al análisis de conceptos fundamentales de una ciencia, entonces formula cuestiones pertenecientes a la filosofía de la ciencia.*⁶

Y Apel (1922-2017), quien califica la relación de la filosofía y la de las ciencias como complementarias: “*a estas alturas, me parece decisivo comprender la complementariedad ineliminable entre los presupuestos irreductibles del discurso filosófico, por una parte, y el horizonte constituido por presupuestos contingentes de las formas de vida concretas, por otra*”.⁷

En el mundo teórico nada impide que concepciones o reflexiones provenientes de corrientes opuestas se apoyen, se sirva una de otra parcialmente. Así, el derecho puede servirse de conceptos de los lógicos-analíticos, como se ha hecho con respecto a los juegos lingüísticos. Pero hay aspectos sustanciales que no admiten conciliación. El juez no puede ser un científi-

⁵ S. TOULMIN, “The Philosophy of Science”(1953), 13 a 16, citado por José Ferrater en *Indagaciones sobre el lenguaje* (Madrid: Alianza Editorial,1980), 12.

⁶ Rudolph CARNAP, *Fundamentación lógica de la física* (Barcelona: Orbis, 1985), 161.

⁷ Karl Otto APEL, “Autocrítica o autoeliminación de la filosofía”, en *Hermenéutica y Racionalidad*, compilador, Vattimo, 61-87 (Bogotá: Editorial Norma, 1994).

co a la manera de los positivistas lógicos. El juez ha de ser un científico de las ciencias jurídicas. Y hay diferencia en ello.

La racionalidad de los empiristas lógicos, o de los neopositivistas, es en esencia instrumental, esto es, determinada por el criterio de verificación, de si tal proposición confirma o no una hipótesis como finalidad inmediata de la investigación. Le es ajena establecer si con ella se realiza, por ejemplo, una aspiración más alta y humanitaria, la de la felicidad, o la del bienestar global, y ello, porque no cabe en un modelo regido solo por lo que es objetivo, algo tan “irracional” como los valores.

Hace cuarenta años Karl Otto Appel, en el escrito referido, advertía que esa estrechez científico-tecnológica, carente de reflexividad axiológica, nos arrastraba a una crisis ambiental, la máxima manifestación de irracionalidad del cientificismo positivista.

La racionalidad de los juristas, por el contrario, no puede prescindir de valores sociales, políticos, éticos, con las que se justifican las normas y las decisiones judiciales, pues, por naturaleza, trasciende la instrumentalidad propia de la ciencia, ha de propender a la realización de la justicia y demás valores propios del derecho. La adjudicación de responsabilidad de un daño a un ciudadano es en esencia una realización del principio de justicia distributiva en las relaciones económicas.

Cualquiera que sea la concepción del derecho que se tenga, siempre el juez, el legislador, el abogado, ha de tener presente la dimensión axiológica. Jürgen Habermas, filósofo de primera magnitud, llegaba a ella a través de la racionalidad de la acción comunicativa –en la que inscribe y por la que explica el derecho–, así:

Y como en el derecho como sistema de acción se entrelazan entre sí motivos y orientaciones valorativas, las proposiciones jurídicas tienen una inmediata eficacia práctica, de la que carecen los juicios morales. Por otro lado, las instituciones jurídicas se distinguen de los órdenes institucionales cuasi - naturales por su racionalidad comparablemente alta; pues en ellas se encarna un sistema de saber dogmáticamente elaborado, es decir articulado, elevado a nivel científico y entrelazado con una moral regida por principios.⁸

⁸ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez* (Madrid: Editorial Trotta, 1998), 145.

¿Puede renunciar el juez a hacer filosofía para resolver sobre la causalidad? No es extraño un examen que comprenda reflexiones filosóficas y científicas, las que, en ocasiones, funcionan en línea continua, elaboradas por quien se estima como científico, pero consciente de que traspasa sus fronteras de conocimiento. Es opción del juez, tomar como punto de partida el estado del conocimiento sobre la causalidad, ínsito o explícito, de una línea jurisprudencial, exonerándose de analizar el concepto. O, por el contrario, criticarlo para proponer una tesis que ofrezca una mejor comprensión. Ese replanteamiento de seguro, le exige consideraciones filosóficas, como lo hace aquí la Corte en el 2018. Acude a la filosofía para cuestionar el entendimiento que de la causalidad guiaba a los pronunciamientos judiciales antecedentes,⁹ y con el fin de sentar las bases de uno más preciso.

El derecho y el juez tienen que estar en sintonía con otros saberes, con la filosofía y la ciencia. El derecho regula la realidad, que está sujeta a sus propias leyes internas; y siempre ha de tratar con una realidad parcial, reducida a un campo de sentido.

El derecho de por sí es un campo de sentido que, en términos de Gabriel, “*contiene un categoría determinada de objetos, según las reglas establecidas que vinculan esos objetos entre sí*”.¹⁰ Los hechos que cuentan para el derecho son solo los que tienen la condición de presupuestos normativos, la misma que le dota de una determinada significación y para una consecuencia jurídica específica.

El conocimiento jurídico usualmente se extiende sobre variadas realidades, e impone un viaje a través de campos de sentido. Y, en ocasiones, es un viaje continuado entre diferentes saberes, conectados, relacionados, complementarios. Es inentendible que cualquier científico de las ciencias naturales, o de las sociales, o del derecho, pretenda pensar la realidad desde un solo campo de sentido, y que es finalmente lo que propone la Responsabilidad Normativa Objetiva.

Una ley que regule la aeronavegación sin tener en cuenta la tecnología de última generación de los aviones, de seguro resulta inocua o superflua. Una sentencia que atribuya responsabilidad basándose en tal o cual causa,

⁹ Rudolf CARNAP, *Fundamentación lógica de la física* (Barcelona, Orbis, 1985), 161.

¹⁰ Markus GABRIEL, *El sentido del pensamiento* (Barcelona: Pasado & Presente, 2019), 39.

por ejemplo, de una enfermedad profesional, sin que tal sea aceptada o descartada por la ciencia médica, es un acto arbitrario que desprestigia la administración de justicia. O una teoría jurídica que pretenda la dilucidación de las causalidades de un evento solo desde el campo del sentido del derecho, contraría la vocación abierta del conocimiento.

La eficacia de la ley, o el poder de convencimiento de una jurisprudencia, impone que el derecho está conectado con los otros saberes.

De principio, el juez, por fuerza de su función, no puede restringirse al campo científico, a desentrañar las circunstancias naturales que provocaron el suceso X; esto es el presupuesto de su labor. Ha de conceptualizar los fenómenos naturales bajo estatutos jurídicos. Luego de dar por asentado un escenario fáctico, ha de dilucidar la intencionalidad o culpabilidad de los agentes, las características del daño, y, a la luz de la justicia, verificar cómo ha de operar una distribución de cargas de reparación, por ejemplo, en el caso de muerte del trabajador, como del empleador que ha de asumir el daño aunque haya sido propiciado por el mismo trabajador; o la afectación a los bienes de un ciudadano causados por la falta del Estado en su deber de proporcionar seguridad.

La Corte (2018) les propone un camino a los jueces: que procedan a adecuar sus observaciones de las causas de un hecho dañoso, en estatutos jurídicos. Pero ¿cómo hacerlo, renunciando a conceptos de larga tradición jurídica como *causa*, *motivo*, *culpa*, *consentimiento*, por la sospecha de estar permeados por la metafísica?

Todo juez que haga un examen de hechos, en orden a determinar su causalidad, para asignar de derechos y cargas, lo ha de hacer bajo el supuesto metafísico de la regularidad de la naturaleza, y como expresión de esta, de que todo efecto tiene una causa, esto es, de que el efecto del daño fue consecuencia de una causa, la que él desentraña.

Excursus a favor de la metafísica desde la ciencia

Asombrosos avances científicos en cosmología han puesto nuevamente sobre el tapete la convivencia de la filosofía y la ciencia, por la razón particular de que sus progresos atañen a la frontera entre ambas.

Esclarecer el origen del universo, es un reto para comprobar, superar o desechar verdades apodícticas de la filosofía como la de *ex nihilo nihil fit*.

La teoría del Big Bang, aceptada hoy extensamente y de la misma manera difundida, ha renovado la lucha de los saberes, pues ha dado oportunidad a unos y otros de afirmarse en sus posiciones.

Aceptado que el ser no puede provenir de la nada, el universo, sin explicaciones sobrenaturales, se ha de admitir que es eterno. Si el Big Bang no es un momento de esa eternidad, sino que es su creación, vuelve a inquietar el interrogante sobre lo que existía antes del momento de la gran explosión.

Esta controversia científica ha sido aprovechada por algunos para cargar contra la filosofía. Así razonan: si el mundo es autosuficiente para dar sus explicaciones, si la del Big Bang es satisfactoria, la ciencia puede deshacerse de la metafísica, por inútil.

Hawkings (1942-2018) y Krauss (1954)¹¹ plantean en el Big Bang el origen del universo, aún con oposición dentro de la comunidad científica:¹² *... la ciencia podría afirmar que el universo tenía que haber conocido un comienzo [...] A muchos científicos no les agradó la idea de que el universo hubiese tenido un principio, un momento de creación.*

¿Y cómo ellos sortean lo que es un apotegma de la filosofía, el que de la nada no puede surgir el ser?

Hawkings,¹³ tan sobrevalorado con filósofo, en una entrevista pretendió saldar la controversia con una metáfora poco convincente: “No hay nada más al sur del Polo Sur, así que tampoco había nada antes del Big Bang”. Krauss ha pretendido no rebatir el principio metafísico, sino eludirlo afirmando que la nada no es la nada metafísica, sino una distinta, llena de contenido, de partículas virtuales,¹⁴ esto es, una nada que no lo es.

¹¹ Stephen Hawkings y Lawrence Krauss, científicos astrofísicos han acaparado la atención mundial, no solo con sus teorías sobre el universo, sino sobre la autosuficiencia de la ciencia. El primero es británico, desarrolló parte de sus investigaciones en EE.UU., autor de *El Gran Diseño*, y, el segundo, profesor de varias universidades norteamericanas, autor de *Un universo de la nada*.

¹² Stephen HAWKING, *Agujeros negros y pequeños universos y otros ensayos*, editado en 1993 por Plaza & Janés.

¹³ Hawking hizo la afirmación en entrevista concedida para el programa Star Talk de Neil de Grasse Tyson.

¹⁴ La cosmología ha avanzado, ha planteado tesis que se han adoptado como supuestos para investigaciones subsiguientes sobre el origen y composición del universo, la materia y energía, oscuras predominantes pero no esclarecidas, la materia y la antimateria, y se han descubierto nuevas partículas subatómicas. Se asume las partículas virtuales que aparecen y desaparecen en exhalaciones de tiempo, y lo que le ha permitido a Krauss a afirmar que la nada es lo que dicen de ella, que la nada es un vacío lleno de partículas virtuales.

Con darle a la nada un contenido, no se resuelve el supuesto metafísico, el que mantiene su vigencia, aún deba ser reformulado: la frontera ya no es entre el ser y la nada, sino que la nada está constituida por particulares virtuales, que tienen la potencialidad de aparecer y desaparecer. Pero, debe haber un antes de esa nueva nada, la que es algo, aún una potencialidad; no se descorre el velo de lo que hay antes de ella.

Pero, lo que interesa es lo que viene después. Pese a su posición precaria, Krauss lanza un ataque contra la filosofía, en su mal apostolado por la ciencia, afirmando que ella y la teología *son incapaces de encarar por sí mismas las cuestiones verdaderamente fundamentales que nos desconciertan sobre nuestra existencia*.¹⁵ Aquí hace eco de lo que décadas atrás afirmara otro positivista, Alfred Ayer (1910-1989); con algún tono condescendiente, afirmaba: “... *ya no se trata al metafísico como a un delincuente, sino como a un enfermo: probablemente existe alguna buena razón para que diga las extrañas cosas que dice*”.¹⁶

La vana suficiencia de esta actitud queda en evidencia con la que adopta Lisa Randall, cosmóloga de la Universidad de Harvard, igualmente prestigiosa, quien entiende el papel complementario de la filosofía, y así razona:

Una pregunta que oigo con frecuencia es porque hay ser en lugar de nada, aunque ninguno de nosotros sabe la verdadera razón, ofreceré mis dos respuestas.

*La primera es innegable, es que, si no hubiera nada, usted no estaría para hacer la pregunta y yo no estaría aquí para responderla. La otra es que simplemente pienso que algo es más que nada.*¹⁷

Naturalmente la posición del filósofo y el científico difieren en la manera como abordan sus problemas, porque disponen de instrumentos diferentes, el uno la especulación y, el otro, las pruebas para verificar afirmaciones. Pero ello no priva que uno u otro traspasen sus fronteras, para que el filósofo oficie de científico y se valga de supuestos debidamente comprobados, o el científico funja de filósofo y se adentre en lo desconocido, con base en solo especulaciones.

¹⁵ Lawrence KRAUSS, *Un universo de la nada* (Madrid: Pasado y Presente, 2013), 221.

¹⁶ Alfred AYER, *Lenguaje, verdad y lógica* (Barcelona: Editorial Orbis, 1984).

¹⁷ Lisa RANDALL, *La materia oscura y los dinosaurios* (Barcelona: Acantilado, 2016), 52.

Los científicos también pueden partir de las afirmaciones metafísicas, como pica en Flandes, para iniciar la investigación en terrenos aún inalcanzables para la ciencia. De hecho, la partícula Dios, o el bosón de Higgs fue materia de especulación en los años sesenta y verdad científica el 2012. Obviamente, se ha de ser humilde. Sin serlo hay proclividad a ensalzar lo propio y desprestigiar lo ajeno, como cuando Krauss considera irrelevante ocuparse del problema de la nada y el ser, pese a que a ello le dedica su investigación; porque alega que lo suyo es descubrir cómo evoluciona el universo.¹⁸

“El poder de verificación de la ciencia tiene sus límites que son los que quedan comprendidos *en el rayo de luz, o lo que viaje a la velocidad de la luz, durante la vida del universo. Únicamente desde dichas regiones puede alcanzarnos una señal dentro del tiempo que ha existido el universo*”. Frente a esta realidad, Randall afirma: “... *según nuestra definición de la ciencia, para estas regiones apartadas, la filosofía es la reina suprema*”.¹⁹

La filosofía ha jugado y juega un papel directivo, para el mundo, la vida y la ciencia. Y también se ocupa de descubrir cómo son las cosas, pero aquí, cuando la ciencia avanza, y lo del más allá queda en el más acá, cuando el fenómeno de la naturaleza tiene explicación científica, algunos problemas y su forma de ser planteados se vuelven obsoletos.

Finalmente, la ciencia, que es por esencia finita, tiene límites, que para ser trazados hay que acudir a la metafísica, como bien lo puntualiza Wittgenstein: “... *para trazar un límite al pensamiento tendríamos que pensar en los dos lados de ese límite*”.²⁰

En este escenario del conocimiento, la belicosidad que contra la metafísica despliega la Corte del 2018 es un anacronismo. Es un juez desatinado, por asumir la postura colapsada de los neopositivistas, que se preciaban de descartar toda metafísica y eliminaban toda referencia de lo no que no fuera observable, pues, a su juicio, era un discurso carente de significado.

La ciencia no considera la metafísica como un lastre; aún para aquellos como Krauss que al negarla es inconsistente con sus investigaciones. De hecho, Krauss avanza en la hipótesis de un mundo infinito y megaverso.

¹⁸ KRAUSS, *Un universo de la nada*, 18. Porque hay ser en vez de nada, Krauss lo desestima como su preocupación, muy menor a lo suyo, los procesos de la evolución.

¹⁹ RANDALL, *La materia oscura y...*, 51.

²⁰ Ludwig WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico – Philoiphicus*, Prólogo (Madrid: Gredos, 2017).

Ello, que está por fuera de las fronteras de la ciencia, es un aporte especulativo de la filosofía.

La ciencia del derecho en la perspectiva del conocimiento

La Corte en 2018 se plantea esta encrucijada: seguir con una jurisprudencia de la Responsabilidad de Causalidad Adecuada, que a su juicio es diletante, de construcciones pasadas de moda, por *subjetivas, triviales y difusas*; o tomar el camino del positivismo –lógico, y apoyarse en las lógicas no clásicas–. Y toma este último camino para resolver este dilema.

Previamente se ha de esclarecer cuál el significado de la racionalidad, las clases de racionalidad, y concluir cual es la propia del derecho.

Partimos del supuesto de que cuando el hombre se enfrenta al mundo para resolver problemas, sean estos menores o de gran calado, acuden al mismo patrón de pensamiento, de actividad mental. Percibe unos hechos y formula unas teorías. Cualquiera que sea el interés perseguido, se pone en marcha la razón humana. *Todos los dominios de la racionalidad se hallan así unidos por la misión común de buscar las “mejores razones”*.²¹

Ese es el empeño del agricultor cuando al procurar una buena cosecha ha de enfrentarse a cosas como las semillas, los abonos, el clima, lluvias y plagas. El del físico, cuya preocupación es la de descifrar la estructura del átomo a través de los rayos que emite una sustancia, necesita resolver sobre equipos para medir campos eléctricos y magnéticos, láminas de aluminio y radio y montar su laboratorio. El del juez, que ha de dilucidar la culpabilidad de un ciudadano, debe contar con hechos, antecedentes del suceso y del daño, y los que permitan conectar la actuación de determinadas personas con el estropicio, naturalmente hechos demostrados siguiendo reglas procesales establecidas para el efecto. Y, aún, es la misma racionalidad del filósofo, al que le inquieta saber sobre la capacidad y límites del conocimiento humano, sobre la confiabilidad de las percepciones y deducciones del agricultor, o del físico o del juez.

El agricultor, el físico, el juez, el hombre común en su camino por la vida ha de resolver, de manera continua, en cada encrucijada, si gira a la derecha o a la izquierda. Puede tener dudas, y al tomar decisión, lo hace por creer que es la apropiada. En el fondo, cada uno de ellos tiene confianza en su

²¹ Nicholas RESCHER, *La racionalidad* (Madrid: Tecnos, 1993), 22.

capacidad de entender la situación en la que se halla, de tomar la decisión racional, la misma que está en capacidad de explicar, dando las razones que estimó por buenas para dar el paso, aun no lo fuera, según lo averigua después, en sentido equivocado.

Y ¿cuáles son las buenas razones? El criterio para determinarlas es el de su fiabilidad. Habermas inaugura sus reflexiones sobre la teoría del conocimiento, así: “*Si construyésemos la discusión filosófica de la edad moderna bajo la forma de un proceso judicial, la única cuestión sobre la que tendría que pronunciarse sería: cómo es posible un conocimiento fiable*”.²²

El Tribunal, al ocuparse de la fiabilidad, tendrá que resolver de partida la disyuntiva sobre la teoría que ha de presidir la indagación. Si se inclina por resolver sobre lo *veritativo*, a la manera de los positivistas, o lo racional, según los hermeneutas.

Esta es la encrucijada a la que aboca la epistemología. Inicialmente se bastaba a sí misma con verdades absolutas de gran poder explicativo, y de enorme prestigio, pues propiciaron enorme desarrollo en las ciencias de la naturaleza.

La ciencia estableció un modelo de investigación construido sobre certezas contundentes, tal como lo eran el *tiempo* y el *espacio absoluto* de Newton. Las verdades se descubrían a partir de demostraciones rotundas, al modo de las que predicaba Descartes, quien, “*haciendo de la evidencia el signo de la razón, solo quiso considerar racionales las demostraciones que, partiendo de ideas claras y distintas, propagaban, con ayuda de pruebas apodícticas, la evidencia de los axiomas a todos los teoremas*”.²³

Esta corriente se decanta en el positivismo que, consolidado en los términos del siglo pasado, se cimienta en las siguientes premisas:

- i) El mundo estudiado por la ciencias es independiente de la actividad humana; ii) la ciencia es el mejor modo de conocerlo, porque ella es acerca de lo que son las cosas y los hechos de este mundo, iii) por ende, ella no revela entidades no observables de este mundo, sino que explica por qué son como son, a la vez que predicen nuevas propiedades de las mismas, y consecuentemente nuevos hechos, y, iv) en tales explicaciones las leyes

²² Jürgen HABERMAS, *Conocimiento e interés* (Madrid: Taurus, 1982).

²³ Ch. PERELMAN y L. Olbrechts, *Tratado de la argumentación* (Madrid: Gredos, 1989), 31.

científicas aparecen como premisas inevitables y verdaderas acerca del mundo.²⁴

Este modelo de ciencia fue conmocionado hace un siglo. Las verdades absolutas estaban siendo refutadas por los hechos, y la ciencia tenía que aceptar formulaciones con zonas de incertidumbre. Se inauguraba la era del tiempo y espacio relativos, y la física cuántica. Ahora se hacía indispensable estabilizar la construcción positivista y normalizar la provisionalidad del saber.

Al concepto de verdad no se puede renunciar, y para mantenerlo en pie hay que hacer sacrificios, entregar el carácter de absoluto con el que se revestía, hacer concesiones, admitirla con restricciones acotando su significado: i) se le tome provisionalmente hasta tanto no sea demostrada su *falsabilidad* (Popper); ii) es parte de la ciencia normal, la del paradigma vigente, que ha de ceder su paso, a otro, cuando este pierda poder explicativo (Kuhn), o solo relativa a determinado contexto, en el que hay una pluralidad de verdades y cada una de ellas vale según el marco conceptual aceptado (Putnam).

Ello no impidió que las ciencias de la naturaleza mantuvieran su prestigio, el que habían alcanzado: el trono entre los saberes. Lo positivistas reinaban y eran ejemplo del conocimiento. Su modelo de investigación les dio un aire de superioridad; se instituyó como la forma de saber por antonomasia. *El “cientificismo” significa la fe en la ciencia en sí misma, o dicho de otra manera, el convencimiento de que ya no se puede entender la ciencia como una forma de conocimiento posible, sino que debemos identificar el conocimiento con la ciencia.*²⁵

Antes de continuar sobre cómo el Tribunal ha de resolver sobre la fiabilidad de las razones, se ha de precisar que toda epistemología se implica con la manera de concebir los objetos de su conocimiento, con una ontología.

Los positivistas parten del supuesto del mundo exterior independiente de la mente, y la demostración es la capacidad de predecir como el curso de la naturaleza, esto es, ella la que se encarga de validar las afirmaciones de la ciencia.

²⁴ Ricardo GÓMEZ, “Racionalidad, epistemología y ontología”, en *Racionalidad epistémica*, editado por León Olivé (Madrid: Editorial Trotta, 1995), 30.

²⁵ HABERMAS, *Conocimiento e interés*, 13.

Pero ocurre que no es pacífico pensar que las cosas exteriores son como son, sino que son lo que de ellas expresamos. Dentro de la misma corriente positivista, Wittgenstein hizo una matización apropiada para su epistemología de juegos lingüísticos, de lo que se ha de entender por ese objeto, que no son las cosas sino los hechos, entendiendo por esto lo que se dice de las cosas. El mundo es la totalidad de los hechos, no de las cosas. La realidad que cuenta es aquella que se envuelve con la impronta humana del lenguaje. La nada no es ninguna cosa, pero la afirmación de que no hay nada, la constituye en hecho.

Y un paso más demoledor del positivismo fue el dado por Nietzsche con su contundente afirmación de 1886: “*No hay hechos, sino interpretaciones*”, en clara oposición a los predicadores de los hechos brutos. Y para que no haya malentendido, no es una puerta abierta al subjetivismo, que bien combate la hermenéutica que luego rescatará Heidegger.

El meollo del asunto es la naturaleza de los hechos objeto del conocimiento, ya problemático para las ciencias de la naturaleza, se hace más complejo para las ciencias humanas, pues, para estas, la materialidad de los hechos se desvanece en construcciones mentales, se espiritualiza en *hechos* culturales, pues es a través de fabricaciones intelectuales que el hombre se realiza; su vocación al mejoramiento, cuando no a la perfección, lo lleva a elevar su espíritu mediante valores morales, religiosos, estéticos, jurídicos, que guíen el comportamiento humano.

La ontología de las ciencias sociales es, entonces, el de las interpretaciones de los hechos, de la conducta del ser en cuanto cumple un rol político, social, económico, religioso, o como sujeto de derechos y de obligaciones. Y la validez de esas interpretaciones lejos está de poder ser demostrada en conductas ajenas a la predictibilidad, propio de los sucesos de la naturaleza, quizá tan solo alcanzar una fiabilidad en contrastarlas con otras interpretaciones dentro de la comunidad respectiva.

La reducción ontológica de la epistemología científicista es incompatible con la racionalidad de las ciencias sociales. Su objeto es el comportamiento humano, que no puede ser examinado con independencia de sus marcos culturales, sus contextos mentales, sin referencia a una evolución del pensamiento, y escindidos de sus aspiraciones y de una tabla de valores. Supondría para esas ciencias someterse al rigor formal de las deducciones matemáticas, vaciarse de contenido.

El Derecho no debe padecer un complejo de minusvalía por carecer de las herramientas para construir certezas inquebrantables. Sus teorías no han de tener aspiraciones a alcanzarlas, sino solo a ser la mejor formulación para el momento en que se elabora, a partir de opiniones reconocidas, deliberaciones, y de asentimientos entre la comunidad de expertos.

Ya desde la antigüedad griega, se había marcado las diferencias entre los diferentes saberes y sus correspondientes maneras de razonar. Unos eran los razonamientos que partían de verdades apodícticas, y otros, donde imperaba la *doxa*, terrenos de lo contingente, sin más certidumbre que las probabilidades, eran solo opiniones.

Los silogismos dialécticos invitan a otra lógica, a la de recopilar tópicos, puntos ampliamente aceptados, opiniones de expertos, doctrina y jurisprudencia pacífica, que se formula sin pretensiones de verdad; solo de planteamientos plausibles pero refutables, en un escenario de participación de una comunidad, bajo unas reglas a las que se han de someter los hablantes, y para alcanzar una resolución.

Heidegger recupera a Nietzsche, y formula la hermenéutica de la que nos interesa tomar saberes en los que están ausentes los modelos formales, que han de desentrañar sus postulados en una multiplicidad de horizontes interpretativos, cuando señala:

*no hay ningún esquema general, mecánicamente indicable, para la interpretación de los escritos de los pensadores, ni siquiera para un mismo escrito de un pensador. [...] Esta multiplicidad de posibles interpretaciones no es ninguna objeción contra el rigor de lo pensado allí. Pues todo lo verdaderamente pensado de un pensamiento esencial admite múltiples sentidos, y esto por razón de la propia esencia.*²⁶

La racionalidad de la hermenéutica recupera²⁷ la estructura lógica de la dialéctica de Platón y de Aristóteles,²⁸ de un conocimiento que se obtiene

²⁶ Martin HEIDEGGER, *Qué significa pensar* (Madrid: Trotta, 1998).

²⁷ Se habla de una recuperación por cuanto la dialéctica se había esterilizado en la Edad Media, con las *disputatio*, método de investigación utilizado por los escolásticos y las universidades, cuyo elemento central era la contraposición de opiniones, la deliberación, pero que fue perdiendo valor en la medida en que la decisión era determinada por la autoridad o la fuerza del número de personas que la apoyaban. En las *disputatio* podría hallar sus antecedentes el proceso judicial. Foucault prefiere inclinarse, desde su perspectiva poder-saber, por señalar las indagaciones de los alquimistas, matizadas por el secreto, como el pariente próximo del proceso judicial.

²⁸ Véase, Enrico BERTI, “¿Cómo argumentan los hermeneutas?”, en *Hermenéutica y racionalidad*, 31-59 (Bogotá: Norma, 1992).

a través de preguntas y respuestas, que requiere de unos argumentos propuestos que se han de refutar, y el de alcanzar el asentimiento de quien reconoce la derrota argumental. No es necesario contraponer la retórica de Aristóteles, a su propia dialéctica, la que utiliza para la ética y la política, sino que puede ser complementaria en cuanto aquella trata de convencer con argumentos a un auditorio universal.

Ilustra el significado de hermeneuta, el oficio al que se aplicaba, el de quienes se dedican a interpretar textos, los de las sagradas escrituras.

Esta es la rebelión de las ciencias del espíritu o las humanas, como se quiera nominar la contraposición con las de la naturaleza, reclamando para sí su propia lógica del saber, empeñada más en comprender que explicar.

La hermenéutica comporta una reivindicación de estatus de las ciencias del hombre –pese a que algunas de ellas lo habían tratado de conseguir, reduciéndose a ciencias experimentales– pues eran saberes a los que se les negaba el de ciencia, o en el mejor de los casos, se les concedía el de ciencias menores, por razón de su incapacidad para construir verdades, modelos exactos, predicciones seguras, como lo predicaban de la física los positivistas, antes de que, en la medida que avanzaba el siglo, fueran perdiendo solidez.

Pero la gran carencia del saber científico, constituido a la luz de una epistemología meramente formal, es que de ella se debe excluir, por metafísica, la tabla axiológica, para evaluar sus hipótesis, sus teorías, sus resultados. A la ciencia le es indiferente la persecución de la felicidad, la obtención del bienestar social. Puede valerse de valores técnicos, como condición interna de una teoría, al modo de Ernest Mach, cuando señaló que la meta de la física es *ser la expresión de los hechos más simple y económica*. La tabla axiológica no cabe en la construcción de lo verdadero, pues, simplemente, no pueden ser sometidas a comprobación alguna.

La ciencia de la legislación, la teoría de la jurisprudencia, la doctrina jurídica, no pueden estar debidamente fundadas si no están en conexión con los valores que preside el derecho. Todo discurso jurídico ha de remitir a una reflexión expresa, evocada, o supuesta, sobre la justicia, la paz, la solidaridad, el orden, la seguridad, la cooperación; ha de estar axiológicamente impregnado. Si invoco la ley, si acudo al estatuto de responsabilidad legal, a normas que regulan el comportamiento de los agentes de un hecho,

estoy dando por supuesta no solo la validez formal de la norma, sino la realización del principio de la justicia, por ejemplo, del artículo 216 del CST, al exigir de quien causó un daño, su reparación.

El Tribunal, convocado por Habermas a resolver sobre la fiabilidad del conocimiento, se sorprenderá de que quien demanda claridad, en los términos de la Corte (2018), es un juez, más preocupado por la verdad propia de la ciencia, que por la racionalidad propia de la hermenéutica jurídica.

La racionalidad jurídica

Son múltiples las inquietudes que genera la posición de un juez (Corte 2018) que, en busca de firmeza epistemológica para sus conclusiones, proponga que la indagación de causas se limite a las que estén previstas o reflejadas en el marco normativo, en aras de no contaminarse de filosofía, y con la cautela de un empirista, de evitar aquello que sea mera especulación.

El enfoque que adopta la Corte en 2018 es el de racionalidades fragmentadas, derivadas de la definición trinitaria corriente del derecho, de ser al tiempo, inconcebiblemente, hecho, norma y valor. Ciertamente, es problemática esta concepción que se limita a enumerar dimensiones de una supuesta única naturaleza que no se revela, y más cuando de ella se derivan posturas judiciales como las que tomamos por caso, de ofrecer como modelo para resolver disputas sobre responsabilidad extracontractual, uno en el que el derecho agota una de las aristas, la del ámbito normativo, que es lo que ocurre cuando los hechos dejan de valer por sí, aquellas causas naturales que no son materia de examen judicial si no están referidos en las normas; para el caso de la responsabilidad, en las del estatuto de comportamiento de los agentes a quienes se les imputa un mal proceder, y bastar estas para derivar las consecuencias previstas en la ley.

Esto es lo que supone el giro de la jurisprudencia que abandona la teoría de la causa adecuada, y la remplaza con la de la imputación normativa, bajo el entendido de que, al tiempo que se declara la importancia de un análisis de la causalidad natural se le resta valor, pretextando impotencia epistemológica para asumirla, y como consecuencia, la única ventana para examinar los hechos, son aquellos comportamientos que a la luz de las normas son considerados faltas a un determinado deber.

La racionalidad del derecho no puede responder a una concepción escindida del derecho. Ciertamente, como se ha propuesto, el derecho es y no es

hecho, norma y valor; no lo es, en cuanto terrenal –la Santísima Trinidad, resiste tres naturalezas distintas en un solo ente verdadero–, y sí, en cuanto esos hechos, normas y valores se traducen en argumentos jurídicos, son su denominador común y, en esencia, son aquellos que tienen como finalidad la realización del derecho como saber que propende a ordenar a la sociedad mediante la regulación del comportamiento humano.

En el *Derecho y argumentación* de Eduardo López Villegas se proponen criterios, con los que se identifica un discurso jurídico: i) el interés que persigue; ii) que gire en torno a sujetos jurídicos; iii) que se desenvuelva en el marco de la institucionalidad jurídica; iv) el carácter práctico del razonamiento; v) la naturaleza comunicativa; vi) su finalidad, la de solucionar de manera definitiva situaciones particulares; vii) la vocación del derecho a corregirse; viii) el contexto de descubrimiento regulado.

No todos los criterios han de configurarse en alguno de los fenómenos jurídicos, pero *sí* algunos han de aparecer en todos, como el que esté presente el interés jurídico, el que obra como marco para otorgarle categoría jurídica a aquello sobre lo que versa, bajo la forma de sujetos jurídicos, de derechos y obligaciones jurídicas, de vínculos jurídicos, y en orden a encauzar a la sociedad a la realización y preservación de su orden de valores.

El discurso jurídico es el elemento común al universo de los fenómenos jurídicos, norma, sentencia, doctrina, alegato, y actos promovidos o autorizados por el derecho positivo.

Y todos ellos han de ser presididos por una racionalidad jurídica que, de manera integral y según corresponda en cada caso, tenga en cuenta todos aquellos argumentos pertinentes, ya provengan del mundo de los hechos, o del de las normas o del de la axiología.

De manera ilustrativa: se le reclama a un juez civil que condene a reconocer una indemnización a una empresa de energía eléctrica, en razón de ser responsable por la muerte que por electrocución tuvo quien sufrió una descarga de alta tensión, al estar en el tercer piso de su casa de habitación construida sin licencia urbanística, al momento de operar una puerta metálica que pretendía instalar, y por hacer contacto con líneas de tensión que no guardaban las distancias mínimas de separación urbana.

La postura de la jurisprudencia, para resolver reclamos de indemnización por la responsabilidad de un daño, era la de que para determinarla se exa-

mina el escenario fáctico, las equivalentes causas del suceso, para establecer la relación de causalidad entre el comportamiento de agente señalado y el daño alegado. Este contexto de descubrimiento estaba abierto a todas las causas naturales, y el que clausura la Corte en 2018, en razón a sus limitaciones epistemológicas, proponiendo, en cambio, un contexto circunscrito al estatuto jurídico de comportamiento de los agentes del daño, y examinar de él solo aquellos elementos que constituyan violación de un deber. Las causas naturales no valen todas como hechos, solo aquellas que hayan sido codificadas jurídicamente como un deber respecto al cual se estima la diligencia, negligencia u omisión. Las demás, carece de importancia que se comprueben.

En el caso particular que ocupa a la Corte en 2018 solo interesó resolver sobre dos circunstancias constitutivas de faltas de diligencia: i) la empresa de energía tenía apostadas las torres que sostienen las redes a menos distancia de la que se debía observar de casas de habitación; ii) la víctima no obtuvo licencia para la construcción del tercer piso. Con el primero bastó para establecer la relación de causalidad. El segundo fue descartado por considerar que solo era una falta urbanística, que no tenía relación con el accidente.

La reducción fáctica que propone la tesis de la imputación normativa, obra, en este caso, en doble sentido: limitar la ventana jurídica y lo exhaustivo del examen.

El giro jurisprudencial, del que nos ocupamos, podría ser solo sobre la metodología para abordar las causas naturales, en vez de i) situarse en el campo de los hechos, y examinar todas las probables, para luego calificarlas jurídicamente, ii) mirar ese campo desde la ventana de las normas, elegir los hechos que tienen alguna referencia en las normas.

Pero el temor a la contaminación fáctica no solo condiciona la elección de los hechos según sean o no supuestos normativos expresos, sino la intensidad del examen de estos, pues parecería bastarle al juez con constatar su existencia, dejando por fuera los condicionantes de su ocurrencia necesarios para efectos de dilucidar la diligencia o la culpa en el resultado dañoso. Así, por ejemplo, fue suficiente haber dado por demostrada la falta respecto a la debida separación que debe mediar entre la torre de energía y la casa de habitación, sin dilucidar quién primero construyó la torre o la casa, o respecto a la licencia urbanística, si esa se hubiera negado para un tercer piso dada la proximidad a la torre eléctrica.

La existencia de faltar a un deber en el contexto de un accidente no exime del juicio de relación de causalidad. La prueba de alcoholemia de un conductor accidentado, que reiniciaba la marcha luego de que el semáforo se pusiera en verde, no debería ser suficiente para relevar de la responsabilidad del conductor del otro vehículo, que al tiempo de que se advierte que tuvo una falla en los frenos, acredita haber cumplido con al revisión técnico-mecánica.

La racionalidad jurídica supone la más amplia deliberación, espacios para la presentación de argumentos, para su refutación. Un juicio a nivel judicial debería reunir aquellas reglas que rigen en la comunidad jurídica, y que Alexy señala como “específicas del discurso”.

1. Todo hablante puede participar en el discurso.
2. a). Todos pueden cuestionar cualquier aserción.
b). Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.
3. Ningún hablante puede ser impelido a través de una coacción dentro o fuera del discurso a ejercer los derechos establecido en (1) y (2).²⁹

La Corte en 2018 procura acomodar la racionalidad del derecho en el estrecho sastré de las ciencias físicas, justo para cuando los filósofos advierten su estrechez y acuden a la hermenéutica jurídica para proponer modelos con suficiencia explicativa, tomados justo de la racionalidad jurídica.

Popper extrae del derecho la institución de los jurados de conciencia con el fin de apoyarse en ella para romper la cadena al infinito sobre el fundamento de la razón. Los jurados adoptan decisiones sobre hechos singulares por consenso o por mayoría: si la persona es culpable o no de un delito, sin que ese veredicto tenga que ser justificado por los mismos jurados. Esta labor le corresponde al juez, quien debe darle respaldo teórico por medio de la sentencia que acoja el veredicto. Igual hacen los investigadores científicos. Se ponen de acuerdo sobre aspectos singulares, como, por ejemplo, cómo debe probarse una teoría. Este consenso sobre el procedimiento no tiene base distinta a que los científicos quieren establecerlo, pero naturalmente no es admisible partir de un simple acto de voluntad, cuando los científicos presentan sus hallazgos proponen sus teorías, los

²⁹ Robert ALEXY. *El concepto de validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 1997), 138.

*acuerdos sobre los procedimientos deben ser justificados racionalmente mediante enunciados universales.*³⁰

La inaprensibilidad del nexo de causalidad

Dice la Corte en 2018³¹

Basta recordar que el nexo causal no es un objeto percible por los órganos de los sentidos para admitir de manera concluyente que no es un elemento susceptible de demostración por pruebas directas sino por las inferencias lógicas que el juez realiza a partir de un marco de sentido jurídico que le permite comprender la evidencia probatoria para hacer juicios de atribución.

Este planteamiento de la Corte entraña una concepción de dos mundos separados, el de la mente y el de las cosas, en el que lo de afuera es sensible, engañoso y percible, y el mundo de los pensamientos, interior, apodíctico y cierto. No se puede decir que el mundo real es aquel, porque filósofos como Platón consideraron que la verdadera realidad está en el mundo de las ideas.

Debemos acudir a la filosofía para absolver las inquietudes sobre si el nexo de causalidad hace parte o no de la realidad de eventos que se perciben, o si las construcciones mentales a partir de las representaciones de los sentidos caen en el campo de las inferencias lógicas. O si las precepciones están libres de las habitualidades mentales, y luego, formarnos un juicio sobre lo plausible de la posición de la Corte (2018).

En el interrogante y en la respuesta de la Corte sobre nuestra capacidad de conocer el nexo causal, subyace una concepción cartesiana, la de la radical dicotomía entre *res extensa-res cogitans*, entre el cuerpo y alma, la del sujeto y objeto del conocimiento,

El sujeto es al mundo como lo es el alma al cuerpo; el sujeto está circundado por una materialidad, por todo aquello que tiene la capacidad de hacer tropezar al intelecto. Es el límite externo de la facultad cognoscente la que tiene que sobrepasar para aprenderlo.

Los sentidos son el vehículo del alma para transitar a las cosas, por gracia de la excitación que estas le producen; por su virtud se generan represen-

³⁰ Eduardo LÓPEZ-VILLEGAS, *Derecho y Argumentación* (Bogotá: U Javeriana - Editorial Ibáñez, 2011), 175.

³¹ CSJ, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de enero de 2018. Rad. 11001-31-03-027-2010-00578.

taciones mentales. Los objetos son solo *percibibles* en la medida en que tengan la virtualidad de ser capturados por los sentidos.

En este mundo fracturado se instala la Corte, y en él, todo aquello de lo que se pueda predicar; una existencia ha de pertenecer a uno de dos ámbitos, al de lo corpóreo o al del pensamiento.

La afirmación sobre el nexo de la causalidad de que no *es un objeto percible por los órganos de los sentidos* encierra: i) una respuesta a la pregunta sobre el sujeto que percibe, y sobre el objeto percibido; ii) una extensa y difundida comprensión de lo que es el pensamiento y de lo que es el mundo, signada por la dualidad irreductible entre la *res extensa* y la *res inteligen*, en los términos de Descartes, que haciendo eco a Platón le concede predominio al intelecto sobre la sensibilidad.

Pretendemos hacer un recorrido filosófico sobre el tema, no para sentar una posición, sino para dilucidar la pertinencia de la Corte al tomar a título de fundamento filosófico el supuesto de que el nexo de causalidad es un objeto, no percible, ente del ámbito de las inferencias lógicas, el mismo que los pensadores abandonaron o, al menos, de aceptarlo pacíficamente.

La evolución del concepto de la percepción

La filosofía desde los orígenes del pensamiento occidental hasta esta nuestra modernidad se ha empeñado en dilucidar nuestra corporeidad, expresión que solo se admite en tiempos recientes, un anacronismo para cuando el foco estaba centrado en la espiritualidad. Puede no discutirse la integralidad del ser humano, pero lo que varía es su centro de gravedad, y cuando lo es su materialidad, se opta por el concepto de la corporeidad.

Los presocráticos esbozaron la idea que tomó forma en el pensamiento de Platón de la existencia de dos ámbitos, el *ontológico sensible* y un *ontológico inteligible*, el ser humano cifrado en la dualidad del cuerpo y del alma.

Admitida la dualidad como paradigma, los pensadores se inclinaron a considerarlos separadamente, diferenciándolos por jerarquías, exaltando la superioridad de las construcciones mentales sobre aquello que pudiera tener su origen en el cuerpo, las sensaciones, los instintos hasta las pasiones.

Bajo la mirada de los moralistas se idealizó la meditación y se condenaron los impulsos animales; el hombre se había elevado sobre estos, pero arrastraba consigo esa naturaleza primaria. El alma había quedado atrapada en

una estructura de huesos y de órganos. La oprobiosa carne debía ser resistente para evitar que el alma sucumba a la servidumbre de los impulsos.

Esa dicotomía se traslapó a la organización social que, a semejanza de un organismo vivo, su gobierno debe estar en el cerebro, esto es en los sabios, y mandar sobre las clases sociales que cumplen funciones descritas en el espejo de la fisiología. Y quien detentaba la razón debía gobernar sobre quienes la poseían mermaidamente o de ella carecían, las mujeres, los niños, los esclavos, los animales. Así lo pregonaba Aristóteles en *De anima*, en su “Política”.

*El libre manda al esclavo, el macho a la hembra y el varón al niño [...]. El esclavo no tiene en absoluto la facultad deliberativa; la hembra la tiene, pero ineficaz, y el niño la tiene, pero imperfecta. De aquí que quien manda deba poseer en grado de perfección la virtud intelectual.*³²

El cuerpo debía ser objeto de disciplina y de ahí brotan los reglamentos de las escuelas, los ejércitos, los hospitales, los reformatorios. No es por casualidad que a ellos han acudido regímenes políticos totalitarios para purgar a la población sediciosa, que no es otra que la indisciplinada.

Y los epistemólogos se volcaron a develar la esencia pura de la espiritualidad, a dar con la mente en un estado primigenio, aquel, si lo hubiera, en que el alma no fuera aún tocada por las impresiones provenientes de los sentidos. Ciertamente, pues se trataba de fijar límites precisos a la dualidad, marcar el punto cero del conocimiento, aquel en el que el pensamiento está libre de las sensibilidades que le arroja la percepción física del mundo exterior.

Descartes se las ingenió para identificar y demostrar, a la usanza escolástica, la existencia de un ego aislado, *res cogitans*, el ser inmaterial, para ensalzarlo y predicar de él que es el auténtico atributo de humanidad, subsistente por sí, pudiendo prescindir del cuerpo.

La mente puede concebir las cosas, facultad diferente a las de imaginarlas, según Descartes. Para imaginarlas se vale de los sentidos y de la memoria. Para concebirlas se vale de las facultades innatas, las que le permiten atrapar las cosas en su esencia, las cualidades primarias y reales que son *todo lo que está comprendido de un modo general en el objeto de la pura matemática*. Son estas las únicas verdades claras y distintas, la *res extensa*, las cosas aprendidas bajo las magnitudes de los números o las formas de la

³² ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*. Política, traducción de A. Gómez Robledo (México: Porrúa, 1992), 170.

geometría. Es un mundo insípido, pues los colores, los olores, los sabores, son *fruto de la imaginación sensorial, y los juicios de los sentidos externos se engañaban*. Estas son todas cualidades secundarias y aparentes.

*Además, considero que este poder de imaginar que existe en mí, en tanto que difiere del poder de concebir, no es requerido para la esencia de mí mismo, es decir, de mi espíritu, puesto que, aunque desapareciese aquel, yo permanecería tal como soy ahora.*³³

El cuerpo no es nada sin el alma, aquel es una extensión de esta, y funciona a manera de maquinaria de reloj, en la que cada uno de sus órganos cumple una función, las que estudió separadamente en sus tratados de *Óptica* y *Sobre las pasiones del alma*.

Dentro de la variedad de filósofos que se decantan por el intelectualismo, esto es, por darle prevalencia al intelecto en el proceso del conocimiento sobre lo sensorial, Descartes ocupa una cúspide con su pretensión de dar por sentada una instancia en la que se pueden alcanzar verdades sin que a estas nada aporten las cosas materiales aprendidas sensorialmente; es la *substantia cogitans*. Pero una reducción a la inmaterialidad no puede ser total; las facultades innatas de aprender las cosas bajo esquemas matematizados tienen que ser vertidas en la *res extensa*.

Y la *res extensa* que es también *substantia*, y que como tal existe *per se* mente y objeto están escindidos. A toda teoría del conocimiento ha de corresponder una concepción ontológica, pues los predicados del conocimiento han de tener su correlato en la naturaleza que se le atribuye al objeto.

Por más de un siglo, los idealistas siguieron el derrotero trazado por Descartes, y se propusieron refinar las representaciones del espíritu puro, asumiendo el costo de perseverar en descubrir el estado o el momento de un conocimiento incontaminado; ensayaron fórmulas para proponer un entendimiento de esa visión contraevidente, la que en la imagen de Leibnitz era un mundo interior sin ventanas, y al que por fuerza le correspondía un mundo exterior también clausurado.

La filosofía debió esperar al siglo XVIII, a Kant, y que este ofreciera solución a la fractura sujeto-objeto, con la reformulación de la correlación entre el uno y el otro.

³³ DESCARTES, *Meditaciones metafísicas* (Barcelona: Ediciones Orbis, 1986), 68.

Para Kant el objeto es entidad que no se sustenta a sí misma, pierde la condición de *transcendente*, no vale autónomamente, por sí; y este es el giro kantiano: el objeto, si es *transcendental*, es una *cosa para sí*, para ser percibida, y no una *cosa per se*.

La investigación filosófica de Kant lleva a plantear que la exterioridad del mundo es aprendida, cierto, a través de sensaciones, pero antes que ello suceda, hay unas condiciones que hacen posible esa percepción, y son el *espacio* y el *tiempo*. Estos en singular, un solo espacio y tiempo, son creación de la mente humana, pueden ser concebidos cerrando los ojos; los sentidos son intuitivos, libres sin ser ocupados con cosas o vivencias. Lo que no es posible es percibir una cosa sin ubicarlas en el espacio; si todas ellas están frente a mí, están en el espacio; tampoco ninguna vivencia es concebible sin instalarla en la sucesión del tiempo. La mente encaja los objetos en prefiguración geométrica del espacio, o aritmética del tiempo, o de otra manera, dota a la realidad de formas para que sean comprensibles para la mente.

Pero la naturaleza es más compleja que solo geometría y matemáticas, están las ciencias de la naturaleza, las que Kant designa como física.

Este es el punto nodal de este discurso sobre la causalidad.

Las disquisiciones giran en distinguir y separar el conocimiento según su proveniencia, por un lado, lo que elabora la mente, y por otro, lo que proporcionan las sensaciones, con la finalidad de determinar consecuentemente la confiabilidad del saber obtenido. El uno es un *a priori* universal y, el segundo, derivado de la experiencia, siempre circunscrita a circunstancias del aquí y del ahora.

El conocimiento de la naturaleza entraña descubrir las leyes que rigen el movimiento de la materia, sujeta a una ley universal de que todo es efecto de una causa, y causa de un efecto.

*Se necesita que esos objetos que hay que tienen un ser estén entre sí relacionados como causa y efecto; porque si no lo estuvieran, si los objetos entraran, pasaran y desaparecieran, sin ley ninguna de enlace entre ellos, no habría posibilidad de conocimiento.*³⁴

³⁴ Manuel GARCÍA MORENTE, *Lecciones preliminares de filosofía* (Buenos Aires: Editorial Losada, 2021), 305.

Uno de los caminos seguidos por Husserl fue la línea de indagaciones de Descartes, que de inicio se consideraba a sí mismo como un neocartesiano, y fue su propósito descomponer el conocimiento, despojando a la conciencia de toda contaminación, pero llegando a una conclusión desalentadora: *la mayor enseñanza de la reducción es la imposibilidad de una reducción completa*.³⁵

La fenomenología instala el momento inmaculado del conocimiento en aquel instante en el que el mundo se revela a la conciencia, y esta es la única realidad abstraída de toda percepción. Este fue el punto de partida del primer Husserl en su camino investigativo, pero terminó en desencanto, pues sus conclusiones lo llevaron a una evidencia contraria, la de que los juicios de la conciencia no son frutos puros del intelecto, sino que están contaminados por las habitualidades de la percepción sensible. No es posible diseccionar la conciencia, en el proceso del conocimiento, liberándola de mundanidad, de los condicionamientos de la historia personal. La experiencia primaria de la conciencia no puede ser separada de su *carnalidad*, de la condición del ser vivo (Leib).

El examen de las percepciones a partir de la conciencia le llevó a concluir que esta no es autónoma, que se nutre de vivencias que no son suyas, de una historia. Husserl denomina *habitualidades* a ese sustrato que condiciona o se confunde con la conciencia, al momento de percibir.

Ese sustrato se constituye a partir de los movimientos del cuerpo, las interconexiones con los demás, con las que teje el mundo inter-constituido, de los instintos sedimentados en hábitos.

Husserl ilustra la interacción de las habitualidades en los juicios de conciencia, cuando refiere que, aunque no percibamos simultáneamente las seis caras del cubo, nos basta con las que están visibles para completarlas con las que están ocultas.

Esteban García anota sobre Husserl:³⁶

Toda percepción así como todo pensamiento actual y voluntario están determinados por el horizonte abierto por las habitualidades que operan constantemente por debajo suyo. Y aun si estas habitualidades se fundan en actos pretéritos, estos actos estaban ya determinados e impulsados por

³⁵ Edmund HUSSERL, *Meditaciones cartesianas* (México: FCE, 1996), 84, citado por García E. Maurice Merleau-Ponty, *Filosofía, corporalidad y percepción*, página 47.

³⁶ *Ibidem*, 60.

la fuerza de instintos originariamente ciegos, inconscientes, sin dirección a un objeto ni propios de un yo. El pasado habitual tanto como el pasado instintivo son el enorme suelo en que se apoyan y del que se nutren los actos presentes de la conciencia.

La visión dualista mente-cuerpo, con un centro de gravedad en el espíritu, se debilita con el giro de Husserl y abre el camino a nuevas investigaciones que conducen al rescate de la importancia de la corporeidad, a recuperar el valor del cuerpo en el proceso cognitivo.

Para relieves la importancia de este momento de la historia del pensamiento, se ha de entender aquí que se revierte la victoria que tuvo el espíritu sobre el cuerpo, y de tanta significación que se constituyó en el símbolo del fin de la Edad Antigua y la inauguración del Medioevo, a juicio de Peter Brown.

Por los nuevos caminos investigativos transita Merleau-Ponty quien desecha el punto de vista del *hombre interior* y adopta el hombre que es y está en el mundo, y que en esencia es un cuerpo, de una corporeidad que no es el contrapuesto del espíritu, sino el cuerpo espiritualizado, que está en movimiento, que está en relación con otros cuerpos, que no percibe a través de los ojos de la mente ni de los sentidos, sino que su integralidad se manifiesta en un comportamiento.

En el pensamiento de Merleau-Ponty la percepción deja de ser un elemento descriptivo del proceso del conocimiento, una frontera de lo sensible; se expande, se fusiona con todo un acervo que presupone con un solo flujo de la mente un momento de totalidad, tal que pudiera parecer a la conciencia misma.

¿Qué es lo que percibimos cuando sensibiliza nuestros sentidos una silla? ¿Ese mismo objeto que percibe la mariamulata que se posa sobre sus espaldas? Es una silla, porque nuestro cuerpo tiene un repertorio de percepciones motrices que nos conducen a que la representación que tenemos de ese objeto sea el que se ofrece para sentarnos.

¿Es admisible sostener el concepto de la percepción de los idealistas?

Ese dualismo de la modernidad arrolló al monismo que imperaba en el pensamiento helénico. Y los triunfos en las ciencias imponen deberes: el de formular una teoría más comprensiva, o con mayor poder de explicación que la que se formulara en la Antigüedad.

Pero ocurre que el idealismo epistemológico fue un distractor de la corriente del pensamiento del monismo que imperaba en Grecia. Allí, en la Antigüedad se plateaban tesis más comprensivas de las que siglos posteriores propondría el idealismo, y que se retoman hoy en la postmodernidad.

La teoría de Aristóteles apoyada en la intuición era la de la inseparabilidad del cuerpo y del alma, en contraste con la tesis contra-intuitiva de la dicotomía cuerpo-alma. Es más sencillo asimilar que esas dos sustancias están fusionadas en un ser viviente, que tienen existencias separadas y su condición de interrelación es la del sometimiento de la una a la otra.

En la percepción del ser viviente no cabe fácilmente la mera contemplación al modo de los idealistas, pues la percepción no es pasiva, es activa, es *una visión pensante*, y no solo una *visión pensada*.³⁷

De esa concepción monista se llegaba a un concepto sobre la percepción más comprensiva y dinámica. Para Aristóteles, más que un acto, la percepción era un movimiento, y de objetos también en movimiento.

Esta epistemología conlleva su propia ontología, en la que las cosas encierran sus causas. El conocer aquellas implica saber de estas. En la construcción aristotélica las cosas contienen su causalidad; las cosas son lo que son, lo que han sido, lo que serán, pues son o están en movimiento; los objetos se conocen a través de sus causas, cosas se transforman en otras, como a unas causas le siguen unos efectos. Así lo dice Aristóteles:

*... el ser tiene muchas significaciones, pero todas se refieren a un principio único. Tal cosa se llama Ser, porque es una esencia; tal otra porque es una modificación de la esencia, porque es la dirección hacia la esencia, o bien es su destrucción, su privación, su cualidad, porque ella la produce, le da nacimiento, está en relación con ella; o bien, finalmente, porque ella es la negación del ser desde alguno de estos puntos de vista o de la esencia misma. En este sentido decimos que el no ser es, que él es el no ser.*³⁸

Así, la percepción se acompasa con la dinámica interna de los objetos, que son no solo los presentes, sino también los desaparecidos y que evoca la memoria, y los del futuro que aparecen con la imaginación. La materialidad se disuelve en conceptos. Es la percepción proposicional.

³⁷ Son las expresiones de Merleau-Ponty, en el escrito de D. Honorato, *El fenómeno de la percepción en Aristóteles y Merleau-Ponty* (Chile: Universidad de Los Andes, 2016), 22.

³⁸ ARISTÓTELES, *Metafísica* (España: Edimat, 2001), 81.

Como señala Pineda:³⁹

Llegamos con ello a una de las nociones claves de la teoría aristotélica de la percepción: la de percepción proposicional, es decir, la idea de que, al percibir, captamos ciertas proposiciones y no solo cualidades; percibimos no la cualidad abstracta de lo blanco, sino que “esto es blanco”; no solo que hay una cosa blanca que resulta ser el hijo de Diaris, sino que “este es un hombre” y que “este hombre viene caminando”. Nuestra percepción es, pues, una percepción proposicional, esto es, la percepción de que alguna cosa es el caso, de que algo es o está sucediendo. Por supuesto, en cuanto proposicional, esta percepción puede ser verdadera o falsa, pues al decir que esto o aquello es blanco es posible el error, puesto que se arma algo de algo.

La escuela estoica se ocupó profusamente de esclarecer el proceso del conocimiento, desde la visión monista del universo y del ser humano.

La concepción monista de los estoicos comprendía muchas esferas, desde el universo hasta el proceso del conocimiento. Y, este es comprendido a partir de un elemento unitario, el alma, que comprende el logos y las percepciones. Pohlenz nos ilustra de ello al exponer el pensamiento de Crisipo:

... de este modo, tampoco admitió diferentes facultades del alma, sino que explicó que el mismo *hegemonikon* el que, según su determinación temporalmente provisional, piensa, juzga, siente, pero asimismo representa. Incluso la *phantasia* no es otra cosa que el propio órgano central en un determinado estado, en la medida en que, en efecto, sufre una transformación cualitativa por mor de una afección externa.⁴⁰

El estoicismo fue predominante medio siglo entre las dos eras, la antes y la de después de Cristo. Predicaba, a partir de la naturaleza unitaria del alma, del *hegeminikon*, un proceso de conocimiento en el que el objeto externo se percibe (*aisthesis*), es la mente la que lo capta (*katalepsis*), esta, la que representa lo percibido (*phantasia*), pero el logos debe aceptar o no esa representación, es *sintakatathesis*.

El monismo se traduce en que no hay escisión entre el *logos*, la máxima expresión del intelecto, y la *phantasia*, la realidad hecha imagen. Para Crisipo *estos dos factores se convirtieron en dos manifestaciones de una y*

³⁹ Diego Antonio PINEDA, “Phatasia en Aristóteles”, *Revista Universitas Philosophica*, n.º. 33 (2016): 131-164.

⁴⁰ Max POHLENZ, *La Stoa, historia de un movimiento espiritual* (Bogotá: Taurus, 2022), 82.

*la misma fuerza anímica que debe repercutir en ellas de la misma manera: determinada por el estado global del alma.*⁴¹

Estas visiones de la Antigüedad resultan más fecundas para la psicología moderna, que acoge formulaciones aristotélicas. Los avances de la psicología moderna han profundizado sobre el proceso operativo del pensamiento, han descubierto y descrito procesos fisiológicos del cerebro, pero se llega a un punto en el que la luz se vuelve penumbra, aquella en el que todos esos procesos se transforman cualitativamente para surgir un fenómeno, que solo puede ser designado por la filosofía, y con la expresión moderna de la conciencia, pero que sigue siendo tan inasible como en su momento lo fueron *phneuma*, un soplo cálido, *dynamys*, una fuerza, que utilizaron los griegos para explicar como el logos insuflaba la materia dándole vitalidad, o la *phantasia* para llegar al juico recto.

Aunque se haya avanzado en conocer la fisiología de cada uno de los sentidos, que la excitación mecano-receptora da cuenta de las presiones sobre la piel, la misma que tiene recepción neuronal en el “mapa espacial” del cerebro, sigue gravitando el misterio del paso de la mente a la conciencia, sigue siendo mágico el momento en que el hombre se percibe a sí mismo pensando, en el que integra todas las sensaciones originadas en cada uno de los sentidos para asumirlas como una experiencia única y propia, y enlaza esa experiencia con todas las suyas anteriores y se identifica a sí mismo como el único que las ha vivido.

Es de una importancia capital descubrir cómo opera el fenómeno de la integración o fusión de las imágenes proporcionados por cada uno de los sentidos. La investigación de Llinás orientada a desmitificar el yo, y hallar una base neural en la conciencia, tuvo la atrevida pretensión de reducir la conciencia a un momento del proceso operativo de la mente, señalando a la *cotemporalidad* de los disparos neuronales, la sincronización de las actividades de cada una de las especializadas células cerebrales, constituyéndose en *el mecanismo neurológico básico de la unidad perceptual*.⁴² Pero el tema va más allá de una interrelación coordinada de actividades de los sentidos. Las representaciones han de adquirir una entidad mayor que la suma de las mismas, deben ser transformadas en una única experiencia, en la que las partes cobren sentido.

⁴¹ *Ibidem*, 83.

⁴² LLINÁS, 141.

El nexa causal universal no es una inferencia lógica

La Corte de 2018 tiene el propósito de demostrar el nexa causal como un ente inasible; por sustracción de materia solo puede ser una inferencia lógica, o en términos probatorios, ser probado por inferencias lógicas.

Este supuesto de la Corte no tiene asidero.

1. El marco conceptual del dualismo cartesiano hoy es una construcción abandonada.

En la historia de la filosofía, el idealismo iluminó desde sus inicios la Edad Moderna, de la que hoy se discute su vigencia. El postmodernismo es una manera de llamar muchos de los cimientos de esta, que ya han sido renovados, sustituidos, o también subvertidos.

La epistemología ha sufrido una profunda transformación, y difícilmente se mantienen en pie sus conceptos vertebrales, como el de la verdad absoluta, la omnipotencia de la racionalidad, o la pureza del conocimiento por vía del intelecto.

El objeto exterior a la mente, el mundo de las cosas; las cosas por sí cedieron su paso a que los hechos valen en tanto son objeto de juicios, esto es a realidades modeladas por la mente. Y la mente *res cogitans*, esencia pensante, es la *conciencia* desde la que se pensó se podía percibir el mundo sin contaminarse de mundanidad; pero esa idea debió ceder el paso a explicaciones más comprensivas como la de la existencia de procesos complejos, de zonas de integración en la que se fusionan las percepciones de los objetos moldeados por la mente, con categorías, preconceptos, o conceptos creados por el intelecto, ya lo sea por capacidad innata, o por experiencia personal o un estado del conocimiento acumulado históricamente.

Hay una zona de transición en el proceso del conocimiento a la que convergen las percepciones sensibles, la imaginación, la memoria, los campos de sentido en los que se le da orden a las cosas y construidos según la experiencia vital, las categorías de la razón, esquemas mentales, que se fusionan para la elaboración de los juicios de la razón.

En este estado del saber resulta una afirmación simple e insustancial clasificar los fenómenos entre absolutamente materiales o totalmente intelectuales, y concluir que lo que no tiene una sustancia corpórea solo tiene existencia en el mundo de la lógica, que como el nexa causal no se percibe es una inferencia lógica.

2. Concluir que el nexo de causalidad es una inferencia lógica, a partir de que no es perceptible, es la formulación equivocada.

La Corte (2018) propone una nueva jurisprudencia para atribuir responsabilidades por daños. Para sustentar el giro jurisprudencial consideró que debía desprestigiar la hasta entonces vigente Responsabilidad de Causalidad Adecuada, y uno de sus blancos fue el nexo causal, haciendo un razonamiento, que simplificado era el siguiente: el nexo causal no es perceptible, y en su mundo dicotómico, por fuerza es una inferencia lógica, y como tal, no es verificable, entonces cae bajo la sospecha de subjetivismo. El remedio que propone es avanzar por el camino de la ciencia de los hechos positivos, que para el juez es el de los estatutos jurídicos, y desde allí observar el mundo.

Hacemos un paréntesis para señalar que, pese a que el enfoque de este escrito es en esencia filosófico, la importancia de circunscribir el nexo de causalidad a la esfera jurídica es parte del reduccionismo que supone pasar de la teoría de Responsabilidad por Causalidad Adecuada a la de Responsabilidad Normativa Objetiva. Esta restricción va de la mano con la que finalmente se propone, que es reducir el universo de causas a las que tienen relevancia jurídica.

La Corte adopta la lógica de la restricción que ha imperado en la epistemología. Mientras más se desconfía del conocimiento, más pequeña se hace la verdad a la que se aspira. En la medida en la que el concepto de la verdad absoluta de los positivistas, aquella que se supone es la afirmación de hechos verificados, se ha desmoronado, para no renunciar a la idea fundamental *verdad*, se ha optado por acotar lo que ello significa: i) se le tome provisionalmente hasta tanto no sea demostrada su *falsabilidad* (Popper); iii) es parte de la ciencia normal, la del paradigma vigente, que ha de ceder su paso, a otro, cuando este pierda poder explicativo (Kuhn), o solo relativa a determinado contexto, en el que hay una pluralidad de verdades, y cada una de ellas vale según el marco conceptual aceptado (Putnam). La restricción a que acude la Corte hace uso de la misma lógica, y frente a una naturaleza indemostrable del nexo causal es su supuesto, se limitan los márgenes de error en la medida en que se reduzca el universo de causas por examinar, la inabarcable totalidad de la naturaleza, sino las que se entrevean a través de las ventanas que ofrecen los estatutos de comportamiento contenidos en los reglamentos jurídicos.

La equivocación que atribuimos a la afirmación de la Corte de 2018 tiene como fuente madre la adopción de un esquema binario de los fenómenos, donde si no es A es B, si no es una cosa corpórea es una inferencia lógica. El conocimiento es un proceso, un flujo de fenómenos dinámicos que se interrelacionan creativamente, que tiene, para efectos de un análisis operacional, un comienzo en un objeto del mundo exterior, y un término es un juicio sobre esa la realidad externa, pero entre uno y otro hay una intensa fase de transición, de transformación, no tiene solidez dar por asentado que el nexo de causalidad solo puede ser parte de uno de los extremos, y descartar que su surgimiento e inserción ocurre en la zona de transición.

Desde la perspectiva idealista, el nexo de causalidad, el que subyace en el postulado de Kant que a toda causa le sigue un efecto, y detrás de todo efecto hay una causa, es un presupuesto de la mente, una condición de posibilidad del conocimiento de las ciencias de la naturaleza, como lo es el tiempo para las matemáticas o el espacio para la geometría.

El mundo esta ordenado por una red o por una cadena de nexos causales. La ciencia es el saber de las causas y los efectos de las cosas en la naturaleza. La existencia del nexo de causalidad universal está en el terreno de la filosofía, y la determinación del nexo causal de fenómenos específicos está en la ciencia.

Así, para el juez que pretenda fundamentar su decisión filosóficamente, ha de partir de un estado del conocimiento o filosófico. Ya se tome entonces la perspectiva materialista Aristotélica o la idealista kantiana, el nexo de causalidad está en las cosas mismas o es un presupuesto del conocimiento, y en manera alguna un objeto del conocimiento. En cualquiera de los casos no cabe dentro de la categoría de las cosas por percibir. Se ha de tomar por pacífica su existencia.

La omnipresencia del nexo de causalidad en los fenómenos del mundo desvirtúa la pretensión de derivar juicios de confiabilidad sobre una tesis según pruebe o no el nexo causal universal.

Lo que se ha de probar es la manifestación del nexo de causalidad en los sucesos bajo estudio del juez de la responsabilidad. Y, aquí se ha de fundamentar científicamente este nexo de causalidad específico, descubrir cómo funciona en los fenómenos reales. Finalmente, eso es a ciencia. En la expresión usual de las palabras corrientes se encierra sentido común, como

el de la acepción de ciencia según el DRAE: “*el conocimiento cierto de las cosas por sus principios y causas*”.

El nexo causal que le corresponde al juez descubrir es el particular, el que enseña la ciencia a través del examen natural de las cosas. Y la ciencia no es sola la del Derecho, es la de todos los campos de la ciencia que convergen en el plano de la realidad concreta. Aquí nuestras reflexiones se detienen, sabiendo que a partir de ese conocimiento pasa a formular imputaciones de responsabilidad, y para ello formula juicios de adecuación jurídica, cuya incidencia y penetración en el juicio de las causas naturales genera otras controversias que están por fuera de la preocupación de este escrito, salvo en cuanto se considere que la limitación del campo de sentido, el examen a los estatutos jurídicos es un correctivo, o un remedio a una nebulosa aprehensión del nexo causal.

Bibliografía

- ALPA, Guido. *Los principios de la responsabilidad civil*. Bogotá: Temis, 2018.
- ARISTÓTELES. *Ética nicomaquea*. Política. traducción de A. Gómez Robledo. México: Porrúa, 1992.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. España: Edimat, 2001.
- AYER, Alfred. *Lenguaje, verdad y lógica*. Barcelona: Editorial Orbis, 1984.
- APEL, Karl Otto. “Autocrítica o autoeliminación de la filosofía”. En *Hermenéutica y Racionalidad*, compilador, Vattimo. Bogotá: Editorial Norma, 1994.
- BERTI, Enrico. “¿Cómo argumentan los hermeneutas?”. En *Hermenéutica y Racionalidad*. Bogotá: Editorial Norma, 1992.
- CARNAP, Rudolf. *Fundamentación lógica de la física*. Barcelona: Orbis, 1985.
- DESCARTES. *Meditaciones metafísicas*. Barcelona: Ediciones Orbis, 1986.
- FERRATER-MORA, José. *Indagaciones sobre el lenguaje*. Madrid: Alianza Editorial, 1980.
- GABRIEL, Markus. *El sentido del pensamiento*. Barcelona: Pasado & Presente, 2019.
- GARCÍA MORENTE, Manuel. *Lecciones preliminares de filosofía*. Buenos Aires: Editorial Losada, 2021.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- _____. *Conocimiento e interés*, Madrid: Editorial Taurus, 1982.

- HAWKING, Stephen. *Agujeros negros y pequeños universos y otros ensayos*, editado en 1993
- HUSSERL, Edmund. *Meditaciones cartesianas*. México: FCE, 1996.
- KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducido por García Morente. Madrid: Espasa Calpe, 1946.
- KRAUSS, Lawrence. *Un universo de la nada*. Madrid: Pasado y Presente, 2013.
- LÓPEZ-VILLEGAS, Eduardo. *Derecho y argumentación*. Bogotá: U Javeriana - Editorial Ibáñez, 2011.
- MOORE, M. *Causalidad y responsabilidad*. Madrid: Marcial Ponds, 2011.
- NOCKZIC, Robert. *Naturaleza de la racionalidad*. Barcelona: Paidós, 1995.
- OLIVÉ, León. *Racionalidad epistémica*, compilación. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- PERELMAN, Ch. y L. Olbrechts. *Tratado de la argumentación*. Madrid: Gredos, 1989.
- PINEDA, Diego Antonio. "Phatasia en Aristóteles". *Revista Universitas Philosophica*, n.º. 33 (2016): 131-164.
- POHLENZ, Max. *La Stoa, historia de un movimiento espiritual*. Bogotá: Taurus, 2022.
- RANDALL, L. *La materia oscura y los dinosaurios*. Barcelona: Acantilado, 2016.
- RESCHER, N. *La racionalidad*. Madrid: Tecnos, 1993.
- SANTOS, Jorge. *Responsabilidad civil*. Bogotá: Temis, 2023.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico Philophicus*. Madrid: Gredos, 2017.

RESPUESTA A LA INTERVENCIÓN DEL ACADÉMICO
EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS POR SU TRABAJO
“DISERTACIÓN FILOSÓFICA EN EL CONTEXTO
DEL ECLIPSE DE LA CAUSALIDAD”, EN SU ASCENSO
A MIEMBRO DE NÚMERO

Álvaro Orlando Pérez Pinzón*
Académico de número

Señores presidente, primer vicepresidente y secretario general de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Señores académicos e invitados especiales que concurren al acto de manera presencial y remota. Apreciada familia del doctor Eduardo López Villegas.

La Comisión de la Mesa me permitió el honor de contestar el importante trabajo presentado por el doctor López Villegas en búsqueda de su ascenso a la categoría de Miembro de número, a solicitud del propio académico López Villegas. A la ilustre Academia y al culto aspirante, mis infinitos agradecimientos por tan enorme designación.

Sobre el doctor López Villegas todos sabemos, y la lectura sintética de su hoja de vida corrobora sus indiscutibles atributos como pensador, es un jurista que conoce las diversas áreas del derecho y, más allá de este, que ha mirado con

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Ciencias Penales, Criminológicas y Criminalísticas, por la misma Universidad. Ex-presidente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Secretario regional para América Latina de la Sociedad Internacional de Defensa Social. Exdirector de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Autor de varias obras de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Decano fundador de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Ibagué. Profesor universitario. Abogado en ejercicio.

profundidad otras esferas del saber como se demuestra, a título de ejemplo, con sus varias columnas en la “Revista Eje 21” y con su libro *Derecho y argumentación*.

Con la solicitud por la primera persona, permítanme afirmar que, si agrego las varias conversaciones que hemos tenido el doctor López y yo, desde ya hace años sobre diversos tópicos, en las que fundamentalmente lo escucho y me instruyo, la conclusión es, entonces, que nos hallamos ante un muy calificado señor universal.

Desde cuando uno pisa la universidad y a lo largo de esos cinco años, y más, los profesores, conferencistas, investigadores, de una u otra manera empiezan a taladrar nuestro cerebro con uno de los grandes dilemas del derecho: de una parte, con el “derecho natural” o “iusnaturalismo” y, de la otra, el “derecho positivo”, a veces puramente empirista. Y por supuesto, nunca dejaron de hablar de Hans Kelsen y, desde luego, de los puristas del derecho, en el sentido de que “derecho” equivale a lo que diga la ley; lo mismo que equivocada, pero “corregidamente” se bautizaba al artículo 230 de nuestra Constitución Política: “Imperio de la ley”. Equivocadamente, porque “ley” se debe entender con el sentido que le da el intérprete en la práctica el juez, vale decir, con la jurisprudencia, y porque *ley* es también ley con equidad, doctrina seria, principios generales del derecho, costumbre (esta, por *mandato* de la Corte Constitucional) y jurisprudencia.

No obstante, en la mayoría de las universidades se sigue “enseñando” “ley formal”, no derecho. De cuando en cuando, en algunas de ellas se dictan optativas o pocas horas de clase, habitualmente los sábados, sobre sociología, filosofía, antropología, psicología, etc., bajo el título de Ciencias Auxiliares del Derecho, cuando, en verdad, de ellas brota el derecho y con ellas se hace el derecho.

Pero otros ilustres estudiosos piensan de manera diferente. Así, por ejemplo, Eugen Ehrlich, cree en la investigación del *derecho vivo*, centrado no tanto en aquello que dicen los tribunales y que se reconoce como obligatorio en una determinada controversia jurídica, sino en aquello que los seres humanos observan y califican como derecho *en la vida social*. Lamentablemente, Ehrlich permaneció muchos años casi “escondido” u “oscurecido”, tal, debido a la fuerza arrolladora y ataques de Kelsen y sus seguidores con su teoría del “derecho puro”. Curiosamente, Ehrlich tuvo enorme repercusión en el mundo oriental, concretamente en el Japón,

como lo demuestran las numerosísimas publicaciones hechas en este país. De la misma manera, Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, padre de la hermenéutica, se desprendía del torrente mayoritario para concebir la hermenéutica, y por esa vía, la interpretación como necesidad de penetrar en lo *hondo* de la letra de los textos, en búsqueda de *comprensión* de las palabras, más allá de su simple *sentido*.

Y aquí ya se capta un tremendo problema filosófico: el derecho como texto emanado del legislador, o el derecho como dimanante de la vida de los grupos sociales.

La ley natural y la ley positiva siguen en disputa. El debate iusnaturalismo – positivismo parece no tener fin o, por lo menos, no se vislumbra, a pesar de bastantes intentos. Ante ello, los estudiosos han optado por lo que se conoce como “tercera vía”, que podemos ejemplificar con los siguientes trabajos:

1. Los planteamientos de Radbruch en torno de su “teoría de la justicia”.
2. Las “teorías de la argumentación”.
3. Los “principios generales del derecho” (*General Principles of Law*), frente a “campos de juego inciertos”, “zonas grises”, “casos difíciles” (*hard case*), “lógica confusa” (*fuzzy logic*), etc., que pueden ser solucionados, verbigracia, acudiendo al *pacta sunt servanda*, al Estado de Derecho, y a los principios de buena fe, culpabilidad, igualdad de trato, proporcionalidad, imparcialidad y justicia.
4. Los “estudios críticos del derecho” (*critical legal studies*), que debaten con los análisis económicos del derecho, se oponen al positivismo jurídico empirista, rebajan el alcance de la dogmática jurídica y perciben el derecho como un conjunto de regla sociales.

El académico López Villegas se ha referido a una decisión de la Sala de Casación Civil y Agraria (y ahora rural), de la Corte Suprema de Justicia, sobre la relación de causalidad, que esa Sala desecha por ser un problema de filosofía, ajeno al derecho. Yo, neófito en derecho civil, he estudiado con cuidado las palabras del doctor López Villegas sobre esa decisión, y la verdad me han impactado. Entonces, he acudido a uno de mis archivos, en el que reposa una hermosísima sentencia de casación de la misma Sala, del

año 2009, que guardo con mucho cuidado. En esta sentencia, entre otros aspectos, se afirma lo siguiente, de amplio y profundo calado:

Según se observa, los principios jurídicos son un acumulado de saber práctico, que sirve de guía a las acciones humanas. En su estructura lingüística son enunciados normativos, prescriptivos, del deber ser, deontológicos. Hay en ellos mandatos, prohibiciones, permisiones o valoraciones implícitas que no tienen como función describir la realidad, sino ser guías para las acciones humanas o exhortaciones al logro de metas social e individualmente deseables.

En verdad los principios ingresan al torrente jurídico como lo hacen las palabras al idioma, es decir, surgen en la práctica común, su existencia depende del uso y de la adhesión de los hablantes. Así, cuando las Academias de la Lengua intervienen lo hacen para reconocer un hecho: el uso. Transpuesto a los principios, cuando el legislador o los jueces aplican el principio o este ha sido consagrado en fórmulas legales o constitucionales -es decir, se ha positivizado- se produce apenas la verificación de una existencia irrefutable, pero este acto de reconocimiento nada añade en su validez formal, pues su fuente y existencia es puramente axiológica.

Por ello, la consagración legal o constitucional de un principio en nada altera su esencia, pues sin negar la fuerza simbólica y retórica que tiene la recepción positiva en un ordenamiento, su existencia no puede quedar subordinada a ese reconocimiento y, en todo caso, ni el legislador, ni el propio constituyente podrían simplemente aniquilarlos. La presencia de un principio en un cuerpo legal o constitucional sería una muestra de adhesión política, pero jamás podría decirse que en ese momento comienza la existencia del principio. Así, por ejemplo, si el principio de «buena fe» toma lugar en una Constitución, el retiro posterior de la Carta Política o de apartes de ella, jamás podría tener como efecto normativo la autorización para obrar impunemente, o de mala fe [...]

En lo que a Colombia concierne, a lo largo de la historia jurídica han sido diversas las soluciones planteadas -en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia- en busca de llenar el vacío que deja la falta de ley escrita para solucionar un caso en conflicto, y en cada solución se asoma el matiz propio del transitar filosófico, político y social de cada época [...]

Como se ve, en el derecho colombiano, en el artículo 4º de la Ley 153 de 1887, se alude a que <los principios del derecho natural, y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos>. Pero además de remitir a los principios del derecho natural, el modelo o

sistema colombiano consagra en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, que *cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.*

Si se entendiese, como describe Norberto Bobbio para el sistema italiano, que la remisión a los principios generales del derecho es excesivamente amplia y que por ello fue deliberadamente restringida, a los principios generales del ordenamiento “del Estado”, tendría que concluirse que en Colombia quedó consagrado un modelo de heterointegración, pues el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 remite a las *reglas generales del derecho*, sin limitarlas a las previstas en el ordenamiento jurídico del Estado; pero si ello no fuera bastante para hallar la fisonomía del sistema colombiano, recuérdese que el artículo 4° de la Ley 153 de 1887, alude a los *principios del derecho natural*, con lo cual no queda duda que en la legislación patria, anida un modelo de hetero-integración, abierto, incluso, a los principios del derecho natural; por todo ello, la forma de colmar las lagunas debe acompañarse con lo que manda ese cuerpo normativo centenario, es decir, con apertura hacia los principios generales y al derecho natural.¹

Basta comparar: en un extremo está la Sentencia del 12 de enero del 2018, de la Sala Civil (Radicación SC 002-2018), que problematiza el doctor López Villegas, a propósito de un tema de responsabilidad por daños. En ella, la Corte refuta y aleja totalmente del derecho la filosofía que entraña el punto, específicamente sobre la relación de causalidad y, más exactamente, en torno de la teoría de la causalidad adecuada, para sustituirla por la denominada “Responsabilidad Normativa Objetiva”. En el otro extremo, la Sentencia de la misma Sala de la Corte Suprema de Justicia, del 7 de octubre del 2009, en la que se fija todo lo contrario: el derecho abrazado particularmente por la filosofía y sus consecuencias.

Si en términos elementales, la filosofía es la explicación y la manera de ver todas las cosas, la observación del mundo y del universo, el estudio de los principios que rigen la vida, etc., está clara su trascendencia. Y para ser decentes, una es la filosofía de la Corte en el 2018, y otra, es su decisión del 2009. Mas en las dos hay filosofía. ¿Cómo podría un ser humano, un ciudadano, un científico, un jurista, ausentarse de la filosofía? Imposible.

¹ Sentencia de casación del 7 de octubre del 2009. Exp. 05360-31-03-001-2003-00164-01, M. P. Edgardo Villamil Portilla.

Sófocles vuelve una vez más a la vida como todos los días. Sófocles y “Antígona” están vivos: “Antígona”, quien creyendo en la divinidad, en la tradición, en las “leyes” de los dioses, en la ley suprema, de la que emanan todas las demás, disputó con Creonte, rey accidental de Tebas, quien la condenó a la caverna hasta cuando muriera, porque contravino sus “leyes”. Tiresias, el gran sabio ciego de la antigua Grecia, con total nitidez hizo ver a Creonte que había incurrido en muchos errores frente a “Antígona”. Creonte, entonces, perdonó, y angustiado ordenó la liberación inmediata de “Antígona”. Pero llegó tarde. Se impuso la tragedia. ¡Que ojalá la jurisprudencia nunca más llegue tarde!

Bibliografía básica

- CASTAÑO BEDOYA, Alejandro. *Teoría dinámica del derecho*, Medellín: Librería Jurídica Comlibros Ltda., 2005.
- EHRlich, Eugen. *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*. Traducción y estudios preliminares de Juan Antonio Gómez García, José Luis Muñoz de Baena y Gregorio Robles Morchón, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, traducción de Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- LACLau, Martin. “La sociología del derecho como disciplina científica en Eugen Ehrlich”. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Revista de la Asociación Argentina de Derecho comparado, n.º.11* (1991): 9 a 31.
- REHBINDER, Manfred. *Sociologia del diritto*, traducción e introducción de Salvatore Patti. Padova: Cedam, 1982.
- ROBLES, Gregorio. *Sociología del derecho*, 2ª edición. Madrid: Civitas, 1997.
- ROBLES, Morchón. *Ley y derecho vivo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: UNA MIRADA A SU INCORPORACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO*

Jorge Villegas Betancur**
Académico de número
Capítulo seccional (Medellín)

“Los tres pilares del trípode del consentimiento son el deseo, los datos y la duda”.

Frank Herbert

Resumen: Este artículo explora el concepto de consentimiento informado y su evolución dentro del derecho colombiano. Inicia trazando la incorporación del consentimiento informado en diversos sectores como el derecho civil, financiero y médico, resaltando su papel fundamental en garantizar una toma de decisiones transparente entre las partes. Además, se examina el consentimiento informado tanto como una obligación contractual como un principio jurídico más amplio basado en la buena fe. Asimismo, se discuten las influencias de las normativas de protección al consumidor y los importantes desarrollos legales que han moldeado la comprensión y aplicación del consentimiento informado en Colombia. El análisis se apoya en referencias a marcos legislativos clave y jurisprudencia, ofreciendo una revisión integral de cómo opera el consentimiento informado en múltiples disciplinas jurídicas.

* Trabajo presentado en sesión del 30 de mayo de 2024 para el ascenso a “Miembro de número” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Abogado (1987). Especialista en Derecho Financiero y de los Negocios y Magister en derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. Profesor del Negocio Jurídico Financiero de la Especialización en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad EAFIT. Vicepresidente de Asuntos Legales y Corporativos de La Cámara de Comercio de Medellín Para Antioquia.

Contacto: jorge.villegas@camaramedellin.com.co

Palabras clave: Consentimiento informado; derecho colombiano; derecho contractual; protección al consumidor; buena fe; ética médica; evolución jurídica.

INFORMED CONSENT A LOOK AT THEIR INCORPORATION INTO COLOMBIAN LAW

Abstract: This article examines the concept of informed consent and its integration into Colombian law. It traces the historical development of informed consent across various legal fields, including civil, financial, and medical law, emphasizing its key role in facilitating transparent decision-making between parties. The author explores informed consent as both a contractual obligation and a broader legal principle rooted in good faith. Additionally, the article highlights the impact of consumer protection regulations and significant legal developments that have shaped the understanding and application of informed consent in Colombia. Through analysis of key legislative frameworks and court rulings, the article provides a comprehensive review of how informed consent operates within different legal contexts.

Keywords: Informed Consent; Colombian Law; Contract Law; Consumer protection; Good Faith; Medical Ethics; Legal Evolution.

Generalidades de la institución jurídica “Consentimiento Informado”

El propósito inicial del trabajo fue hacer un ejercicio de identificación de la cronología de la incorporación del *consentimiento informado* en el sistema jurídico colombiano. Sin embargo, en el ejercicio de análisis de las fuentes nos encontramos con una dificultad metodológica, en la medida en que la institución no tiene el mismo tratamiento en las distintas especialidades del derecho. Si bien es cierto que en todas ellas forma parte de los elementos de existencia o validez del negocio jurídico, su tratamiento, naturaleza jurídica, requisitos de tiempo y modo y las sanciones por su inobservancia son diferentes: (i) en el derecho civil se le cataloga como una *obligación secundaria* derivada del principio de la buena fe; (ii) en el derecho de los seguros y el derecho médico, como un *deber especial de información*, con el propósito de ayudar a las partes contratantes a precaver el vicio del consentimiento por causa de error; (iii) en el derecho comercial y en el derecho financiero, como un *derecho innominado* del consumidor a ser informado, y (iv) en el derecho del consumo de finales del siglo XX, como un *derecho nominado* en las normas de protección de los consumidores.

En todos esos tratamientos, el *consentimiento informado* es un proceso volitivo de la persona (facultad de decidir y ordenar la propia conducta, vinculada al libre albedrío y a la libre determinación), que requiere como paso previo a la emisión de la manifestación de voluntad una información clara, suficiente, oportuna y veraz, de acuerdo con el negocio jurídico concreto, para precaver incurrir en vicios del consentimiento por error.

Las relaciones negociales han surtido grandes cambios en la medida en que los fenómenos políticos, económicos y sociales han evolucionado: del sistema de producción feudal, basado en economías rurales y rústicas, a un sistema de producción capitalista, que conllevó una transición a economías urbanas, con influencia de la industrialización con sistemas de producción en volumen y el desarrollo de mercados con relaciones negociales masivas.

Como respuesta a esos cambios políticos, económicos y sociales, el derecho de los contratos ha evolucionado adoptando el sistema de contratos preestipulados o en serie, bajo la modalidad de contratos por adhesión, para atender las dinámicas de esos fenómenos, en los que las relaciones negociales se dan en grandes cantidades y son realizadas por muchos sujetos al mismo tiempo, pero, además, son realizadas por los mismos sujetos de forma reiterada o recurrente en cortos periodos.

El *consentimiento informado*, concepto desarrollado en el seno del derecho moderno, no es una modificación de la estructura del negocio jurídico que conocemos desde el derecho clásico, por cuanto no altera los elementos de la existencia¹ o validez² como son la voluntad, el consentimiento libre de vicios, el objeto y la forma solemne. Por el contrario, es el desarrollo de uno de los elementos de la existencia y validez³ del negocio jurídico, como

¹ **Los requisitos para la existencia de los actos jurídicos.** Ciertas condiciones generales son indispensables para la formación de los actos jurídicos; sin ellas, estos no pueden nacer, no existen, son nada frente al derecho. Tales condiciones son *la voluntad manifestada*, el *consentimiento*, el *objeto* y la *forma solemne*. Sin la *voluntad manifestada* o sin el *consentimiento* no hay, por definición, acto jurídico. Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7ª. ed. (Bogotá: Temis, 2016).

² **Los requisitos para la validez de los actos jurídicos.** Pero, por otra parte, también hay condiciones que ya no se refieren a la *existencia* misma de los actos jurídicos, sino que tocan con su *validez*. Como ya quedó dicho, un acto *existe* cuando en él se dan la voluntad o el consentimiento, el objeto y la forma solemne prescrita por la ley. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría general del contrato*....

³ **Resumen de los requisitos.** De acuerdo con lo anteriormente expuesto, resulta que los requisitos para la existencia de los actos jurídicos son la *voluntad* o el *consentimiento*, el *objeto* genérico y específico y la *forma solemne*, mientras que los requisitos para la validez de aquellos son la

lo es el consentimiento libre de vicios. Ese desarrollo parte del principio de la buena fe como principio general del derecho civil, pasando por la buena fe pre y contractual del Código de Comercio y la buena fe ubérrima (*ultra bona fidei*) del contrato de los seguros. En todas aquellas modalidades del principio se envuelve en su esencia el *deber de información*⁴ para la emisión de un consentimiento libre de vicios, deber que es finalmente recogido por el derecho moderno bajo formas más sofisticadas en cuanto a su contenido, tiempo y modo en que se debe presentar, y que se ha denominado *consentimiento informado*.

Actualmente se asocia el desarrollo normativo del *consentimiento informado* con las dinámicas de los sistemas de protección de los consumidores de finales del siglo XX y de los del siglo XXI. Creencia errónea en la medida en que su elemento medular, el *deber de información*, como señalamos, ha sido un componente de los elementos de existencia y validez del contrato, como lo son la voluntad y el consentimiento en los sistemas jurídicos clásicos, derivados del principio de la buena fe. En su trabajo “Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo”, Salgado Ramírez explica que los juristas romanos discutieron sobre la problemática del alcance y delimitación del deber de información. Discusiones que se desvanecieron en la era

capacidad de los agentes, la ausencia de vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo), la ausencia de lesión enorme, la licitud del objeto, la realidad y la licitud de la causa y la plenitud de las formalidades prescritas por la ley. OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría general del contrato...*

⁴ El deber de información contractual es una obligación emanada de la buena fe. La buena fe es una regla relacional de comportamiento cuyo contenido es objetivo y su entendimiento va siempre en función de la tutela de ambas partes en el contrato, o sea, en garantía de la confianza de que mutuamente seguirán los postulados de buena fe. Por ello, no se la puede tomar con una elasticidad que le permita al obligado comportarse según su mejor saber o entender, con sacrificio del interés ajeno. El sujeto debe actuar con lealtad y corrección plenas, de acuerdo con los patrones generales de conducta y, en cada caso en particular, de conformidad con los más estrictos que impone la naturaleza del contrato en cuestión. La buena fe contractual, como norma de comportamiento, extiende autoridad y orientación a todo el ámbito contractual, convirtiéndose en una columna importante del contrato. La fuerza que tiene la buena fe dentro de su función integradora como principio general del derecho se ha encargado no solamente de colmar las lagunas existentes en la legislación, sino también de servir de apertura del derecho a las nuevas circunstancias que se presentan en el tráfico jurídico con una proyección innovadora. Es por ello por lo que la buena fe da lugar a obligaciones adicionales a las convenidas por las partes, obligaciones que son inherentes a la relación contractual, y que en ningún momento entran a alterar su naturaleza, si no, por el contrario, a ajustar el comportamiento de las partes a parámetros de lealtad, diligencia, honestidad, probidad, entre otros valores, los cuales son exigibles en todas las relaciones negociales. Carlos Alberto CHINCHILLA IMBETT. “El deber de información contractual y sus límites”. *Revista de Derecho Privado*, no. 21(2011): 327-350.

de la codificación, pero que tuvieron un renacimiento con el fenómeno del consumo en masa y del *boom* del deber de información en el ámbito del derecho comunitario europeo.⁵

El concepto de *consentimiento informado*, como lo denominan algunas de las legislaciones modernas y especializadas, entre ellas las que regulan los servicios de salud y procedimientos médicos, los regímenes de protección a los consumidores de productos y servicios financieros y los consumidores en general,⁶ hace referencia al *deber de información* que recíprocamente tienen las partes en un contrato para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas.

Las características y condiciones de ese deber de información para un consentimiento sano y libre de vicios varían, de un lado, por la función económica y por la naturaleza del contrato específico, esto es, por el tipo contractual, y, de otro lado, por los cambios normativos recientes, como los postulados del Estado Social de Derecho, del que se deriva una fuerte injerencia en el principio de la autonomía de la voluntad en procura de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en temas como la salud, las actividades financiera, bursátil, aseguradora, y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de

⁵ Ya desde la Antigüedad griega y romana, filósofos y juristas lidiaron con la dificultad de delimitación del deber precontractual de información, y tanto sus discusiones como los casos reales e hipotéticos por ellos planteados marcaron la configuración de su estudio posterior, pasando por el Medioevo, por santo Tomás, por los teólogos de la segunda escolástica (fundamentales para el desarrollo del pensamiento económico), hasta llegar incluso a reflejarse en los estudios de importantes doctrinantes ya bien entrado el siglo XVIII. Solo con el advenimiento de las codificaciones, en particular la del derecho francés, puede decirse que mermó su estudio, el cual solo *renacerá* (al menos para el sistema de derecho romano) con ocasión del fenómeno del consumo en masa y del *boom* de deberes de información en el ámbito del derecho comunitario europeo. No es, por tanto, una cuestión reciente, sino una problemática con una tradición de más de dos milenios la que viene a ser desempolvada. Catalina SALGADO RAMÍREZ. “Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo”, 305-306, en *Perspectivas del Derecho del Consumo* de Carmen Ligia Valderrama Rojas (dir.) (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013).

⁶ El Estatuto del Consumidor Financiero (Ley 1328 del 2009) y el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 del 2011).

captación del público, las relaciones de consumo⁷ y la administración de justicia mediante los métodos de resolución de controversias.

La incorporación del concepto de *consentimiento informado* en el sistema jurídico colombiano, específicamente en el ámbito del derecho privado y concretamente en el derecho de los contratos, se da en diferentes momentos y atendiendo a una muy variada gama de necesidades o fenómenos políticos, económicos o sociales. Por ello es necesario, desde el punto de vista metodológico, aplicar dos variables que faciliten la comprensión del tema: de un lado, la de la línea del tiempo (cronología) y, del otro, la del alcance, en procura de dilucidar la naturaleza jurídica, establecer las características (condiciones de tiempo, modo y lugar) e identificar las problemáticas que se pretenden solucionar o las necesidades que se quieren cubrir con la regulación adoptada. En cada una de esas variables haremos referencia al marco legal, algunas alusiones a la doctrina desarrollada y, finalmente, pues no podría faltar en un trabajo para la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a algunas líneas marcadas por la jurisprudencia nacional.

En ese orden de ideas, en el derecho de los negocios en Colombia la evolución de la obligación de las partes, en cuanto a proveer información con el propósito de la emisión de un consentimiento libre de vicios, la podríamos separar en cinco hitos: (i) el sistema del Código Civil colombiano; (ii) la legislación sobre seguros en Colombia hasta el inicio de la vigencia del Código de Comercio; (iii) el régimen del Código de Comercio de 1971; (iv) la regulación en materia de ética médica; (v) la era de protección de los consumidores en Colombia.

El sistema del Código Civil colombiano

En el Código Civil, el régimen de los contratos está soportado en los pilares de los elementos de existencia y validez del negocio jurídico: entre los primeros destaca el artículo 1502,⁸ que las personas (contratantes)

⁷ En diversos espacios académicos se predica de estas actividades, esto es, la financiera, aseguradora y bursátil, y de los mercados y el consumo, que, de conformidad con la filosofía del derecho y la sistemática jurídica, reúnen los elementos necesarios para sostener su autonomía como ramas del derecho.

⁸ **Artículo 1502.** Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1.º) que sea legalmente capaz. 2.º) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3.º) Que recaiga sobre un objeto lícito. 4.º) Que tenga una causa lícita.

consientan el acto o la declaración (la voluntad) y que su consentimiento no adolezca de vicio. En este sistema, a diferencia del régimen del Código de Comercio colombiano, no se reguló el proceso de formación del consentimiento,⁹ pero se desarrollaron los tipos de error que vician ese consentimiento.

El deber de información no estaba desarrollado en sus elementos o en sus características. Su alcance fue dado por los fallos de la Corte Suprema de Justicia alrededor de las controversias por vicios del consentimiento por error, fuerza o dolo contemplados en el artículo 1508.

El Código Civil, como estructura base del sistema de los contratos del derecho privado, no contempló de manera expresa disposiciones que regulen aspectos como el contenido o la forma en que debe suministrarse la información que va a servir como elemento de juicio para la toma de la decisión sobre la celebración o no del contrato. Ese deber de suministrar información surge, entonces, del principio de la buena fe,¹⁰ de allí se desprende esa obligación con la otra parte, con el propósito de evitar la intromisión de vicios que afecten la existencia o la validez del consentimiento.

El principio de la buena fe¹¹ funge como articulador de los elementos de existencia y validez del negocio jurídico que, como lo ha dicho nuestra

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

⁹ “Las legislaciones antiguas, continuadoras ortodoxas de los principios del derecho romano, parecen ignorar qué sucede antes del contrato con las declaraciones de voluntad que lo formarán. Parten del supuesto de que el contrato es un acuerdo prácticamente simultáneo entre las partes, cuando en realidad esas partes han recorrido a veces un camino bastante espinoso y demorado para llegar al contrato”. Jaime ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2003).

¹⁰ En efecto, es el caso del deber de información contractual, el cual consiste en dar noticia, informar, enterar a la contraparte de las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido y los efectos de este, entre otros elementos que permiten, dentro del periodo precontractual, la determinación de la decisión de contratar en las condiciones que sirvan para satisfacer los propios intereses de los contratantes, como también la subsiguiente ejecución del contrato orientado al cumplimiento debido de las obligaciones a cargo bajo los postulados de buena fe. Martha L. NEME VILLARREAL, “El consentimiento informado del consumidor: del sinalagma a las exigencias de información”. *Ensayos de Derecho Privado*, 8, n.º. 96 (2018).

¹¹ **Artículo 1603.** Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Corte Suprema de Justicia,¹² debe existir no solo en la ejecución del contrato, sino también en la etapa precontractual, esto es, en todo el iter contractual.

Ha indicado además la Corte, haciendo alusión a los elementos o características del principio de la buena fe en las relaciones negociales:

Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás; en síntesis, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad.¹³

En igual sentido, la doctrina, para esta etapa precontractual, decantando los deberes que emanan del principio de la buena fe, ha resaltado el *de aviso* para prevenir que la otra parte incurra en error respecto a un elemento esencial del negocio.¹⁴ En similar sentido, Neme Villarreal resalta que

... el deber de información contractual es una obligación emanada de la buena fe, la cual facilita decidir la conveniencia del negocio, prevenir los riesgos y determinar el alcance de las obligaciones y los derechos asumidos en aras de una correcta ejecución del contrato.¹⁵

Si tratamos de dilucidar la naturaleza jurídica del *consentimiento informado* en este hito del régimen del Código Civil, ante ausencia de norma expresa que lo defina, describa o mencione, debemos acudir a los distintos análisis doctrinales y los fallos de la Corte Suprema de Justicia sobre vicios del consentimiento cuya causa sea el *error*.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001, Exp. 6146, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo J.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de agosto de 2000, Exp. 5372, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

¹⁴ Jorge PARRA BENÍTEZ, en *Estudio sobre la buena fe*, citando a Manrique Nieto (2007), señala que “la doctrina, por otra parte, se ha ocupado de esclarecer más los deberes que brotan de la buena fe en la etapa precontractual, como sigue: 1° La parte que en el curso de la negociación se percata de que la otra incurre en error respecto de un elemento esencial del negocio tiene el deber de aviso, pero no se exige una búsqueda de las causas de dicho error, ni una precisión de otros particulares datos para iluminar a la otra parte sobre el punto...”.

¹⁵ NEME VILLARREAL, “El consentimiento informado del...”.

Una posición muy generalizada de la doctrina¹⁶ señala que las partes en la celebración del contrato y en la ejecución de este, en virtud de la autonomía de la voluntad, no solamente se comprometen frente a las obligaciones convenidas, sino que, por el contrario, adquieren una serie de obligaciones adicionales derivadas del principio integrador de la buena fe,¹⁷ como el comportarse leal y honestamente. Al respecto señala Neme Villarreal: “Por ello, la buena fe ajusta el comportamiento de las partes a parámetros de lealtad, diligencia, honestidad y probidad, entre otros valores, los cuales son exigibles en todas las relaciones negociales”.

Sobre esas obligaciones, deberes o reglas derivadas del principio de la buena fe, pero haciendo ya alusión a la técnica de elaboración del texto contractual que recoge el propósito negocial de las partes, señala la misma autora: “Esas reglas no se expresan normalmente en la trama contractual; pero eso no significa que no se tengan en cuenta al momento de valorar el comportamiento de las partes, pues estas se integran a la obligación principal declarada en el contrato o a su propósito práctico”.¹⁸

Dentro de los parámetros de lealtad, diligencia, honestidad y probidad surge, entre otros, *el deber de informar* todos los hechos y actos relevantes en procura de la emisión de un consentimiento libre de vicios por error. Por la naturaleza jurídica del concepto *consentimiento informado* en este hito del sistema del Código Civil, lo podemos enmarcar como un *deber secundario*, tal y como lo han denominado algunos doctrinantes.

Esa información suministrada por los contratantes, regida por el principio de la buena fe contractual, se moldeará dependiendo del contrato en concreto, pues la función económica y el propósito de cada tipo contractual marcarán las características de la información requerida para la emisión del consentimiento libre de vicios. Pensemos, por ejemplo, en un contrato de prestación de servicios profesionales de asesoría jurídica para atender un litigio, o en un contrato para la confección de una obra material, o en un contrato de compraventa de semillas genéticamente modificadas, o

¹⁶ NEME VILLARREAL, “El consentimiento informado del...”; PARRA BENÍTEZ, *Estudio sobre la buena fe*; SALGADO RAMÍREZ. “Consideraciones sobre el deber...”; CHINCHILLA IMBETT. “El deber de información...”.

¹⁷ Código Civil. Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

¹⁸ NEME VILLARREAL, “El consentimiento informado del...”.

en un contrato de permuta de bienes inmuebles rurales para explotación agroindustrial.

La legislación sobre seguros y la comercial del Código de Comercio de 1971

El contrato de seguros tiene como función económica el que un actor profesional asuma el pago de una indemnización por el acaecimiento de ciertas contingencias o ciertos riesgos¹⁹ previamente amparados, con un valor denominado *prima*. Para el otorgamiento del seguro (celebración del contrato), la compañía de seguros debe suministrarle al asegurado, entre otros datos, información acerca del tipo de seguro (personas como vida, invalidez, enfermedades de alto costo. Cosas: hurto, daños, incendio y terremoto, autos), los amparos básicos y las exclusiones, la vigencia del contrato, el costo o prima, la forma de pago, las prohibiciones al asegurado, las condiciones de aviso en caso de materializarse el riesgo o siniestro.

Si le damos una breve mirada a la historia de la industria aseguradora encontramos que a finales del siglo XIX se constituyó la primera sociedad aseguradora: la Compañía Colombiana de Seguros, cuyo objeto social era el amparo en la modalidad de seguro de transporte para los cargamentos llevados por el río Magdalena. La Ley 68 de 1924 (artículo 25) sometió a las compañías de seguros a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.²⁰

La Ley 105 de 1927, “orgánica de las compañías de seguros”, trajo las primeras normas para regular la actividad aseguradora, el régimen de las compañías, el régimen de los agentes, condiciones de las pólizas y las coberturas, condiciones para el pago de las indemnizaciones. Esta norma consagró los primeros antecedentes en lo referente *al deber de información* en el contrato de seguro, en tres frentes:

Publicidad. Con una prohibición de ofrecer al público ventajas o condiciones que no estén incluidas en las respectivas pólizas. Por ejemplo,

¹⁹ Código de Comercio. Artículo 1054. Denomínese riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

²⁰ Arturo GÓMEZ DUQUE, *Régimen de seguros. El contrato de seguros*. Parte especial II (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2017).

cuando el agente acreditado ofrece un seguro bajo un plan determinado y lo ha sustituido por otro.

Contractual. Las pólizas tenían la obligación de contemplar todas las condiciones del contrato.

Información precontractual. Para el ramo del seguro de vida, cuando la compañía aseguradora no exigiera, antes de expedir la póliza, el certificado médico, se entendía que aquella renunciaba a la preexistencia.²¹

Bajo la regulación mercantil del Código de 1971, el contrato de seguro en Colombia (artículo 1036 al 1162, Código de Comercio), dada su función económica de amparar o cubrir una amplia gama de contingencias o riesgos, la aseguradora debe contar con una información previa suministrada por el potencial asegurado. Ese deber de información, por la naturaleza del contrato y de las obligaciones derivadas de él para las partes, opera en doble sentido.

Prescribe el artículo 1045 del Código de Comercio que son elementos esenciales del contrato de seguro el interés asegurable; el riesgo asegurable; la prima o precio del seguro, y la obligación condicional del asegurador. En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

De otro lado, el artículo 1058 establece las condiciones de la declaración del estado del riesgo por parte del potencial asegurado y las sanciones a las que estaría expuesto por inexactitud u ocultamiento de información

²¹ **Ley 105 de 1927. Artículo 20.** Prohíbese a las compañías de seguros que directamente o por medio de sus agentes, por medio de publicaciones o verbalmente ofrezcan al público ventajas o condiciones que no estén incluidas en las respectivas pólizas. Las pólizas contendrán todas las condiciones del contrato, que deben conformarse a las disposiciones legales, y los modelos deberán someterse previamente a la aprobación de la Superintendencia Bancaria (vigente desde 25/11/1927 y hasta 17/12/1990). Artículo 22. Cuando las compañías de seguros de vida no exigen certificado médico antes de expedir las pólizas, se entenderá que renuncian a todo derecho que pueda asistirles por causas de la salud del asegurado en caso de que este no fuere aceptable a tiempo de verificar el seguro (vigente desde 25/11/1927 y hasta 17/12/1990). Artículo 30. Cuando se compruebe que un agente acreditado por una compañía de seguro ha ofrecido un seguro bajo un plan determinado y lo ha sustituido por otro, con engaño para el cliente, la respectiva compañía incurrirá en una multa de \$100 a \$500. Toda compañía de seguros de vida inscribirá a sus agentes en la Superintendencia Bancaria. El certificado de inscripción expedido por dicha Oficina servirá de prueba de la personería del agente y deberá ser prestado por este al Alcalde de la localidad donde vaya a hacer negocios de seguros. Dicho funcionario deberá cerciorarse con la Gerencia de la compañía de que tal agente no ha sido suspendido (vigente desde 25/11/1927 y hasta 17/12/1990).

(reticencia). Según esta disposición, el tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. Trae la disposición conceptos como la *reticencia* o *inexactitud* sobre hechos o circunstancias que, de haber sido conocidos por el asegurador, lo hubieran *retraído* de celebrar el contrato de seguro. Observemos cómo se dan acá los postulados para la figura del *consentimiento informado*.

Bajo el régimen del Código de Comercio, para los contratos en general, la jurisprudencia y la doctrina²² analizan el deber de información, esto es, para la emisión de un consentimiento libre de vicios (*consentimiento informado*) bajo el principio de la buena fe, dentro del alcance establecido en dicho Código en los artículos 863 (etapa precontractual)²³ y 871 (etapa contractual). Adicionalmente, para el contrato de seguro se habla de una buena fe calificada más estricta: la ubérrima buena fe, o *ultra bona fidei*; al respecto señala Parra Benítez citando a Zuleta Holguín: “... se afirma, entonces, que en el contrato de seguro la buena fe se liga a la causa misma de la obligación, puesto que la etapa precontractual es decisiva para la celebración y validez del contrato y para su correcta ejecución”.²⁴

En torno al mismo principio de la ubérrima buena fe, el gremio de los aseguradores, en el artículo “La reticencia en el contrato de seguros”, explica:

Dicho principio tiene una especial relevancia en los contratos de seguros, pues existe el deber considerado de ubérrima buena fe (ubérrima *bona fidei*),²⁵ lo que significa una buena fe calificada que demanda mayor deber

²² PARRA BENÍTEZ, *Estudio sobre la buena fe*.

²³ M. P. Rafael Romero Sierra. Cfr. *Jurisprudencia y Doctrina*, septiembre de 1989, tomo XVIII n.º 213, p. 597; M. P. José Alejandro Bonivento Fernández. Cfr. *Jurisprudencia y Doctrina*, enero de 1990, tomo XIX, n.º 217, p. 75; M. P. Pedro Lafont Pianetta. Cfr. *Jurisprudencia y Doctrina*, septiembre de 1990, tomo XIX, n.º 225, p. 649.

²⁴ PARRA BENÍTEZ, en *Estudio sobre la buena fe*, citando a Francisco Zuleta Holguín.

²⁵ Expone Parra Benítez: “Esta concepción es de aplicación frecuente en el medio judicial. Por ejemplo, así tuvo lugar en un proceso en el que se alegaba por la aseguradora que al tiempo de contratar el tomador-asegurado fue reticente, porque había ocultado que había padecido de un cáncer, habiéndose demostrado que no había él omitido informar que (antes del contrato) había sido operado de un pólipo en el colon, diagnosticado como benigno y curado en un 100%” (PARRA BENÍTEZ, *Estudio sobre la buena fe*, 140).

Fallo del 5 de agosto de 1991, citado por el Juzgado Quinto Civil del Circuito Especializado de Medellín y en el cual se señaló: “De modo que si el obrar de una persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente (en este caso los médicos), vale decir, con determinado *standard* de usos sociales y buenas costumbres, fuerza concluir,

de comportamiento, es decir, que no es suficiente la común honestidad requerida en cualquier contrato, sino que exige que esta conducta debe ser llevada al extremo. De hecho, en el contrato de seguros la ubérrima buena fe se hace aún más necesaria en la etapa precontractual, puesto que el asegurador está supeditado a la declaración del estado del riesgo por parte del asegurado para poder tasar de una manera equilibrada las condiciones sobre las cuales será viable ejecutar la relación contractual.²⁶

En su trabajo de investigación sobre más de 50 sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, Begué Hoyos analiza el alcance que estas corporaciones le dan al artículo 1058²⁷ e identifica la época del cambio de tendencia jurisprudencial²⁸ en torno al deber de

que actúa de buena fe pues ésta hace relación a una conciencia honesta, a un sentimiento de honradez, de decoro”. Sentencia confirmada por el Tribunal Superior de Medellín, mediante fallo del 31 de enero de 1992, en el cual la corporación cita la ubérrima buena fe como concepto metajurídico; en palabras de Garrigues: “La exigencia de la buena fe lleva en el contrato de seguro a consecuencias extremas, desconocidas en los demás contratos. En tal sentido se dice que el seguro es *uberrimae fidecontractus*. Esta nota peculiar del seguro se manifiesta no sólo en la ejecución del contrato al imponer al asegurado la obligación de comunicar al asegurador los cambios y alteraciones que hayan sufrido los objetos asegurados y que aumenten los riesgos (arts. 11 y 12 de la ley), sino en el momento anterior al contrato. Esto es lo típico del seguro. Sabemos ya que la compañía aseguradora, como toda empresa que utilice formularios en su contratación, tiene que redactar el contrato de buena fe, omitiendo las cláusulas lesivas o simplemente oscuras”.

²⁶ FASECOLDA (s. f.). *La reticencia en el contrato de seguros*.

²⁷ Como se evidencia en la abundante jurisprudencia proferida por las altas cortes, uno de los conflictos más comunes entre tomadoras, aseguradas o beneficiarias y las aseguradoras se presenta cuando estas objetan las reclamaciones presentadas por aquellas argumentando que la tomadora, al momento de contratar el seguro, no informó sinceramente aquellos hechos o circunstancias que determinaban el estado del riesgo (objeción comúnmente denominada como *reticencia*). Las aseguradoras, invocando el artículo 1058 del Código de Comercio, señalan que, durante la negociación del contrato, la tomadora tenía un deber precontractual de información y que, al haberlo incumplido, el contrato debe ser anulado, exonerándolas de pagar la indemnización que está siendo reclamada.

²⁸ María BEGUÉ HOYOS y Daniel Vásquez Vega. “Giros jurisprudenciales en la interpretación del artículo 1058 del Código de Comercio colombiano”. *Revista de Derecho Privado*, n.º. 44 (2023): 313-346. Este trabajo analiza más de 50 sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional para identificar cómo ha sido interpretado el artículo 1058 del Código de Comercio a la hora de resolver las disputas descritas. La investigación permite evidenciar cómo, desde la expedición de este Código y hasta más o menos finales de la primera década del siglo XXI, el régimen legal fue interpretado por las altas cortes de tal forma que se accedió a la defensa planteada por las compañías de seguro, procediéndose a rescindir el contrato, y, consecuentemente, se negaron las pretensiones de las beneficiarias. Esta interpretación de las altas cortes, además, comulgaba con la postura de la mayoría de la doctrina en materia de seguros. Sin embargo, la investigación también reveló que en la última década esta postura inicial de la jurisprudencia comenzó a cambiar. Durante los últimos 10 años, las altas cortes se han separado de su precedente y se han inclinado por interpretaciones del artículo 1058 que

información. La investigación le permitió evidenciar que, desde la vigencia del Código de Comercio hasta la primera década del siglo XXI, la posición de las altas cortes fue la de rescindir el contrato de seguros por omisión de la información (reticencia) a la que estaba obligado el asegurado. Mientras que en los últimos 10 años se han separado de su precedente manteniendo la validez del contrato de seguros.

En el ejercicio de dilucidar la naturaleza jurídica del *consentimiento informado*, en este hito de la legislación sobre seguros en Colombia hasta el inicio de la vigencia del Código de Comercio, encontramos elementos adicionales a los del sistema del Código Civil. En primer lugar, hay que señalar que operan los mismos elementos y argumentos desarrollados a partir del principio de la buena fe del Código Civil. Adicionalmente, encontramos que el derecho positivo colombiano, Ley 105 de 1927, atendiendo a la naturaleza del contrato de seguros, reguló el *deber de información* en los tres frentes ya mencionados: publicidad, etapa contractual (pólizas) y etapa precontractual (para la información requerida sobre el estado previo de salud del asegurado).

Nótese que para el momento de vigencia de la Ley de Seguros se introduce el concepto de *publicidad*, entendida como ofrecimiento al público (grupo de personas amplio e indeterminado) de las modalidades de seguros, señal indicativa de la evolución de las economías feudales, rurales, caracterizadas por relaciones negociales uno a uno, normalmente entre vecinos, a la economía capitalista, industrializada, de urbes, caracterizada por la realización de negocios masivos, en serie, bajo el concepto de actos de comercio y de dinámicas de mercados.

En este hito, el concepto de *consentimiento informado* reviste la naturaleza jurídica de una obligación precontractual y contractual, expresamente contemplada en la ley para el contrato específico de seguros en sus distintas modalidades, con indicación de los requisitos de tiempo, modo y lugar para la obligación de suministro de la información requerida. La norma señala también la consecuencia jurídica; por ejemplo, cuando un agente haya ofrecido (información precontractual) un seguro bajo un plan determinado y lo haya sustituido por otro, con engaño para el cliente, la respectiva compañía incurrirá en una multa de \$100 a \$500 (Ley 105 de 1927).

privilegian la posición de las beneficiarias, de tal forma que se tiende a mantener la validez del contrato de seguro y a condenar a las aseguradoras al pago de la indemnización reclamada.

La transición de las economías feudales con producción esencialmente agrícola, originada en zonas rurales, a una economía de producción capitalista mayoritariamente industrializada, originada en las zonas urbanas o contiguas a estas, trajo consigo transformaciones políticas, económicas y sociales que fueron recogidas por el derecho comercial, cuyo eje central son los actos de comercio y la empresa.

A diferencia del régimen de los contratos del Código Civil colombiano, nuestro Código de Comercio sí reguló el proceso de formación del consentimiento en las convenciones y los contratos en los artículos 845 a 864. En este proceso del *iter contractus*, los pasos previos, como la invitación a contratar, la oferta o propuesta por contratar, conllevan esquemas de información acordes con los productos o servicios (actos de comercio) intermediados o transados en los mercados.

Se suma a esta regulación la consagración expresa del principio de la buena fe exenta de culpa (artículo 863, Código de Comercio) con la que deben proceder las partes en la etapa precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen. Para la etapa de celebración y ejecución del contrato igualmente se consagra el principio de la buena fe (artículo 871, Código de Comercio): “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

Derivado del principio de la buena fe, la doctrina en materia del derecho mercantil ha identificado deberes primarios y otros secundarios o accesorios, entre los que se destaca el deber u obligación de información:

Los deberes secundarios de conducta pueden ser de finalidad negativa (como el de protección) o de finalidad positiva (como el de información) y son, en criterio de Manrique: a) Deber de cooperación y deber de prudencia y diligencia. b) *Obligación de información*. c) Deber de fidelidad. d) Deber profesional de facilitar la ejecución del contrato. e) Deber del acreedor de mitigar su propio daño. f) Deber de no actuar contra los actos propios. g) Deberes secundarios de comportamiento.²⁹ (Énfasis agregado)

En el régimen del Código de Comercio, en algunos de los contratos allí tipificados, se señala de manera expresa la obligación de suministrar infor-

²⁹ PARRA BENÍTEZ, *Estudio sobre la buena fe*.

mación en la etapa precontractual, como acontece en el contrato de compra-venta sobre muestras o calidades definidas (artículo 913); o en el contrato de transporte de cosas (artículos 1010 y 1011, Código de Comercio), en el cual se contempla el suministro de informes y documentos del remitente antes del transporte, así como información sobre la cosa transportada. Información relevante para el transportador en su proceso de emisión de su declaración de voluntad y consentimiento para la celebración del contrato. También hicimos referencia en el punto anterior sobre el contrato de seguros, igualmente regulado por el Código de Comercio, el cual contempla un deber de información para las partes.

En la gama de contratos regulados por el Código de Comercio, pero que hoy forman parte de los contratos del derecho financiero colombiano derivados de la actividad financiera, aseguradora y bursátil,³⁰ actividades de interés público, como las califica el artículo 335 de la Constitución Política, el deber de información se ha acentuado por el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado³¹ y por la regulación de los regímenes de protección de los consumidores contenidos en las leyes 1328 del 2009 y 1480 del 2012. De esto nos ocuparemos en los apartados siguientes.

Dilucidar la naturaleza jurídica del concepto de *consentimiento informado* en el hito del sistema del Código de Comercio como una obligación o deber de informar luce más sencillo en la medida en que, a diferencia del sistema del Código Civil, aquel sí detalla el *iter contractus* con los pasos de la etapa precontractual, cuyo punto de partida es la oferta o propuesta (Código de Comercio, artículo 845). En la formulación de la propuesta se deben incluir los elementos esenciales del negocio jurídico, los cuales serán informados con la oferta al destinatario de esta.

Adicionalmente el *deber de información* se especializa o concreta dependiendo el tipo de contrato (seguros, transporte, etc.) o para la actividad comercial, puesto que, se definen reglas en los casos de oferta de mercaderías

³⁰ Son los contratos regulados en el Título V “Del contrato de seguro”; Título VII “Del depósito”; Capítulo II “Del depósito en almacenes generales”; Título XI “De la fiducia”; Título XVII “De los contratos bancarios”; Capítulo I “Cuenta corriente bancaria”; Capítulo II “Depósito a término”; Capítulo III “Depósito de ahorro”; Capítulo V “Apertura de crédito y descuento”; Capítulo VI “Cartas de crédito”, y Capítulo VII “Cajillas de seguridad”.

³¹ Este fenómeno se podría describir como un proceso en el que los derechos fundamentales y los principios constitucionales intervienen en las actividades de los particulares, las cuales tradicionalmente se regían por el principio de la autonomía de la voluntad, limitado exclusivamente por el orden público, la buena fe y las buenas costumbres.

o para las ofertas en vitrinas o mostradores (artículos 845 a 847, Código de Comercio). El principio de la buena fe en el Código de Comercio está consagrado expresamente para las etapas precontractual y contractual (artículo 871). Del principio de la buena fe surge igualmente para los contratos del derecho mercantil el *deber de información*, de acuerdo con los análisis realizados para los contratos civiles.

Hasta el sistema del Código de Comercio, la expresión *consentimiento informado* no es utilizada en los textos legales: este está comprendido en el *deber de información* para nutrir el proceso de formación del consentimiento y la manifestación de la voluntad.

La regulación en materia de ética médica

A diferencia de como se ha desarrollado el proceso de incorporación del concepto de *consentimiento informado* en el ámbito negocial, con carácter patrimonial, iniciado en el sistema del Código Civil y en el principio de la buena fe, en el caso del derecho médico ese proceso tiene su origen en esencia en la protección, de un lado, de los postulados de la ética médica y de los derechos fundamentales, como los de la vida y la salud, y, de otro, en el desarrollo legislativo de las buenas prácticas de salud y de la relación médico-paciente.

En este hito podemos identificar cuatro momentos: (i) el periodo de incorporación normativa en la década de los 80, dentro del marco legal de la regulación ética del ejercicio de la medicina; (ii) el periodo del tratamiento constitucional del derecho a la atención de la salud en el Estado social de derecho de la Constitución de 1991; (iii) el periodo de expedición de reglamentos sobre el procedimiento del *consentimiento informado*; y (iv) el periodo de los proyectos de ley que pretendían actualizar el Estatuto de Ética Médica.

Algunos estudios como los de Mendoza y Herrera³² atribuyen la incorporación del concepto de *consentimiento informado* al derecho positivo en el ámbito de la salud al primer código, que establecía criterios para regular la investigación en seres humanos (Alemania, 1931), pasando por el Código

³² Juliana MENDOZA y Luis Herrera, “El consentimiento informado en Colombia. Un análisis comparativo del proyecto de Ley 24 de 2015 con el código vigente y otros códigos de ética”. *Revista CES de Derecho*, 8, n.º.1 (2017): 156-171.

de Núremberg (1947), por la Declaración de Helsinki (1964 a 2013) y por el Informe Belmont (1978).

Giraldo y López³³ citan investigaciones de Ortiz y Burdiles de 2010, dicen que fue a mediados del siglo XX, resultado de los primeros movimientos, que se exigió el reconocimiento del derecho a la información, basado en el libre consentimiento mutuo, como derecho de los pacientes; el resultado fue el pronunciamiento de los tribunales protegiendo esos derechos y que “... ante los reclamos y demandas los tribunales comenzaron a dar la razón a los ciudadanos, y que sus decisiones tuvieran un efecto multiplicador y a nivel mundial y se produjeran réplicas a favor de los derechos de los pacientes”.

El periodo de incorporación normativa en la década de los 80

Dentro del marco legal colombiano de la regulación ética del ejercicio de la medicina, la incorporación normativa del concepto de *consentimiento informado* en el derecho médico se surte en la década de los 80, y concretamente se materializa con la promulgación de la Ley 23 del 18 de febrero de 1981, “por la cual se dictan normas en materia de ética médica”, y con su Decreto Reglamentario 3388, del mismo año. Contempla expresamente la ley una declaración de 10 principios que constituyen el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre ética médica. Estos principios son el marco de referencia para la actuación de los galenos y para la relación médico-pacientes, la cual es de relevante importancia en lo referente a la protección de la salud. Dicha relación debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional. Esta relación tiene como elemento estructural la información en doble vía, esto es, del paciente al médico y del médico hacia el paciente, para la decisión voluntaria y espontánea de recibir la atención médica. Pero el marco legal de la ética médica, Ley 23 de 1981, no utiliza literalmente la expresión *consentimiento informado*.

La doctrina jurídica en esta materia ha expresado qué se entiende por *consentimiento informado*. Mendoza y Herrera, recogiendo voces de la doctrina jurídico-médica, explican que “se entiende el CI como un proceso

³³ Julio GIRALDO y Dixon López, “El consentimiento médico informado en Colombia”. Repositorio Institucional Unilibre, 2021. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23233/MD0198.pdf?sequence=1>

de ilustración continuada al paciente, en el cual éste expresa su voluntad de aceptar o rechazar un plan (diagnóstico, terapéutico o investigativo) formulado por el médico”.³⁴ Referente al propósito de esa información, en procura de la manifestación de la voluntad sobre los procedimientos médicos o quirúrgicos que van a tener impacto en la salud, agregan:

Este proceso debe permitir que el paciente comprenda los principales beneficios, riesgos y alternativas disponibles a la propuesta dada, para que, en uso de su derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de su personalidad, pueda contar con los suficientes elementos de valor que le permitan decidir sobre las actuaciones que incidirán en su salud.

Los artículos 4 y 15 de la Ley 23 recogen esos elementos del *consentimiento informado*. En cuanto al deber de información, trae adicionalmente la ley obligaciones expresas para el profesional médico. En primer lugar, está sometida a reserva (artículo 4); conlleva el deber de información sobre los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente (artículo 15), y conlleva el deber de información sobre reacciones adversas inmediatas o tardías producidas por efectos del tratamiento (artículo 16).

En cuanto a la forma de algunas modalidades de información propias de la relación médico-jurídica, establece la ley reglas para la prescripción médica³⁵ y la historia clínica,³⁶ ambas amparadas por el deber de reserva profesional en la medida en que se trata de información catalogada hoy como sensible. En este hito podríamos señalar que la naturaleza jurídica del *consentimiento informado* es la de un *deber primario de información cualificado*, complementado por principios expresamente consagrados por la ley, como el compromiso responsable, leal y auténtico por parte del médico (guardará y respetará el secreto profesional).

³⁴ MENDOZA y HERRERA, “El consentimiento informado en...”.

³⁵ Artículo 33. Las prescripciones médicas se harán por escrito, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.

³⁶ Artículo 34. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley.

Artículo 35. En las entidades del Sistema Nacional de Salud la Historia Clínica estará ceñida a los modelos implantados por el Ministerio de Salud.

El periodo del tratamiento constitucional del derecho a la atención de la salud en el Estado social de derecho de la Constitución de 1991

La Constitución de 1991 erigió en el artículo 49 como derecho constitucional la atención de la salud, catalogado como uno fundamental conexo con el derecho fundamental a la vida, y añadió que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Esta consagración constitucional trajo varios efectos en el derecho a la atención de la salud, entre ellos el de la protección judicial, mediante la acción constitucional de tutela cuando este resulte vulnerado o amenazado por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos establecidos en la ley.

La norma constitucional no hace mención directa del concepto de *consentimiento informado*, pero a partir de la consagración constitucional del derecho de atención de la salud para los ciudadanos, las altas cortes se han referido al tema (Mendoza & Herrera, 2017):³⁷ la Corte Constitucional en sentencias de control de constitucionalidad,³⁸ de tutela³⁹ y de unificación;⁴⁰ el Consejo de Estado⁴¹ y la Corte Suprema de Justicia han hecho lo propio dentro de su ámbito de competencias.

En los pronunciamientos de las altas cortes, haciendo un ejercicio metodológico de construir una línea de tiempo, podemos identificar tendencias jurisprudenciales iniciando con la ubicación del concepto de *consentimiento informado* como un “principio articulador de otros derechos y principios”, algo similar a lo que en el sistema del Código Civil representa

³⁷ MENDOZA Y HERRERA, “El consentimiento informado en...”.

³⁸ Se pueden consultar: C-479-92; C-517-92; C-559-92; C-560-92; C-580-92; C-590-92; C-176-96; C-045-2001; C-506-2001; C-540-2001; C-580-2001; C-646-2001; C-742-2001; C-828-2001; C-837-2001; C-867-2001; C-921-2001; C-1173-2001; C-1250-2001; C-006-2002; C-010-2002; C-013-2002; C-092-2002; C-109-2002; C-130-2002; C-157-2002; C-176-2002; C-184-2002; C-066-03; C-331-03; C-040-04; C-124-04; C-227-04; C-349-04; C-510-04; C-355-06; C-1041-07; C-260-08; C-491-12; C-055-22.

³⁹ Se pueden consultar: T-401/94; T-411/94; T-477/95; T-474/96; T-1390/00; T-1390/00; T-597/01; T-823/02; T-850/02; T-866/06; T-1025/02; T-1021/03; T-510/03; T-762/04; T-1131/04; T-1229/05; T-866/06; T-1019/06; T-560A/07; T216/08; T653/08; T-921/08; T-452/10; T-622/14.

⁴⁰ Se puede consultar: SU-337/99.

⁴¹ Se pueden consultar: sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: 9 de julio de 1993, Exp. 7795; 3 de mayo de 1999, Exp. 11169; 24 de enero del 2002, Exp. 12706; 13 de diciembre del 2004, Exp. 14722; 3 de mayo del 2007, Exp. 16098; 23 de abril de 2008, Exp. 15737 y del 27 de marzo del 2014, Exp. 26660.

el principio de la buena fe. Adicionalmente, en la sentencia la Corte le da el carácter de *principio autónomo*, pero con la función de materializar otros principios constitucionales como los de autonomía, libertad de autodeterminación y beneficencia.

Señala la Corte que el principio del *consentimiento informado* es parte del derecho a recibir información y del derecho a la autonomía, que se encuentran reconocidos por la Constitución, por lo que se constituye aquel en elemento determinante para la protección de otros derechos. Al respecto dijo la Corte en la Sentencia T 477/95:

En conclusión, puede indicarse que: (i) el consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones de la salud materializa importantes postulados constitucionales como el principio de autonomía, el derecho a la información y el derecho a la salud, entre otros. Pese a ello, este mandato no es absoluto y debe ponderarse con otros principios como el de beneficencia, que prevalece en situaciones excepcionales.

En el fallo de tutela mencionado, la Corte, además, en alusión al *consentimiento informado* señala una serie de características y condiciones que debe reunir la información provista, pues enfatiza que esta debe ser suficiente, oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa. Aquel debe ser libre, es decir, voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción.

Introduce este fallo la característica del *consentimiento informado cualificado* para algunos casos donde particularmente, y dado el grado de complejidad de invasión del procedimiento médico por realizar, se requiere de un *consentimiento informado* más detallado, más técnico, con información y explicación por reacciones adversas posibles, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento:

... bajo este criterio, la información suministrada al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionada con la complejidad del procedimiento y, por ello, éste tiene mayor capacidad de decisión sobre su cuerpo en relación a la intervención quirúrgica anticonceptiva.

Esta clase de consentimiento trae como exigencia cierta solemnidad para que dicho consentimiento sea válido, como que se debe dar por escrito y con la condición en cuanto que sea persistente. Lo anterior con miras a reforzar las garantías de autonomía, información y salud del paciente.

En un tema tan sensible como lo es el derecho a morir dignamente (eutanasia), la Corte Constitucional en sentencias de tutela ha abordado el análisis del concepto de *consentimiento informado*. En reciente sentencia, la Corte al respecto ha destacado de este principio que “el consentimiento constituye el elemento central para el ejercicio del derecho a la muerte digna”. Al respecto, puntualizó que, conforme a los criterios establecidos desde la Sentencia C-239 de 1997, el consentimiento debe ser “libre, informado e inequívoco”,⁴² y que tiene como presupuesto ser manifestado por “una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra”.

En este periodo sostuvo además la Corte que el consentimiento puede ser *previo* a la ocurrencia del evento médico (enfermedad) o *posterior*, y que puede expresarse tanto de manera *escrita* como de forma *verbal*. Igualmente, enfatizó que el consentimiento puede ser *sustituto*, es decir, manifestado por otra persona cuando el paciente se encuentre en imposibilidad fáctica para comunicarlo.

Finalmente, abordó la Corte las características del consentimiento *sustituto*, el cual ha sido objeto de un desarrollo especial por tratarse de uno de los aspectos que genera mayores dudas en relación con el derecho a morir dignamente. Advirtió: “... con el objetivo de no prolongar su sufrimiento, la familia del paciente puede expresar válidamente el consentimiento sustituto”, y añadió que en tales casos “la verificación del conjunto de condiciones de acceso a las prestaciones para morir dignamente deberá ser más estricta”.

El periodo de expedición de reglamentos sobre el procedimiento del consentimiento informado

A partir de la consagración constitucional en el artículo 49 del derecho a la atención en salud como un servicio público a cargo del Estado, garantizándoles a todas las personas el acceso a los servicios de promoción,

⁴² En Sentencia T-970 del 2014, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, SPV Mauricio González Cuervo, citada por la Sentencia T-048 del 2023, la Corte específicamente dijo que el consentimiento debe ser “(i) libre, cuando no existen presiones externas o de terceros sobre la decisión de la persona de poner fin a su vida, pues lo determinante es que la causa de esa decisión corresponda a la voluntad genuina del paciente de poner fin al intenso dolor que lo aqueja; (ii) informado, cuando el profesional de la salud ha brindado tanto al paciente como a su familia toda la información objetiva y necesaria sobre su condición médica, y ello permite a la persona no tomar decisiones apresuradas en torno a la decisión vital en juego; e (iii) inequívoco, esto es, que se trate de una decisión consistente y sostenida en el tiempo”.

protección y recuperación de la salud, la ley desarrolló la norma constitucional en distintos frentes con el propósito de poner en funcionamiento el esquema adoptado por la Constitución de 1991.

Dentro de la rama ejecutiva del poder público, es el Ministerio de Salud y Protección Social la entidad encargada de conocer, dirigir, evaluar y orientar el sistema de seguridad social en salud, mediante la formulación de políticas, planes y programas, la coordinación intersectorial y la articulación de actores de salud con el fin de mejorar la calidad, oportunidad, accesibilidad de los servicios y sostenibilidad del sistema.

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-760 del 2008, con el propósito de darle operatividad al proceso de preparación, emisión, documentación y aceptación del principio constitucional del *consentimiento informado*, le ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social la adopción de las medidas necesarias para asegurar que, al momento de afiliarse a una entidad promotora de salud del régimen contributivo o subsidiado, le sea entregada a toda persona la Carta de Derechos y Deberes del Paciente y la Carta de Desempeño de las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de servicios de Salud que formen parte de su red.

El Ministerio de Salud y Protección Social expidió las resoluciones 1817, 2818 y 4392, todas del 2009, por medio de las cuales se definieron los lineamientos de la Carta de Derechos de los Afiliados y de los Pacientes en el sistema general de seguridad social en salud y de la Carta de Desempeño de las entidades promotoras de los regímenes contributivo y subsidiado.

Dentro de las funciones reseñadas en las resoluciones, y con miras a facilitar la aplicación del principio constitucional del *consentimiento informado*, el Ministerio de Salud y Protección Social ha desarrollado dentro del programa Paquetes Instruccionales Guía Técnica⁴³ *Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud*, la guía que tiene como propósito garantizar la funcionabilidad de los procedimientos de *consentimiento informado* y desarrollar y fortalecer destrezas y competencias relacionadas con dichos procedimientos para que no se presenten errores en la atención, y disminuir así la posibilidad de ocurrencia de eventos adversos.

⁴³ Este ministerio ha desarrollado la guía técnica *Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud* en dos versiones: versión 1 2009 y versión 2 2017. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/paginas/freesearchresults.aspx?k=&k=gu%C3%ADa%20consentimiento%20informado>

Desde la óptica de la naturaleza jurídica, recoge la guía elementos como que se trata de un derecho que es la expresión de la autonomía frente a la decisión que adopta el paciente. Señala textualmente la guía que el *consentimiento informado*:

Es un derecho y es el medio de concertar un plan terapéutico entre el médico y su paciente. Es la expresión de la autonomía y la posibilidad que tiene un usuario en la decisión de su futuro y contexto de calidad de vida que puede lograr frente a un evento de salud específico.⁴⁴

Desde la mirada del procedimiento operativo, prescribe la guía:

Es un procedimiento a través del cual un paciente es informado respecto a todos los alcances de los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que le serán practicados y que le permite decidir si acepta o rechaza la alternativa propuesta por el profesional de salud con total conocimiento de esta decisión, lo cual debe constar por escrito.⁴⁵

El periodo de los proyectos de ley que pretendían actualizar el Estatuto de Ética Médica

El servicio de salud ha evolucionado en el alcance y características de los distintos elementos que lo componen. Al ser un derecho de rango constitucional, goza de la protección de control de constitucionalidad y de protección por su vulneración mediante la acción de tutela. Las altas cortes en sus fallos, con los parámetros que se adoptan bajo un modelo de Estado social de derecho, han moldeado el alcance de la prestación de esos servicios en cuanto a los elementos siguientes: ¿qué servicio se debe prestar?, ¿cómo?, ¿cuándo?, ¿dónde?, ¿por quién? y ¿por cuánto se debe prestar el servicio de atención médica-quirúrgica u hospitalaria? Asimismo, los procedimientos y técnicas médico-quirúrgicas han evolucionado vertiginosamente en lo que va corrido del siglo XXI.

Todos esos factores, sumados a los componentes éticos y jurídicos que los deben acompañar, han motivado la presentación de varios proyectos de ley con el propósito de modificar la Ley 23 de 1981. En dichos proyectos se refleja un cambio en el alcance y características del concepto de *consentimiento informado*. Entre aquellos presentados y que no han

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud en dos versiones: versión 1, 2009, y versión 2, 2017.

surtido completo el proceso legislativo para convertirse en ley, traemos a consideración dos para el análisis.

Proyecto de ley 24 del 2015, Senado, “por medio del cual se crea el nuevo Código de Ética Médica”, de iniciativa del honorable senador Juan Manuel Galán P. En la justificación⁴⁶ del proyecto para reformar el Código de Ética Médica (Ley 23 de 1981) se resalta el paso de un sistema en el que la atención médica está fundamentada en la relación *médico-paciente* a una relación *médico-paciente-Estado*.⁴⁷

El proyecto, a diferencia⁴⁸ de la Ley 23, trae en el artículo 17 una descripción de las características de la información, pero no propiamente una definición del *consentimiento informado*:

Artículo 17. *DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. Previa información suficiente, veraz, comprensible y oportuna, el médico pedirá al paciente o a quien lo represente, su consentimiento para realizar los actos médicos que considere pertinentes, en particular aquellos que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible.*

Señala expresamente el artículo en su parágrafo 1.º que “cuando se trate de menores entre los siete (7) y los dieciocho (18) años de edad se obtendrá su asentimiento informado siempre que sea posible”. El parágrafo 4.º trae

⁴⁶ En la exposición de motivos señala el senador Galán, entre otros argumentos para la modificación de la Ley 23 de 1981, que “... es así como luego de casi siete lustros de estar vigente, el Código de Ética presenta grandes inconsistencias con el desarrollo de la vida actual. Esta necesidad de actualizar la normatividad fue prevista hace veinte años, a través del autorizado concepto del abogado Alfonso Tamayo Tamayo, uno de los redactores del Código de Ética Médica, quien en su momento manifestó que ‘muchas precisiones, cambios, supresiones y reformas podrán introducirse a la ley de ética médica para hacerla un instrumento cada vez más claro y adecuado para regular las diferentes relaciones que existen en el trabajo médico’, palabras que adquieren mayor validez en los días que corren, cuando la modalidad de ejercicio y las relaciones laborales de los médicos han sufrido fuertes cambios, desde que fue contemplada en 1981”.

⁴⁷ “El paciente superó su condición de incapacitado mental y moral para convertirse en un sujeto activo, con derechos legales; el médico a su vez continúa siendo el benefactor del paciente, pero no a contrapelo del querer de este; y finalmente el Estado, que en cuestiones médicas no fue tenido en cuenta, asumió la responsabilidad de estatuir la salud como un derecho y de garantizar su vigencia, es decir, de actuar con criterio justo. Sin duda alguna, tal ingrediente, involucrado hoy en el concepto de ética médica, tiene sus raíces en las tesis propuestas por John Stuart Mill en su tratado de filosofía moral *El utilitarismo*” (texto del proyecto de ley 24 del 2015. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2015%20-%202016/PL%200024-15%20Nuevo%20Codigo%20de%20Etica.pdf>).

⁴⁸ Mendoza y Herrera hacen un análisis comparativo del proyecto de ley 24 del 2015 con el modelo de la Ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica) y con otros códigos de ética médica (MENDOZA Y HERRERA, “El consentimiento informado en...”).

una especie de definición, pero más con miras al alcance de la autorización para el procedimiento:

PARÁGRAFO CUARTO. El consentimiento informado es el marco general de autorización con que cuenta el facultativo, pero no se requiere su validación permanente para cada acto particular; salvo cuando cambie el riesgo del paciente o se trate de una intervención extraordinaria o diferente a la inicialmente explicada. El consentimiento informado podrá ser revocado por el paciente en cualquier momento del proceso de atención.

El mencionado proyecto trae, asimismo, una disposición (artículo 43) que le exige al médico el *consentimiento informado* para la realización de investigaciones en seres humanos, y este debe estar acorde con el marco legal vigente.

En las conclusiones de su trabajo comparativo sobre el Proyecto de ley 24 del 2015 frente a la Ley 23 de 1981, Mendoza y Herrera hacen una crítica respecto de los actores que deben ser tenidos en cuenta para la estructuración de la propuesta.

Aunque se ratifica la necesidad de promulgar un nuevo código de ética médica en Colombia, para que este código encarne los fines de la medicina moderna y dé cuenta de la sociedad democrática, laica y plural que representa, requiere reformular sus principios, siendo además claro y suficiente en lo procedimental. Por tanto, en su desarrollo necesita contar con la participación de la academia en extenso e integrar a los diferentes actores en su discurso.⁴⁹

Proyecto de ley 104 del 2019, Cámara, “Por medio del cual se modifica la Ley 23 de 1981 y se dictan otras disposiciones”. Señala en la exposición de motivos que el proyecto tiene como propósito actualizar el sistema de ética médica adoptado mediante la Ley 23 de 1981. Para dicho cometido el proyecto actualiza y adiciona los principios para el ejercicio de la medicina y lo referente al desarrollo del ejercicio profesional de la medicina; introduce un nuevo concepto acerca del *consentimiento informado* con la adición de un nuevo artículo, con una pretendida definición y descripción de sus elementos; actualiza y adiciona aspectos sobre la historia clínica, el secreto profesional, los requisitos para ejercer la profesión de la medicina, los requisitos para las sanciones, los procesos disciplinarios ético-profe-

⁴⁹ *Idem.*

sionales y sus características, además de los aspectos temporales y normativos, el contenido de los fallos, la prescripción y los recursos.

Luego de un análisis de los distintos artículos que en el proyecto de ley hacen referencia al concepto de *consentimiento informado*, podemos concluir que dicha regulación no propone una estructura organizada de ese componente de la relación jurídica médico-paciente-Estado. Si bien es cierto que modifica varios artículos en lo atinente al deber de información para emitir un consentimiento y las características y condiciones de esa información, no es claro en la estructura de la definición, pues de ella, que es más una descripción de la información y del procedimiento para suministrarla, no se deduce la naturaleza jurídica de aquel.

El proyecto aborda, en distintos apartes del texto, elementos relacionados con la información en la relación médico-paciente-Estado. Parte de una redefinición de esa relación adicionándole que esta debe fundarse “en un compromiso responsable, leal y auténtico entre quienes participan en ella respetando los derechos y garantías civiles del ser humano”. La inclusión de esos principios serán referentes de interpretación del concepto de *consentimiento informado*, algo similar a la función del principio de buena fe en el sistema del Código Civil.

Señala el proyecto que el médico “no expondrá a ningún ser humano a riesgos injustificados”, y le exige explicarle al paciente, anticipadamente, las consecuencias del tratamiento, debiendo obtener el consentimiento del paciente, de forma asimismo anticipada, para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente (artículo 7 del proyecto de ley, el cual modifica al artículo 15 de la Ley 23 de 1981). En el artículo 8, que propone adicionar el artículo 15 de la ley con el artículo 15a, trae una definición (parágrafo 2.º) que, más que una definición de la naturaleza jurídica, es una descripción del proceso para obtenerlo y de las características de la información.

Así, este *consentimiento informado* es el proceso en el cual se da una comunicación verbal clara y asertiva entre el paciente o quien lo represente y el médico, la cual constará por escrito. Se requiere su validación cuando cambie el riesgo del paciente o se trate de una intervención extraordinaria o distinta a la explicada en principio. El *consentimiento informado*, como ya dijimos, podrá ser revocado por el paciente en cualquier momento del proceso de atención.

Este artículo, además, describe las características de la información suministrada al paciente, la cual debe ser clara, veraz, comprensible, oportuna, suficiente, completa, accesible, fidedigna, oficiosa y, en algunos casos, cualificada, según la complejidad del procedimiento, tratamiento o patología, los beneficios y posibles complicaciones a corto, mediano y largo plazo, y las consecuencias posibles en otros seres humanos.

Este proyecto de ley en la actualidad se encuentra en trámite en la Comisión Séptima Constitucional Permanente, según la página web de la Cámara de Representantes.⁵⁰

La era de protección de los consumidores en Colombia

El siglo XXI se caracteriza porque la mayor parte de la población del planeta está localizada en las ciudades, y la economía se ha globalizado, pues han desaparecido las fronteras para las grandes corporaciones fabricantes de bienes y para las prestadoras de servicios a millones de consumidores y usuarios de todas las latitudes. Es por ello por lo que una inmensa mayoría de los ciudadanos nos vemos en la imperiosa necesidad de establecer una variada gama de vínculos jurídico-económicos para la realización de nuestras actividades cotidianas.

Para atender la necesidad de regular la relación jurídico-económica de los ciudadanos que actúan en los mercados bajo determinadas circunstancias condicionantes impuestas por la dinámica que estos exigen para su viabilidad como negocio, surge una moderna concepción del derecho denominada *derecho del consumo*, cuya finalidad es la corrección del desequilibrio estructural que está latente en la relación entre consumidores y profesionales, sean estos productores o proveedores de bienes o prestadores de servicios.

Las relaciones de consumo, una realidad del siglo XXI, requieren de condiciones de mercado que les permitan negocios por volumen, con millones de sujetos indeterminados, con sistemas de mercadeo y publicidad ágiles e innovadores, y, en muchos casos, hasta agresivos, con una infraestructura robusta para su distribución que facilite el acceso de millones de personas.

Esta fenomenología exige de un marco normativo que atienda esas realidades y condicionamientos que conllevan implícitamente una asimetría y

⁵⁰ <https://www.camara.gov.co/etica-medica-0>

un desbalance entre los sujetos del derecho a la hora de contratar, lo cual, a su vez, pide un nivel de intervencionismo estatal y de proteccionismo propio de una regulación especializada y autónoma, como lo es el derecho del consumo.

Régimen del Decreto 3466 de 1986

La evolución del tratamiento legal de los consumidores, que en nuestro ordenamiento jurídico migró de una falta de consagración en la Constitución de 1886 a una regulación propia del derecho privado por medio de reglamentos técnicos para la seguridad de productos industriales y para la seguridad de artículos de consumo humano y de uso doméstico, dictados a finales de la década de los 50. Transcurridos casi 30 años de los primeros referentes normativos se expide la regulación del denominado por la doctrina Estatuto de Protección al Consumidor, contenido en el Decreto 3466 de 1982,⁵¹ en el cual se incluyen disposiciones que procuran equilibrar las asimetrías generadas por las nuevas formas de promoción y comercialización de bienes o servicios y su financiación.

Desde la mirada de la protección a los consumidores, recordemos que bajo el modelo de protección al consumidor del Decreto 3466, la protección contractual se remitía integralmente al régimen de los contratos del Código Civil y del Estatuto Mercantil, según la relación contractual fuera civil o comercial, y así lo reconoció la jurisprudencia.

En este marco legal no se utiliza el concepto de *consentimiento informado*, pero sí se inicia una era de cualificación de la información que debe ser suministrada al consumidor para la toma informada de su decisión, esto es, para manifestar su voluntad frente al contrato específico.

Esa cualificación de los sistemas de información se materializa en la regulación referente a las marcas, leyendas y propagandas cuando exige que toda la información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser “veraz y suficiente”, y quedan expresamente prohibidas las que no correspondan a la realidad, así como “las que induzcan o puedan inducir

⁵¹ Decreto 3466 de 1982, “por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones”.

a error” respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.

Tratándose de productos (bienes o servicios) cuya calidad o idoneidad hayan sido registradas o que estén sometidos a registro o licencia legalmente obligatorios, o cuyas condiciones de calidad e idoneidad se deriven de la oficialización de una norma técnica, toda propaganda que se haga de ellos deberá corresponder íntegramente a lo registrado o contenido en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad de ella, o a las condiciones de calidad e idoneidad derivadas de la norma técnica oficializada, según el caso.

En lo referente a la información suministrada al consumidor bajo la forma de propaganda, regula los tipos de *con imágenes*, *comercial con incentivos*, especiales (productos nocivos) y *de fijación de precios*. Todo esto como parte del deber de información en procura de ilustrar lo suficiente al consumidor para la emisión de su consentimiento o declaración de voluntad en la relación jurídico-negocial concreta.

Régimen de protección del consumidor financiero anterior al régimen de la Constitución de 1991

La era de protección del consumidor financiero comienza mucho antes del régimen de la Ley 1328 del 2009. Efectivamente, la Ley 45 de 1990, en la relación de las aseguradoras con sus asegurados, definió algunas reglas específicamente para el *deber de información*, esto es, información previa con miras a la celebración, o no, de la relación contractual de seguros, en la medida en que las aseguradoras deben suministrar información de fácil comprensión, especificando los amparos básicos y las exclusiones, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva (artículo 44). Las pólizas deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado.

Finalmente, trajo la ley un postulado para la protección de la libertad de contratación, mediante el cual la Superintendencia Bancaria resguardará la libertad de tomadores y asegurados para decidir la contratación de los seguros y escoger sin limitaciones la aseguradora, y, en su caso, el intermediario, y aplicará las sanciones correspondientes cuando verifique conductas o prácticas que contraríen lo dispuesto en esta ley.

Régimen de protección del consumidor financiero de la Constitución Política de 1991

La reforma constitucional de 1991 trae nuevos lineamientos políticos, sociales y económicos, entre ellos los postulados de protección a los consumidores, consagrados en su artículo 78,⁵² lo cual les da una primacía importante a dichos postulados sobre otras normas del derecho privado, y además se convierte en la fuente del cambio normativo contenido en los estatutos de protección a los consumidores financieros (Ley 1328 del 2009) y en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 del 2011), los cuales institucionalizan un régimen contractual altamente intervenido y proteccionista.

Recordemos que la Carta de 1991 elevó al rango constitucional las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150, prescribiendo que son de *interés público*, lo que les impone una serie de condicionamientos en beneficio del interés general. A su vez, el artículo 51 consagró el derecho a una vivienda digna⁵³ señalándole al Estado la función de promover planes de vivienda de interés social y sistemas adecuados de financiación a largo plazo, lo que derivó en un régimen de protección especial a los consumidores financieros de créditos de vivienda con garantía hipotecaria o financiación vía *leasing* habitacional.

⁵² Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

⁵¹ El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

⁵³ "... debe insistir la Corte en que, por ser el del acceso a la vivienda digna un derecho de rango constitucional que el Estado debe hacer efectivo (art. 51 C. P.), y por haberse establecido como objetivo prevalente en la Constitución de 1991 la democratización del crédito (art. 335 C. P.), según los lineamientos del Estado Social de Derecho (art. 1 C. P.), las tasas de interés aplicables a los créditos de vivienda deben ser intervenidas por el Estado; no pueden ser pactadas por los contratantes en un plano de absoluta autonomía por cuanto su determinación según las fluctuaciones del mercado hace posible que las instituciones financieras, prevalidas de su posición dominante, impongan a sus deudores tasas y márgenes de intermediación excesivamente altos, haciendo nugatorios sus derechos constitucionales a la vivienda y al crédito..." (Corte Constitucional, 2000).

En lo referente a los contratos para la financiación de vivienda a largo plazo (créditos hipotecarios), derivado del rango constitucional dado a los esquemas de financiación para este esquema de financiación (artículo 51 CP), la Ley 546 de 1999 trajo normas de protección de los deudores hipotecarios por adquisición de vivienda, algunas de ellas relacionadas con los contratos de adhesión, el *deber de información* (art. 21) y los contratos homogéneos.

El deber de información, consagrado expresamente como una obligación, de las entidades financieras autorizadas por la Super Financiera para el otorgamiento de financiación para la adquisición de vivienda estableció las condiciones de tiempo, modo y canal por el cual se debía suministrar la información, antes y durante la ejecución del contrato. En cuanto al modo, señala la disposición que aquella debe ser “cierta, suficiente, oportuna y de fácil comprensión para el público y para los deudores respecto de las condiciones de sus créditos”. Adicionalmente, la forma (cierta, suficiente, oportuna y de fácil comprensión para el público y para los deudores respecto de las condiciones de sus créditos) en los términos que determine la entidad de supervisión, vigilancia y control.

En cuanto al suministro de la información a todos los deudores de créditos individuales hipotecarios para vivienda, esta se requiere para dos propósitos y en dos momentos: (i) para el otorgamiento de la financiación, por lo que la información debe ser previa, con el propósito de que el potencial deudor financiero cuente con elementos suficientes para la toma de su decisión informada. (ii) Durante la ejecución del contrato de crédito, esto es, el primer mes de cada año calendario, los establecimientos de crédito enviarán una información clara y comprensible, que incluya como mínimo una proyección de lo que serían los intereses por pagar en el próximo año y los que se cobrarán con las cuotas mensuales en el mismo periodo, todo ello con el propósito de que el deudor pueda solicitar la refinanciación de su obligación hipotecaria.⁵⁴

⁵⁴ El Decreto 2555 del 2010 consagra una norma similar para las operaciones de *leasing* habitacional. Artículo 2.28.1.3.5. Deber de información para la protección de los usuarios. Las entidades autorizadas deberán suministrar anualmente, durante el primer mes de cada año calendario, información suficiente y de fácil comprensión para los locatarios respecto de las condiciones de sus operaciones de *leasing* habitacional, en los términos que determine la Superintendencia Financiera de Colombia de acuerdo con sus facultades legales. En todo caso, la información que se suministre debe incluir como mínimo lo siguiente: a) una proyección de los cánones a pagar en el año que comienza. Dicha proyección se acompañará de los supuestos que se tuvieron en cuenta para efectuarla y en ella se indicará de manera expresa que los cambios en tales supuestos implicarán necesariamente modificaciones en los montos proyectados; b) la

Régimen de protección del consumidor financiero del régimen del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) (D. L. 663 de 1993)

La Ley 45 de 1990 (incorporada en el EOSF), en relación con el *deber de información*, trajo una disposición para regular la información que las entidades financieras suministrarán al público que tenga como propósito promover su imagen, sus productos o servicios.

La Ley 795 del 2003 (incorporada en el EOSF) trajo una disposición que, si bien no habla de *consentimiento informado*, sí regula el deber de información a los usuarios, con el propósito de que cuenten con elementos suficientes para tomar *decisiones informadas*. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.

En el sistema de protección de los consumidores financieros no se hace un cambio a la arquitectura del negocio jurídico financiero el cual se rige por las normas del Código de Comercio, específicamente por lo prescrito en el artículo 822. En esa dirección, el “*deber de información*” en el negocio jurídico financiero hace parte de los requisitos para la emisión del consentimiento, pero no es clara la Ley en señalar la sanción por la omisión del deber de información que tiene como finalidad ilustrar al consumidor financiero para la emisión de un consentimiento libre de vicios por error.

Régimen de protección del consumidor de la Ley 1328 del 2009⁵⁵

Dicha reforma dedicó un título exclusivamente para regular el régimen de protección al consumidor financiero, el cual incluye definiciones,

discriminación de los montos imputados al precio del bien, el costo financiero y los seguros pagados por el locatario en el año inmediatamente anterior.

⁵⁵ Artículo 1. *Objeto y ámbito de aplicación*. El presente régimen tiene por objeto establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sin perjuicio de otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección. Para los efectos del presente título, se incluye dentro del concepto de consumidor financiero toda persona que sea consumidor en el sistema financiero, asegurador y del mercado de valores.

principios, derechos, obligaciones, un sistema de atención al consumidor financiero, el régimen de información, cláusulas y prácticas abusivas, la defensoría del consumidor financiero, los procedimientos y el régimen sancionatorio. Sin embargo, no trae la definición de *consentimiento informado*, ni mucho menos regula su naturaleza, pero dentro del sistema de la ley, reconociendo la realidad de la relación jurídico-financiera, donde el consumidor es la parte débil y tratándose de una relación derivada de una actividad de interés público, el Estado le brinda una serie de mecanismos de protección al consumidor financiero que deben ser aplicados de forma sistemática y conexa.

Contempla la ley la definición de *contrato de adhesión* y sus consecuencias jurídicas, la *debida diligencia*, los principios de *libertad de elección* y de *transparencia*, y las características de la información, la cual debe ser “cierta, suficiente, clara y oportuna”.

En la relación jurídica financiera, por regla general, el consumidor no tiene la oportunidad de discutir los términos y alcance de los servicios que le ofrecen. Entre los mecanismos se encuentra todo lo relacionado con el *deber de información*. La ley define los contratos de adhesión como aquellos “elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad”.

De otro lado, estatuyó el deber de la *debida diligencia* como una obligación de las entidades vigiladas por la Super Financiera en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, con el propósito de que ellos reciban *la información* o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda hacia la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas.

En lo referente al principio de *libertad de elección*, señala la norma que las partes podrán escoger libremente a sus respectivas contrapartes, sin perjuicio de los productos de obligatorio ofrecimiento por las entidades vigi-

ladas. La negativa para la prestación de servicios o para el ofrecimiento de productos deberá fundamentarse en causas objetivas y no podrá establecerse tratamiento diferente injustificado a los consumidores financieros.

Este principio está íntimamente ligado con el *deber de información* al que están obligadas las entidades financieras. Sobre este deber se ocupa la norma en extenso en diferentes componentes del sistema de protección en los que lo aborda, y prescribe algunas características o reglas, como en las definiciones (artículo 2); en los principios (artículo 3); en los derechos y obligaciones de los consumidores (artículo 5); en las prácticas propias de protección que deben observar los consumidores (artículo 6); obligación especial de las entidades financieras (artículo 7).

En esta disposición señala que la información debe ser cierta, suficiente, clara y oportuna, con el propósito de permitirles especialmente a los consumidores financieros conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas. En particular, la información suministrada por la respectiva entidad deberá ser idónea, de forma tal que garantice y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado.

Finalmente, y en pos de facilitar el entendimiento del consumidor financiero acerca de la relación jurídico-financiera que va a formalizar, la entidad financiera está en la obligación de elaborar los contratos y anexos que regulen las relaciones con los clientes con claridad y en caracteres legibles a simple vista, y tendrá que ponerlos a disposición de estos para su aceptación. Copia de los documentos que soporten la relación contractual deberá estar a disposición del respectivo cliente, y contendrá los términos y condiciones del producto o servicio, los derechos y obligaciones, y las tasas de interés, precios o tarifas y la forma para determinarlos. En el capítulo “Información al consumidor financiero”, artículo 9 “Contenido mínimo de información al consumidor financiero”, detalla las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Las entidades vigiladas deben informar a los consumidores financieros también las medidas para el manejo seguro del producto o servicio, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato y la demás información que la entidad vigilada estime conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio.

La Superintendencia Financiera de Colombia deberá impartir instrucciones especiales referidas a la información que será suministrada a los consumidores financieros de manera previa a la formalización del contrato, al momento de su celebración y durante la ejecución de este, indicándole a la entidad vigilada los medios y canales que deba utilizar, los cuales han de ser de fácil acceso para los consumidores financieros.

En cuanto a los textos o modelos de los contratos de adhesión, las entidades vigiladas deberán publicar en su página de internet el texto de dichos modelos estandarizados que estén empleando con su clientela por los distintos productos que ofrecen, en la forma y condiciones que señale la Superintendencia Financiera de Colombia, para consulta de los consumidores financieros.

Régimen de protección del consumidor de la Ley 1480 del 2011

En la era de la industrialización, el crecimiento de la población se concentra especialmente en las ciudades, la economía se diversifica y las actividades productivas se tecnifican para producciones a gran escala, lo que exige de nuevos agentes e intermediación para su comercialización en los mercados; asimismo, se organiza la prestación de los servicios públicos con la participación de particulares. Para esta época, mediados del siglo XX, las relaciones de consumo se rigen por los códigos de comercio.

El derecho del consumo en Colombia se materializa en la existencia de un marco jurídico jerarquizado, que comienza con disposiciones de rango constitucional (artículos 50, 78 y 150 *n.º* 13), continúa con el desarrollo legislativo de los denominados *estatutos del consumidor* (Ley 1328 del 2009 y 1480 del 2011) y finaliza con la intervención del Estado en la economía vía regulación, mediante los decretos reglamentarios 2555 y 3993 del 2010; 704 del 2012; 735, 865 y 1377 del 2013, y las resoluciones y circulares de las superintendencias Financiera, de Industria y Comercio y de Servicios Públicos Domiciliarios. No obstante, son palpables los avances en materia de regulación, es del caso advertir que no es suficiente, pues persisten vacíos y omisiones en algunos asuntos estructurales, así como deficiencias de armonía normativa al utilizar criterios diferentes para establecer los derechos, las obligaciones y los instrumentos de protección de los distintos consumidores.

El Estatuto del Consumidor incorpora una serie de mecanismos e instrumentos, algunos no contemplados en el Decreto 3466; además, pretende una regulación integral de la materia, y regula el deber de información, la publicidad y la protección contractual:

- (a) En el derecho del consumo se convierten en un elemento estructural e indispensable el *derecho a la información* y el *derecho a la educación* como mecanismos de protección de la parte débil de la relación en procura de un equilibrio en las relaciones de consumo. Los *derechos de información y de educación* facultan al consumidor para, en primer lugar, exigir la información e ilustración necesarias para entender las características técnicas y de seguridad de los bienes o servicios que adquiere, y luego para obtener la información necesaria que le facilite conocer el alcance de sus derechos y obligaciones, así como los instrumentos y mecanismos para hacer valer esos derechos consagrados a su favor por los estatutos de protección.

Entre los principios que trae el artículo 1 de la ley encontramos el de la *información adecuada*:

Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a: ... el acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas.

El *deber de información* tiene un mayor grado de especialidad con respecto al Decreto 3466. Esto es, lo cualifica incluyendo normas de protección a *los niños, niñas y adolescentes*.⁵⁶ Establece un mínimo de información para los consumidores, la cual debe ser “clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que se ofrezcan”. Asimismo, habla de información específica para la comercialización de productos defectuosos; prescribe que la información mínima debe estar en lengua castellana; determina la información para las transacciones y productos que estén sujetos a mediciones o calibraciones obliga-

⁵⁶ Ley 1480 del 2011. Artículo 28. Derecho a la información de los niños, niñas y adolescentes. El Gobierno nacional reglamentará, en el término de un año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, los casos, el contenido y la forma en que deba ser presentada la información que se suministre a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores, en desarrollo del derecho de información consagrado en el artículo 34 de la Ley 1098 de 2006.

torias dispuestas por una norma legal o de regulación técnica metrológica; establece los mínimos de información que debe suministrar todo productor o todo proveedor, según la relación jurídico-económica de que se trate.⁵⁷ Asimismo, prescribe las condiciones para el suministro de información de productos nocivos para la salud, y, por otro lado, especifica: “*El proveedor está obligado a informar al consumidor en pesos colombianos el precio de venta al público, incluidos todos los impuestos y costos adicionales de los productos. El precio debe informarse visualmente y el consumidor solo estará obligado a pagar el precio anunciado.*”

Establece la ley como sanción la responsabilidad de los productores o proveedores de bienes o servicios por todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información suministrada a los consumidores.

- (b) La publicidad. Prescribe la ley la fuerza vinculante de la publicidad al señalar que “las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad”. Regula lo concerniente a publicidad engañosa, de la cual podrá ser responsable solidariamente el medio de comunicación si se comprueba dolo o culpa grave. También establece las condiciones y reglas para la publicidad de productos nocivos y para las promociones y ofertas.
- (c) La protección contractual. Incluye expresamente esta figura como mecanismo fundamental para lograr el objetivo consagrado en la ley. Presenta, comparativamente hablando, un esquema de protección contractual más estructurado y organizado que el contenido en la Ley 1328, con una mayor técnica jurídica, lo que facilita su interpretación y aplicación. Trae la regulación de la interpretación favorable al consumidor; de productos no requeridos; la prohibición de ventas atadas; las condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión; las reglas de las cláusulas prohibidas; de las cláusulas de permanencia mínima; las cláusulas abusivas y la sanción (ineficaces de pleno derecho).

Ley 1480 de 2011 en su artículo 3° contempla los derechos y deberes de los consumidores y usuarios, entre ellos, el derecho a recibir información,

⁵⁷ Ley 1480 del 2011. “Artículo 24. Contenido de la información. La información mínima comprenderá: 1. Sin perjuicio de las reglamentaciones especiales, como mínimo el productor debe suministrar la siguiente información: ...”

que sea completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, *comprensible, precisa e idónea* respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos. También consagra el derecho a la educación: Los ciudadanos tienen derecho a *recibir educación sobre los derechos de los consumidores*, formas de hacer efectivos sus derechos y demás materias relacionadas. (Énfasis agregado)

El régimen de protección del consumidor de la ley 1480 consagró expresamente normas para las relaciones jurídicas materializadas mediante el sistema de comercio electrónico, entendido como “*la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios.*”

Esta normativa especial para los negocios jurídicos adelantados bajo esta modalidad consagró el “*deber de información*” en sus componentes de tiempo, modo y medio a utilizar procurando que se le suministre al consumidor los elementos necesarios para la celebración del negocio jurídico. En el artículo 50 se consagra como obligación de los proveedores o expendedores el suministro de información. Especificó la norma en cuanto a la condición de tiempo, que ésta sea suministrada “en todo momento”, debiéndose entender que hace referencia tanto a la etapa pre - contractual como a la de ejecución del contrato. En los contratos de tracto sucesivo, se deberá informar su duración mínima.

Señala igualmente la norma las características que debe revestir dicha información, la cual debe ser “*cierta, fidedigna, suficiente, clara y actualizada respecto de los productos que ofrezcan*” y revestir otras características sobre el tamaño, el peso, las medidas, el material del que está construido, etc. En cuanto al medio mediante el cual se debe suministrar la información los proveedores o expendedores deben señalar el medio de comercio electrónico utilizado, los medios de que disponen para realizar los pagos.

Como podemos observar de este desarrollo normativo el legislador ha cualificado en detalle las condiciones de tiempo, modo y lugar del “*deber de información*”, sin hacer alusión específica a que es un elemento cualificado dentro de la estructura del negocio jurídico mediante los mecanismos contemplados en el comercio electrónico.

Para efectos de interpretación y aplicación de las normas del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 del 2011) es menester que dicho Estatuto defina de manera expresa la naturaleza de las normas de protección al consumidor como de orden público, artículo 4⁵⁸ e incluya una serie de principios claves para la interpretación de sus disposiciones, siendo esta disposición la columna vertebral de todo el sistema de protección de los consumidores y usuarios en Colombia, y, por supuesto, del régimen de protección contractual.

El consentimiento informado en los sistemas de administración de justicia a través de los métodos de resolución de controversias

La figura de resolución de controversias en derecho financiero reseña un antecedente en la Ley 510 de 1999, la cual estableció que las partes podrían convenir que la definición de las diferencias surgidas de los contratos hipotecarios o de los títulos, y la ejecución de las obligaciones que en ellos constan, incluyendo el remate y venta de los bienes o su restitución forzosa, se sometiera a la decisión de un árbitro. No obstante, tratándose de un contrato de adhesión, esta norma no hizo referencia específica al *deber de información* ni al concepto de *consentimiento informado*. La ley traía una serie de reglas que tenían como objetivo proteger al consumidor financiero.

Posteriormente, la Ley 546⁵⁹ del mismo año reguló el pacto arbitral con los mismos alcances de la 510, estableciendo que solamente por solicitud expresa del deudor podrá pactarse el procedimiento arbitral, así como que el pacto o la cláusula compromisoria debía constar por escrito y que no se aplicaría para los conflictos suscitados por la reliquidación de los deudores en el sistema UPAC. Esta norma tampoco hizo referencia específica al *deber de información* ni al concepto de *consentimiento informado*.

En el ámbito de los consumidores, la Ley 142 de 1994 consagró la posibilidad de someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre la compañía y los usuarios. Esta norma tampoco hizo referencia específica al *deber de información* ni al concepto de *consentimiento informado*, pero sí estableció unas normas de protección

⁵⁸ Artículo 4.º. "Carácter de las normas. Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley..."

⁵⁹ El artículo 35 de la ley 546 de 1999 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1140-00 del 30 de agosto del 2000, M. P. José Gregorio Hernández.

a los usuarios respecto de los mecanismos de solución de controversias bajo la figura del abuso de posición dominante, por la cual se presume dicha posición de la empresa de servicios públicos, en los contratos de servicios públicos, en cláusulas como las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al usuario en el evento que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos, o también las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias.

En ese mismo ámbito del derecho del consumo, la Ley 1480 del 2011, en su artículo 43, numeral 12, tipificó como cláusulas abusivas aquellas que obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral. Dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 118 de la Ley 1563 del 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional). Sobre el cambio normativo que significó esa derogatoria manifestó Camilo Gómez:

Con este cambio normativo, el legislador hizo a un lado una postura reticente frente a la utilización de las cláusulas compromisorias en los contratos por adhesión, la cual se encontraba sustentada en que su inclusión en el cuerpo del contrato por la parte dominante de la relación contractual causaba un detrimento injustificado en contra del consumidor al obligarlo a renunciar a la justicia ordinaria sin su consentimiento, para pasar a permitirle sin someterla a ninguna condición o limitación que salvaguardara los derechos de la parte débil.⁶⁰

La Ley 1563 del 2012 prescribe que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición, o aquellos que la ley autorice. A su vez, define el pacto arbitral como un negocio jurídico en virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

De acuerdo con este marco legal, el pacto arbitral es un negocio jurídico que debe reunir los elementos del negocio jurídico para su existencia y validez. Sobre el elemento *consentimiento* para el negocio jurídico de consumo (contrato de adhesión) y el del pacto arbitral para las controversias

⁶⁰ Camilo GÓMEZ, *El arbitraje de consumo en Colombia: un análisis de su regulación y propuesta* (Bogotá: Universidad de Los Andes, 2016).

que surjan de dicho negocio jurídico, la ley colombiana no señala formalidad alguna, pero sí habilita a las partes para que la cláusula compromisoria forme parte del contrato o que aquellas hagan constar dicho pacto en documento separado inequívocamente referido a él. Aquella que se pacte en documento separado del contrato para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.

En este marco general del negocio jurídico de consumo regido por la Ley 1480 y del pacto arbitral que forme parte de aquellos regidos por la Ley 1563, no hay una ritualidad específica para el *consentimiento*; este se nutre o ilustra mediante el *deber de información*, que aplica para los contratos de adhesión bajo los parámetros de información mínima prescritos en el Título V, “De la información”, Capítulo Único, “De la información”, artículo 23 (de la información mínima y responsabilidad) y artículo 24 (contenido de la información).

Proyecto de ley 08 del 2023, Senado, “por medio del cual se crea la modalidad de arbitraje para procesos ejecutivos..”

Establece el proyecto que podrán someterse a arbitraje los procesos ejecutivos cuando exista pacto arbitral. Define el *pacto arbitral ejecutivo* como el negocio jurídico mediante el cual las partes se obligan a someter al arbitraje la ejecución de títulos ejecutivos y las controversias derivadas del negocio subyacente del título afecto al pacto. El pacto arbitral ejecutivo implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ejecutivas y controversias ante los jueces. La cláusula compromisoria ejecutiva no podrá formar parte del título ejecutivo que se invoque como tal. Deberá constar en un documento anexo a él o separado de él, pero referido a él.

Contempla el texto del proyecto la regulación sobre información mínima y la de protección al consumidor, señalando que en los contratos celebrados con consumidores en los que se estipule un pacto arbitral o en relación con los cuales se pacte arbitraje, se deberá suministrar al consumidor información “clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los efectos y alcances del pacto arbitral”.

Señala expresamente el proyecto que la información referida con esas características conlleva el propósito de permitirle al consumidor conocer los efectos del pacto arbitral, sus derechos, obligaciones, condiciones y

costos relacionados con dicho pacto. Adicionalmente a la regulación del *deber de información* para el pacto arbitral de procesos ejecutivos en contratos con consumidores, el proyecto trae unas normas especiales para el *proceso ejecutivo arbitral del crédito hipotecario* que facultan a las partes para que, en la celebración del contrato de crédito hipotecario, en sus modificaciones o en los acuerdos posteriores, acuerden el pacto arbitral ejecutivo (artículo 27).

Exige el proyecto de ley para este tipo de contratos que el pacto sea especial y conlleve un *consentimiento suficientemente informado*. Igualmente, trae una prohibición en cuanto a que los créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda de interés social, en los términos del artículo 85 de la Ley 1955 del 2019 y 91 de la Ley 388 de 1997, no podrán ser objeto del pacto arbitral ejecutivo “ni mediante el consentimiento informado”.

Implementa el proyecto un sistema de verificación del cumplimiento del *deber de información* para la obtención de un *consentimiento informado* en el procedimiento notarial de otorgamiento de la escritura pública de hipoteca, en el cual el notario tiene la obligación de preguntarle al propietario del inmueble acerca de si ha sido informado sobre el pacto arbitral, y, en todo caso, le informará y advertirá sobre el alcance del proceso ejecutivo arbitral. El notario deberá dejar constancia expresa de la estipulación del pacto arbitral incluido en el contrato y de las consecuencias que esto implica. Trae el prospecto de norma sanción para el notario que omita el deber de información: “El notario que omita dejar constancia en la respectiva escritura pública de los deberes establecidos en el presente artículo incurrirá en causal de mala conducta”. Los árbitros y los jueces serán garantes del cumplimiento integral de la normatividad contemplada en el proyecto.

Bibliografía

ARRUBLA PAUCAR, Jaime. *Contratos mercantiles*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2003.

_____. “Abuso de la posición dominante contractual”. En *Regulación financiera y bursátil y derechos del consumidor*, pp. 159, editado por J. Arrubla Paucar et al. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2007.

BEGUÉ HOYOS, María y Daniel Vásquez Vega. “Giros jurisprudenciales en la interpretación del artículo 1058 del Código de Comercio colombiano”.

- Revista de Derecho Privado*, n.º. 44 (2023): 313-346. doi:<https://doi./10.18601/01234366.44.11>
- CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. “El deber de información contractual y sus límites”. *Revista de Derecho Privado*, n.º. 21(2011): 327-350.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-955 del 2000. Demandas de inconstitucionalidad incoadas contra las leyes 546 del 23 de diciembre de 1999.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-048 del 2023. Derecho a morir dignamente.
- FASECOLDA. “La reticencia en el contrato de seguros”. *El Tintero*, s. f.
- GIRALDO LÓPEZ, Alejandro. *Comentarios al nuevo Estatuto del Consumidor*. Bogotá: Legis, 2012.
- GIRALDO, Julio y Dixon López, “El consentimiento médico informado en Colombia”. Repositorio Institucional Unilibre, 2021. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23233/MD0198.pdf?sequence=1>
- GÓMEZ, Camilo. *El arbitraje de consumo en Colombia: un análisis de su regulación y propuesta*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2016.
- GÓMEZ DUQUE, Arturo. *Régimen de seguros. El contrato de seguros*. Parte especial II. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2017.
- MENDOZA, Juliana y Luis Herrera, “El consentimiento informado en Colombia. Un análisis comparativo del proyecto de Ley 24 de 2015 con el código vigente y otros códigos de ética”. *Revista CES Derecho*, 8, n.º.1 (2017): 156-171.
- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. “Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud en dos versiones”, versión 1, 2009, y versión 2, 2017. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/paginas/freesearchresults.aspx?k=&k=gu%C3%ADa%20consentimiento%20informado>
- NEME VILLARREAL, Martha L. “El consentimiento informado del consumidor: del sinalagma a las exigencias de información”. *Ensayos de Derecho Privado*, 8, n.º. 96 (2018).
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta, E. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7ª. ed. Bogotá: Temis, 2016.
- PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Estudio sobre la buena fe*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2011.

- RODRÍGUEZ YONG, Camilo A. *Una aproximación a las cláusulas abusivas*, I. Bogotá: Legis - Universidad del Rosario, 2013.
- SALGADO RAMÍREZ, Catalina. “Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo”, pp. 305-306. En *Perspectivas del Derecho del Consumo*, Carmen Ligia Valderrama Rojas (dir.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La decisión judicial, naturaleza, hermenéutica y aplicación del derecho*, I. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2011.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. “Sorbos de azufre para el consumidor”. *Ámbito Jurídico*, 29 octubre 2013.
- VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. *Instituciones de derecho comercial*, I, 5ª. ed. Bogotá: Librería Señal Editora, 2008.
- VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. *Introducción al derecho del consumo*, I. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2012.
- ZULETA HOLGUÍN, Francisco. *Mecánica procesal del contrato de seguros*. Bogotá: Dintel, s. f.

RESPUESTA A LA INTERVENCIÓN DEL ACADÉMICO
JORGE VILLEGAS BETANCUR POR SU TRABAJO
“EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: UNA
MIRADA A SU INCORPORACIÓN EN EL DERECHO
COLOMBIANO”, EN SU ASCENSO A MIEMBRO
DE NÚMERO

Rodrigo Puyo Vasco*
Académico de número

Inicialmente quiero destacar cómo el ingreso de un respetado jurista de provincia a las dignidades de “Académico de Número” de la institución resalta la condición nacional de la Academia, bien llamada colombiana por abarcar e integrar al foro patrio.

En nombre de la institución tengo el honor de recibir en esta dignidad académica al abogado Jorge Villegas Betancur, quien hoy asciende en la entidad a su máxima categoría académica. De tiempo atrás me ligan lazos de amistad, de

* Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho y Mercado de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España) y Doctor (Ph.D) en Derecho de la misma universidad. Es consultor y litigante en el área de Derecho Privado desde 1970. Ha ejercido como profesor de pregrado y postgrado en la Universidad de Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana. Es árbitro del Colegio de Abogados de Medellín, de la Cámara de Comercio de Medellín y de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Ha sido miembro de las juntas asesoras de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera. Es delegado del presidente de la República en la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia desde 1982 y es presidente de su Comité Jurídico y del Comité Asesor del Centro de Arbitraje y Conciliación. Es miembro actual, y en varias ocasiones presidente, del Colegio de Abogados de Medellín. Es Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Ha sido y es miembro de diferentes juntas directivas de entidades públicas y privadas.
Contacto: rodrigopuyo@rpuyoabogados.com.co

trabajos conjuntos en el área jurídica, en congresos, seminarios, investigaciones, en el trasegar de su actuación como vicepresidente jurídico de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, y de director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la misma. A esta institución estuve vinculado más de cuarenta años y en la actualidad ejerzo como consejero honorario.

Villegas Betancur ha tenido dos etapas en su vida profesional, la primera, vinculado a importantes organizaciones empresariales de su región como experto legal, donde cumplió un trabajo reconocido por su excelencia; posteriormente, ingresó a la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, entidad en la cual ha sido, durante más de una década, su guía jurídico, el punto de referencia en estas materias; incluso ha trascendido su actuar al ámbito nacional dada su activa participación en la Federación de Cámaras de Comercio (Confecámaras).

Igualmente, ha dedicado parte de sus esfuerzos a la labor docente en temas especializados cercanos al derecho empresarial y, en especial, al financiero. Fruto de estas actividades son sus publicaciones de artículos y libros, sus conferencias y su reconocido liderazgo regional en estas materias. El académico Villegas, con disciplina y rigor, ha entrelazado sus fatigas laborales con las académicas tanto en la docencia como en la investigación. En realidad, es un abogado integral en el mejor de los sentidos.

Ha escogido el académico un tema sugerente y de actualidad, relacionado con sus intereses intelectuales y profesionales que, como veremos, se encuentra en la primera línea de las grandes inquietudes jurídicas contemporáneas. Se trata del llamado Consentimiento Informado, sin duda una materia que amplía el área tradicional de uno de los elementos básicos de las clásicas obligaciones civiles, el consentimiento y que ha tenido recientes y prolíficos desarrollos. Villegas Betancur evidencia que no es tan nueva su aparición en el mundo normativo, al presentar múltiples antecedentes del mismo, que se remontan a las *Institutiones* del afamado Justiniano. Sin embargo, la evolución social y económica, la llegada de operaciones o actos masivos de los consumidores y el incremento de las relaciones médico-paciente, han transformado en forma cualitativa este mundo normativo, haciendo necesarias reglas para la seguridad y la certeza de estas relaciones jurídicas.

En su recorrido sobre esta materia, nos recuerda las bases constitucionales en las cuales se fundamentan estas novedosas reglas jurídicas, que tienen asiento en la Constitución de 1991, principalmente basadas en el princi-

pio de la buena fe que debe presidir toda relación jurídica y que exige el máximo de información para las partes a fin de generar un consentimiento libre. Igualmente, el derecho y el respeto a la vida, centro de toda carta constitucional, acompañado de la garantía estatal a la salud, la protección al ahorro, a la vivienda y, en general, el consumidor, son principios consagrados en el estatuto mayor del año 1991 y que hacen parte del documentado discurso que hoy presenta el Dr. Villegas Betancur.

Ha dividido su trabajo en forma que responde a los diferentes aspectos en los cuales el Consentimiento Informado ha cobrado gran importancia normativa, para lo cual acude con rigor a la doctrina y a la jurisprudencia de las Cortes, construyendo un rico acervo de documentación en este interesante asunto jurídico, que incide cada vez más en las personas de cualquier condición social, económica, sin distinción de edades, sexo o nacionalidades.

Comienza su exposición haciendo referencia a las reglas civiles del consentimiento o expresión volitiva de las obligaciones, antecedente y presente, fundante de esta materia. A continuación, recuerda las reglas comerciales anteriores a la codificación mercantil en materia de seguros y las enlaza con las normativas del código de 1971; incluso con énfasis en las más importantes jurisprudencias de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional relativas al artículo 1058 del Código de Comercio, que regula la declaración del tomador del seguro sobre el estado del riesgo, pieza fundamental de la esencia y de la naturaleza del contrato de seguro.

Realmente los dos grandes capítulos de este enjundioso estudio están referidos al consentimiento del paciente en la relación médico-paciente y a las garantías al consumidor.

Respecto de las relaciones médico-paciente se han desarrollado múltiples análisis, que concluyen en la exigencia de una información *suficiente, oportuna, completa, accesible, fidedigna, oficiosa, libre*, que otorgue al paciente los elementos de juicio necesarios para tomar la decisión en actos de tal trascendencia para la vida y para la salud, como los relacionados con la interrupción de la gestación o el buen morir o muerte digna, traducido, en otras palabras en el aborto voluntario y en la eutanasia, como situaciones críticas de las personas, sin olvidar el consentimiento para la realización de tratamientos radicales tales como amputaciones, trasplantes y al suministro de toda clase de fármacos o de terapias.

Cada día cobran más relevancia estos aspectos del humano vivir, en los cuales la relación médico-paciente, obligatoriamente está relacionada y regulada por leyes llamadas de “ética médica”, y por protocolos y reglas que consultan la autonomía de la voluntad, en unos casos con consentimiento previo, en otros posterior, expresado por escrito o en forma verbal o digital e, incluso, en algunas ocasiones, en forma sustitutiva por los familiares habilitados o por los apoyos en los casos de personas con alguna discapacidad.

Esta es una de las áreas de mayor interés en la actualidad jurídica y en la cual existen posiciones extremas y antagónicas, y otras que pretenden un *virtus medium*.

El académico hace una revisión de las normas que surgen de la Ley 23 de 1981, y de las normativas posteriores y su concordancia con los preceptos constitucionales.

El otro gran capítulo del Consentimiento Informado está referido a las crecientes garantías que se le confieren al consumidor dentro de la actual fase de la economía y de la sociedad, que superan lo individual, al estar enmarcadas en las crecientes relaciones masivas reguladas por contratos impersonales y de adhesión.

Dentro de esta modalidad, el académico Villegas reconoce las diferentes clases de consumidor: inicialmente, se refiere al financiero en sus diversas modalidades, desde los usuarios de créditos de vivienda y, por tanto, con conexión constitucional al derecho a la misma, para luego continuar su análisis con las normas sobre los usuarios de crédito en sus diversas formas, desde aquellas que surgen del contrato de mutuo hasta las que se originan en el contrato de apertura de crédito y que generan tarjetas para el pago y, en general, las relacionadas con las múltiples entidades financieras existentes. A lo anterior se suma el análisis de la publicidad de los productos y las reglas que, esta, como mecanismo de información, debe cumplir; para terminar con la aparición de códigos de derechos y deberes del consumidor financiero.

La relación directa entre el consumidor y los agentes del mercado bursátil es otra forma masiva de participación en la economía y en el derecho, la cual, a través de agentes especializados, informa al público, cliente o consumidor de sus mejores opiniones en el mercado accionario, de bancos

o de papeles de bolsa, por lo cual se debe suministrar una información *confiable, verdadera, oportuna, independiente* al consumidor bursátil, normalmente ajeno a los análisis conceptuales de estos mercados.

No faltan referencias al inicial Decreto 3466 de 1986, y a la posterior Ley 1480 del año 2012, que otorgaron al consumidor en general, una serie de derechos, y al empresario un buen decálogo de deberes que modifican en temas sustanciales las normas tradicionales del contrato de compraventa civil o comercial, en materias novedosas tales como: el derecho de retracto, los plazos para el pago y para la validez de las ofertas, la modalidad de aceptación de estos contratos por parte de los compradores, las garantías de calidad y de buen uso de los productos, ampliando la responsabilidad de estas obligaciones a importadores, agentes o fabricantes, a parte de los vendedores directos, todos ellos obligados al suministro de la información *clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible e idónea*, teniendo presente sus destinatarios, que pueden ser adultos, adolescentes, niños o personas jurídicas.

Además, insiste en que la naturaleza normativa de estas reglas, corresponden a la categoría de normas de orden público, es decir, ajenas a la autonomía de la voluntad como era tradicional en el derecho privado y, por tanto, no modificables contractualmente. Sin duda se evidencia el incremento de lo público en las relaciones interpersonales.

Finalmente, plantea el académico unas muy interesantes y adecuadas posibilidades de acudir a la solución arbitral o formas alternativas de solución de los conflictos o de las diferencias en el mundo negocial, previa información calificada, paso que, sin duda, en corto tiempo, el ágil e innovador mundo de los negocios adoptará.

Atinadamente, Villegas Betancur afirma la existencia de variopintos criterios frente al Consentimiento Informado en su tratamiento legal; es decir, no existe uniformidad ni en el estadio contractual ni en la etapa precontractual, de gran importancia en esta materia, con las consiguientes dudas para su aplicación.

Este estudio, sin olvidar profundas raíces constitucionales y principios fundamentales del ordenamiento jurídico, trae al análisis y reflexión modalidades de conducta social que conllevan exigencia en normativas originadas en los dramáticos cambios del entorno social del actual momento de la

sociedad y formidables mutaciones que deben ser protegidas legalmente y, que si bien existen verdaderos avances en nuestra legislación y doctrina, aún estamos lejos de los parámetros de otras legislaciones de un mayor desarrollo, y sin olvidar que, en forma inexorable, seguirán creciendo estas nuevas modalidades jurídicas.

Al hacer una reflexión trascendente observamos que el Consentimiento Informado va desde lo más cosificado o material en el universo del consumo, hasta lo más trascendente del ser humano, como es la salud y la vida. Es decir, abarca todos los extremos de la existencia humana.

Se le deben unas gracias al académico Jorge Villegas Betancur por traer a este centro del pensamiento jurídico el análisis de tan importantes temas. Le queda el gran desafío de ampliar y profundizar este importante inicio de investigación que hoy da a conocer.

LA INTROMISIÓN, A TRAVÉS DE LA TARIFA LEGAL, DEL LEGISLADOR EN LA FUNCIÓN JUDICIAL Y, EN ESPECIAL, CON RESPECTO A LA PRUEBA DOCUMENTAL*

Flavio Eduardo Córdoba Fuertes**
Académico correspondiente

Resumen: Expondremos la relación entre la tarifa legal impuesta por el legislador y la función judicial, especialmente en lo que respecta a la prueba documental. Empezaremos por destacar la importancia del derecho fundamental a la prueba, que incluye la admisión, práctica y valoración de la misma por parte del juez. Se expondrá que, a pesar de promoverse la libre valoración de la prueba, el legislador a menudo impone reglas restrictivas para la valoración de la prueba documental limitando la discrecionalidad del juez, lo que de contera afecta la motivación de las sentencias y la confianza en el sistema judicial. Finalmente, se propondrá la adopción de un enfoque más flexible que, basado en la sana crítica como sistema de valoración de la prueba documental, elimine los vestigios de la tarifa legal.

Palabras clave: Tarifa legal; Función judicial; Prueba documental; libre valoración de la prueba; motivación de las sentencias; confianza en el sistema judicial; presunción de autenticidad; sana crítica.

* Trabajo presentado en sesión del 14 de marzo de 2024 para el ingreso como “Miembro correspondiente” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Abogado de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Procesal Civil de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Docente en pregrado de la Pontificia Universidad Javeriana (Sede Cali), de las Especializaciones en Derecho Procesal Civil de la Universidad del Cauca y Derecho Procesal Civil de la Universidad de Nariño. Actualmente Magistrado de la Sala Civil del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Contacto: flavioecf@hotmail.com

THE INTRUSION, THROUGH LEGAL FEES, OF THE LEGISLATOR INTO THE JUDICIAL FUNCTION ESPECIALLY, REGARDING DOCUMENTARY EVIDENCE

Abstract: We will discuss the relationship between the legal fee imposed by the legislature and the judicial function, particularly concerning documentary evidence. We will begin by emphasizing the importance of the fundamental right to evidence, which includes its admission, practice, and evaluation by the judge. It will be argued that, despite the promotion of free assessment of evidence, legislators often impose restrictive rules for the evaluation of documentary evidence, limiting the judge's discretion, thus affecting the motivation of judgments and confidence in the judicial system. Finally, we will propose the adoption of a more flexible approach, which, based on sound judgment as a system for assessing documentary evidence, eliminates traces of the legal fee.

Keywords: Legal fee; Judicial function; Documentary evidence; Free assessment of evidence; Motivation of judgments; Confidence in the judicial system presumption of authenticity; Sound judgment.

Es importante advertir que el derecho a la prueba es un derecho fundamental que abarca varios aspectos fundamentales esenciales para garantizar el proceso. En primer lugar, y como respuesta a la solicitud que hace cualquiera de las partes, el juez adopta la forzosa conducta de pronunciarse acerca de las mismas, tomando una decisión fundamentada sobre su admisión o denegación. Posteriormente, este derecho exige que las pruebas admitidas sean practicadas con la participación de todas las partes involucradas, garantizando de esta forma la igualdad de oportunidades en la presentación y refutación de aquellas.

Finalmente, el órgano jurisdiccional está obligado a valorar las pruebas de manera adecuada y fundamentada como parte de su deber de motivar sus decisiones. Entonces no basta con realizar una mera declaración genérica sobre la valoración conjunta del material probatorio. No. Se requiere un análisis detallado y razonado de cada medio probatorio aportado al proceso. De esta manera se evita la arbitrariedad en el ejercicio de aquel enorme poder que se tiene cuando se está decidiendo sobre la cuestión probatoria.

Es importante destacar que el juez debe actuar con el genuino propósito de evitar la arbitrariedad, respetar el ordenamiento jurídico y facilitar el escrutinio externo de sus decisiones, mediante un contraste con las normas y valores consagrados en el sistema legal. En este sentido, se reconoce la importancia de un control efectivo sobre el ejercicio del poder judicial como garantía indispensable en un Estado de Derecho.

Así lo ha señalado la doctrina; las decisiones judiciales son actos de poder que deben estar debidamente fundamentados. Los jueces tenemos la obligación imperiosa de explicar los motivos de las decisiones; los jueces estamos obligados a explicar por qué hemos dicho o hemos decidido en la forma en que lo hemos hecho; tenemos la perentoria obligación de exponer las razones de la decisión, las que deben ajustarse estrictamente a la legalidad. De lo contrario, se corre el riesgo de que el poder judicial sea ejercido de manera arbitraria, contradiciendo los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

En Colombia, en el artículo 163 de la Constitución de 1886 se fijaba la imperiosa obligación de motivar toda providencia judicial; el profesor Tulio Enrique Tascón sobre el punto decía:

Esta exigencia obedece a la necesidad de evitar la arbitrariedad de los Jueces: ellos en sus fallos deben exponer las disposiciones legales y las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión, así como la apreciación que hacen de las pruebas aducidas y de los alegatos presentados por las partes. Esto mismo dispone el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil, en donde está bien la disposición, pero no en la constitución, por ser cuestión reglamentaria.¹

Esa regla, al considerarse que debía ser parte de una ley estatutaria, fue excluida de la Carta Política de 1991, ante ello se incluyó en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, artículo 55 de Ley 270 de 1996, el cual ordena:

las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales. La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras: ‘Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley’. La pulcritud del lenguaje, la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan, que los Magistrados y jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de sus servicios.

¿Por qué he traído y con énfasis esto de la motivación de las sentencias como aspecto fundamental en el sistema judicial? Porque alrededor del

¹ Tulio Enrique TASCÓN, *Derecho constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional* (Bogotá: Minerva, 1934).

tema que nos ocupa, y en especial en la prueba documental, en el contexto específico de la valoración de la prueba documental, el legislador a menudo ha adoptado un enfoque que podría considerarse restrictivo e impone reglas detalladas y rigurosas para su valoración.

Estas reglas, concebidas como una especie de “*tarifa legal*”, limitan la discrecionalidad del juez al momento de evaluar la prueba documental. El juez se ve obligado a aplicar, de manera automática, los criterios de valoración establecidos por la ley, sin considerar necesariamente las circunstancias específicas del caso o ejercer un análisis más amplio y contextualizado.

Como resultado, la motivación de la sentencia en relación con la valoración de la prueba documental puede parecer mecánica y superficial. El juez simplemente se adhiere a los criterios establecidos por la ley, sin ofrecer una explicación detallada de cómo llegó a sus conclusiones o cómo evaluó la relevancia y la fiabilidad de la prueba documental en el contexto del caso particular.

Entendemos que esa falta de motivación adecuada puede socavar la confianza en el sistema judicial, puede limitar la capacidad de las partes y de la sociedad en general para comprender y aceptar las decisiones judiciales. De allí que sea necesario promover una reflexión y análisis por parte de los jueces en la valoración de la prueba documental, garantizando así una motivación más sólida y coherente que refleje verdaderamente los principios del sistema de justicia.

Nótese entonces cómo la cuestión de la valoración de la prueba documental pone de manifiesto una contradicción en el sistema judicial actual, especialmente en relación con el principio de la libre valoración de la prueba. Aunque este principio busca otorgar al juez la libertad necesaria para evaluar todas las pruebas presentadas en un caso, aún persisten elementos de la “*tarifa legal*” en relación con la prueba documental, como no se hizo con ninguna otra prueba, y pasando por alto que en este sistema en realidad no se valora la prueba, dicho de otra manera, su valoración se reduce a una suma de pruebas, las consideradas como plenas pruebas.

Esta situación limita la capacidad del juez para aplicar su lógica y razonamiento humano en la evaluación de la prueba documental, al imponerle criterios predefinidos sobre la fuerza probatoria de ciertos tipos de docu-

mentos. Además, se corre el riesgo de relegar la importancia de otras pruebas que podrían ser igualmente relevantes en el caso.

Reconocemos que la valoración de la prueba ha evolucionado a lo largo del tiempo.² En épocas antiguas, el ser humano a menudo dejaba en manos de la divinidad la tarea de determinar los hechos; esto se reflejaba en prácticas como las ordalías. Consideraba que eso lo tenía que hacer la divinidad, era Dios el que indicaba que el hecho se había producido.

Posteriormente, el hombre hizo un cambio brusco de sistema, se fue al extremo contrario: se establecieron pautas generales y abstractas, diseñando de esa forma los mecanismos de la tarifa legal. El legislador asumió lo que se le había confiado a Dios. Como decía, se ideó un sistema de valoración formal donde el legislador intervino, se entrometió en la función jurisdiccional determinando el valor que se tenía que asignar a cada una de las pruebas. En otras palabras, la ley le dijo al juez como debía valorar la prueba, la ley era la que le decía el grado de convicción que le debe generar la prueba, aunque claro, de cierta manera, sin alejarse obviamente de las reglas de la razón. Como lo dice la Corte Constitucional: *“Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador”*.³ Pero esos eran otros tiempos, los jueces no tenían formación, no sabían de la valoración de la prueba; el sistema entonces debía adaptarse a esas circunstancias. No se podía construir un sistema donde nada de eso debían realizar. Debían entonces hacer que las cosas sean más fáciles para los jueces.

Con el tiempo, se ha avanzado hacia un sistema donde el juez tiene la libertad de valorar las pruebas basándose en su propio razonamiento y criterio. Este enfoque, conocido como la libre valoración de la prueba, permite al juez considerar todas las pruebas presentadas por las partes y llegar a una conclusión basada en la lógica, la ciencia y la experiencia.

Es importante destacar que esta libertad de valoración no implica arbitrariedad por parte del juez. Por el contrario, el juez a la hora de decidir dice: “esto es así, porque racionalmente estoy convencido, la hipótesis que ha planteado una de las partes me ha convencido”, esbozando una

² Valoración de la Prueba G. [Archivo de Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=te9CYVjILGg>.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-202 de 8 de marzo de 2005. M. P. Jaime Araujo R.

explicación que se considera válida para cualquier ser racional. El juez, entonces, valora la prueba con base en las reglas de la ciencia, de la lógica y de la experiencia, en pocas palabras, el juez recurre a una argumentación racional, valora la prueba sí libremente, pero no de forma caprichosa, irracional o arbitraria si se quiere, ya que tiene que argumentar y justificar su decisión.

Acerca de las características de este sistema, la Corte Constitucional ha señalado:

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

[...]

El juez, que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.⁴

Es interesante observar cómo la Corte Constitucional, al referirse al sistema de valoración de la prueba de la sana crítica, curiosamente, pero, a lo mejor, en forma intencionada, omite mencionar específicamente la prueba documental, quizás debido a lo prolífico en cuanto a reglas de tarifa legal impuestas por el legislador en relación con este medio probatorio. Esta omisión podría sugerir un reconocimiento tácito de la influencia del legislador en la valoración de la prueba documental y la necesidad de abordar estas reglas de manera particular.

Luego, entonces, a pesar de que el sistema predominante de valoración de la prueba es conocido como Sana Crítica o Persuasión Racional, el legislador, y ahora el legislador del Código General del Proceso, ha impuesto reglas específicas que afectan la valoración de la prueba documental. Estas

⁴ J. Eduardo COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1962). Véase, Corte Constitucional, Sentencia C-622 de 4 de noviembre de 1998, M. P. Fabio Morón D.

reglas limitan la discrecionalidad del juez y lo obligan a seguir pautas predefinidas al evaluar la fuerza probatoria de los documentos. Esto claramente contradice el principio de libre valoración de la prueba.

Descendamos pues a una de esas reglas tasadas en relación con el documento que impuso el legislador, a las que debe recurrir el juez o magistrado, y en donde no está libre de valorar, como sí lo está frente a las demás pruebas.

Nuestro Código General del Proceso, cuando aborda la prueba documental, tras dedicarse a las clases de documentos y referirse a la autenticidad y algunos otros aspectos, se centra en el documento público, o sea en aquel que es o ha sido redactado por un funcionario, a quien se le ha investido con la autoridad para elaborar escrituras. En punto de este, se destaca el valor legal o seguro atribuido a los documentos públicos en ciertos aspectos, excluyendo así la valoración libre promovida en la prueba en general. A pesar de encontrarnos en un sistema de libre valoración de la prueba, persisten vestigios de la valoración legal de la prueba.

El legislador impuso normas de prueba legal para estos documentos, considerándolos como “*pruebas plenas*”, lo que significa que su contenido no puede ser cuestionado en relación con ciertos aspectos. Esto se debe, así lo considera el legislador, a que los documentos públicos son suscritos ante una autoridad con fe pública, que da fe de su contenido y autenticidad.

El maestro Hernando Devis Echandía, en su obra señala:

Valor probatorio de los documentos públicos. Estos documentos, sean escrituras públicas u otros instrumentos provenientes de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, gozan de un valor probatorio pleno y erga omnes, como consecuencia de la fe pública que el legislador les reconoce, mientras no se demuestre lo contrario o sean impugnados en forma legal, en cuál hecho, de haber sido otorgados, a su fecha, al lugar donde se otorgaron o elaboraron, a quienes intervinieron en el acto y a su texto...⁵

En resumen, aunque nuestro sistema de justicia promueve la libre valoración de la prueba, los documentos públicos son una excepción a esta regla, ya que se les otorga un valor especial y preeminente debido a su origen y naturaleza, reflejando de esta manera la influencia del legislador en la valoración de la prueba documental, destacando, por supuesto, la

⁵ Hernando DEVIS. *Teoría general de la Prueba Judicial*, 6ta. ed. (Bogotá: Temis S.A. 2012).

importancia de comprender y aplicar adecuadamente estas disposiciones en el contexto judicial.

Me he ubicado en el actual artículo del 257 Código General del Proceso; lo mismo decía el artículo 264 del anterior Código de Procedimiento Civil. En el artículo 257 se dice que los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza.

Veán como esos documentos, los públicos, siguen teniendo valor legal, las leyes siguen recordando que hace fe plena lo que se suscribe ante un notario, al menos en cuanto a su otorgamiento, a la fecha y a las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza.

Y qué significa la expresión “*Hace fe*”. Quiere decir que esos documentos públicos constituyen pruebas legales, en otras palabras, los documentos públicos tienen un efecto vinculante para las partes involucradas, así como para terceros, y especialmente, para el juez. Esto implica que, salvo que se demuestre lo contrario, el juez debe tomar en cuenta y atenerse a las declaraciones contenidas en el documento público como prueba suficiente de los hechos que en él se narran.

En principio entonces, hay una declaración de ciencia sobre ciertos hechos: que las partes concurren ante un notario, un día determinado, en presencia de ciertos testigos, e hicieron ciertas manifestaciones, declaraciones de las cuales no puede dudarse; la prueba de los hechos a los cuales se refiere el artículo 257 del Código General del Proceso y que aparecen en el documento público tiene un valor extremadamente seguro. Significa pues, que es prueba suficiente de esos hechos, mientras no se demuestre lo contrario.

Este valor probatorio especial se atribuye, entonces, a: a) su otorgamiento o autorización mediante la firma del funcionario que lleva a cabo el acto; b) su fecha, y c) las declaraciones realizadas por el funcionario que lo autoriza. Obviamente que esto también es refutable.

Entonces, si cualquiera de nosotros va ante un notario y hace una declaración en torno a un contrato, es cierto, ha comparecido ante el funcionario en una fecha específica y ha hecho las declaraciones que figuran en el documento. Pero ¿deberían los documentos públicos seguir con aquel valor supradicho? Dicho en otras palabras: ¿Debería esa persona atenerse a las declaraciones contenidas en el documento público como prueba suficiente de los hechos

que en él se narran? ¿Debería seguirse aceptando o hacer plena fe lo que se suscribe ante notario, al menos en lo que dice el artículo 257 del Código General del Proceso?

Esta práctica estaba justificada en tiempos en que no existían los medios tecnológicos. En la era actual, los notarios realizan esa tarea, de ahí la existencia de la norma mencionada en el artículo 257 del Código General del Proceso, que otorga a estos documentos un valor probatorio especial debido a la intervención del notario. Sin embargo, surge la pregunta: ¿qué sucede si el notario miente? Es una posibilidad, y lo cual plantea interrogantes sobre la fiabilidad absoluta de estos documentos.

Seguimos confiando en la palabra de una persona que ocupa un cargo público, siendo que existe la tecnología, cámaras, videograbadoras, herramientas poderosas para capturar de manera más precisa cualquier evento y cualquier transacción.

El autor Jordi Nieva sobre el punto señala:

Es en esa línea en la que propuse ya hace tiempo que se grabaran los actos de otorgamiento de los contratos celebrados ante notario, dado que de esa forma no solamente teníamos un reflejo más fiel de la realidad, sino que además podríamos percibir mejor algunos vicios del consentimiento de los otorgantes. Ojalá algún día se produzca esa filmación, y al documento multimedia de la misma se adjunte el escrito del contrato celebrado. Será una forma mucho más adaptada al siglo XXI de realizar negocios jurídicos.⁶

Dado que la norma general es que el juez valore la prueba utilizando los principios de la sana crítica, sería preferible que aplicara este mismo enfoque al evaluar el documento, sin necesidad de que la normativa o el legislador intervengan en la labor judicial y establezcan que ciertos apartados de los documentos públicos tienen un valor seguro.

Se debería eliminar los vestigios de la tarifa legal que aún persisten en nuestra legislación.

Aunque este análisis se ha centrado únicamente en el artículo 257 del Código General del Proceso, es importante destacar que, existiendo otros aspectos de la legislación en donde se refleja de igual manera la tarifa legal, los mismos deberían desaparecer si se adoptara este enfoque más flexible y basado en la valoración de la prueba con fundamento en la sana crítica.

⁶ Jordi NIEVA. *La valoración de la Prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 313.

Conclusiones

La valoración de la prueba, como aspecto esencial del derecho fundamental a la prueba, se constituye en parte del deber que tiene el juez de motivar sus actos de poder, laborío dentro del cual ha de hacerse un análisis detallado y razonado de cada medio probatorio que se aporta al proceso.

En relación con la valoración de la prueba, las pruebas documentales están sujetas en muchos aspectos al Sistema de la Tarifa Legal, valga decir, a reglas estrictas que limitan la discrecionalidad del juez, lo que redundo en que dicha labor se convierta en mecánica y superficial.

El sistema de “*tarifa legal*” obliga a los jueces a seguir criterios predefinidos al valorar la prueba documental, reduciendo la posibilidad de un análisis contextualizado. Esto contradice el principio de libre valoración y puede limitar la lógica y el razonamiento humano del juez.

Hay necesidad de una revisión de las reglas que limitan la valoración libre de las pruebas documentales, promoviendo una mayor coherencia y razonabilidad en las sentencias. El sistema debería eliminar las restricciones impuestas por la tarifa legal en la valoración de pruebas documentales, y permitirle al juez con ello una mayor libertad para utilizar su lógica, ciencia y experiencia en la evaluación de todas las pruebas.

Bibliografía

- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1962.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. 6ta. ed. Bogotá: Temis S.A. 2012.
- NIEVA, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- TASCÓN, Tulio Enrique. *Derecho constitucional colombiano, Comentarios a la Constitución Nacional*. Bogotá: Minerva, 1934.
- Valoración de la Prueba G. [Archivo de Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=te9CYVj1LGg>.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-202 de 8 de marzo de 2005, M. P. Jaime Araujo R.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-622 de 4 de noviembre de 1998, M. P. Fabio Morón.

LA LUCHA DEL DERECHO POR LOS LÍMITES*

Álvaro Andrés Motta Navas**
Académico correspondiente

Resumen: La doctrina ha afirmado que el poder constituyente originario o primario es ilimitado y, con base en esta premisa, en algunas oportunidades, se han adelantado procesos de cambio constitucional sin seguir el procedimiento previsto en una Constitución vigente. Igualmente, se ha sostenido que los Tribunales Constitucionales, al ser los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y defender la supremacía de las Constituciones, ostentan el poder de la última palabra en el Derecho. Sobre estas posturas se describen algunos problemas dentro de la lógica del sistema jurídico y las posibles contradicciones que pueden presentarse frente a la libertad como fundamento del constitucionalismo moderno, que exige que en la democracia y el Estado de Derecho siempre existan límites y se controle cualquier poder. Así, la reflexión se ocupa principalmente del caso colombiano, con las referencias normativas y jurisprudenciales más relevantes.

* Trabajo presentado en sesión del 16 de mayo de 2024 para el ingreso como “Miembro correspondiente” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Abogado de la Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional de la misma universidad. Máster en Acción Política y Participación Ciudadana en el Estado de Derecho del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y la Universidad Francisco de Vitoria (España). *Giuristi d’impresa Scuola di Specializzazione in Studi sull’Amministrazione Pubblica Università degli Studi di Bologna, Italia (SPISA)*. Diploma de Estudios Avanzados en Filosofía del Derecho y doctor en Derechos Humanos y Ordenamiento Constitucional por la Universidad de la Laguna (España). Posdoctorado en Derecho de l’Università degli Studi di Bologna (Italia). Ha sido conjuer del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Ha sido consejero del Consejo Nacional de Acreditación de la Alta Calidad de la Educación Superior (CNA). Par académico nacional

Palabras clave: Límites al poder constituyente; reforma o cambio de la Constitución; funciones de la Corte Constitucional.

THE FIGHT OF THE RIGHT FOR THE LIMITS

Abstract: The doctrine has affirmed that the original or primary constituent power is unlimited and based on this premise, in some occasions, processes of constitutional change have been advanced without following the procedure provided for in a current Constitution. Likewise, it has been argued that the Constitutional Courts, being the closing organs of the constitutional jurisdiction and defending the supremacy of the Constitutions, hold the power of the last word in law. Based on these positions, some problems within the logic of the legal system are described and the possible contradictions that may arise in the face of freedom as the foundation of modern constitutionalism, which demands that in democracy and the rule of law there are always limits and any power must be controlled. Thus, the reflection deals mainly with the Colombian case, with the most relevant normative and jurisprudential references.

Keywords: Limits to the Constituent Power; Reform or Change of the Constitution; Functions of the Constitutional Court.

Introducción

El artículo estudia la doctrina que afirma la inexistencia de límites al poder constituyente originario o primario y a la función de interpretar la Constitución, revisando las dificultades que para el estado de derecho y la democracia representa la utilización inadecuada de estas premisas, y, por este camino, señalando la imposibilidad de concebir dentro del derecho y el sistema jurídico un poder absolutamente ilimitado.

A partir de la justificación del Estado en la seguridad y del derecho en la paz y la justicia, se revelan los riesgos de la utilización interesada por parte del poder autoritario y no democrático de la premisa de la inexistencia de límites al poder constituyente originario, así como la necesidad de circunscribir, limitadamente y dentro de los estrictos y precisos términos previstos en la norma constitucional, la función de defensa de la Constitución que desarrollan los Tribunales Constitucionales. En relación con el poder

e internacional. Fue director de la Especialización y la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Javeriana y ha sido profesor de derecho constitucional durante 25 años en la misma universidad. Igualmente ha sido profesor de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Económico en diferentes universidades en Colombia, Latinoamérica y Europa. Consultor, litigante y árbitro en varias Cámaras de Comercio en Colombia.
Contacto: alvamott@mottanavasabogados.com.

constituyente, la argumentación se estructura con base en las principales providencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional sobre el tema, y sobre la función de los Tribunales Constitucionales se acudirá a las disposiciones constitucionales y a la jurisprudencia que permite comprender el problema y algunas soluciones.

De esta manera, el artículo señala, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, algunos límites expresos e implícitos, estos últimos derivados de la lógica que permite el establecimiento del ordenamiento jurídico por parte del poder constituyente y de la defensa de la supremacía e integridad de la Constitución, con especial referencia a la necesidad de límites en los márgenes de discrecionalidad dentro de la función de interpretación de la Constitución.

La lucha del derecho por el establecimiento de límites al ejercicio de cualquier poder se revela con especial intensidad y nitidez en el establecimiento de un orden jurídico por parte del poder constituyente y de la reforma de la norma superior, es decir, de la Constitución, así como en la defensa del principio de supremacía constitucional atribuida al poder constituido en cabeza de un órgano de la rama judicial, esto es, en nuestro caso, de la Corte Constitucional.

El orden jurídico y el control del poder

La *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* expresa la fórmula del control del poder para garantizar los derechos a través de la Constitución, al disponer: “*Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*”.¹ El límite al poder se cimenta en la identificación de la libertad como el fundamento esencial del constitucionalismo. Pedro de Vega lo afirma de la siguiente manera: “*Nada habría que objetar al reconocimiento del valor de la libertad que históricamente apareció ya como el primer elemento configurador del constitucionalismo moderno*”.²

Así, la protección de la libertad, su realización y mayor reconocimiento para las personas, parten del establecimiento de competencias para la

¹ *Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano*, Francia, 1789, artículo 16.

² Pedro DE VEGA GARCÍA, “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.º 100 (1998): 35.

expresión del poder a través de las normas jurídicas, creando un estado de derecho, que limita el ejercicio de la autoridad.³ Ese estado de derecho debe evitar la ambigüedad y confusión en el ejercicio de las competencias para la creación del derecho a fin de mantener, y no disminuir, su capacidad para limitar el poder; en efecto, un entorno oscuro y disperso de normas jurídicas válidas, pero contradictorias o altamente inestables, profundiza la incertidumbre del ciudadano que no sabe cuál de ellas le ordena, permite, castiga o sanciona.⁴

Los límites implican la existencia de competencias, en especial aquellas encaminadas a la creación del derecho legítimamente, esto es dentro del sistema jurídico, el cual en forma clara debe prever quién dicta el derecho, y así garantizar la expresión del poder dentro de las normas. Sin embargo, si el sistema tiene varios órganos, dependencias o instituciones con capacidad de crear el derecho en diversos órdenes y niveles, sin que sea totalmente claro el proceso y la competencia para tal fin, pueden incubarse escenarios de confusión, contradicción y ambigüedad, que afecten la pretensión de certeza y seguridad jurídica como valor fundante del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, la existencia de múltiples Cortes nacionales e internacionales con la posibilidad de dictar la jurisprudencia sobre los mismos temas, como ocurre con el control de convencionalidad, el control de constitucionalidad, las competencias atribuidas a diferentes Altas Cortes como órganos de cierre de sus jurisdicciones, así como la creación de figuras que extienden ámbitos de interpretación que permiten la creación del derecho e incluso la determinación de los valores y principios esenciales que fundamentan a

³ El artículo 6 de la Constitución Política de Colombia prevé la regla de la libertad que permite que los particulares puedan hacer todo aquello que no está prohibido y de la competencia que exige que las autoridades respondan por la omisión y la extralimitación de sus funciones, así: “*Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”. Por su parte, el artículo 121, prevé igualmente que “... *ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*”, y por su parte el artículo 122 en su primer inciso dispone: “*No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente*”.

⁴ El artículo 4 del Código Civil en Colombia establece: “*Artículo 4o. Definición de Ley. Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar*”.

la sociedad –en especial en ámbitos tan importantes y delicados como la reforma constitucional o el cambio no formal de la Constitución– sirven para la evolución del derecho y la sociedad y, por tal motivo, ostentan una gran virtud; sin embargo, puede ocurrir que se deterioren por la confusión de competencias para producir el derecho, y así se disminuye su capacidad para controlar el poder vigente. En este caso, se podrían agravar las especiales restricciones que se observan en las contradicciones propias del constitucionalismo liberal, empezando por aquella que se presenta en la inexistencia de límites al ejercicio del poder constituyente primario u originario o, también, en la inexistencia de límites de las atribuciones del órgano judicial de cierre en materia constitucional, cuando el poder autoritario se apropia ilegalmente de tales poderes.⁵

En efecto, el establecimiento de una Constitución por primera vez como expresión del poder constituyente normalmente se preocupa y regula los asuntos procedimentales y formales de su reforma o cambió, para así dotar de legitimidad y certeza al ordenamiento jurídico y garantizar que el poder político se exprese dentro del estado de derecho. Por esta razón, la competencia de reforma de la Constitución es la base del ordenamiento jurídico y se encuentra en los pilares esenciales del sistema. A pesar de lo anterior, aquella premisa de la lógica en el derecho, basada en la libertad, que enseña que las cosas se deshacen como se hacen, en materia del poder constituyente, refleja una gran contradicción, ya que el poder constituyente ilimitado establece una Constitución e institucionaliza el poder público, y a partir de las normas de reforma, la premisa se invierte y las cosas no se deshacen como se hacen, sino que, por el contrario, la reforma de la Carta se realiza normalmente con base en procedimientos, requisitos y formas diferentes a aquellos que se utilizaron para su establecimiento.⁶

⁵ En algunos eventos, los Tribunales han legitimado el establecimiento de regímenes sin alternación del poder, desnaturalizando la filosofía liberal que inspira el constitucionalismo y permitiendo que una mayoría producto de un sistema electoral que no ofrece plenas garantías para elecciones libres y justas perpetúe el gobierno de una persona indefinidamente.

⁶ La Constitución Política de Colombia en 1991 fue proferida por la Asamblea Nacional Constituyente por medio de un proceso político y jurídico no previsto en la Constitución de 1886 y sus reformas, y sin embargo, la manera como se creó la Carta Política en los años 1990 y 1991 no fue prevista como un mecanismo de reforma constitucional en el título XIII –artículos 374 a 380– que previeron la reforma constitucional a través de los actos legislativos aprobados por el Congreso de la República, el referendo constitucional o la asamblea nacional constituyente. En efecto; la sentencia No. 138 del 9 de octubre de 1990, Expediente 2214 (351-E) de la Corte Suprema de Justicia describió el proceso de reforma constitucional previsto en la

La anterior realidad presente en múltiples constituciones, no invalida la afirmación relativa a la inexistencia de límites al poder constituyente originario o primario, pero siempre se observan esfuerzos por encontrar control y limitaciones a cualquier poder, incluso al del pueblo y por demás, aún más urgentes y precisos, límites y control al llamamiento interesado al pueblo para perpetuar un régimen o gobierno so pretexto de la decisión de las mayorías.

Bajo la misma óptica, la vigencia de los valores democráticos exige que no exista ninguna institución sin límites dentro del estado de derecho, e inclusive, sin la posibilidad de ser controlada por parte de otras instituciones del Estado cuando se trata de los órganos o dependencias que se encuentran en la cabeza del ejercicio de funciones públicas. En este contexto, adquiere especial relevancia la existencia de límites a los órganos de cierre que tienen la capacidad de dictar el derecho en forma definitiva e intangible, en donde se presenta con especial dificultad la necesidad de revisar los esquemas de limitación al sistema de control de constitucionalidad, que a partir de la superioridad de la norma constitucional puede llevar a que el órgano que defiende y garantiza su integridad y prevalencia sea igualmente superior y ostente pocos límites.

Constitución de 1886 de la siguiente forma: *“Dicho concepto lleva implícito igualmente el reconocimiento de la evolución del derecho constitucional y del papel de las constituciones en el mundo moderno. Si bien el derecho a darse una constitución jurídica, como reguladora de la organización política, surge inicialmente con la función primordial de limitar el ejercicio del poder; de atribuir competencias, también es cierto que hoy se le agrega la de integrar los diversos grupos sociales, la de conciliar intereses opuestos, en la búsqueda de lo que se ha denominado el consenso constitucional, por lo que el acuerdo sobre el contenido de la Constitución se convierte en una premisa fundamental para el restablecimiento del orden público, la consecución de la armonía social, la convivencia ciudadana y la paz, con todo lo que dicho concepto implica, como fin último de la organización estatal. El deber de guarda de la integridad de la Constitución incluye el de la preservación de los valores inmanentes de la organización política, para evitar un rompimiento del orden constitucional, permitiendo que por los cauces institucionales se introduzcan en la Carta las modificaciones necesarias para que en ella se sienta reflejada la sociedad. 4. El artículo 218 de la Constitución a) Texto del artículo: “Artículo 218. La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, sólo podrá ser reformada por un acto legislativo discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por ésta nuevamente debatido, y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada cámara. Si el gobierno no publicare oportunamente el proyecto de acto legislativo, lo hará el presidente del Congreso.” b) Texto del artículo 13 del Plebiscito del 10 de diciembre de 1957. “En adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución”.*

Aquí radica la preocupación del derecho que expresa el poder y que pretende su control por medio del sistema jurídico.

Seguridad, paz y justicia. Estado y derecho

Según Hobbes, el temor caracteriza el estado de naturaleza y exige que el poder sea entregado a alguien diferente. Así, la necesidad de seguridad que tienen las personas anticipa eventualmente acciones no solo defensivas sino ofensivas, y exige la mayor agrupación posible y necesaria para disuadir a los demás, así como para controlar los enfrentamientos internos que serían destructivos en ausencia de un enemigo común.⁷ En este sentido, se resalta que la función del Estado soberano es garantizar la seguridad del pueblo, entendiendo por esta no solo la subsistencia, sino en general la providencia de condiciones y leyes justas, entre otras.⁸

Y precisamente, es en el Estado en donde la persona encuentra seguridad y paz, facilitando que se establezca un orden jurídico que permite la coexistencia del arbitrio y libertad de las personas a través del derecho. La seguridad jurídica y la paz son inseparables, y el derecho y su carácter instrumental permite la coexistencia de la libertad de las personas impidiendo que la fuerza haga prevalecer la voluntad de uno sobre otro, facilitando que la razón sea el camino de la convivencia de libertades.⁹

⁷ Hobbes explica como la desconfianza impide un acuerdo en el estado de naturaleza. Así expone: *“Dada esta situación de desconfianza mutua, ningún procedimiento tan razonable existe para que un hombre se proteja a sí mismo, como la anticipación, es decir, el dominar por medio de la fuerza o por la astucia a todos los hombres que pueda, durante el tiempo preciso, hasta que ningún otro poder sea capaz de amenazarle. Esto no es otra cosa sino lo que requiere su propia conservación, y es generalmente permitido”*. Thomas HOBBS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Capítulo XIII, editado por Manuel Sánchez Sarto. (México: Fondo de Cultura Económica, 2017).

⁸ Hobbes indica que la seguridad es la justificación del Estado y así explica: *“La MISIÓN del soberano (sea monarca o una asamblea) consiste en el fin para el cual fue investido con el soberano poder, que no es otro sino el bien del pueblo el de procurar la seguridad del pueblo; a ello está obligado por la ley de naturaleza, así como a rendir cuenta a Dios, autor de esta ley, a nadie sino a Él. Pero por seguridad no se entiende aquí una simple conservación de la vida, sino también de todas las excelencias que el hombre puede adquirir para sí mismo por medio de una actividad legal, sin peligro ni daño para el Estado”*. Thomas HOBBS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Capítulo XXX, editado por Manuel Sánchez Sarto (México: Fondo de Cultura Económica, 2017).

⁹ Kant tiene varias referencias al concepto de derecho, y desde la perspectiva de la voluntad y la libertad, se destaca aquella que lo concibe de la siguiente manera: *“El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según una ley universal”*. Immanuel KANT. *Obras de Immanuel Kant. Teoría y Práxis* (Iberia Literatura, 2015).

La eficacia del derecho para garantizar la paz y la vida social bajo un escenario en donde las libertades coexisten y pueden tener su máxima expresión, solo con aquellas restricciones indispensables para la libertad de los demás y la vida en comunidad, implica la existencia de las instituciones y reglas que reflejan los valores, principios y acuerdos fundamentales sobre la vida en sociedad. Así, la democracia se expresa en las instituciones y reglas que facilitan la mayor participación en la decisión de la mayoría, respetando los derechos de las minorías, y con base en el pluralismo y la alternancia en el poder, permitiendo la paz y la justicia en las relaciones de la vida social.¹⁰ Esta fórmula, propia del estado de derecho, construye una serie de instituciones a través de las cuales se canalizan los debates sociales sobre lo justo y conveniente, y allí, en condiciones de normalidad, bajo un marco previsto en una Constitución, la sociedad, a través de la palabra y la razón, decide el camino de su desarrollo y evolución.

Ahora bien, en algunos eventos, el debate sobre lo justo y lo conveniente asciende a valores esenciales, y en este ámbito, la reforma de la Constitución o su cambio total, así como la interpretación de sus cláusulas, adquieren especial relevancia y exigen la aplicación estricta de los límites, formas, procedimientos y requisitos, ya que se pueden impactar los fundamentos del orden jurídico y la justificación misma del Estado y el derecho en sus bases esenciales de paz y seguridad.

En el estado de derecho, las discusiones de la justicia¹¹ deben canalizarse por medio de las instituciones, y no por fuera de ellas comprometiendo

¹⁰ Fioravanti se refiere a la esencia de la democracia de la siguiente forma: “*Así, entre una constitución democrática que contiene ese ideal y una ley que se aparta de él, tendiendo a proponerse como puro acto de la mayoría, no se debe dudar en preferir la primera y conminar a la segunda a una verdadera y propia sanción de invalidez a través del pronunciamiento del tribunal constitucional. Así ha sintetizado el mismo Kelsen de manera eficaz esta posición: Si la esencia de la democracia reside no ya en la omnipotencia de la mayoría, sino en el constante compromiso entre los grupos que la mayoría y la minoría representan en el Parlamento y así en la paz social, la justicia parece instrumento idóneo para realizar esta idea.*”¹⁵⁵ [...] Lo que equivale a decir, en el contexto de la argumentación kelseniana, que la justicia constitucional, al declarar inválidas las leyes contrarias a la constitución – y en particular al esencial principio del pluralismo político y social -, no hace más que realizar el ideal democrático restableciendo la integridad de ese principio, reportando la situación a la ideal condición de equilibrio, tutelando los derechos de las minorías y rechazando el intento de utilizar la ley para afirmar el dominio de la mayoría”. Maurizio FIORAVANTI, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, editado por Manuel Martínez Neira (Madrid: Editorial Trotta, 2001), 158.

¹¹ La reflexión sobre la justicia ha caracterizado la historia de la humanidad. Dentro de sus formulaciones más destacadas está aquella presentada por Ulpiano que afirma: “*Justicia es la*

la existencia misma de la democracia y el sistema normativo, así como su eficacia para garantizar la paz y la seguridad. Precisamente, algunas reflexiones superan la perspectiva lógica del derecho, y analizando su ontología, invitan al jurista a buscar su ser en el mundo de los valores en donde la paz ostenta un papel principal.¹²

constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho". DIGESTO, Ulpiano, Reglas, libro I.

- ¹² El estudio de justificación del orden jurídico con base en su eficacia y la posibilidad atribuida al jurista para realizar sus reflexiones en el ámbito ontológico del derecho fue expuesto en la Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, expediente No. 2214 (351-E) por la Corte Suprema de Justicia en la que se declaró la constitucionalidad del Decreto 1926 de ese mismo año que convocó a una Asamblea Nacional Constituyente en Colombia. La Corte expuso: "*Puede el derecho visualizarse desde dos perspectivas: la lógica y la ontológica. La primera lo muestra como un conjunto de normas, es decir, de juicios hipotéticos que imputan una cierta consecuencia a un antecedente, a través del "deber ser", para usar la terminología kelseniana, "si es A debe ser B"; dichas normas se vinculan entre sí en cuanto la de inferior jerarquía se creó conforme a la de superior jerarquía, es la llamada "teoría de los grados del derecho" o de la "pirámide jurídica", también debida al filósofo vienés. Tiene el defecto fundamental de que no puede dar respuesta adecuada a la pregunta sobre por qué vale la norma de grado superior, es decir la Constitución. Para algunos dicha validez proviene de una norma de derecho internacional (Von Verdross); para otros, como uno de lo ponentes, es una norma de derecho natural. Kelsen se coloca en una difícil situación pues al apelar al concepto de eficacia, introduce un elemento del mundo del ser, lo cual contraría la pureza metodológica que quiso lograr con su "Teoría Pura del Derecho", aunque trate de salvar esa obvia crítica hablando de una norma fundamental como presupuesto gnoseológico del orden jurídico y describiendo la relación entre validez y eficacia como la "tensión entre el 'deber' y el 'ser'". A este respecto conviene transcribir algunas ideas de su obra más reciente: "Por último llegamos a alguna constitución que es históricamente la primera y que fue establecida por un usurpador individual o por alguna clase de asamblea. La validez de esta primera constitución es el último presupuesto, el postulado final del cual depende la validez de todas las normas de nuestro orden legal... El documento que contiene la primera constitución es una constitución real, una norma obligatoria solamente bajo la condición de que la norma básica se presupone ser válida... respuesta podría ser que los autores de la primera constitución tenían poder derivado de Dios... Cada jurista presumirá que el orden antiguo –al cual no corresponde ya ninguna realidad política– ha cesado de ser válido, y que todas las normas que son válidas dentro del nuevo orden, reciben su validez exclusivamente de la nueva constitución. Síguese de aquí, de este punto de vista jurídico, que las normas del viejo orden no pueden reconocerse más como normas válidas... Tan sólo el fenómeno de la revolución muestra claramente el significado de la norma básica... Si tratamos de hacer explícita la presuposición sobre la cual descansan estas consideraciones jurídicas, encontramos que las normas del viejo orden se miran como carentes de validez porque en conjunto, ha perdido su eficacia... La eficacia de todo el orden legal es una condición necesaria para la validez de cada una de las normas de dicho orden. "Una conditio sine qua non, pero no una conditio per quam... El principio de legitimidad está restringido por el principio de efectividad... La norma básica de un orden legal nacional no es producto arbitrario de la imaginación jurídica. Su contenido está determinado por hechos. La función de la norma básica consiste en hacer posible la interpretación normativa de ciertos hechos, y ello significa la interpretación de hechos como la creación y aplicación de normas válidas... Por lo tanto un orden normativo pierde su validez cuando la realidad no corresponde ya a él, por lo menos en cierto grado. La validez de un orden legal depende así de su conformidad con la realidad,*

Sin embargo, debe advertirse que la comprensión de un nuevo pacto social por fuera de los cauces y límites previstos en la misma Constitución que contiene y expresa la decisión política de establecer un sistema jurídico, encierra peligros de caos y confusión que pueden, a su vez, generar escenarios de fuerza y violencia a través de revoluciones o golpes de Estado, y por tal razón, los debates sobre la justicia deben conseguir que la democracia, el Estado y el derecho, mejoren y se perfeccionen, pero no deben deslegitimar su existencia. Precisamente, la gran virtud de la democracia es servir de escenario o ámbito de construcción y desarrollo dentro de un entorno pacífico y seguro, a través de reglas y procedimientos que garanticen la mayor participación posible y faciliten que la mayoría se exprese respetando los derechos de las minorías.

Aquí adquieren especial relevancia las reflexiones en torno a la existencia o no de límites a los poderes que fundamentan y establecen el orden jurídico, esto es, principalmente al poder constituyente originario o primario, y también, con menor dificultad, al poder constituyente secundario o derivado. Igualmente, son especialmente importantes las reflexiones en torno a limitar el poder de determinar el sentido y alcance de las normas

*de su eficacia. La relación que existe entre la validez y la eficacia de un orden legal —es, por así decirlo, la tensión entre el deber ‘y el ser’— puede determinarse solamente por niveles máximos y mínimos... La eficacia del derecho pertenece al ámbito de la realidad y se llama frecuentemente el poder del derecho. Si sustituimos eficacia por poder, entonces el problema de validez y eficacia se transforma en el problema más común de ‘derecho capacidad’. Y entonces la solución aquí presentada se convierte tan sólo en la expresión precisa del truísmo según el cual aunque el derecho en sentido objetivo no puede existir sin poder, sin embargo, dicho derecho y poder, derecho subjetivo y capacidad, no son lo mismo. Hans KELSEN, ‘Teoría General del Derecho y del Estado’ (Massachusetts: Harvard University Press, Cambridge, 1949), 115 a 121. Pero el asunto es de mayor calado: El derecho no pertenece al ámbito de lo lógico ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas. Su ser ontológico se halla en el mundo de los valores y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para la comunidad (Vid. Giorgio DEL VECCHIO y Luis RECASENS SICHERS, *Filosofía del Derecho*, I (México: Unión Tipográfica y Editorial Hispano Americana-UTHEA, 1946), 153-155. Uno de esos valores es la paz; no solamente reconocido universalmente como tal, sino expresamente mencionado en el preámbulo de nuestra constitución, que conforme dice la Sentencia número 31 de mayo 19 de 1988 (MM. PP. doctores Hernando Gómez Otálora y Jaime Sanín Greiffenstein) proferida por esta Corporación, sirve como criterio interpretativo de sus disposiciones. Así pues, tanto por razones filosóficas como jurisprudenciales, para definir si el Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990 es constitucional no basta compararlo con los artículos 218 de la Constitución y 13 del plebiscito del 10 de diciembre de 1957 si no tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz. Aunque es imposible asegurar que el mencionado decreto llevará necesariamente a la anhelada paz, no puede la Corte cerrar esa posibilidad”. (Subrayado fuera del texto)*

constitucionales para garantizar la defensa e integridad de la Constitución, bajo la arquitectura del control de constitucionalidad, y el presupuesto de un órgano especializado que ostente el poder de la última palabra como los Tribunales Constitucionales.

Lo anterior, sin dejar de destacar la necesidad inaplazable del establecimiento de límites al ejercicio del poder, para evitar crear un escenario que deslegitime al derecho y al Estado, que afecte la paz y la seguridad. Así, en forma más precisa, se trata de dos de los asuntos más críticos que se encuentran en el fundamento y origen de la decisión política de crear un sistema jurídico a través de una Constitución; por un lado, los límites al pueblo que ejerce el poder constituyente primario u originario, y, por otro, los límites al tribunal constitucional que defiende la superioridad del texto constitucional. Esta aproximación exige igualmente estudiar los posibles límites a los principios de soberanía popular y de supremacía constitucional, bajo la perspectiva que comprende que la vigencia de los citados principios, así como su ejercicio, no pueden ser utilizados interesadamente por regímenes autoritarios para contrariar y reducir la libertad que les sirve de base y fundamento, en busca de una legitimidad popular de la cual carecen naturalmente.

La inexistencia de límites al poder constituyente originario o primario

La teoría del poder constituyente, que lo divide en poder constituyente originario o primario y poder constituyente secundario o derivado, encuentra su origen en la diferenciación aportada por el abate Sieyès, a través de la distinción entre el poder constituyente y el poder constituido. La famosa tesis era expuesta afirmando que las leyes son fundamentales porque están fundadas en la voluntad nacional antes de la Constitución.¹³

¹³ El carácter fundamental de las normas constitucionales bajo la diferenciación entre poder constituyente y poder constituido era explicado de la siguiente forma: *“La nación existe, ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella solo existe el derecho natural. Si queremos una idea justa de la serie de leyes positivas que no pueden emanar sino de su voluntad, vemos en primer término las leyes constitucionales, que se dividen en dos partes: las unas regulan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos. Estas leyes son llamadas fundamentales, no en el sentido de que puedan hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ella no pueden tocarla. En cada parte, la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. Es en este sentido en el que las leyes constitucionales*

Por su parte, el problema de los límites al ejercicio del poder constituyente requiere solucionar aquella cuestión previa consistente en resolver el dilema que se presenta al considerar que la Constitución es establecida por el máximo poder político, y si esto último acaece, cómo es posible vincular el poder político a la Constitución. La respuesta de este asunto, según Zagrebelsky, igualmente se encuentra, desde el punto de vista del ordenamiento constitucional establecido, en la diferenciación entre poder constituyente y poder constituido de Sieyès, sin que, en todo caso, pueda existir una solución completamente satisfactoria, ya que el mismo autor italiano advierte que desde el punto de vista externo, la política como fuente productora del derecho trasciende el derecho positivo.¹⁴ Aquí precisamente es donde se refleja con mayor intensidad el problema de los límites al poder constituyente originario o primario, ya que el derecho no podría limitar aquello que le es externo y que además le crea.

La concepción del ejercicio del poder constituyente originario o primario sin una referencia espacio-temporal concreta, que presupone la decisión política de fundar un sistema jurídico a través de la promulgación por primera vez de una Constitución y la consecuencia lógica de esta

son fundamentales. Las primeras, aquellas que establecen la legislatura, están fundadas por la voluntad nacional antes de toda Constitución; forman su primer grado. Las segundas deben ser restablecidas por una voluntad representativa especial. Así todas las partes del gobierno se remiten y depende en último análisis de la nación". (Subrayado fuera del texto). Emmanuel SIEYÈS, *¿Qué es el tercer Estado?* (Madrid; Ed. Aguilar, 1973), 72.

¹⁴ Zagrebelsky reconoce la solución en la obra de Sieyès de la siguiente forma: *"La doctrina del poder constituyente como poder soberano plantea un problema formidable, de cuya resolución depende la misma posibilidad de pensar la Constitución en términos jurídicos y, por ello, vinculantes. Si la Constitución está establecida por el máximo poder político ¿Cómo puede decirse que éste se halle vinculado a ella? [...] Para dilucidar ese problema, resulta fundamental la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, debida a la elaboración del abate Sieyès, el gran teórico de los acontecimientos revolucionarios antes de la llegada de los jacobinos al poder. Esta es la distinción que se le reconoce como gran innovación conceptual en el campo de la teoría política, que presenta elementos de contacto con la americana, un poco anterior; entre poder originario y poder delegado. Pero es aquella y no ésta la que ha influido en el ámbito de cunetas ciencia constitucional. Por medio de la distinción que acaba de formularse, los poderes ordinarios o constituidos pueden vincularse jurídicamente a la ley fundamental establecida por el poder constituyente: lo cual - adviértase - sólo relativamente constituye una solución satisfactoria, únicamente desde el punto de vista del ordenamiento constitucional establecido y en función de la efectividad que logre asumir. Desde un punto de vista externo a ese ordenamiento, cuando su efectividad se manifiesta como insuficiente, cobra fuerza la observación de que la política, como fuente productora del derecho, trasciende de modo necesario al derecho positivo y, por tanto, a la misma Constitución que se halle establecida"*. (Subrayado fuera del texto). Gustavo ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, Il sistema delle fonti* (Turín; UTET, 1993), 68-69.

aproximación consistente en la inexistencia de límites, desborda la realidad de las sociedades que expresan los valores y principios que los caracterizan en su sistema jurídico.

En este mismo orden de ideas, algunas tesis¹⁵ afirman que el poder constituyente originario o primario se ejerce por una sola vez, y con posterior-

¹⁵ SÁNCHEZ VIAMONTE explica: “En ambas formas se ejercita el poder constituyente. Pero se puede señalar una diferencia entre los casos en que se opera el ejercicio conjunto de ambas -como ocurre en el momento inicial de la emancipación de los países americanos-, y los casos en que sólo se ejercita en la segunda forma, es decir, como voluntad jurídica cuando se concreta a revisar o reformar las cláusulas de la Constitución existente. En el primer caso, cuando abarca el doble carácter de acto constituyente y de elaboración de una Constitución, se cumple una etapa del poder constituyente, que podríamos denominar etapa de primigeneidad. Cuando sólo se ejercita para revisar la Constitución, se cumple una etapa de continuidad. Una vez dictada la Constitución, el poder constituyente, como función, entra en reposo, pero permanece vivo y operante en las disposiciones constitucionales, en las cuales adquiere permanencia o, por lo menos, estabilidad. Su ejercicio no se agota. Permanece en estado virtual o de latencia, apto para ponerse de nuevo en movimiento cada vez que sea necesaria la revisión de la Constitución o la reforma parcial de ella. Toda creación o modificación constitucional corresponde al poder constituyente, que es función y, también, cualidad característica de esa función. No se trata únicamente de las formas o procedimientos, sino de la cualidad o naturaleza de la función que se ejerce y de la materia sobre la cual se ejerce. Sea conjuntamente con el acto inicial y creador de un Estado, o más tarde cuando ya existe una Constitución escrita, la sanción de cláusulas constitucionales -no importa en qué cantidad o extensión- es siempre función constituyente y requiere el ejercicio del poder constituyente. El poder constituyente corresponde al pueblo como función mediante la cual ejerce el dominio de sí mismo y se fija el marco de su futura actividad, incluso de su propia actividad constituyente. En eso consiste su autolimitación. Como el ejercicio del poder constituyente es discontinuo, cada vez que se pone en movimiento dentro de la etapa de continuidad, se halla condicionado jurídicamente por sí mismo, es decir, por la vigencia de una Constitución anterior; a la que está obligado a respetar como autolimitación para el futuro. [...] Cuando el poder constituyente se ejerce en la etapa de primigeneidad -es decir, la etapa inicial y creadora del Estado- actúa sin limitación alguna, porque la única limitación posible consistiría en la preexistencia de una voluntad jurídica, proveniente del mismo titular y dotada de sus mismas características. Puede ocurrir que una revolución -no un simple golpe de Estado- retrotraiga el poder constituyente al punto inicial, es decir, a la etapa de primigeneidad. Para eso es indispensable que la revolución asuma el significado de un acto de voluntad política inequívocamente dirigido a destruir el sistema de gobierno o estructura estatal o el orden jurídico, y se proponga declaradamente reemplazarlos por otros nuevos. De lo contrario, si se trata únicamente de un golpe de Estado, para cambiar los gobernantes y con ello la orientación política positiva, se permanece en la etapa de continuidad, y con mayor motivo cuando el golpe de Estado acata el orden jurídico establecido y solicita para esa actitud el consentimiento público, como ocurre cuando las nuevas autoridades juran el cumplimiento de la Constitución hasta entonces vigente. Luis Recaséns Siches, en la segunda edición, copiosamente aumentada, de su libro Vida humana, sociedad y derecho, insiste en negar carácter constituyente a toda reforma constitucional. “Esta facultad de reformar la Constitución -dice-, aunque tenga carácter extraordinario, es una competencia basada en el derecho constituido, y, a fuerza de tal, está regulada y limitada por éste. En cambio, el poder constituyente puede estructurar el Estado como quiera, sin restricciones, libre de toda vinculación a organizaciones pretéritas” Observamos que el derecho es siempre constituido

ridad entra en reposo, pudiéndose activar cuando quiera realizar alguna modificación, que en todos los eventos será una expresión de pretensiones que se construyeron en el sistema anterior y, en ese sentido, al ser la misma sociedad la que realiza el cambio, en realidad, estará expresándose el mismo poder constituyente. De esta forma, se sostiene que no se trata de dos poderes constituyentes diferentes, originario o primario y derivado o secundario, sino de un mismo poder que se aprecia en términos de continuidad, pero en momentos distintos. Así, en una etapa de primigeneidad se confunden el acto constituyente y el poder constituyente, y posteriormente, entra en latencia y estaría listo para entrar nuevamente en movimiento. Sin embargo, inclusive esta parte de la doctrina, presentada por el profesor Sánchez Viamonte, afirma que en la etapa de primigeneidad no hay límites.

Precisamente, los cambios constitucionales son presentados bajo la idea de continuidad ya que los sistemas jurídicos no se producen en el vacío, sino que son el resultado de múltiples factores que influyen y los determinan, entre los que está, inclusive, la inercia del ordenamiento jurídico anterior, incluso si se expide una Constitución para cambiar totalmente un texto constitucional vigente. En ese sentido, en Colombia, con ocasión de la promulgación de la Constitución de 1991, se dejó vigente todo el orden jurídico establecido ante la imposibilidad de cercenar totalmente la vida social, y bajo la tesis de la recepción de las normas, aceptó la normatividad anterior en la medida en que no contraríen el nuevo texto constitucional.¹⁶

por el poder constituyente, pero no es un poder constituido. Si la facultad de reformar la Constitución no incumbe al poder constituyente, ¿qué otro poder puede ejercerla? ¿Qué otro poder puede crear, instituir o constituir el derecho que el gobierno ordinario debe acatar, incluso en lo que respecta a su existencia y funcionamiento? No basta reconocer que la reforma constitucional tiene carácter extraordinario, es indispensable reconocer que es función constituyente y que sólo el poder constituyente puede ejercerla como titular". (Subrayado fuera del texto) Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *Poder constituyente* (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957), 575 y ss.

¹⁶ La Corte Constitucional explicó: "*La expedición de una nueva Constitución Política que, como la de 1991, introdujo cambios sustanciales en materia de concepción del Estado, de principios y derechos fundamentales y de organización estatal, hacía imperativa la derogatoria de la Carta vigente hasta entonces, como lo ordena el artículo 380 de la CP, amén de que ello se sujetaba al arbitrio del Constituyente. Otra cosa acontece con la legislación preconstitucional, la que conserva su vigencia pese a la derogatoria de las normas constitucionales a cuyo abrigo se expidieron, debiendo en todo caso conformarse en su interpretación y aplicación al nuevo orden constitucional. Es así como el artículo 4° de la CP ordena que, en caso de incompatibilidad entre la Carta y la ley u otra norma jurídica, prevalecen las disposiciones constitucionales, dado su carácter de norma superior. En este orden de ideas, sólo en la medida*

La misma situación se presentó en España; sin embargo, allí el contexto político fue totalmente diferente, y la Constitución de 1978 previó un cambio esencial y total consagrando el Estado Social y Democrático de Derecho frente a la dictadura que lo antecedió.

La inexistencia de límites al ejercicio del poder constituyente originario o primario fue afirmada por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la Sentencia 138 de 1990, la cual declaró la constitucionalidad del Decreto 1926 de ese año que convocó a una Asamblea Nacional Constituyente. Esta providencia, con base en la soberanía de la nación y acudiendo a la jurisprudencia de la misma Corte, en especial a dos decisiones de 1957 y 1987,¹⁷ sostuvo que el pueblo cuando decide dictar una Constitución, no

en que una norma sea incompatible con el nuevo orden constitucional, deviene contraria a la Carta, y debe entenderse derogada. Repetidamente la Corte Constitucional ha coincidido en la doctrina que sobre esta materia dejó sentada la Corte Suprema de Justicia que, a continuación, se cita: “La nueva preceptiva constitucional lo que hace es cubrir retrospectivamente y de manera automática, toda la legalidad antecedente, impregnándola con sus dictados superiores, de suerte que, en cuanto haya visos de desarmonía entre una y otra, la segunda queda modificada o debe desaparecer en todo o en parte según el caso; sin que sea tampoco admisible científicamente la extrema tesis, divulgada en algunos círculos de opinión de acuerdo a la cual ese ordenamiento inferior fue derogado en bloque por la Constitución de 1991 y es necesario construir por completo otra sistemática jurídica a partir de aquella. Tal es el caso que debe darse al conocido principio de que la Constitución es ley reformativa o derogatoria de la legislación preexistente, acogido explícitamente entre nosotros por el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, el cual, como para que no queden dudas, añade: “Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente” (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia pág 85 de 1991)”. Corte Constitucional, Sentencia C - 486 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁷ La Corte Suprema de Justicia explicó sobre el particular: “6. *Límites del poder Constituyente Primario [...] Siendo la Nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos. Así lo ha sostenido la Corte en dos fallos relativos al plebiscito del 10 de diciembre de 1957: El primero de ellos fue el de noviembre 28 de 1957 (M. P. doctor Guillermo Hernández Peñaloza), en dos de cuyos apartes se lee: “... porque si se da alguna virtualidad jurídica a los hechos revolucionarios es por descansar en la voluntad de la Nación. “El derecho para convocar al pueblo para que apruebe o impruebe la reforma no lo deriva propiamente de todas las normas consignadas en la Carta, sino del poder mismo de la revolución, del estado de necesidad en que ésta se halla de hacer tal reforma, y del ejercicio de la soberanía latente en el pueblo como voluntad constituyente, o sea la que denominan los expositores, el momento del pueblo constituyente”. (Sentencia de noviembre 28 de 1957. M.P., doctor Guillermo Hernández Peñaloza, G. J. tomo 86, números 2188, 2189 y 2190, p. 431). Más recientemente, en la Sentencia número 54 de 9 de junio de 1987 (M. P. doctor Hernando Gómez Otálora), se lee: “Cuando la Nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no está ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario es en tal sentido, la expresión de la máxima voluntad política, cuyo ámbito de acción por su misma naturaleza, escapa a cualquier*

está sujeto a la normatividad vigente y anterior. En especial, con base en aquella concepción unitaria e indivisible de la soberanía de la cual surge el poder constituyente, se afirmó que es posible, para la nación, dictar una nueva Constitución.

En el mismo orden de ideas, el carácter soberano del poder constituyente primario y originario conlleva que no se puedan imponer límites diferentes a aquellos que él mismo establece, sin tener en cuenta la Constitución vigente, y así explicó:

5. El constituyente primario [...] Como la nación colombiana es el constituyente primario, puede en cualquier tiempo darse una constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que ésta consagraba. De lo contrario, se llegaría a muchos absurdos: el primero de ellos que la reforma Constitucional de 1957 no vale por haber sido fruto de un plebiscito; que también fue nugatoria la de 1886 por no haberse sujetado a los difícilísimos procedimientos previstos por la Constitución de Río Negro (1863) para modificarla.¹⁸

Dentro del mismo razonamiento, la Corte decidió profundizar el concepto de democracia participativa que orientó la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, resaltando las diferencias entre la democracia directa e indirecta, y explicando que el constituyente primario se refirió a esta última. Igualmente, la Corte en su momento fue consciente de la trascendencia de la decisión que estaba adoptando y confió que la nación tendría la sabiduría para definir su destino, sin que se esté dando un salto al vacío ya que se recoge lo que fue, lo que es y lo que ha sido la nación para tan importante propósito. Así, con base en estas reflexiones expone su criterio y explica que es necesario superar las barreras que restringe la expresión de ese poder constituyente primario, el cual, según la Corte, en tiempos de tiniebla tendrá la capacidad para definir su curso histórico.¹⁹

delimitación establecida por el orden jurídico anterior y, por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden". Corte Suprema de Justicia, Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, Expediente 2214 (351-E).

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, Expediente 2214 (351-E).

¹⁹ La Corte Suprema de Justicia expuso sobre el tema: "7. Límites impuestos por el constituyente primario en las elecciones del 9 de diciembre [...] En síntesis, la Asamblea Constitucional tenía como función reformar la Constitución Política de la Nación a fin de fortalecer la democracia participativa, en ella deberían tener representación las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, y debería integrarse democrática y popularmente. La médula de tales limitaciones sería pues el fortalecimiento del sistema democrático-participativo, a través de un mecanismo representativo. Conviene, por lo tanto adentrarse en la noción de democracia-

No obstante las anteriores reflexiones, con posterioridad, la Corte Constitucional en Colombia indicó la existencia, al menos de algunos límites al ejercicio del poder constituyente primario u originario expresado por medio de una Asamblea Nacional Constituyente, convocada con el fin de promulgar una Constitución opuesta o integralmente diferente a la Constitución vigente, ya que desde la perspectiva de la competencia, el pueblo puede atribuir a la Asamblea facultades amplias, fijando una agenda propia, cambiando la Constitución por otra, sin que desaparezcan totalmente los límites que ya no estarían en la Constitución sustituida, sino que se originarían en normas imperativas de derecho internacional o en

participativa e indagar si esa finalidad última es congruente con el carácter representativo que se da a la propia Asamblea. La democracia es una forma de gobierno en la cual la Nación adopta las decisiones, en oposición a otras, como la monarquía, en la cual una persona, llámese rey, emperador o de cualquier otra manera, es quien las toma. La democracia puede ser directa o indirecta. En la primera actúa toda la nación; en la segunda, representantes de ella. La primera es práctica cuando el número de los miembros de la asamblea es reducido, pero ciertamente no se acomoda a Estados como Colombia, con una población de 30 millones de habitantes, aproximadamente. Por lo tanto, debe entenderse que la “democracia” a la cual aludió el constituyente primario, es la indirecta y que el término “participativa” alude a que ésta efectivamente represente a la Nación, por ejemplo, perfeccionando el sistema de votación, el funcionamiento del Congreso y la accesibilidad a éste por parte de los ciudadanos. Tal interpretación, por lo demás, se ajusta al carácter representativo que el propio constituyente primario quiso darle a la Asamblea Constitucional. No escapa a la Corte la trascendencia y alcance de la decisión que ahora profiere y los riesgos que algunos señalan en forma premonitoria; pero también considera que dentro de la tradición política y jurídica de la República que arranca desde los albores de la Independencia, existe un plexo de convicciones y principios que legitiman la validez del sistema democrático y que de seguro obligarán a los ciudadanos a proceder con la más elevada responsabilidad, y a la Asamblea Nacional Constitucional a interpretar las necesidades y esperanzas de la Nación que tiene derecho a buscar nuevos caminos que garanticen un mejor proyecto de vida de normal convivencia, paz, libertad y justicia social. Como se ha comprobado históricamente el Constituyente no decide en el vacío sino que recoge sus soluciones en lo que ha sido, lo que es y lo que debe ser la Nación en una interpretación racional y responsable de su destino jurídico, político, económico y social. Es un dato más que se ha proyectado tanto en la historia de Colombia como en la de otras naciones, que cuando las instituciones adoptan sistemas demasiado rígidos para su reforma, surgen crisis y perturbaciones que pueden poner en grave peligro los valores fundamentales de la convivencia y el sistema republicano y democrático. Por eso es preciso proceder con toda diligencia y previsión a interpretar los anhelos de cambio y renovación de las instituciones que ha expresado el pueblo, primero informalmente y luego el 27 de mayo en forma legítima y avalada por la propia Sentencia número 59 de 24 de mayo de 1990 de la Corte Suprema de Justicia. En pocas pero trascendentes palabras, el Poder Constituyente Primario, representa una potencia moral y política de última instancia, capaz, aun en las horas de mayor tiniebla, de fijar el curso histórico del Estado, insurgiendo como tal con toda su esencia y vigor creativos. Por esto mismo, sabe abrir canales obstruidos de expresión, o establecer los que le han sido negados, o, en fin, convertir en eficaz un sistema inidóneo que, por factores diversos, ha llegado a perder vitalidad y aceptación”. Corte Suprema de Justicia, Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, Expediente 2214 (351-E).

los convenios internacionales de derechos humanos –a título de ejemplo–. Así, no hay límites de competencia,²⁰ pero no debería existir en el estado

²⁰ La Corte Constitucional expuso sobre este tema: “*En primer lugar, cabe señalar que a pesar de tratarse de una ley de iniciativa ciudadana, en todo caso se trata de un cuerpo normativo promulgado dentro de un procedimiento de reforma a la Constitución, según el tenor del artículo 374 de la Carta. Por lo tanto el referendo constitucional de iniciativa ciudadana no sólo está sujeto a requerimientos procedimentales, sino también a los límites competenciales a los que previamente se hizo alusión. Esta apreciación resulta también del tenor del artículo 3° constitucional según el cual “[l]a soberanía reside en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece” (negritas añadidas), de este enunciado se desprende que a pesar de ser el depositario de la soberanía el pueblo cuando ejerce el poder de reforma constitucional también debe actuar dentro del marco procedimental y de competencia fijado por la propia Constitución. Parafraseando a Elster[72] el pueblo también está atado a la Constitución de 1991 y por lo tanto no puede modificar sus elementos definitorios cuando actúa en el ejercicio del poder de reforma. Máxime si se tiene en cuenta que a pesar de provenir de una iniciativa ciudadana, como ocurre en el presente caso, el texto sometido a referendo debe ser aprobado mediante una ley del Congreso, trámite en el cual puede estar expuesto a distintas vicisitudes que terminen por modificar la propuesta inicial que contó con el apoyo ciudadano, de manera tal que la voluntad popular inicialmente manifestada no necesariamente ha de coincidir con el texto finalmente sometido a votación, circunstancia que quita todo peso al argumento de que la reforma surgiría exclusivamente de la actuación del pueblo como constituyente primario y por lo tanto carece de límites de competencia. La misma mediación del Congreso y la participación final del pueblo que se reduce a aprobar o improbar el texto normativo sometido a su votación, deja serias dudas sobre su actuación en este caso como constituyente originario, pues las estrictas regulaciones procedimentales a las que está sujeta la participación popular riñen con la esencia misma de este concepto el cual doctrinalmente siempre ha sido caracterizado como ilimitado y no sometido a cauces procesales. Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es posible aseverar que existe una regla común según la cual todos los órganos constituidos tienen un poder de reforma limitado. Situación diferente se presenta cuando ya no se trata de la reforma de la Constitución vigente sino de su cambio, evento en el cual la Corporación ha reconocido, en la citada sentencia C-551 de 2003, que “la fijación de un cauce al poder constituyente originario es siempre imperfecta, pues el poder constituyente, por sus propias características, es ‘rebeldes a una integración total en el sistema de normas y competencias’, y por ello no admite una institucionalización total”. Sin embargo, la Corte estimó que “la Constitución de 1991 intenta superar este dilema y la tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional por medio de una apertura al poder constituyente originario, previendo un procedimiento agravado de reforma” y en la Sentencia C-1040 de 2005 indicó que “el pueblo puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta” y que “sólo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente”. En esta hipótesis el pueblo, todavía como poder constituido, decide si convoca o no la Asamblea y, al definir su competencia, puede otorgarla para una simple reforma, propia del poder constituido, o concederle facultades tan amplias, cuyo ejercicio conduzca al cambio de la Constitución vigente por otra, siempre que el mismo pueblo, al fijar la respectiva agenda, así lo haya determinado. Este supuesto no hace desaparecer del todo los límites, pues aunque ya no provendrían de lo dispuesto en la constitución sustituida, tendrían su origen en las normas imperativas de derecho internacional y también en los convenios internacionales de derechos humanos, para citar apenas dos ejemplos- Así pues, de los distintos mecanismos contemplados*

de derecho un poder para producir la norma, incluso la constitucional, sin límites y, por tal razón, hay que reflexionar sobre otro tipo de límites y sobre quién los define.

El pueblo dispone el establecimiento de límites para su expresión a través de la institucionalidad y el acierto de ellos

El establecimiento de las Constituciones, y el carácter fundante de un sistema jurídico derivado de la decisión política de implementarlo, exige que se regule detalladamente la forma a través de la cual el poder político se encauza, a fin de modificar el texto constitucional creado y dispuesto en la sociedad. Estas normas deben regular el tema con especial equilibrio, ya que de su acierto depende la solvencia, fundamento y legitimidad de la Constitución y, por tal razón, de todo el ordenamiento jurídico de la nación. En tal virtud, deben ser el resultado de un arduo diseño de autocontrol de la voluntad política de la nación que impida la reforma innecesaria o ilegítima de la Constitución, comprometiendo todo el sistema jurídico y su eficacia, y, a su vez, deben servir como canal de expresión de la decisión política pacífica que desea realizar un cambio en sus valores y principios fundantes, sin cercenar la posibilidad de expresión legítima de la voluntad popular. Es aquí en donde debe existir un equilibrio perfecto entre aquella situación descrita por la filosofía del derecho como el poder fáctico de lo normativo y el poder normativo de lo fáctico, sin que sea posible dictar una norma, en especial la Constitución, sin vocación de permanencia, ya que este solo hecho en ese nivel crearía una extrema fragilidad a todo el ordenamiento jurídico, así como tampoco una norma absolutamente petrificada que asfixie cualquier posibilidad de modificación que desee la sociedad.

La Constitución de 1991 decidió prever tres (3) mecanismos de reforma constitucional con la necesaria participación del Congreso de la República. En efecto, es el Congreso de la República como poder constituido que expresa el poder político institucionalizado que en todos los casos debe

en el artículo 374 constitucional el único que no está sujeto a límites de competencia es una Asamblea Nacional Constituyente, siempre que sea convocada expresamente para proferir una nueva Carta y, por lo tanto, la vía de referendo constitucional no es idónea para transformar los principios estructurantes plasmados originalmente en el texto constitucional". (Subrayado fuera del texto). Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

decidir reformar la Constitución, ya sea directamente por medio de actos legislativos, o permitiendo que lo haga el pueblo mediante un referendo o una Asamblea Nacional Constituyente.

En el mismo sentido, es el Congreso de la República el órgano de Estado encargado de decidir y fijar los caminos de expresión para el poder constituyente originario o primario que quiera fundar una nueva Constitución, a través de una ley y una Asamblea Nacional Constituyente (artículo 376, CP) votada de manera expresa para el cambio total de la Carta o para la sustitución de la totalidad o de algunos de sus ejes identitarios. Aquí adquiere especial relevancia el uso de la razón y el derecho por encima de la fuerza y la presión, garantizando que la democracia constitucional sea un sistema de instituciones, normas y reglas que facilitan la expresión de las mayorías y respetan los derechos de las minorías, y no simplemente la decisión mayoritaria por fuera de cauces, reglas o normas que, en algunas oportunidades de la historia de la humanidad, se ha desbordado y creado escenarios de caos y violencia. Por tal motivo, la expresión del poder constituyente primario y originario es jurídica y no solamente política, puesto que en la democracia el poder político se debe expresar con el derecho, y no partir del supuesto que afirma en todos los casos que la política es anterior al derecho y por ende no existen límites al poder constituyente originario o primario. En ese sentido, política y derecho son conceptos inseparables para efectos del ejercicio del poder constituyente primario u originario.

Entonces, el Constituyente de 1991 creó una estructura rígida de reforma constitucional a partir de los artículos 374 a 380 de la Constitución a través de tres (3) mecanismos dentro de los cuales, dos (2) de ellos se desarrollan con la participación del Congreso de la República por medio de leyes, y uno lo adelanta directamente el Congreso de la República a través de actos legislativos²¹ que exigen la realización de ocho (8) debates, tienen una iniciativa legislativa cualificada, se deben aprobar en dos (2) periodos

²¹ Constitución Política. Artículo 375. “Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente. El trámite del proyecto tendrá lugar en dos periodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo periodo la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En este segundo periodo sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero”.

ordinarios y consecutivos y, aprobados en el primero de ellos, deben ser publicados por el Gobierno, y en el segundo periodo, solo pueden debatirse iniciativas aprobadas en el primero, exigiendo una mayoría absoluta para su aprobación. Por su parte, los otros dos (2) mecanismos requieren igualmente estrictos requisitos, formas y procedimientos; así la Asamblea Nacional Constituyente²² se convoca por medio de una ley aprobada por el Congreso de la República que definirá su competencia, composición y periodo, exige que en su convocatoria participe por lo menos una tercera parte del censo electoral y que sea elegida por voto directo de los ciudadanos²³ en un acto electoral que no puede coincidir con otro, y el referendo constitucional, se convoca por medio de una ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra Cámara, y la reforma exige que se apruebe por la mayoría de los sufragantes y que participe al menos una cuarta parte del censo electoral. El referendo se debe presentar de tal manera que los electores escojan libremente que votan positivamente o negativamente.

Ahora bien, por otro lado, dentro de los procesos de reforma constitucional debe advertirse un riesgo o peligro derivado de la noción misma de Constitución. En efecto, la Constitución es un concepto polémico y, en la medida de lo posible, refleja la pluralidad que existe al interior de la sociedad y, en tal virtud, debe ostentar una pretensión de neutralidad. Sin embargo, al reflejar la sustancia política de un pueblo, ostenta el peligro derivado de su conversión en un concepto combativo y simbólico

²² Constitución Política. Artículo 376. “Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el periodo y la composición que la misma ley determine. Se entenderá que el pueblo convoca la Asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral. La Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones. La Asamblea adoptará su propio reglamento”.

²³ Constitución Política. Artículo 378. “Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente. La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integran el censo electoral”.

que encuentra su fundamento en su adecuación instrumental para la controversia frente al contradictor o adversario político más allá de la voluntad de su conocimiento.²⁴ Así, las pretensiones de autoritarismo se expresan en algunas oportunidades, en la intención de capturar a la Constitución y convertirla en el principal instrumento de lucha política y posible mecanismo de opresión, bajo la ya conocida implementación de constituciones semánticas. En estos casos, el autoritarismo acude al pueblo y a la inexistencia de límites del poder constituyente primario u originario para falsear el espíritu liberal del constitucionalismo e implementar una nueva Constitución que facilite su perpetuidad en el poder. El anterior riesgo para la sociedad debe, además de advertirse, reducirse a través de múltiples mecanismos propios del control al poder en el estado de derecho en las democracias.

En un escenario de reforma, la justificación política que puede ostentar una iniciativa de reforma constitucional, así como el mecanismo y ejercicio mismo del poder de reforma²⁵ y el cambio constitucional, deben adelantarse con absoluto respeto de los elementos esenciales del concepto

²⁴ García Pelayo explica el tema de la siguiente forma: “*El concepto de constitución es uno de los que ofrece mayor pluralidad de formulaciones. Esta pluralidad, común a todos los conceptos fundamentales de las ciencias del espíritu, se encuentra acrecida en este caso por dos motivos. En primer término, porque si la mayoría de los conceptos jurídico - políticos son de un modo mediato o inmediato conceptos polémicos, éste, por referirse a la sustancia de la existencia política de un pueblo, está particularmente abocado a convertirse en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que hallan su ratio no en la voluntad de conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario. Sin duda que el conocimiento llevado a cabo desde una perspectiva política, como partidario o como adversario, es capaz, en muchos casos, de una incisión más profunda en la realidad que la que proporciona un punto de vista “neutral”; pero no es menos cierto que con tales supuestos es difícil lograr unidad en la formulación del concepto. Más a estas razones de índole subjetiva se une otra de carácter objetivo, a saber: el hecho que la constitución forma un nexo entre diversas esferas de la vida humana objetivada, por el que se vinculasen sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etc. Todo esto explica que la palabra constitución vaya frecuentemente acompañada de un adjetivo, y se hable así de constitución jurídica o de constitución “real”, de constitución política o de constitución normativa, de constitución material o de constitución formal, de constitución empírica o de constitución ideal, de constitución en sentido amplio o en sentido restringido. Más como sucede que lo que aparece como adjetivo es en realidad lo sustantivo, el resultado es que a tales contraposiciones se les escapa la constitución como un todo*”. Manuel GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid: Alianza Editorial, 1984), 33.

²⁵ Pérez Royo señala en este sentido que: “*una de las particularidades de la Constitución es el hecho de ser la única norma que establece provisiones procedimentales acerca del modo en que ha de procederse a su reforma*”. Javier PÉREZ ROYO, “*La reforma de la Constitución*” (Madrid: Congreso de Diputados, 1987), 9.

de Constitución,²⁶ estos son, el principio de separación de poderes y la garantía de los derechos, según las previsiones de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, ya citada, evitando que el texto superior sea todo lo contrario, o sea, una expresión de aparente legitimidad de un régimen que realmente es autoritario o un instrumento que se usa para acabar con la oposición política.

Y precisamente, en todos los casos, la importancia, fuerza y prestigio de la Constitución deben mantenerse y es necesario cuidar que se disminuyan a través de muchos procesos de reforma. Hesse afirma: “*el prestigio y la fuerza de la Constitución quedan afectados cuando ésta es reformada con frecuencia*”.²⁷ La Constitución colombiana ha tenido más de 60 reformas en 33 años. Algunas de ellas, con perplejidad integraron normas legales en su texto,²⁸ y muchas otras, regularon asuntos que claramente podrían estar contenidos en leyes e incluso en actos administrativos. Esta realidad ha podido crear una sensación de tolerancia a la reforma constitucional, por decir lo menos, especial, en el sentido de disminuir las preocupaciones que surgen cuando se presentan los proyectos que pretenden la reforma de la Carta Política. En tal virtud, bajo este presupuesto, no puede dejar de advertirse que la utilización interesada del concepto de Constitución como un instrumento de lucha política de un determinado grupo, facción, partido o gobernante y la aparente justificación subyacente al cambio constitucional con el llamado al pueblo como poder originario o primario afecta la democracia. Por el contrario, ese gran poder constituyente originario o primario, reconocido como ilimitado en cuanto a la competencia para tratar todos los temas que desee, debe encauzarse desde el derecho y por medio de los procedimientos y formas previstos en la Carta, para que así, en realidad, la premisa del ejercicio organizado, más no caótico

²⁶ Santamaría Pastor explica el surgimiento sedimentario del concepto de Constitución como una norma de rango superior, una norma que prevé la organización y funcionamiento de los poderes públicos, una norma fundacional y una norma cuya finalidad es limitar el poder del Estado en defensa de las libertades, el cual se vería desconocido si la Carta Política es instrumentalizada por una facción, grupo o partido que no respete el límite al poder ni la garantía de los derechos. Ver: Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *La Constitución, un concepto polémico y cambiante, Extracto de fundamentos de derecho administrativo* (Madrid: Editorial Centro de estudios Ramón Areces, 1998), 412.

²⁷ Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional: Límites de la mutación constitucional* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011), 97.

²⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 48. Acto Legislativo 1 de 2005.

o interesado, del máximo del poder político que ostenta el pueblo, sea en realidad un ejercicio democrático y no la aparente legitimación de regímenes o estructuras autoritarias que vulneren el principio esencial de control y alternancia del poder.

Ahora bien, como se mencionó previamente y se citó en la Sentencia de la Corte Constitucional C-141 de 2010, el pueblo puede decidir sustituir la Constitución vigente y promulgar una nueva a través de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente expresamente convocada para tal fin por el pueblo, único evento, según la jurisprudencia, en el que no estaría sujeto a límites de competencia.

Sin embargo, en este punto es absolutamente indispensable aclarar que la Constitución sustituida no puede limitar la competencia de la Asamblea Constituyente que promulga la nueva Constitución, pero eso no significa que puedan subvertirse los procedimientos y formas previstas para que el pueblo se exprese dentro de un Estado Social de Derecho, de tal manera que solo puede llegarse al punto de adoptar tal decisión de cambio total, previo el respeto de los requisitos previstos para el efecto; que en todo caso exigirán la ley previa aprobada por el Congreso de la República que expresamente decida acudir a este mecanismo para sustituir plenamente la Constitución o sus núcleos esenciales, y aún más, en este evento, es indispensable apreciar, que las sociedades democráticas—que como máxima expresión de la libertad deciden acudir a la soberanía popular y establecer una nueva Constitución— no pueden contradecir el catálogo axiológico que fundamenta su poder y crear por el contrario un texto que limite y restrinja el ejercicio de la libertad, estableciendo un régimen sin alternancia real en el poder o sin un verdadero sistema de frenos y contrapesos que lo limite, violando así la garantía de los derechos, principalmente de la libertad, y en tal virtud, contradiciendo y deslegitimando desde su origen el establecimiento de esa nueva Carta.

Desde una perspectiva lógica basada en la eficacia como presupuesto de validez de la norma, es posible apreciar que el sistema jurídico no puede prever una fórmula por fuera del orden jurídico para modificarse. Si así lo hiciera, evidenciaría una contradicción que afecta la legitimidad del sistema jurídico, el cual se sustenta en su capacidad de producir efectos en la sociedad, es decir, su eficacia. Por eso, que el orden jurídico afirme que no existen límites jurídicos frente al poder constituyente originario

o primario, que a su vez crea el orden jurídico, supone la contradicción del presupuesto de la libertad como fundamento del sistema normativo, y sobre todo, del fundamento de la decisión política de implementarlo e instaurarlo.

Ahora bien, con base en las anteriores reflexiones y en este punto, es importante reiterar que un asunto es la inexistencia de *límites de competencia* frente al ejercicio del poder constituyente primario u originario, y otro diferente, la inexistencia de límites al poder constituyente originario o primario, que como se ha dicho, al menos se encuentra limitado por la protección de la libertad que le sirve de fundamento, y según la jurisprudencia citada en nuestro contexto, por el catálogo de derechos humanos previsto en el derecho internacional aplicable en Colombia y en los países civilizados. En el mismo sentido, no puede dejar de destacarse que tal y como se documentó en España en 1978 o en Colombia en 1991, el sistema jurídico siguió vigente por la mínima necesidad de vivir bajo el derecho que tiene cualquier sociedad incluso cuando cambia el texto superior, y así, esta normatividad inferior, producto de la Constitución sustituida necesariamente condicionará, y en un alto grado limitará, un cambio total de régimen o sistema, resaltando aquellas reflexiones del constitucionalismo que enseñan que la Constitución en ningún caso es un salto al vacío, y que refleja la tradición jurídica y la historia de la sociedad que pretende regular.

Finalmente, sobre el particular debe aclararse que, incluso en el momento de primigeneidad, el poder constituyente originario o primario busca un cauce o camino para que el pueblo pueda expresarse y organice la voluntad popular encaminada a dictar una Constitución Política, y esa vía, necesariamente se encuentra en el derecho y es jurídica, ya sea a través del reglamento de una Asamblea Nacional Constituyente, o en el evento de la sustitución de una Constitución vigente por medio de las formas y procedimientos que le permiten en la práctica organizar la expresión del poder constituyente originario o primario. Y es que, desde el punto de vista práctico y lógico, es imposible que el pueblo, sin una referencia procedimental que permita organizar la voluntad popular, se exprese y decida votar la nueva Constitución.

Así las cosas, en Colombia, como fue explicado por la Corte Constitucional, la posibilidad de promulgar una nueva Constitución y permitir que el pueblo como poder constituyente primario u originario se exprese y sustituya la

Constitución vigente se puede realizar a través de una Asamblea Nacional Constituyente convocada y votada expresamente para el efecto, y en tal virtud, no es posible acudir a procedimientos o mecanismos por fuera del texto Constitucional actual, ya que no se impide, bajo ningún punto de vista, que sin límites de competencia, el poder constituyente originario o primario promulgue un nuevo texto. La anterior precisión es indispensable para proteger la democracia, los derechos de las personas, el control del poder, y en general, el constitucionalismo como técnica que evita el ejercicio arbitrario de la autoridad y facilita la máxima expresión posible de la libertad de las personas.

El poder de la última palabra para decidir el Derecho

El poder público que se expresa a través de normas es el poder político, institucionalizado por medio de una Constitución que establece un sistema jurídico y prevé unas competencias para que el poder no transite por fuera del derecho. De esta manera, la atribución de competencias para la creación del derecho y su producción dentro de un sistema jurídico, así como su autorizada y última interpretación, constituye el gran poder en el estado de derecho, sin que pueda jamás partirse de que la última interpretación implique la ausencia de límites o control.

La labor de los Tribunales Constitucionales ostenta dentro de este planteamiento una gran complejidad, puesto que al ser el intérprete del texto constitucional y en tal virtud expresar el sentido y alcance de la norma fundante de un ordenamiento jurídico, sus argumentos y posturas son igualmente superiores y esenciales, adquiriendo las características de un órgano de cierre, y creando, dentro de la teoría constitucional que justifica y explica el control de constitucionalidad, la imperiosa necesidad de explorar los límites al ejercicio de su función. Precisamente, aquí, pueden agudizarse las más delicadas imperfecciones del sistema jurídico.

La Corte Constitucional ha afirmado que entre ella y la Constitución no puede pasar ni una hoja de papel. Así, desde el inicio de su funcionamiento en la Sentencia C-113 de 1993 dijo lo siguiente:

Además, inaceptable sería privar a la Corte Constitucional de la facultad de señalar en sus fallos el efecto de éstos, ciñéndose, hay que insistir, estrictamente a la Constitución. E inconstitucional hacerlo por mandato de un decreto, norma de inferior jerarquía. Pues la facultad de señalar los

efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la “integridad y supremacía de la Constitución, porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel.”²⁹

En este orden de ideas, la Corte Constitucional, en su labor de defensa de la integridad y supremacía de la Constitución, acude a interpretar el texto superior, y en dicha labor, determina el sentido y alcance de sus disposiciones. Esta función es especialmente delicada, ya que implica desarrollar las normas constitucionales, y en algunas ocasiones, puede crear reglas y subreglas que en sí mismas constituyen una creación del derecho. Es más, la Corte Constitucional tiene una gran variedad de sentencias, caracterizadas por su propia jurisprudencia, que revelan un amplio margen de interpretación e integración del orden jurídico. Entre otras, hay sentencias condicionadas, sustitutivas, integradoras, manipulativas, sentencias que declaran el estado de cosas inconstitucional o situaciones constitucionalmente relevantes, sentencias que llenan omisiones legislativas absolutas o relativas, sentencias que exhortan al Congreso de la República a legislar sobre determinadas materias, sentencias con diversos efectos *erga omnes*, *inter partes*, *inter pares* o *inter comunis*, sentencias con efectos retroactivos, ultraactivos o retrospectivos, por mencionar solo algunas.

Y precisamente, dentro de la amplitud de la competencia atribuida a los Tribunales Constitucionales para defender la integridad y supremacía de la Carta Política, ostenta un papel trascendental igualmente la existencia de mutaciones constitucionales o cambios no formales a la Constitución que pueden servir para adaptar la norma a las nuevas realidades, pero, en todo caso, deben ser el producto de cauces y límites que respeten la competencia atribuida, y en tal virtud, no alteren el contenido esencial de los valores y principios constitucionales que deben defender. Jellinek explica la diferencia entre la reforma y la mutación en su conocida conferencia en 1906 y allí expone como pueden mutar los contenidos constitucionales:

Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta [a] las necesidades y opiniones variables de los hom-

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C- 113 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía.

bres,¹³ lo mismo ocurre con el legislador cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación.³⁰

La defensa de la integridad y supremacía de la Constitución a través de la revisión de las leyes y los decretos con fuerza material de ley que la Constitución prevé; o sea, los decretos legislativos, los decretos extraordinarios y los decretos que ponen en vigencia el Plan Nacional de Desarrollo cuando el Congreso de la República no lo aprueba dentro de los plazos previstos en la Constitución, y la función de selección y posterior revisión de las acciones de tutela³¹ se desarrollan dentro de un especial ámbito de interpretación que presupone un juicio de validez piramidal desde la cúspide del ordenamiento jurídico compuesto por las disposiciones constitucionales; ahora bien, el juicio de las normas que reforman a la propia Constitución por vicios de procedimiento o de competencia –como lo ha reconocido la propia jurisprudencia– requiere estructuras diferentes y revela con mayor intensidad la necesidad de controles y límites al poder judicial que ostenta la competencia para cumplir dicha función.

El peligroso camino de un amplio margen de discrecionalidad para evaluar la sustitución de la Constitución y la identidad de la misma

Colombia adoptó en el año 2003 el test de sustitución de la Constitución,³² y con base en él, concibió que es posible revisar la reforma constitucional dentro de los vicios de competencia para determinar que no se está sustituyendo la Constitución. En esta labor, puede determinar si se está cambiando un eje identitario de la Carta Política, lo cual no se puede llevar a cabo a través del ejercicio del poder ordinario de reforma constitucional que ostenta el poder constituido, y en tal virtud, la Corte determina cuándo se está excediendo la competencia para modificar la Constitución, porque, precisamente, se cambia uno de los citados ejes.

Ahora bien, debe señalarse igualmente que la técnica de las cláusulas pétreas o inmodificables no fue adoptada por la Constitución de 1991; sin

³⁰ Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución* (Argentina: Ediciones Olejnik, 2023), 22.

³¹ Constitución Política de Colombia. Artículo 241.

³² Corte Constitucional, Sentencia C- 551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

embargo, la jurisprudencia constitucional, aplicando el test de sustitución, ha indicado varios temas o materias que constituyen la identidad de la Constitución, y no pueden ser reformados por el Congreso que ostenta el poder constituyente derivado o secundario. Así entre otros, ha señalado los siguientes: el Estado Social de Derecho,³³ la separación de poderes,³⁴ el principio democrático,³⁵ la alternancia en el poder,³⁶ el bicameralismo,³⁷ la carrera administrativa y el principio del mérito,³⁸ la justicia, la moralidad pública y la prevalencia del interés general,³⁹ los derechos de las víctimas en sede de la justicia transicional,⁴⁰ el marco democrático participativo,⁴¹ la participación política,⁴² el deber y la obligación de respetar, garantizar proteger los derechos humanos,⁴³ el autogobierno, independencia y autonomía de la Rama Judicial,⁴⁴ la igualdad en dos expresiones (el sistema electoral y la reelección presidencial)⁴⁵ y el principio del mérito,⁴⁶ la supremacía constitucional,⁴⁷ la dignidad humana,⁴⁸ el principio de legalidad⁴⁹ y la paz y justicia transicional.⁵⁰ Esta determinación de los ejes identitarios revela

³³ Corte Constitucional, Sentencias C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; C-1200 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil; C-644 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-740 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-397 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; y C-305 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencias C-285 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-253 de 2017, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-140 de 2020, M. P. José Fernando Reyes Cuartas; C-193 de 2020, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado y C-089 de 2022, M. P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-031 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencias C-757 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-141 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencias C-588 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-305 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; C-333 de 2012 y C-640 de 2012, M. P. María Victoria Calle.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1056 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-084 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-285 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-1040 y 1045 de 2005, Sala Plena, y C-141 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencias C-588 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y C-249 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-415 del 2012, M. P. Mauricio González Cuervo.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 2021, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-630 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 2022, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

la especial limitación que tiene el poder de reforma, compuesto por las competencias atribuidas al Congreso de la República, y aquellas asignadas al Tribunal Constitucional que revisa solo vicios de competencia y procedimiento, sin que deba en ningún caso, pronunciarse sobre los asuntos sustantivos, materiales o de fondo.

El asunto central que exige la reflexión sobre la materia se concreta en la función de defensor de la integridad y supremacía de la Constitución, y en el carácter de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, que al tratarse de la Constitución Política, como norma superior y suprema, fundante de todo el sistema normativo, conlleva que sea el órgano quien dicte la última interpretación sobre el ordenamiento jurídico, lo cual representa un gran poder, sin que exista la atribución a otro órgano del Estado de revisar o controlar sus decisiones. Adicionalmente, a través de la función de revisión constitucional de las acciones de tutela contra providencias judiciales se potencializa dicho poder y, en algunos eventos, la Corte Constitucional ha revocado decisiones judiciales adoptadas por otras altas cortes como el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia; en tal virtud, se ha generado el conocido choque de trenes, que en algunas épocas ha tenido especial intensidad.

Y es que, la concepción democrática y jurídica del control constitucional y su naturaleza preminentemente judicial (no política) exigen que su ejercicio se desarrolle dentro de límites jurídicos estrictos y precisos. Nada más peligroso para un Tribunal que alejarse de la norma constitucional, y so pretexto de su interpretación se convierta en un actor político que ya no controla judicialmente la constitucionalidad de las normas, sino que políticamente participa en el ejercicio del poder, y así controvierte políticamente en un grado o nivel no previsto por las Constituciones a los actores e instituciones políticas o las posturas políticas de facción o partido. Aquí adquiere especial relevancia no desnaturalizar la justificación contramayoritaria del control de constitucionalidad que permite evitar que las mayorías desconozcan los derechos de las minorías e impidan su expresión, y así, eviten el principio consustancial a la democracia consistente a la alternancia del poder. La naturaleza de la función del Tribunal Constitucional es judicial y no política, y sus pronunciamientos son expresión del derecho a través de la jurisprudencia y no del poder político —es derecho y no política— es jurisprudencia y no poder.

Así las cosas, una de las funciones que con mayor rigor y limitación debe ejercer la Corte Constitucional, es aquella de revisión de las reformas constitucionales, evitando que amplios márgenes de discrecionalidad en la aplicación del test de sustitución de la Constitución le permitan fijar alcances y contenidos que cambien el texto constitucional, atribuyéndose un poder que no deriva de la Carta, y que crearía un entorno de inseguridad jurídica muy profundo, comprometiendo el estado de derecho y su certeza.

En este sentido, la determinación de los ejes identitarios de la Constitución exige la aplicación estricta de métodos y técnicas que aseguren la consistencia y solvencia en todos los casos, sin que un margen amplio de discrecionalidad, derivado de aplicaciones diversas del test de sustitución de la Constitución, facilite incongruencias que vulneren el principio básico de seguridad jurídica.

El control de constitucionalidad dentro del principio de limitación de poderes. Los límites a todas las jurisdicciones, incluyendo la jurisdicción constitucional

El ejercicio de la función jurisdiccional es estrictamente reglado y en tal virtud, las normas que lo regulan establecen los precisos términos dentro de los cuales debe cumplirse. En este sentido, todas las Cortes están sometidas a los límites que establece la Carta Política y demás normas aplicables; sin embargo, es indispensable preguntarse cuáles órganos del Estado, que hagan parte de otras ramas del poder público, o en general, cuáles Cortes dentro de la rama judicial ostentan la posibilidad de limitar el ejercicio de la función atribuida a la Corte Constitucional como máximo tribunal de la Jurisdicción Constitucional. Igualmente, es necesario preguntarse qué controles internos pueden servir para revisar la actividad y el cumplimiento de sus funciones como guardiana de la Constitución.

En términos generales no existe una norma en la Constitución Política de Colombia que le atribuya la función de revisar y controlar las sentencias o autos proferidos por la Corte Constitucional como Tribunal Constitucional a ningún órgano del Estado en cualquiera de sus ramas. Ahora bien, a través de la nulidad,⁵¹ la Corte puede revisar sus propias providencias cuando la

⁵¹ La Corte Constitucional ha explicado sobre el particular: “2. *El artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 prevé la posibilidad de que se declare la nulidad de un proceso adelantado ante la Corte Constitucional, antes de que se produzca el fallo, “únicamente por violación*

citada nulidad es originada en la sentencia. Por su parte, es también posible que la Sala Plena de la Corte Constitucional conozca de asuntos a cargo de las Salas de Revisión y unifique jurisprudencia. Finalmente, en el ámbito del autocontrol, existe un régimen de incompatibilidades en los juicios de constitucionalidad previsto en el Decreto 2067 de 1991⁵² y un régimen de incompatibilidades e inhabilidades consagrado en sede de tutelas en donde se aplican las normas del Código de Procedimiento Penal.⁵³

Por otro lado, en el ámbito de los controles externos por otras ramas del poder público y las Cortes, la Constitución Política en sus artículos 178

al debido proceso". No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que si la vulneración proviene de la sentencia se podrá solicitar la nulidad dentro del término de ejecutoria de la decisión[15]. Esta posibilidad es excepcional, no se trata de un recurso y procede únicamente para conjurar la grave afectación del derecho al debido proceso. Por lo tanto, excluye pretensiones dirigidas a reabrir el debate definido en la sentencia, discutir nuevamente los hechos y pretensiones, proponer asuntos alternativos o exponer mejores criterios hermenéuticos. De manera que, la nulidad no es un recurso de reconsideración, una nueva instancia procesal ni mucho menos una oportunidad probatoria[16]. En atención al carácter excepcional de las nulidades de las sentencias de esta Corporación, en el Auto 031A de 2002[17] se definieron algunos lineamientos generales sobre las solicitudes de nulidad, a saber: (i) la observancia de una carga argumentativa sería dirigida a evidenciar la violación del debido proceso[18]; (ii) la petición no puede estar dirigida a controvertir criterios de forma, argumentación o suficiencia del razonamiento[19]; (iii) la admisión de cuestionamientos a la valoración probatoria como fundamento de la nulidad es excepcional[20]; y (iv) no basta con una afectación a una regla procesal o un yerro en la actividad de juzgamiento, sino que debe demostrarse una ostensible, probada, significativa y trascendental afectación de la garantía al debido proceso. Por lo tanto, la violación debe tener repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos. En síntesis, la procedencia de la nulidad de una sentencia de la Corte Constitucional es excepcional y está circunscrita a graves afectaciones del debido proceso que hayan incidido en el sentido de la decisión y que, además, se desprendan directamente de la sentencia censurada. Este objeto excluye la nulidad como una instancia para resolver las inconformidades de las partes e intervinientes, o conjurar defectos de procedimiento o de valoración probatoria que no afecten la decisión final del caso objeto de estudio[21]". Corte Constitucional, Auto A-588/22, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵² Decreto 2067 de 1991, artículos 25 y 26.

⁵³ Decreto 2591 de 1991 artículo 39. Código de Procedimiento Penal. Artículo 56.

numeral 3,⁵⁴ 174⁵⁵ y 175,⁵⁶ numerales 2 y 3, y 235, establece el fuero de los magistrados de la Corte Constitucional, y así prevé que sean investigados por la Cámara de Representantes y juzgados por indignidad y por delitos comunes en el Senado de la República, y en este último caso, por la Corte Suprema de Justicia.

En la arquitectura constitucional antes descrita, no debe dejar de llamarse la atención sobre la tensión que existe en las democracias por el control del poder que se presenta entre los Parlamentos y los Tribunales Constitucionales, en donde, en todo caso, en nuestro sistema jurídico se atribuye al Congreso de la República la función no solo de promulgar las leyes, sino, adicionalmente, de reformar la Constitución, y así mismo, la de elegir a los magistrados de la Corte Constitucional de las ternas remitidas por el Presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.

Todo lo anterior, sin dejar de reiterar que la Corte Constitucional tiene límites en el ordenamiento jurídico y que su función la debe ejercer dentro de los estrictos y precisos términos previstos en la Constitución Política, sin embargo, las técnicas, teorías y en general diferentes posibilidades de interpretación de la Constitución, han creado un entorno de gran poder de interpretación de la Constitución Política que obliga a un exigente ejercicio de autocontrol.

⁵⁴ Constitución Política. “Artículo 178. La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales: 3. Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación”.

⁵⁵ Constitución Política. “Artículo 174. Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos”.

⁵⁶ Constitución Política. “Artículo 175. En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas: 2. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena. 3. Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema”.

Y es que, en este contexto, el estado de derecho y la democracia exigen no solo que los Tribunales Constitucionales tengan límites, sino, adicionalmente, controles efectivos, que permitan evitar que en el cumplimiento de sus funciones y ante la posibilidad de ostentar el poder de la última palabra para interpretar la Carta Política y dictar el derecho, actúen sin ningún tipo de control efectivo, y de esta manera, afecten la realización real del principio del control del poder. Sin lugar a dudas, en la actualidad, la manera en que se ejerce el control de constitucionalidad y la tensión subyacente entre los Tribunales Constitucionales y los Parlamentos que expresan una determinada concepción democrática basada en la libertad y dentro de un estado de derecho, refleja la contención del poder, y hace parte de la tradicional teoría de frenos y contrapesos (*checks and balances*) entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

Conclusiones

- Según la Corte Constitucional, el poder constituyente originario o primario es ilimitado en cuanto a su competencia, pero es limitado por las normas imperativas del derecho internacional y los convenios internacionales de derechos humanos.
- El ejercicio del poder constituyente originario o primario necesita al derecho por medio de un procedimiento o forma que permita su expresión para el establecimiento de una Constitución, encontrando en el derecho su propio límite.
- El poder constituyente originario o primario se encuentra limitado por la libertad que le sirve de fundamento y no puede contradecir el constitucionalismo liberal que es su base y soporte.
- El poder constituyente originario o primario no es un salto al vacío, y se nutre de la historia y los valores, principios y reglas existentes en la sociedad que decide la promulgación por primera vez, o el cambio total, de una Constitución.
- El poder constituyente originario o primario se encuentra en la práctica condicionado por toda la legislación y las normas que rigen en la sociedad en el momento de su ejercicio, sin que sea posible fundar en su totalidad un sistema jurídico, en tal virtud, actúa sobre un sistema jurídico ya en funcionamiento.

- Incluso en el establecimiento de una Constitución y en la defensa e integridad de su supremacía, el derecho libra una batalla intensa y compleja por limitar y controlar el poder, estableciendo las formas, requisitos y procedimientos para su expresión.
- La Corte Constitucional se encuentra limitada por aquel mandato que ordena que cumpla su función dentro de los estrictos y precisos términos previstos en la Constitución Política.
- La Corte Constitucional tiene mecanismos internos que permiten revisar sus propias decisiones y así controlar el ejercicio de su función.
- La Corte Constitucional tiene mecanismos de control por medio de la regulación del fuero de sus integrantes que atribuye las correspondientes competencias para su investigación y juzgamiento a otros órganos del Estado.
- Los frenos y contrapesos se expresan igualmente en la tensión existente entre los Parlamentos y los Tribunales Constitucionales realizando el principio de control del poder.

Bibliografía

Doctrina

DE VEGA GARCÍA, Pedro. “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.º 100 (1998): 13-56.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Traducido por Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional: Límites de la mutación constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

HOBBS, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Traducido por Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 2017.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Argentina: Ediciones Olejnik, 2023.

- KANT, Immanuel. *Obras de Immanuel Kant*. Iberia Literatura, 2015.
- PÉREZ ROYO, Javier. *La reforma de la Constitución*. Madrid: Congreso de Diputados, 1987.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Poder constituyente*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *La Constitución, un concepto polémico y cambiante, Extracto de fundamentos de derecho administrativo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- SIEYÈS, Emmanuel. *¿Qué es el tercer Estado?* Madrid: Aguilar, 1973.
- ULPIANO, Reglas. Libro I. Digesto. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/600/14.pdf>
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale, Il sistema delle fonti*. Turín: UTET, 1993.

Jurisprudencia

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990, Expediente 2214 (351-E) de la Corte Suprema de Justicia.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-113 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-486 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-551 de 2003, M. Eduardo Montealegre Lynett.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1200 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-644 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-1040 y 1045 de 2005, Sala Plena.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-740 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-757 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-588 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-397 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-249 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-305 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-333 de 2012, M. P. María Victoria Calle.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-415 del 2012, M. P. Mauricio González Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-640 de 2012, M. P. María Victoria Calle.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1056 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-579 de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-577 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-084 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-285 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-031 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-253 de 2017, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-630 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-140 de 2020, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-193 de 2020, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-294 de 2021, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-089 de 2022, M. P. Paola Andrea Meneses Mosquera.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Auto A-588 de 2022, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Normas

Constitución Política de Colombia

Código Civil de Colombia

Código de Procedimiento Penal

Decreto 2067 de 1991

Decreto 2591 de 1991

Normas internacionales

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Francia, 1789.

CLÁUSULAS SOCIALES VS. EL DEBER DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL *

Rodrigo Pombo Cajiao **
Académico correspondiente

Resumen: Las denominadas cláusulas sociales en la contratación pública son la extensión de las conocidas cláusulas afirmativas constitucionales. Son privilegios que contempla el legislador o el reglamento para valerse de las condiciones subjetivas de los proponentes en aras de favorecerlos al momento de contratarlos. Se rompe así el afamado deber de selección objetiva (en oposición a criterios subjetivos) que de marras nos viene acompañando y que con tanto celo hemos tratado de aplicar. El enorme protagonismo de las denominadas cláusulas sociales en la contratación estatal y la compra pública en Colombia ha distorsionado los pilares fundamentales del Estatuto de Contratación, en especial, ha erosionado fuertemente el deber de selección objetiva de contratistas. Todo lo cual se ha llevado a cabo sobre la base de interesantes argumentos que cuentan, a su turno, con contraargumentos aún más potentes y lúcidos. En la actualidad, el estudio de las cláusulas sociales resulta indispensable para la adecuada comprensión del sistema de contratación y compra pública en el país y, naturalmente, para aplicar o inaplicar el deber de selección objetiva.

* Trabajo presentado en sesión del 6 de junio de 2024 para el ingreso como “Miembro correspondiente” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, especialización en Derecho Administrativo de la misma universidad y estudios avanzados en filosofía de la Universidad Notre Dame US. Master en Acción Política y Participación ciudadana en el Estado de Derecho de las Universidades Rey Juan Carlos y Francisco de Victoria, España. Candidato a Doctor en Filosofía de la Universidad San Pablo CEU de España. Profesor universitario, columnista, escritor y conjuer de la sección Tercera del Consejo de Estado. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Socio fundador de Pombo Caballero Abogados. Contacto: rpombo@pombocaballero.com

Palabras clave: Cláusulas sociales; cláusulas horizontales; cláusulas de incorporación; deber de selección objetiva; modalidades de selección; criterios de desempate en la contratación Estatal y en la compra pública.

SOCIAL CLAUSES VS. THE DUTY OF OBJECTIVE SELECTION IN STATE CONTRACTING

Abstract: The so-called social clauses in public procurement are an extension of the well-known constitutional affirmative clauses. They are privileges provided by the legislator or regulations to make use of the subjective conditions of the proposers in order to favor them when awarding contracts. Thus, the renowned duty of objective selection (as opposed to subjective criteria), which has accompanied us for so long and which we have diligently tried to apply, is broken.

The significant role that so-called social clauses have taken on in our system and public procurement in Colombia has distorted the fundamental pillars of the legal Statute, particularly eroding the duty of contractor selection. All of this has been carried out on the basis of compelling arguments which, in turn, have arguments in opposite even more powerful and lucid.

Currently, the study of social clauses is essential for a proper understanding of the contracting and public procurement system in the country.

Keywords: Social Clauses; Horizontal Clauses; Incorporation Clauses; Duty of Objective Selection; Selection Modalities; Tie-break Criteria in State Contracting and Public Procurement.

Introducción

En relación con este tema podemos identificar dos grandes escuelas de pensamiento. La primera, que arbitrariamente la denominaremos la “clásica” que sostiene, *grosso modo*, que el Estatuto de Contratación de la Administración Pública (art. 150 CP) es un instrumento jurídico que agencia los recursos públicos para la mejor, más eficiente, segura y continua prestación de los servicios públicos. Al paso que la segunda, que caprichosamente la denominaremos la “progresista” sostiene que la contratación es un mecanismo de igualdad social en virtud de la cual se agencian recursos públicos para equilibrar las injusticias sociales a través de la redistribución equitativa del dinero mediante la contratación pública.

Promulgada la Ley 80 en 1993, el Estado colombiano se había comprometido con una visión liberal de la economía ampliamente competitiva¹ al amparo,

¹ Ver el artículo “Principio de selección objetiva” de María Teresa Palacio Jaramillo, en *Contratos Estatales*, I (Bogotá: Editorial Ibáñez y U. del Rosario, 2022), 373.

especialmente, de los artículos constitucionales 209 y 333. Durante décadas se la entendía y se la llamaba una “ley de principios”² en donde el legislador partía de la base casi que dogmática de que la objetividad, transparencia, economía y responsabilidad, constituían las columnas capitales de la contratación estatal y de la compra pública. Era una ley cuyas velas estaban impulsadas por los vientos de la escuela clásica, si cabe.

Como vector protagónico, entonces, se tenía el deber de selección objetiva, inicialmente atraído a nuestro ordenamiento jurídico mediante el artículo 29 de la Ley 80, posteriormente reformado mediante el artículo 5 de la Ley 1150. En su claridad dispositiva estribaba la legitimidad de la regla: “*es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los intereses que ella busca*”.

Total, no se podía entender un estatuto liberal, empotrado en una economía social de mercado con pretensiones de competitividad y libertad de empresa, sin darle cabal vuelo al deber de selección objetiva.³

Empero, con el transcurrir de los años, y en el marco de los inagotables y maravillosos debates de las ideas políticas como también (todo hay que decirlo) a la constitucionalización del derecho administrativo, se vino a concebir el Estatuto como una eficaz herramienta de equidad y de igualdad social. Bien podrían identificarse desde aquí los tentáculos de la bautizada escuela “progresista”, que valiéndose de una tendencia del derecho afincada en la idea de las acciones afirmativas y la concepción de la libertad positiva de Isahia Berlin,⁴ decidió incorporar, ya no digo solo como ingrediente, sino, como *telos* de la contratación pública, las cláusulas sociales.

Así pues, empezaron a aparecer de esa manera –incluso desde el mismo año de 1993– las discriminaciones positivas, entre ellas: (i) el favorecimiento a la oferta que provenga de proponente nacional (oferta nacional);

² Expresión esta, la de “Ley de principios” no exenta de críticas como quiera que, en la práctica, contiene pocos principios y cantidad de reglas, muchas de ellas procedimentales. En ese sentido, véase el texto de la conferencia del exmagistrado Guillermo Sánchez Luque en el diplomado “Herramientas prácticas para contratar exitosamente con el Estado”, en 2024. De la editorial Tirant lo Blanch y Pombo caballero Abogados. En Youtube: pombo caballero abogados, 28 junio de 2024.

³ Ver también artículo 88 de la Ley 1474; artículo 5 de la Ley 1882 y Decreto 1082 de 2015.

⁴ Ver Isahia BERLIN, *La mirada despierta de la Historia* (Madrid: Editorial Tecnos, 1999), y también consultar Norberto BOBBIO, *Igualdad y Libertad* (Barcelona: U. Autónoma de Barcelona, 2000).

(ii) el favorecimiento a la oferta que provenga de proponentes con componente de personas con discapacidad y, (iii) el favorecimiento a la oferta que provenga de Mipymes.⁵

No es pues este un debate nuevo, pero sí de palpitante actualidad. La escuela “clásica” de la contratación pública ha cedido terreno en favor de la “progresista”. Las cláusulas sociales, horizontales, afirmativas o de inclusión, pasaron de ser la excepción para convertirse en la motivación de los criterios de desempate que terminaron consolidándose como la regla de la contratación en la actualidad.⁶ Tendencia esta, por supuesto, digna

⁵ Ver definición del Decreto 242 de 2023. “Mipyme: Micro, pequeña y mediana empresa medida de acuerdo con la ley vigente aplicable”. Debemos destacar acá el impulso que sobre el particular recogió el legislador en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y que constituye otra prueba más de lo acá afirmado. Veamos: “**Artículo 12. PROMOCIÓN DEL DESARROLLO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que, en desarrollo de los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, adopten en beneficio de las Mipyme, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés de por lo menos dos (2) Mipyme.

Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipyme, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes, cuando sean aplicables.

En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en el Proceso de Contratación.

De igual forma, en los pliegos de condiciones dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

PARÁGRAFO 1. En los Procesos de Contratación que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipyme del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

PARÁGRAFO 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

PARÁGRAFO 3. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen.

⁶ Ver, por ejemplo, la recapitulación que sobre los criterios de desempate en la contratación estatal y la compra pública consigna el Concepto 012, del 4 de febrero de 2021, de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

de ser revertida en favor del deber de selección objetiva, que es la tesis de nuestro escrito.

En este ensayo expondremos el contexto histórico de las cláusulas sociales; su principal justificación; su regulación actual, y estudiaremos los requisitos y las pruebas que demandan los instrumentos de la “contratación social en Colombia”.

Plantaremos, además, los principales debates y cuestionamientos que se han edificado sobre los hombros de esta tendencia legislativa (y reglamentaria).

Para mayor y mejor comprensión y facilidad en la explicación, recomendamos tener presente tres ejes temáticos principalísimos: (i) el debate filosófico de las cláusulas sociales; (ii) la confrontación de estas con el deber de selección objetiva,⁷ para, por último, (iii) explicar los fundamentos de la regulación actual contemplada en el artículo 35 de la Ley 2069, debidamente armonizada con la legislación especializada; finalizando con el estudio de la ley 2294 de 2023 (Plan Nacional de Desarrollo (2022-2026) y otras tantas leyes que componen el denominado “tercer periodo”.

Coordenadas que nos permiten abordar los problemas jurídicos

Una vez ubicadas las dos grandes escuelas de pensamiento sobre la materia, conviene resaltar sus dos principales diferencias, sobre las cuales girarán la gran mayoría de debates en torno a las cláusulas sociales en la contratación estatal, a saber:

- a. La *concepción misma del Estatuto General de la Contratación Estatal y la Compra Pública* responde al interrogante, “¿para qué existe el Estatuto?”. Mientras que la escuela clásica lo concibe como una herramienta para el mejor agenciamiento de los recursos públicos en aras a garantizar la calidad, seguridad y continuidad de la prestación de los servicios públicos; la escuela progresista lo entiende como una herramienta de intervención del Estado en la economía para alcanzar la equidad y la justicia social.
- b. La *ubicación de las cláusulas sociales*: al paso que la escuela clásica hace prevalecer el deber de selección objetiva frente a

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 29942 de 30 de julio de 2015, M.P. Ruth Stella Conto Palacio.

los criterios de diferenciación y discriminación proveniente de las cláusulas sociales, y, por lo mismo, prefiere incorporar susodichas reglas contractuales dentro del negocio jurídico; la escuela progresista prefiere incorporar esas reglas en los pliegos de condiciones como requisito previo para ser adjudicatario del contrato.

Contexto histórico de las cláusulas sociales

Cuenta la leyenda que Napoleón siempre indagaba por la suerte de sus generales antes de contratarlos. Esa premisa parte de la idea, ya ancestral, de que la diosa fortuna juega un papel importante en el desenvolvimiento de nuestras vidas. Desde los griegos y muy especialmente con los romanos (agoreros y supersticiosos), encontraron en el *alea*, en la suerte, un oasis de esperanza y tranquilidad para la toma de decisiones en la tormentosa vida.

Quizás fue la cultura romana la que más confesó que el destino estaba cifrado, en muy buena medida, por el azar, la casualidad, las fuerzas circunstanciales que de algún modo determinan nuestro futuro.

Durante siglos se premió esta visión de la existencia. Durante siglos primó la suerte y el *alea*, sobre el determinismo racional. En la filosófica y no menos hermosa obra clásica de Boeccio *Consuelo de la filosofía*,⁸ por ejemplo, se recurre varias veces a la figura de la diosa fortuna como fuente de sabiduría y de conocimiento, como legítima contertulia de la inteligencia.

La razón –esa atenea pletórica y helenística–, por su parte, debía compartir espacio con la fortuna, pues, a pesar de que, desde el siglo VI a. C., con Tales de Mileto el mundo que nos rodea puede concebirse inteligible y racional, *la suerte y el azar explicaban* –para muchos y en infinidad de ocasiones– *el deber ser existencial cuya definición racional resultaba insuficiente*. Otros lo llaman la “fe”.

Ciertamente, pocos discuten la justicia y la legitimidad de lo que se ha ganado por virtud de la fortuna. Lo que se obtiene a través de la suerte, suele ser justo, *ergo*, legítimo. Por eso el *alea* sigue sirviendo de criterio de desempate por excelencia en las relaciones humanas.

Como sea, más allá de las tesis racionalistas –o las empiristas, o las románticas–, lo cierto es que en esta vida lo fortuito ha servido de fundamento para la toma de decisiones, tanto públicas como privadas. Fue

⁸ BOECCIO, *Consuelo de la filosofía* (Madrid: Editorial Acantilado, 2020).

la regla general durante siglos, y su poder estribaba en la legitimidad de la decisión. *En igualdad de condiciones, nada más legítimo y poderoso cuando es la suerte la que define.*

Por el contrario, allí donde se alza el argumento racionalista como forma de dirimir las disputas humanas, siempre persiste la duda de su legitimidad, de su justicia. Pero cuando cualquiera disputa se zanja a través de la fortuna, poco espacio queda para el debate; poco margen de duda cabe para deslegitimar el reconocimiento del resultado: la suerte habla con convicción y sentencia con legitimidad.

Así queda planteado el debate entre la razón objetiva y la diosa fortuna. Y, a pesar de que poco se estudia desde esta perspectiva, así se ha visto reflejado en el espíritu del legislador de la contratación estatal en Colombia; unas veces más inclinado a que se desempate la modalidad de selección de contratistas por la vía de la suerte y, otras veces, con la tendencia a que dichas modalidades de selección se desempaten mediante criterios racionales.

Empero, hoy día y para peor de males, las cláusulas sociales, aquellas que concentran su atención en el oferente antes que en los atributos de la oferta, ya no solo definen el empate, sino que constituyen auténticas formas de contratación privilegiada.

De hecho, en el mundo de la contratación estatal y de las compras públicas, después de 1993, el diálogo entre lo reflexivo, lo motivado y la suerte, había encontrado un elevado equilibrio hasta 2018.

En efecto, habían venido siendo tres los principales grupos decisoriales en esta materia, a saber: (i) la *arbitrariedad* (legalmente prohibida); (ii) la *suerte*, después de que las propuestas han sufrido un pormenorizado estudio sobre las condiciones objetivas y siempre en caso de empate de los proponentes y, (iii) las *razones objetivas* eminentemente racionales que, a su turno, se dividen en dos: las que se inclinan por otorgarle más valor a la oferta que al oferente, y las que tienden a darle mejor calificación a las condiciones intrínsecas del proponente, antes que a las de la propuesta. Las primeras son propias de la escuela clásica, al paso que las segundas obedecen los dictados de la escuela progresista.

Tanto los criterios racionales como los de la suerte habían venido alejando la arbitrariedad al momento de adjudicar los contratos públicos. Pero las

bondades de la legislación, además, se manifestaba en la combinación de criterios objetivos, comúnmente denominados “técnicos” con los de la suerte. La combinación, aun cuando perfectible, era sensata. Los criterios técnicos de evaluación llegaban hasta el empate de las ofertas calificadas, mientras que la suerte definía el desempate.

Empero, la tendencia del derecho público en general –*de la cual no escapa la contratación Estatal*–, ha venido enarbolando la tesis según la cual los principios tradicionales de la selección objetiva “deshumanizan” la contratación, y la alejan de los fines esenciales del Estado “Social” de Derecho.

Así las cosas, por un lado, se contaba con el deber de selección objetiva de los proponentes.⁹ Deber que imponía una conducta de adjudicar el contrato al proponente que presentara la propuesta más favorable a los intereses de la entidad “*sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva*”.¹⁰

Ahora, bajo una visión comprensible pero anacrónica del Estado, muy atada a la concepción de la “democracia de las minorías” y del Estado “social e intervencionista”, se aplican los “*criterios diferenciales en la contratación*” en virtud de los cuales se seleccionarán las propuestas en función, no a los estándares intrínsecos de calidad de las mismas y a la idoneidad y habilitación técnica y probada de los oferentes, sino alrededor de criterios “sociales” y subjetivos de los contratistas.

El primer caso, el de la selección objetiva, tal vez se acomoda más a la diosa Atenea.¹¹ Ella brillaba de singular manera por gracia –todo hay que decirlo–, de la diosa fortuna,¹² siempre compañera desinteresada. La racionalidad se equipara a la objetividad y viceversa. Por eso la jurisprudencia enseñaba que se trataba de un deber en virtud del cual “*se mantiene intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos*”.¹³

⁹ Ver, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Véase, *Los mitos griegos* de Robert GRAVES (Barcelona: Editorial Ariel, 1984), 40. Ver también, *Mitología griega* (Atenas: Editorial Athenon, 2011). En la mitología romana conocida como Minerva, según la obra de Jean HUMBERT, titulada *Mitología griega y romana* de la Editorial Gustavo Gilli, 2014.

¹² Por eso se le reconoce por estar parada en una bola giratoria o con los ojos vendados para impartir fortuna o desgracia sin distinción. Ver HUMBERT, *Mitología griega y romana*, 110.

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 37834 de 30 de julio de 2015, M.P. Ruth Stella Conto Palacio.

Mientras, que en el segundo, el de los “criterios sociales”, se echa de menos tanto la razón como la fortuna, para acudir a una especie de “*arbitrariedad políticamente correcta*”, en la que, con la mejor intención, las fuerzas políticas y sociales increpan al legislador a imponer unos criterios de selección antojadizos para favorecer a comunidades, histórica o sociológicamente desfavorecidas.

Debemos decir que “las razones políticas” en la contratación pública, en nuestra era, no habían sido extrañas, pero habían sido muy celosamente reguladas.

Ya desde 1993 el legislador decidió plasmar una causal eminentemente fortuita, ajena a cualquier atributo de la propuesta o idoneidad y experiencia del proponente, como lo es la de la nacionalidad del oferente. Ello se estipuló para determinar el primer criterio diferenciador de selección de contratistas.

Desde aquel momento se dijo que “*se preferirá al proponente nacional*” antes que al extranjero, siempre que cumplierse con los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones y salvo que no se trate de competir contra proponentes foráneos amparados en tratados internacionales que regulen la igualdad de trato.

Posteriormente, se decidió promover la contratación de las Mipymes y la de personas con algún grado de discapacidad. Para ello, volvió el legislador a echar mano de los criterios de desempate mediante otro “criterio diferencial”, o una “cláusula social y subjetiva”.

De ese modo reaparecieron factores subjetivos como el tamaño de la planta de personal, los ingresos y las ventas de los oferentes, sumados a los accidentes del subjetivos de destino como el de la nacionalidad o la discapacidad física. A todas ellas se le empezó a conocer como “acciones afirmativas” o “cláusulas sociales”.

Pasó el tiempo y el *Decreto 1082 de 2015 terminó compilando seis causales diferenciales como criterios de desempate* de oferentes en el mundo de la contratación pública. Ellos fueron, pero haciendo prevalecer, con todo, el criterio de experiencia (criterio típicamente objetivo):

- (i) escoger al oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación (racional);
- (ii) escoger al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y califi-

cación (racional), y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

Posteriormente, (iii) preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros (subjeto/fortuito); (iv) preferir las ofertas presentadas por una Mipyme nacional (subjeto/fortuito); (v) preferir la propuesta de una estructura plural que cuente con una determinada composición de participación (mixta) y; (vi) preferir la propuesta que acredite una nómina que beneficie a las personas en condiciones de discapacidad. (subjeto/fortuito)

Y la tendencia continuó siendo esa; la de izar las banderas de lo que se ha conocido como *“las cláusulas sociales en la contratación pública” que son, de alguna manera, aquellas normas que conciben la contratación estatal como un medio legítimo para la redistribución de los recursos de una economía en favor de sectores poblacionales a los que se les considera en especial grado de vulnerabilidad o históricamente marginados.*

Ahora bien, como acertadamente lo anota la doctrina de la Agencia Colombia Compra Eficiente, *“hasta la promulgación de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse a los factores de selección”*.¹⁴

El capítulo III de la Ley 2069, promulgada el 31 de diciembre de 2020¹⁵ es una de las pruebas más elocuentes, en las que se puede encontrar plasmada la tendencia de las cláusulas sociales en la contratación estatal. Con ella, *los factores de desempate pasaron de 5 a 12 y cambiaron totalmente su fisonomía jurídica y su jerarquización.*

Para finalizar, conviene señalar lo siguiente: si en una primera etapa este tipo de cláusulas eran la excepción y se limitaban al trato nacional, los discapacitados y las Mipymes, con posterioridad se convirtieron en la regla general para desempatar a los proponentes dentro de las modalidades de selección de contratistas; bajo el imperio de la Ley 2294 de 2024 (PND) se explayan las más profundas tesis progresistas y se normaliza la teoría de que el Estatuto de Contratación es, antes que nada, un instrumento para alcanzar la equidad social, que no la herramienta técnica para la mejor forma de proveer bienes y servicios públicos en el mercado.

¹⁴ Véase el Concepto C-013 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

¹⁵ Comúnmente conocida con el nombre de “Ley de Emprendimiento”.

De hecho, *la misma Agencia Colombia Compra Eficiente ha señalado a la contratación estatal como un mecanismo para promover las condiciones de trabajo equitativas, o para promover el medio ambiente y la redistribución de la riqueza.*¹⁶

De ese modo, si la objetividad es la moneda común, la diferenciación promovida por las cláusulas sociales es una visión que deberá estudiarse con particular atención, pues *no son la irradiación propia del sentido común o de los criterios de justicia de mérito, favorabilidad y necesidad* que inspiraron la Ley 80, sino la sofisticada construcción de teorías elaboradas de conformidad con las necesidades sociales o, si cabe, de las arbitrariedades legislativas y reglamentarias como consecuencia de las presiones políticas del momento.

Breve reseña cronológica de la aparición de las cláusulas sociales en la contratación pública nacional

Breves consideraciones previas: para algunos tratadistas, como el profesor Juan David Duque Botero, para poder complementar los principales objetivos que se persiguen con los sistemas de compra pública, es necesario hablar de *las cláusulas sociales que han sido desarrolladas en el seno de la Unión Europea* con ocasión al surgimiento del derecho comunitario, las iniciativas de la Estrategia Europea 2020 y el despliegue de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia.

Las cláusulas sociales, para esta visión europeísta de la contratación pública, permiten un mejor manejo de los dineros que son destinados a la contratación estatal.¹⁷ Esto, en tanto que ellas se convierten en el *vehículo para la satisfacción de nuevas necesidades comunes de la sociedad, objetivos estatales y la inclusión de criterios en virtud de los cuales se incorporan a los contratos aspectos de política social* como el fomento al empleo de personas en situación vulnerable o de riesgo de exclusión laboral, a fin de facilitar su reinserción sociolaboral.¹⁸

No obstante, *las cláusulas sociales no se circunscriben a temas estrictamente “sociales”, sino que también pueden tener contenido ambiental,*

¹⁶ Véase el Concepto C-535 de 2020 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

¹⁷ Juan David DUQUE BOTERO, *Contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva* (Valencia: Universidad del Rosario - Editorial Tirant Lo Blanch, 2018, 59.

¹⁸ *Ibidem*.

económico y ético siempre que el objeto del contrato lo permita. De esa manera, el término de cláusula social deberá ser entendido en un sentido amplio. Por ello es que *hablamos de cláusulas sociales como un género que incluye a (i) las ambientales, (ii) las comerciales y (iii) las sociales, propiamente tal.*

Debe indicarse, además que, en principio y para darle vía libre a esta teoría, se suele arengar que “*no hay ninguna disposición que prohíba o restrinja de manera expresa la introducción de cláusulas sociales en la contratación pública*”. Todo lo cual amerita un concienzudo debate.

Desde nuestro punto de vista, debe cuidarse que su inclusión no afecte el deber de selección objetiva¹⁹ como tampoco el de la sana competencia²⁰ y que, además, no se distorsione la finalidad con la cual se propuso el proceso de contratación,²¹ esto es, adjudicar los negocios en condiciones de igualdad y transparencia.

Y allí reside el debate jurídico: en poder determinar con precisión y lucidez el sano equilibrio entre la discriminación que generan las cláusulas sociales y el deber de selección objetiva que se erige como principio rector en la contratación pública.

Bien es cierto que se trata de un tema bastante complejo cuando no confuso, relativo y difícil de administrar.

Por consiguiente, consideramos que las cláusulas sociales se presentan como un complemento de las principales cláusulas imperantes en los procesos de contratación, como el artículo 5 de la Ley 1150. Deber de selección objetiva). *Por esa razón se les conoce también como políticas*

¹⁹ Véase PALACIO JARAMILLO, “Principio de selección objetiva”, 373 y ss.

²⁰ El Estado colombiano ha colocado especial interés en defender la libre competencia en materia de compra pública y contratación estatal. De ello da cuenta, por ejemplo, el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019 (PND), en donde le otorga la competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio para rendir concepto sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Y, aun cuando el concepto *no es vinculante*, la entidad pública que se aparte de él debe hacerlo de manera motivada so pena de comprometer la validez de la reglamentación. Según lo dispuesto por el concepto de la Sala de Servicio y Consulta Civil del Consejo de Estado del 4 de julio de 2013. Particularmente revelador la reciente posición de la sección tercera del H. Consejo de Estado del pasado 28 de mayo de los presentes, mediante un auto que decretó la medida cautelar de suspensión provisional del de los efectos del artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 15 del Decreto Reglamentario 142 de 2023, C. P. Alberto Montaña Plata.

²¹ DUQUE BOTERO, *Contratación pública estratégica, socialmente...*, 60.

secundarias o de finalidades paralelas. Y por la misma razón ética que las estimula, sumado a los efectos jurídicos de selección de contratistas (*criterios de desempate, puntaje adicional o convocatorias restringidas*) es que resultan de obligatorio e insoslayable estudio, aun cuando.

Ahora bien, en los espacios académicos especializados, el contenido esencial de las cláusulas sociales, como hemos advertido, se puede dividir en tres: la compra ética, la compra verde o ecológica y la compra social.²²

Frente a la *compra ética*, puede decirse que comprende todas aquellas exigencias que hace la entidad pública a fin de que los oferentes garanticen el cumplimiento de *condiciones laborales dignas*. Así mismo, de esta categoría hacen parte las iniciativas que velan por un comercio justo.

En cuanto a la *compra verde o ecológica*, se tiene que se encuentra basada en la inclusión de *requerimientos medioambientales en los contratos estatales* tales como el uso de productos reutilizables, el empleo de energías renovables, entre otros.

A su vez, la *compra social* implica considerar aspectos como la *calidad del empleo y el grupo social a incentivar o promover a través de la contratación estatal*. Hablamos de la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la contratación de población históricamente marginada o en presunción de condiciones de inferioridad socio económica como los raizales, indígenas, afrodescendientes, negritudes, gitanos y miembros de la comunidad LGBTI.

Sin perjuicio de lo cual las cláusulas sociales también pueden ser clasificadas por su fuente jurídica (norma jurídica o pliegos de cláusulas administrativas); por su relevancia para el contrato (cláusulas que introducen requisitos específicos, cláusulas que otorgan puntuación concreta, cláusulas de desempate, cláusulas que establecen condiciones particulares de ejecución del contrato), y, por el contenido de las cláusulas sociales (dirigidas a mejorar condiciones laborales, dirigidas a fomentar técnicas más respetuosas con el medio ambiente, dirigidas a fomentar el comercio justo y los procedimientos igualitarios).²³

²² Purificación MEDINA JURADO, “Las cláusulas sociales en la contratación pública: retos y perspectivas”. *Revista Cemci*, n.º. 7 (2010).

²³ MEDINA JURADO, “Las cláusulas sociales en...”.

Así entendidas, las cláusulas sociales se erigen entonces como un aporte de la actividad estatal a la solución de problemáticas sociales y de inequidad que enfrenta la comunidad, no necesariamente para satisfacer de la mejor manera y calidad el servicio público ofrecido de conformidad con el artículo 3 de la Ley 80.

En ese sentido, pueden ser incluidas en cada una de las fases de selección del contratista, desde cuando se defina el objeto contractual hasta la redacción de obligaciones de ejecución, *tomando el rol de factor habilitante, factor de evaluación o criterio de desempate en el marco del procedimiento contractual.*

Sin embargo, no puede perderse de vista que la inclusión de cláusulas sociales deberá exponerse de manera clara, expresa y previa a su aplicación. Esto, a fin de garantizar los principios de igualdad, transparencia y no discriminación,²⁴ es decir, la aplicabilidad plena del principio de selección objetiva.

Por otra parte, en la Unión Europea (cuna intelectual de estas cláusulas) han sido establecidos varios criterios para la aplicación de las mismas,²⁵ a saber:

1. Que exista vinculación directa entre las cláusulas y el objeto del contrato.
2. Que la libertad de elección de la administración sea restringida.
3. Que la adjudicación final responda a parámetros objetivos, transparentes e igualitarios.
4. Que todo se maneje bajo un estricto principio de legalidad.

Visto en qué consisten, *grosso modo*, las cláusulas sociales de conformidad con el desarrollo que han tenido en la Unión Europea y sus efectos en la América hispánica, a continuación se estudiará cuál ha sido su desarrollo en estos pagos.

Los distintos periodos

De manera un tanto arbitraria, esta clasificación diferencia las principales etapas en que fueron apareciendo, ya no digamos solamente las cláusulas

²⁴ DUQUE BOTERO, *Contratación pública estratégica, socialmente...*,147.

²⁵ Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública”, Universidades de Vigo, 2013, 346.

de inclusión, sino, especialmente, la tendencia que ellas mismas han tenido en nuestro ordenamiento.

De esa manera podemos afirmar que el *primer periodo* está signado por el hecho de que *las cláusulas de esta naturaleza eran la excepción*, se aplicaron no sin dificultad, pero con alta legitimidad social, y seguían la regla general contenida en el deber de selección objetiva de contratistas (art. 29, Ley 80). Lo que se pretendía era seleccionar el contratista idóneo que presentara la oferta más favorable para los fines que la entidad buscaba. Empero, otra característica típica de este periodo es que el sistema confundía el oferente con la oferta, lo que no siempre fue feliz y su aplicación rehuía la técnica del sistema de compra pública y contratación estatal.

Por eso es que *el segundo periodo mantiene las principales características* en relación con las cláusulas sociales, esto es, excepcionales, claramente identificadas, introducidas principalmente como criterios de desempate y con un alto grado de legitimidad social. Sin embargo, a partir del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 que modificó el deber de selección objetiva, contenido originalmente en el artículo 29 de la Ley 80, se diferenció la oferta del oferente bajo el ya conocido sistema de “pasa y no pasa”; huelga decir, de los criterios habilitantes y su distinción con los criterios que otorgan puntaje.²⁶ Igualmente interesante resulta el artículo 12 de la misma Ley 1150 de 2007, sobre el impulso legislativo a las Mipymes.

El *tercer periodo*, por el contrario, se caracterizó porque el viento “social” y ajeno al deber de selección objetiva de contratistas que soplaba inicialmente débil y lejano, terminó convirtiéndose en el derrotero principal para la selección de los mismos. De suerte que lo que importa ahora y en primer término, son las condiciones, atributos, características y particularidades del proponente, es decir, las condiciones subjetivas, antes que las virtudes objetivas de la propuesta y la idoneidad del proponente dentro del mercado. Naturalmente, en este plano de cosas, la oferta no debe ser la que más se acomode a los intereses de la entidad, sino la que mejores bondades de equidad social represente. En esta etapa poco importan los aciertos de

²⁶ Importante y muy completo recuento sobre este aspecto se puede ver en el artículo especializado denominado “El cielo es más azul. Reflexiones sobre el derecho a la subsanabilidad de las ofertas en el Derecho Contractual Público Colombiano” de Gonzalo SUÁREZ BELTRAN, en *Contratos estatales*, I (Bogotá: Editorial Ibáñez y Universidad del Rosario, 2022), 483.

la oferta, y mucho importan las condiciones personalísimas del oferente/contratista.

Periodos de aparición y aplicación de las cláusulas sociales en Colombia

PRIMER PERIODO: periodo comprendido desde 1993 con la expedición de la Ley 80 hasta el año 2007, cuando aparece la Ley 1150.

Principal fundamento legal:

Artículo 29 de la Ley 80: “...Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. *Ofrecimiento más favorable es aquel que*, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación. El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.

Características del periodo:

1. La atención del legislador *se concentró en la idoneidad del proponente y fue clara en definir qué se entendía por el ofrecimiento más favorable*, pero confundía las bondades del proponente con los de la propuesta, lo que sin duda terminó por desdibujar el deber de selección objetiva.
2. Las excepciones utilizadas por el legislador fueron precisas: “*en igualdad de condiciones se preferirá.*”

3. Análisis de comparación: para saber cuál de las ofertas representa los intereses más favorables a los fines que persigue la entidad se debe realizar un cotejo entre las mismas y los pliegos de condiciones, prescindiendo de cualquier consideración subjetiva, de afecto o personal.²⁷
4. Prontamente se establecieron *tres excepcionales causales* que privilegiaban los atributos del oferente antes que la igualdad de trato; la selección objetiva y la cultura del mérito.

Esas excepciones al deber de selección objetiva fueron las siguientes:

- a. Artículo 21 de la Ley 80 y desarrollada por la Ley 816 de 2003: Oferta Nacional. En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional. Y, en los Pliegos de Condiciones o Términos de Referencia se “*Adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional*”
- b. Leyes 590 de 2000 y 905 de 2004: Apoyo a las MIPyMES. En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá a cuyos proponentes sean o estén compuesto por la mayor cantidad de MIPYMES.
- c. Leyes 361 de 1997 y 1145 de 2007 sobre Personas con Discapacidad. En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá a cuyos proponentes sean o estén compuestos por el mayor número de personas en condiciones de incapacidad/discapacidad comprobada.
- d. Nota importante: No como causal excepcional “social” sino como nota de colofón, conviene recordar el artículo 22 de la ley 80 debidamente subrogado por diferentes normas establece: Sobre la exigencia del Registro Único de Proponentes (RUP)²⁸. Para poder contratar con el Estado siempre se requiere contar con el RUP salvo en 6 casos, a saber:

“No se requerirá de este registro, ni de calificación, ni clasificación en los casos de contratación de urgencia a que se refiere el artículo 42 de esta Ley; contratación de *menor cuantía* a que se refiere el artículo 24 de esta Ley; contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; contratos de prestación de

²⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 50222 de 24 de mayo de 2018, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 47145 de 1 de abril de 2016, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁸ Ver definición en el Decreto 142 de 2023: “RUP: Registro Único de Proponentes que llevan las cámaras de comercio y en el cual los interesados en participar en Procesos de Contratación deben estar inscritos.”

servicios y contratos de concesión de cualquier índole y cuando se trate de adquisición de bienes cuyo precio se encuentre regulado por el Gobierno Nacional.”

- e. Una vez verificados los tres anteriores factores el desempate; verificada la existencia del RUP y, naturalmente, *manteniéndose la igualdad de puntuación de las propuestas, se aplicaban las reglas del AZAR* o los criterios aleatorios de desempate debidamente vertidos en los pliegos de condiciones o términos de referencia.

SEGUNDO PERIODO: periodo comprendido desde el año 2007, cuando aparece la ley 1150 hasta el año 2020, con la *proliferación de cláusulas sociales en normas sobre criterios de desempate*.

Principal fundamento legal:

Artículo 5 de la ley 1150: “*Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva...*”²⁹

Con todo, en este periodo incluimos las siguientes leyes:

1. Ley 2046 de 2020 “*Por la cual se establecen mecanismos para promover la participación de pequeños productores locales agropecuarios y de la agricultura campesina, familiar y comunitaria en los mercados de compras públicas de alimentos*”;
2. Ley 2069 “*Por medio del cual se impulsa el emprendimiento en Colombia*”;
3. Ley 2195 “*por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones*”;
4. Ley 2160 “*por medio del cual se modifica la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007*”;
5. Ley 2166 “*por la cual se deroga la ley 743 de 2002, se desarrolla el artículo 38 de la constitución política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal y se establecen lineamientos para la formulación e implementación de la política pública de los organismos de acción comunal y de sus afiliados, y se dictan otras disposiciones*”.

²⁹ Añadimos, de nuevo, el ya citado artículo 12 de la Ley 1150 de 2007.

En cuanto a la noción y alcance de la expresión “ofrecimiento más favorable” podemos atraer la definición que contiene el reglamento 142 de 2023 que modificó el decreto 1082 de 2015.

A nuestro juicio son 3 los aspectos más relevantes de la definición. Por una parte, la norma conserva la idea según la cual el ofrecimiento debe ser el más favorable de cara a los intereses de la entidad. Lo segundo y sin embargo, dispone que “el ofrecimiento más favorable” dependerán de las modalidades de selección que reglamenta. Y, lo tercero, que insiste en la idea de cláusulas sociales y ambientales debidamente reglamentadas por la Agencia Colombia Compra Eficiente. Veamos:

Artículo 2.2.1.1.2.2.2. OFRECIMIENTO MÁS FAVORABLE. La Entidad Estatal debe determinar *la oferta más favorable* teniendo en cuenta las *normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista*.

En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio.

Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.
2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.
3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.
4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.

La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido.

Para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas No Uniformes a través de Acuerdos Marco de Precios e Instrumentos de Agregación de Demanda, el ofrecimiento más favorable parte de la definición que la Entidad Estatal que estructura el Instrumento de Agregación de Demanda o Acuerdo Marco de Precios hace en la Operación Principal de las condiciones técnicas y económicas mínimas del bien o servicio.

Las Entidades Estatales que compren en la operación secundaria de un Acuerdo Marco de Precios o Instrumento de Agregación de Demanda, deben evaluar las cotizaciones de los proveedores bajo las condiciones que el instrumento fija para definir la oferta más favorable.

PARÁGRAFO. Los criterios de calidad para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir criterios ambientales o sociales vinculados al objeto del contrato.

Los *criterios ambientales* podrán referirse, entre otras, a variables como la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; el empleo de medidas de eficiencia energética y la utilización de energía procedente de fuentes renovables durante la ejecución del contrato.

Los *criterios sociales* se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: fomento de la integración social de personas con discapacidad, inclusión de personas pertenecientes a grupos vulnerables en la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas en situación de riesgo de exclusión social y la eliminación de criterios sospechosos de discriminación; el fomento de la contratación femenina o población LGT-BIQ+; madres cabeza de hogar; personas que no cuenten con cualificaciones educativas de formación secundaria o profesional superior; víctimas del conflicto armado; criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio justo durante la ejecución del contrato, en los términos definidos por el artículo 4º de la Ley 2046 de 2020.

En el marco de las competencias atribuidas por el Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra

Eficiente *adoptará instrumentos* dirigidos a orientar a las Entidades Estatales en la aplicación de estos criterios sociales y ambientales. (Resaltado nuestro)

Características del periodo:

1. Se mantiene la idea clásica de la ley 80 original en cuanto a la aplicación del deber de selección objetiva, salvo *tres cambios trascendentales*, a saber: (a) la adopción de la teoría de “pasa o no pasa”, huelga decir, la teoría que diferencia los criterios de idoneidad del proponente con los de calificación y bondades de la propuesta, (b) establece unas prohibiciones especiales para los pliegos de condiciones y, hacia el final del periodo, (c) se expande la función legislativa que por distintas razones y con distintas motivaciones regulan prolíficamente las cláusulas sociales.
2. Con todo, esta etapa se concentra en la idoneidad del proponente y la calidad de la propuesta diferenciando claramente entre proponente y propuesta a través de la diferenciación de los criterios habilitantes y los que otorgan puntaje, *reservando las cláusulas afirmativas a los criterios de desempate*.
3. En una primera fase, las excepciones al deber de selección objetiva continúan siendo las mismas del primer periodo. No hay cambio fundamental en cuanto a la aplicación de la teoría clásica de la función del estatuto de contratación pública.
4. Al igual que en el periodo anterior, una vez verificados los tres anteriores factores el desempate y manteniéndose igualdad de puntuación de las propuestas, se aplicaban las reglas del AZAR o los criterios aleatorios de adjudicación debidamente vertidos en los pliegos de condiciones o términos de referencia.
5. *Nota de colofón*: el artículo 6 de la Ley 1150 modificó el artículo 22 de la Ley 80 en lo que hace al Registro Único de Proponentes (RUP), el cual quedó de la siguiente manera:

No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de

productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

Las claves para codificar este periodo se pueden clasificar según los siguientes criterios:

- a. La legislación atiende a las *distintas modalidades de selección*, con lo cual se refuerza la relevancia de conocer las diferentes modalidades de selección atraídas superlativamente desde la ley 1150.
- b. Resulta fundamental *identificar la naturaleza jurídica del proponente* a efectos de deslizar el régimen legal aplicable y sus beneficios.
- c. Indispensable resulta igualmente *identificar el objeto de la contratación y relacionarlo con la modalidad de contratación* dentro del marco de los regímenes especiales que contemplan las leyes.
- d. También aparece importante *ubicar territorialmente* a los beneficiarios consagrados en la legislación por cuanto unas cláusulas tienen como destinatarios locales y otros en el ámbito nacional.
- e. Para finalizar, conviene *identificar los límites a la contratación* impuesta por el legislador para cada regulación.

TERCER PERIODO: desde la finalización del segundo periodo HASTA la fecha. Incluye la entrada en vigor de la ley 2294 (PND), el Decreto 1860 de 2021 y el Decreto 142 de 2023.

Principal fundamento legal:

Propagación normativa contenida en varias disposiciones de ley 2294 (PND) y un “audaz” desarrollo a través de los Decretos reglamentario 1860 de 2021 y 142 de 2023.

Características del periodo:

1. *Proliferación normativa sobre la materia*: se fundamenta en una cantidad muy diferente de artículos de distinta naturaleza y contenido en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y la entrada

en vigencia del Decreto 142 de 2023 “*Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para promover el acceso al sistema de Compras Públicas de las Mipymes, las Cooperativas y demás entidades de la economía solidaria, se incorporan criterios sociales y ambientales en los Procesos de Contratación de las Entidades Estatales, se incluye el Título de emprendimiento comunal y se dictan otras disposiciones*” y del Decreto 1860 de 2021 “*Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones*”.

2. *Se profundiza el criterio que caracteriza las cláusulas sociales en las modalidades de selección antes que como obligaciones contractuales: en efecto, las cláusulas Sociales se aplican a las modalidades de selección antes que a las bondades de los oferentes y mucho menos a las virtudes de las propuestas. Por lo tanto, se aplican ANTES de la contratación para la escogencia de contratistas y no como obligación contractual POSTERIOR a la selección de estos.*
3. *Imposición legal de aplicar las cláusulas sociales: Pasamos del incentivo de contratación de segmentos poblacionales menos favorecidos a la imposición y el deber de contratación con ellos.*
4. *Se favorece al proponente antes que a su idoneidad: la característica fundamental es que favorece al sujeto (acciones afirmativas) antes que a la idoneidad y la calidad del proponente. Por supuesto que las bondades de la propuesta pasan a un tercer plano de estudio y evaluación.*
5. *Abierta disputa con el deber de selección objetiva: pone en riesgo el objetivo de la contratación pública de la escuela clásica de satisfacer el interés general antes que redistribuir los recursos públicos en favor de la equidad social. De igual manera pone en riesgo la seguridad y continuidad del servicio contratado y de los consumidores y afecta gravemente el principio de selección objetiva.*

6. Esta fase cuenta con dos etapas: (i) la ampliación de los criterios de desempate y (ii) la imposición de las cláusulas Sociales propiamente tal para imponer la contratación con determinadas personas.
7. *Inseguridad jurídica*: los operadores jurídicos carecen de seguridad al momento de aplicar el deber de selección objetiva.

Argumentos que justifican la utilización de las cláusulas sociales

Tal y como hemos dicho, para los efectos de este escrito entenderemos por *cláusulas sociales* un género que abarca tres especies diferentes, a saber: (i) las cláusulas ambientales; (ii) las cláusulas sociales, propiamente tal y (iii) las cláusulas comerciales.

En el primero ubicamos aquellas disposiciones en los Pliegos de Condiciones y en los Contratos Estatales *tendientes a favorecer acciones positivas en pro del ecosistema y del medio ambiente*. En el segundo, *aquellas que promueven políticas sociales de inclusión, rehabilitación y reparación histórica* a determinados grupos sociales considerados marginados y, por decirlo de alguna manera, acreedores de una sociedad estructuralmente inequitativa y excluyente. El tercer grupo de cláusulas sociales *apuntala a fomentar el comercio y la industria* por medio de la promoción, desde la contratación pública, de determinadas empresas a las que el legislador decidió impulsar a través del acceso privilegiado a la contratación.

Naturalmente, *el punto de partida es la discriminación* y, como toda discriminación genera importantes debates filosóficos y jurídicos en torno a la constitucionalidad y conveniencia de la misma.

Las cláusulas sociales se explayan (a) como criterios de desempate, (b) como criterios para otorgar mayor puntaje, (c) para edificar convocatorias reservadas, o (d) con el propósito de permitir contrataciones directas o especializadas.

En ese orden de ideas, buscar el equilibrio entre (i) el principio de selección objetiva (como criterio racional) con (ii) los legítimos criterios aleatorios de adjudicación (suerte); con (iii) la tendencia de inclusión de las cláusulas sociales (criterios subjetivos), constituye una incesante tarea para operadores jurídicos, académicos, legisladores, así como para el Gobierno nacional.

Acá presentamos los principales argumentos que justifican la aplicación de las cláusulas sociales en la contratación pública nacional.

Primer argumento: la finalidad de las cláusulas sociales de cara a los factores de desempate y la reserva legal

Conforme lo establecido por la Agencia Nacional de Contratación Pública, *el empate* en los procesos de selección es “un evento en el cual dos o más oferentes *alcanzan una puntuación similar*, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección”.³⁰ (Resaltado fuera de texto).

De modo que, en los procesos de selección que adelanta el *Estado el empate supone dos circunstancias previas*:

La primera: varios oferentes habilitados (implica la acreditación de los requisitos habilitantes o de participación³¹) y, la segunda, más de un proponente cuenta con la misma calificación como resultado de aplicar los criterios que otorgan puntaje³² (una vez habilitados).

Así las cosas, *la finalidad de las cláusulas sociales a efectos de aplicar criterios de desempate* reside en el hecho de que luego de surtirse el proceso de habilitación y calificación no es infrecuente que se configure una situación de empate.³³ Es allí cuando las entidades estatales deben

³⁰ Colombia Compra Eficiente. Concepto-2021-N0000029_007_20210216

³¹ Son aquellos que apuntan a determinar la idoneidad del oferente que está en condiciones de cumplir con el objeto del proceso de contratación y posterior ejecución del contrato que se llegue a celebrar, por lo que están referidos a la capacidad jurídica, financiera, organizacional y experiencia del oferente –que no de la oferta. Frente a estos, el legislador consideró razonable permitir la subsanación de dichos requisitos, en consecuencia, en la contratación estatal no puede haber rechazo o discriminación del proponente por asuntos meramente rituales, encontrándose el oferente plenamente facultado para allegar nuevos documentos o aclarar los existentes dentro del respectivo proceso de selección. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de octubre veinticuatro (24) de dos mil dieciséis (2016). Rad.: 41001-23-31-000-2007-00104-01(45607), C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

³² Se refiere a aquellos que permiten establecer la oferta más ventajosa para la entidad a partir de la ponderación precisa, detallada y concreta de los diversos factores técnicos y económicos previamente establecidos por la Entidad Contratante, en otras palabras, los factores de calificación se aplican exclusivamente en función de la oferta.

³³ A modo de ejemplo, los procesos de contratación de consultoría, como lo son las interventorías, los cuales se llevan a cabo a través del proceso de selección denominado concurso de méritos, terminan normalmente en situaciones de empate a pesar de pasar por la acreditación de los requisitos habilitantes y aplicar los factores calificables. En estos casos, los factores de desempate toman un papel protagónico, dado que se acude con mayor frecuencia a estos para determinar la elección del adjudicatario del proceso.

acudir a susodichos criterios con el objetivo de *finiquitar los procesos de selección y adjudicar el contrato*.

Adicionalmente, debemos observar cómo los criterios de desempate de ley son útiles en la medida en que *constituyen un límite a la discrecionalidad de la administración* y evitan que se configuren comportamientos arbitrarios al momento en el que los servidores públicos tomen la decisión de adjudicar el contrato,³⁴ materializando así varios principios de la contratación estatal dentro de los cuales se encuentran, la selección objetiva, la igualdad de trato, la publicidad y la transparencia.

Por lo mismo, las acciones afirmativas que sustituyen los criterios de desempate aleatorio deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. *Jerarquía legal y normas de orden público*: Todo lo anterior explica la razón por la cual los referidos factores de desempate deben estar establecidos de antemano en la ley.³⁵
2. *Publicidad*: deben ser conocidos por todos los interesados en el proceso de selección y como quiera que tienen su basamento en la ley, *no hace falta que se incorporen en los pliegos de condiciones, aun cuando es recomendable*.
3. *Son de obligatorio cumplimiento*: por ende, si la ley estipula factores de desempate obligatorios (como en efecto lo hace a través de la Ley 2069 de 2020) las entidades estatales no pueden desatenderlos, menos aun cuando casi todos ellos se fijan como acciones afirmativas para favorecer a ciertos sectores de la población.³⁶

³⁴ De acuerdo con el Consejo de Estado los factores de desempate deben ser “imparciales que **impidan la discrecionalidad en la elección del contratista**”. De no ser cumplido este presupuesto, advirtió el máximo Tribunal administrativo que “**comportaría ceder a la administración la libertad de escoger a su arbitrio entre propuestas equivalentes en puntuación, pero diferentes en cuanto al producto ofrecido, desconociendo los fines de la contratación pública y quebrantando los principios de transparencia y selección objetiva**” (Negrilla fuera de texto) Consejo de Estado. Sección III. Subsección B, M. P. Stella Conto Días del Castillo. Radicación: 31918 del 29 de octubre de 2015.

³⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2013. Exp. 27.506. C.P. Stella Conto Diaz del Castillo. **Ver también auto del 28 de mayo de 2024 que “...resuelve la solicitud de medida cautelar de suspensión de los efectos del artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 15 del Decreto Reglamentario 142 de 2023”**.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo.

4. *Reserva legal*: Tampoco podrán incluir unos criterios de desempate adicionales a los establecidos en la ley toda vez que *se trata de una limitante que ostenta reserva legal dada la naturaleza limitativa a los derechos* de los proponentes.³⁷
5. *Son escalonados*: igualmente, a nuestro juicio, tampoco es dable incluir en los pliegos de condiciones criterios de desempate para aquellos casos en que dos o más proponentes se encuentran amparados por el mismo criterio de desempate señalado en el artículo 35 de la Ley 2069 pues la misma ley señala cómo debe procederse de manera escalonada en esos casos.
6. *Efectos de la desatención de los criterios legales de desempate*: frente a este particular asunto, resulta importante tener en cuenta que el Consejo de Estado ha considerado que ir en contravía de los factores de desempate que se encuentran establecidos de manera expresa en la Ley genera *la nulidad del contrato por objeto ilícito, como quiera que se estarían contraviniendo normas de orden público*, tal como lo estipula el inciso 1° del artículo 44³⁸ de la Ley 80 de 1993³⁹.

Ahora bien, importa tener presente que, en un inicio, los factores de desempate no tenían como fin consolidar beneficios sociales que buscaran la eliminación de las brechas económicas de las poblaciones vulnerables, o la equidad y justicia social, sino que se trataba de condiciones más genéricas, objetivas y técnicas que entregasen certeza jurídica tanto a la administración como a los administrados y a la comunidad en general al momento de adjudicar el contrato.

Sin perjuicio de lo cual, es menester indicar que este enfoque de los factores de desempate cambió con el excesivo desarrollo y la mala comprensión del principio constitucional del “Estado Social de Derecho” y la aplicación de

³⁷ Ver por ejemplo, Concepto 009 del 4 de febrero de 2021. Agencia Colombia Compra Eficiente.

³⁸ “**ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA.** Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el *derecho común* y además cuando (...)”.

³⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013, C. P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1°, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común...», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil.

las *cláusulas sociales* en la contratación pública enarboladas por la escuela “progresista”, tal como se expone en el presente estudio.

LA SEGUNDA: *Limitaciones de las cláusulas sociales*: dado este contexto, esta finalidad, y a sabiendas de que se trata de limitar los derechos de los asociados (especialmente la libre competencia), así como la de limitar la libertad de configuración de los pliegos de condiciones por parte de la administración, es que no dudamos en advertir que las cláusulas sociales y los criterios de desempate son propios de las competencias del legislador; ostentan reserva legal y, consiguientemente, no pueden ser deslizadas por vía reglamentaria. Por el contrario, su aplicación comporta un estruendoso debate jurídico, en especial a la hora de contrastarlo con el deber de selección objetiva de contratistas.⁴⁰

Segundo argumento: la equidad y la injusticia social

Para el análisis de la incorporación de las cláusulas sociales en Colombia se debe tener en cuenta el artículo 209 de la Constitución Política que estipula que “La función administrativa está al servicio *de los intereses generales* y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”. Ello en concordancia (¿contraposición?) de los principios de dignidad humana y de los valores constitucionales del Estado *Social* de Derecho, así como de la inclusión y el pluralismo social (perspectiva desde la escuela progresista).

A su turno, de todos los demás principios previstos en el ordenamiento jurídico *–principalmente los que irradian la contratación estatal–*, se deriva que la contratación debe garantizar el cumplimiento de los fines del Estado⁴¹ y, a su turno, la administración debe acatar los fines del Estatuto de Contratación, tales como vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato, la protección de los derechos de la entidad, los contratistas y terceros involucrados, garantizar la continua, eficiente, segura y en condiciones

⁴⁰ Ver el ya citado auto del Consejo de Estado, Sección Tercera del 28 de mayo de 2024, “por medio del cual se resuelve la solicitud de medida cautelar de suspensión de los efectos del artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 15 del Decreto Reglamentario 142 de 2023.”

⁴¹ Artículo tercero de la Ley 80 de 1993. “*Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines*”.

de calidad de la prestación de la obra o servicio público, entre otros.⁴² En suma, la contratación Estatal debe proveer la correcta, oportuna, eficiente, continua y segura prestación de los servicios públicos (perspectiva desde la escuela clásica).

En ese sentido, quienes defienden la existencia y las bondades de las cláusulas sociales en el país, aseveran que existe un conjunto de pautas que guían tanto a la administración como a los particulares que superan la visión tradicional de la relación contractual.⁴³ Esto implica que la contratación estatal vaya más allá de las obligaciones nacidas en el vínculo jurídico y trascienda a la satisfacción de necesidades sociales diversas.⁴⁴ Ese es el enorme reto que plantea esta teoría.

Para la escuela progresista, sobre ambas partes de la relación jurídica contractual es que deben recaer nuevas obligaciones que buscan que el Estado minimice los daños colaterales de su actividad y aporte esfuerzos que favorezcan a algunos de los sectores más desfavorecidos de la sociedad. Ello, reiteramos, partiendo del reconocimiento de Colombia como un Estado Social de Derecho y la equidad social.⁴⁵

Dicho lo anterior, en este punto es relevante hacer mención al *principio de discriminación positiva* que, a pesar de ir en contravía de los artículos 2, 13 y 209 superior, para la Corte Constitucional hace parte de la concepción misma del Estado Social de Derecho.

El principio parte de la idea de que es indispensable otorgar tratamientos benéficos a grupos específicos de la sociedad en tanto que estos se encuentran en situación de desventaja respecto al promedio social,⁴⁶ o que han sido históricamente discriminados o, a los que se les puede aplicar una presunción de inferioridad y desventaja social.

El gobierno del presidente Duque mantuvo la idea de que la inclusión de cláusulas sociales en los procedimientos de contratación pública que promuevan incentivos para segmentos sociales determinados (mujeres, víctimas, reinsertados etc...), son un método valioso para facilitar el cierre de

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C- 037 de 2003.

⁴³ Ver por ejemplo, Concepto 535 de 2020 del 26 de agosto de 2020. Agencia Colombia Compra Eficiente.

⁴⁴ DUQUE BOTERO, *Contratación pública estratégica, socialmente...*, 199.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ DUQUE BOTERO, *Contratación pública estratégica, socialmente...*, 220.

la brecha social existente. Por eso trabajó con el Congreso de la República la expedición de la *Ley de emprendimiento* (Ley 2069 de 2020), por medio de la cual se establecieron copiosamente las cláusulas sociales o de discriminación positiva en la contratación estatal.

En ese sentido, para esta línea de pensamiento, el Estado debe cumplir un papel preponderante en garantizar el desarrollo y la ejecución de todas las políticas que permitan a los integrantes de estos grupos sociales satisfacer de manera legal sus necesidades, incluso por encima de la premisa de la igualdad de trato, del interés general y del principio de selección objetiva. He ahí el debate *iusfilosófico* relevante.

En suma, se parte de la idea que, si bien el Estado no puede intervenir en la libertad de configuración de los privados para definir las políticas internas que rigen sus empresas y sus estructuras internas, sí puede *imponer incentivos que favorezcan la inclusión laboral de determinadas personas a través de ventajas competitivas en los procesos de selección de contratistas*.

Empero, otra posición, que poco se ha estudiado pero que es digna de consideración intelectual, es la que defiende la existencia de las cláusulas sociales como instrumentos válidos de equidad social, *no mediante los factores de selección de contratistas sino como obligaciones sociales, ecológicas y éticas estipuladas dentro de los negocios jurídicos públicos*. No en los pliegos, sino en los contratos. Ellas generan el mismo efecto social pretendido, pero sin vulnerar el principio de igualdad de trato traducido, entre otros, en el deber de selección objetiva de contratistas.

Por lo tanto, para una parte de la doctrina, la redacción de las (a) cláusulas que otorguen puntaje superior o adicional, (b) que faciliten las decisiones de la administración en caso de que se presente un empate o, (c) que permitan la convocatoria restringida de proponentes, es una acción sencilla que puede servir de elemento transformador de la sociedad⁴⁷.

Para otra parte de los estudiosos, por el contrario, esta tendencia constituye un factor de enorme distorsión frente a la finalidad de la contratación estatal en materia de la satisfacción correcta y oportuna de los servicios públicos contratados. Fijarse más en las condiciones sociales del proponente antes

⁴⁷ F. PEARL. “Hacia la modernidad”, 311-314, en *Reconciliación. El gran desafío de Colombia* (Bogotá, Semana Libros. 2015).

que en las virtudes y bondades de la propuesta y en las calificaciones del oferente, configura un innecesario riesgo a la hora de contratar y de prestar un servicio público en condiciones de calidad, oportunidad, continuidad y seguridad.

Por ello, se insiste en la idea *de las cláusulas sociales como obligaciones contractuales* antes que como requisitos para seleccionarlos. De esa manera se podría equilibrar mejor este espinoso debate.

Tercer argumento, el de la especialización:

Quienes defienden las bondades de las cláusulas sociales y su irrestricta aplicación, manifiestan que las mismas dependen de dos cuestiones fundamentales: (i) el argumento de la legitimidad democrática que parte del supuesto de un debate amplio en el seno del Congreso de la República que le permite a los operadores jurídicos aplicarlas con legitimidad y; (ii) que las cláusulas sociales obedecen a criterios especializados de aplicación.

Al respecto, es importante señalar que a pesar de que existen diversos criterios sociales, no todos ellos pueden y deben ser incorporados en la totalidad de los proyectos contractuales. Por lo tanto, se deberá determinar para cada caso cuáles son las prioridades sociales, así como el objeto contractual, el sector de actividad, el plazo de ejecución y el presupuesto asignado.⁴⁸

Sea como sea, el Estado colombiano ha considerado que se encuentra en capacidad de definir prerrogativas que direccionen sus procesos de contratación, incluso, mediante la inclusión de cláusulas sociales para la adjudicación de contratos públicos.⁴⁹ Esa es la tendencia mayoritaria en la actualidad.

Cuarto argumento: las cláusulas sociales y el deber de planeación

Quienes suelen abogar por la incorporación y aplicación de estas cláusulas comúnmente sostienen que las mismas se acompasan con el deber de planeación⁵⁰ y que este les sirve de límite a la arbitrariedad. También suelen sostener que el deber de Planeación se complementa adecuadamente

⁴⁸ S. LESMES ZABALEGUI y L. Rodríguez Zugasti, *Guía de Contratación Pública Sostenible. Incorporación de criterios sociales* (Villafranca de Córdoba: Ideas, Departamento de Compra Responsable, 2014).

⁴⁹ DUQUE BOTERO, *Contratación pública estratégica, socialmente...*, 319.

⁵⁰ Sobre el deber de planeación, véase Policy Paper: "El deber de Planeación en la contratación estatal", de Pombo Caballero Abogados, 2023.

mediante la incorporación de las cláusulas horizontales y criterios de diferenciación.

Cuando estas cláusulas se estipulen para ser empleadas como factores de desempate o como acciones afirmativas acentuadas (*procesos con competencia reservada; para contratación directa y para seleccionar algunos grupos poblacionales excluyendo a la mayoría*), la escuela progresista suele limitarlas al cumplimiento de los siguientes requisitos a fin de garantizar la transparencia y objetividad del proceso.⁵¹ Sostienen que con ello se autorregula la administración, se compagina con el deber de selección objetiva y se le otorga plenitud al deber de planeación en la contratación estatal.

1. Deben mencionarse desde el anuncio de apertura del proceso.
2. En el pliego de condiciones se debe especificar el criterio adicional y el método de cuantificación o evaluación, si es del caso.
3. Debe existir un método de ponderación objetivo, dentro del margen que otorga la ley. (Por ejemplo, en caso de empate: art. 35 de la Ley 2069 y las leyes complementarias. Para contratación directa o limitación de la competencia la ley 2294 de 2023, PND)
4. Las cláusulas introducidas deben tener relación con el objeto contractual.

Dicho lo anterior, a continuación, se traen algunos ejemplos de cláusulas sociales que han sido incluidas en la normatividad colombiana:⁵²

- Que la empresa⁵³ cuente con un porcentaje mínimo de cupos destinados para desempleados, grupos en situación de vulnerabilidad o personas con condiciones especiales.
- Que la empresa pueda certificar la realización de actividades de capacitación y salud ocupacional.
- Que la empresa respete las obligaciones previstas en desarrollo de los sellos ambientales y de comercio justo aprobados a nivel internacional.

⁵¹ DUQUE BOTERO, *Contratación pública estratégica, socialmente ...*, 345.

⁵² *Ibid.*, 349.

⁵³ Entiéndase “empresa” en su concepción general como actividad económicamente organizada. De suerte que dentro de ella deben incluirse personas naturales, fundaciones, corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, estructuras plurales entre otras.

- Que la empresa respete las obligaciones adoptadas mediante convenios con la OIT.
- Que se prefiera la contratación con comunidades indígenas, palenqueras, raizales, campesinas, desmovilizadas, desplazadas o víctimas de la violencia. Así mismo, con comunidades locales a través de cabildos indígenas, juntas de acción comunal, asociaciones mutuales, entre otros.

En definitiva, para la tesis que favorece la utilización de las cláusulas sociales, se puede decir que ellas son una herramienta para garantizar un modelo de compra, suministro, servicios y obras públicas que observe los criterios ambientales, sociales y “éticos”, todos ellos, pretendidos por el deber de planeación. Un modelo de contratación con criterios de “justicia social” que supere la concepción clásica de la modalidad de selección.

Ello implica, dicen sus defensores, que el proceso de planeación sea idóneo, realista y social y ambientalmente sostenible. Todo lo cual debe verse reflejado a través de la aplicación del deber de planeación que, a su turno, constituye prenda de garantía para los asociados y del cumplimiento tradicional de los fines de la contratación.

Además, para esa parte de la doctrina, no cabe duda de que su utilización genera un mejor uso de los recursos públicos, fortalece la competencia y garantiza la eficacia de leyes superiores como los más caros postulados constitucionales (dignidad humana, Estado Social de Derecho, inclusión y pluralismo).

Por último, de esta tendencia legislativa⁵⁴ se extrae que *la selección de una oferta determinada para la ejecución de un proceso de contratación pública no debe responder exclusivamente a criterios económicos u otros tantos criterios objetivos, huelga decir, que versen o recaigan exclusivamente sobre la calidad y bondades de la propuesta e idoneidad del proponente.* Por el contrario, la misma debe contener parámetros (sociales, ambientales y éticos) que la doten de utilidad para la administración allende a los criterios racionales y objetivos tradicionales.

⁵⁴ La tendencia que venimos hablando: la inclusión de la teoría de las cláusulas sociales en la contratación pública colombiana.

Quinto argumento, argumentos que justifican empíricamente la utilización de las cláusulas sociales en Colombia:

El quinto argumento que se utiliza para sostener la importancia de las cláusulas sociales tiene que ver con la innegable realidad social y la importancia que para el desarrollo comunitario reviste la contratación estatal y la compra pública.

El sector de la infraestructura y de la compra pública en Colombia son uno de los principales motores de la economía. A su turno, debemos señalar las enseñanzas del profesor Alejandro Barreto,⁵⁵ cuando nos recuerda que el sistema de compra pública es *monopsónico* en donde existen muchos oferentes y un único Estado comprador, todo lo cual habilita al Estado a regular grandemente el mercado (art. 334 CP) para equilibrar sus fallas.

Adicionalmente, el sector de la infraestructura de transporte, por ejemplo, se ha consolidado como uno de los sectores de atracción de inversión extranjera en Colombia y el principal motor de desarrollo dentro de la reactivación económica tras la pandemia Covid-19.⁵⁶

Por otra parte, a fin de mitigar los efectos de la pandemia, se ha generado un plan de inversión en infraestructura de USD 5.868 millones, únicamente a través de mecanismos de APP, y otro tanto en obras públicas y sus respectivas interventorías.⁵⁷

Lo anterior nos lleva a una afirmación irrefutable: la trascendencia del sector de la infraestructura y de la compra pública para el desarrollo del país y la dignificación de sus habitantes, es innegable.

Las principales problemáticas sociales consideradas por la administración para ser mitigadas mediante el Estatuto de Contratación Pública se pueden resumir en incuestionables problemáticas socioambientales en nuestro país.

Veamos las principales:

- a. Preferir al nacional frente al extranjero.
- b. Impulsar a la población discapacitada.

⁵⁵ Véase *El Derecho de la compra pública* de Alejandro BARRETO MORENO (Bogotá: Editorial Legis, 2020).

⁵⁶ Invest in Colombia. Se encuentra en el siguiente link: <https://investincolombia.com.co/es/sectores/infraestructura/infraestructura-de-transporte>

⁵⁷ *Ibidem*.

- c. Promover a la micro, pequeña y mediana empresa.
- d. Cerrar la brecha de contratación del género femenino frente al masculino.
- e. Rehabilitar y resocializar excriminales.
- f. Motivar e impulsar a la mujer, comunidad LGRBI+ y a los jóvenes.
- g. Apoyar e impulsar a sectores poblacionales históricamente excluidos, marginados o maltratados, tales como comunidad raizal, indígenas, palenqueros, RROM.
- h. Reparar a las víctimas de la violencia.
- i. Beneficiar a la población del adulto mayor.

Igualmente, nos presenta el enorme reto que tiene el legislador de actualizar y poner al día el Estatuto General de la Contratación Estatal y las compras públicas⁵⁸ para solventar, mitigar y mejorar el agenciamiento de las desigualdades sociales. *El debate reside entonces en establecer si debe hacerse a través de las llamadas cláusulas sociales para la selección de contratistas, o si ellas deben hacer parte de las obligaciones de los contratistas adjudicatarios.*

En resumen, la tendencia de incorporación de las cláusulas sociales en la contratación pública es una realidad de Perogrullo que por sus enormes consecuencias en la vida social y económica del país debe ser constantemente monitoreada. También conviene indicar que ella estriba en las cifras y fundamentales macroeconómicos y sociales buena parte de su legitimidad. Si el Estatuto de Contratación se entiende como un vehículo para la igualdad, inclusión y equidad social, no cabe duda que susodichas estadísticas e infelices realidades sociales resultan ser un adecuado sustento para su implementación.

No obstante lo cual y dadas las dificultades y arbitrariedades en su concepción (ni que decir en su ejecución), harto conviene revisar también los argumentos en contra de su inclusión como ventajas en los pliegos de condiciones.

⁵⁸ Artículo 150 No. 26 de la Constitución Política.

El debate *iusfilosófico* sobre la justicia, la conveniencia y la constitucionalidad de las cláusulas sociales. Los argumentos en contra

No obstante el estudio de los respetables argumentos que acompañan la incorporación legal de las cláusulas sociales, lo cierto es que las mismas entrañan profundos debates sobre la concepción misma de justicia; la conveniencia práctica de sus efectos y, en consecuencia, la constitucionalidad que ellas revisten.

Razones de inconstitucionalidad:

1. Violación del Test de razonabilidad y proporcionalidad:

Desde el propio debate legislativo nos encontramos con las dificultades de aplicar el Test constitucional de razonabilidad y proporcionalidad, *no* desde el punto de vista de la aplicación de la norma sino desde su aprobación.

En otras palabras, nos referimos a la *capacidad configurativa* del legislador (cuanto más del reglamento) al momento de incorporar susodichas cláusulas en nuestro ordenamiento jurídico.

Ciertamente, *este tipo de cláusulas comprometen fuertemente los criterios constitucionales de adecuación, necesidad y proporcionalidad* en estricto sentido, y afectan principios fundantes del Estado Social de Derecho como la primacía del interés general sobre el particular; la inclusión social representada en la pluralidad de oferentes y el principio y derecho al trato igualitario.

Se ha comprobado que los objetivos por estas discriminaciones buscan, así como los loables intereses por ellas pretendidos, *alternativas legislativas que afectan de menor manera los derechos y libertades fundamentales limitados y afectados*, tanto de los asociados (proponentes) como de las entidades públicas al momento de configurar sus pliegos descondiciones.⁵⁹

Así por ejemplo, el hecho de incorporarlas a través de las obligaciones contractuales *antes* que como criterios de desempate y, con mayor razón, *antes* que como condiciones para adelantar convocatorias reservadas u otorgar puntaje adicional o, celebrar directamente el contrato, permite concluir que estas cláusulas son constitucionalmente insostenibles. De

⁵⁹ Sobre capacidad configurativa de los Pliegos de Condiciones ver Concepto de la Agencia Colombia Compra Eficiente, Rad. 4201814000004672.

modo que concebidas en la etapa precontractual son, en nuestro criterio, eminentemente inconstitucionales y, ciertamente, podrían adecuarse mejor si se incluyen como obligaciones contractuales.

En igual sentido podemos afirmar que la *necesidad* de tales reglas resulta constitucionalmente cuestionable si comprendemos que la Constitución Política entiende al Estatuto de Contratación estatal como un instrumento para el mejor proveer los bienes y servicios públicos con altos estándares de calidad, seguridad y continuidad. Es decir, a pesar de que tanto la doctrina como la jurisprudencia sostengan otra cosa, lo cierto es que, ontológicamente, la Ley 80 y sus posteriores reformas reclaman una visión liberal, competitiva y meritocrática del Estatuto, lo que hace genéticamente incompatible la visión original de la ley con las posteriores transformaciones que se le quiere revolucionar mediante las cláusulas inclusivas.

De modo que también podemos advertir que aquella visión progresista no solamente corrompe el ADN del Estatuto de Contratación sino que, además, contamina el criterio de proporcionalidad conforme a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva que la constitución demanda del Estatuto de Contratación Pública. ¿La razón? Por cuanto desequilibra el sistema competitivo y meritocrático demandado constitucionalmente desde el origen de la Ley 80, imponiendo criterios allende a la idoneidad del proponente y calidades de la oferta. Ese desbarajuste de la ecuación oferente/oferta resulta abiertamente desproporcionado de cara a las finalidades del Estado Social, pluralista, inclusivo y competitivo.

Con lo cual, la inconstitucionalidad se puede agenciar a través de tres escenarios y en distintos momentos. En la configuración de la ley (norma); a través de un juicio de exequibilidad y mediante la aplicación de la excepción de constitucionalidad.

2. Inconstitucionalidad por las razones que motivan la jerarquización de las cláusulas sociales:

Otro incuestionable debate de naturaleza constitucional en torno a las cláusulas sociales en la contratación estatal reside en el hecho de poder establecer con una mínima motivación de justicia la jerarquización que ellas deben ostentar en nuestra ley.

En efecto, desde el punto de vista *iusfilosófico*, resulta poco justificable hacer prevalecer a un proponente que cuenta con una prerrogativa mediante

una subjetiva cláusula de inclusión (como la de la mujer con maltrato intrafamiliar) frente a uno que cuenta con un criterio de desplazamiento por la violencia o, esos dos criterios colocarlos por encima de aquel oferente que cuenta con un adulto mayor o un miembro de la comunidad LGTBI+ dentro de su oferta. Esa desorbitancia es extraña y riñe abiertamente con los criterios de justicia motivada que demanda nuestra Carta Política para la configuración normativa.

Por el contrario, el desarrollo que le ofreció el deber de selección objetiva⁶⁰ a los postulados constitucionales de igualdad de trato (art. 13, CP); libertad, competencia y mérito; trabajo digno e inclusión social, permiten presagiar que la tendencia “progresista” en la contratación nacional es abiertamente inconstitucional.

3. Razones de inconveniencia:

Amén de las razones sobre la inconstitucionalidad conviene identificar algunas razones sobre la conveniencia de los criterios de preferencia.

A. Sobre la finalidad:

Ya hemos dicho cómo la razón de ser de nuestro estatuto de contratación se cimienta en el hecho de que el mismo garantice (o pretenda hacerlo) la satisfacción de la prestación de los servicios públicos en condiciones de seguridad, calidad y continuidad. Todo lo cual nos lleva a la pregunta teleológica: ¿para qué hemos concebido el sistema de contratación pública?

A no dudarlo lo hemos concebido inicialmente para esos básicos pero fundamentales menesteres a pesar de las embestidas legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias del cual ha venido siendo víctima.

Por manera que si el objetivo del sistema es y, me temo, continúa siendo ese –el de la prestación de los servicios públicos en condiciones de seguridad, calidad, oportunidad y continuidad–, ¿cómo hacerlos compaginar con unas cláusulas afirmativas, cuya esencia parten de las antípodas hermenéuticas del propio Estatuto? ¿Cómo poder aplicar ambos regímenes si se yugstaponen estructuralmente?

El sistema de la Ley 80 no está concebido para promover condiciones de trabajo en condiciones equitativas o para promocionar cláusulas jurídicas que promocionen el medio ambiente o para distribuir de mejor manera la

⁶⁰ Tal y como se concibió originalmente y en la Ley 1150.

riqueza nacional entre los habitantes. Esa es la razón por la cual, *ex ante*, la aplicación de las cláusulas de inclusión presentan problemas de aplicación insalvables.

Por ejemplo, los conceptos de la Agencia Colombia Compra Eficiente en relación con el porcentaje (%) de participación de la población menos favorecida que se pretende beneficiar con las mismas presenta una interpretación insuperable. Se dice, al punto, que ese porcentaje (%) de personas a beneficiar se predica (aplica) en relación al número socios del proponente y no frente al total de la planta de los trabajadores.⁶¹

Nótese que, intuitivamente, se pensaría que las cláusulas sociales tienen como propósito *incluir* la mayor cantidad posible de gente “beneficiada”. Para ese fin lo procedente hubiese sido dictaminar que el porcentaje de participación de la población beneficiada debía medirse en comparación con el total de la planta de personal y *no* frente al número de socios del proponente. En consecuencia, la interpretación ofrecida por la Agencia dista mucho (cuando no la contradice), del espíritu inclusivo de la cláusula horizontal.

¿Por qué se conceptuó de esa manera? Porque las máximas de la experiencia aterrizaban en la certeza de que si se aplicaba de otra manera, el efecto nocivo frente a la contratación pública resultaría irreversible.

De tal manera que la experiencia demuestra que la aplicación de las estudiadas reglas de inclusión no siempre redundan en situaciones de justicia, conveniencia y equidad social. Menos aún, en mayor bienestar para la mayor cantidad de gente destinataria del servicio público prestado.

B. Sobre la especialidad:

Otro ejemplo estriba en el hecho de comprender que las cláusulas sociales pretenden contratar a los más chiquitos, a los desconocidos, a los “*nadies*”,⁶² quienes han sido víctimas de una sistemática exclusión social. Empero, la Ley 80 se concibió como un sistema de especialidad donde los proponentes se reúnen *no* en función de su tamaño o sus atributos subjetivos, sino en razón de su especialidad y fortalezas de mercado.⁶³

⁶¹ Ver Concepto 015 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

⁶² Expresión sociocultural acuñada por el escritor uruguayo Eduardo Galeano, citado por Alena Cortina en su obra *Aporofobia, el rechazo al pobre* (Madrid: Editorial Paidós, 2022).

⁶³ Ver Concepto de la Agencia Colombia Compra Eficiente con Radicado 42018130000005303, proveniente del libro *GPS en la Contratación Pública*, de los editores Juan David DUQUE BOTERO y Luisa Fernanda Vanegas Vidal (Bogotá, Editorial Tirant lo Blanch, 2019), 174.

La especialidad, no la pequeñez, es la que permite satisfacer el interés general en condiciones de seguridad, continuidad y calidad. En este sentido, obras como la del profesor Luis Guillermo Dávila Vinueza⁶⁴ defienden la idea clásica del estatuto original que pregona que, para alcanzar la mejor garantía de idoneidad del contratista y la correcta ejecución del contrato, la Ley 80 debe entenderse como la herramienta que en condiciones de igualdad de trato y en el marco de un Estado libre y competitivo, permita la asociación de expertos y especialistas, antes que la de pequeños marginados.

Por lo demás, otro argumento que desde la teoría y la práctica controvierte con fuerza la validez, necesidad y conveniencia de las cláusulas sociales en la contratación estatal proviene de la ya citada Ley 1955⁶⁵ que a su turno modificó la Ley 1340⁶⁶ y que le otorga competencias a la SIC para conceptuar sobre cualquier proyecto de reglamento que pretenda o tenga como efecto afectar la libre competencia,⁶⁷ la libertad de empresa y la economía de mercado.

En no pocas ocasiones –debemos decir–, la misma SIC ha conceptuado advirtiendo los indeseables efectos que los proyectos de reglamento atraen en materia de libre competencia e igualdad de trato. Proyectos reglamentarios que aplicando una visión progresista no solamente afectan los postulados de libertad contenidos en nuestro ordenamiento superior sino que desvertebran la esencia misma del Estatuto General de la Contratación, especialmente, en lo que hace al deber de selección objetiva.⁶⁸ Y así como la SIC se ha opuesto por esas razones a proyectos de reglamentos sobre la materia, lo ha hecho de manera aún más contundente el propio Consejo de Estado al motivar las razones que acompañan la declaratoria de suspensión provisional de reglamentos, que incluyen, interpretan o aplican las cláusulas horizontales.

⁶⁴ Véase de Luis Guillermo DÁVILA VINUEZA, *Régimen jurídico de la contratación estatal* (Bogotá: Editorial Legis, 2016).

⁶⁵ Artículo 146.

⁶⁶ Artículo 7.

⁶⁷ Sobre la importancia de la libre competencia y libre concurrencia en la contratación estatal, también véase Corte Constitucional, Sentencia C-815 del 2 de agosto de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁸ Ver, por ejemplo, Concepto de abogacía No. 20-246311 del 7 de julio de 2020 de la SIC. Concepto de abogacía 21-251854 de la SIC del 23 de agosto de 2021.

C. Sobre la inspección, control y vigilancia:

El argumento de la inspección, control y seguimiento de los contratos estatales sometidos a la selección de contratistas en virtud de las cláusulas afirmativas no es menos poderoso e inquietante.

En efecto, las labores de supervisión e interventoría parten del supuesto de que el contratista cuenta con la capacidad técnica, organizativa, la experiencia y la solvencia económica para llevar a feliz término el contrato encomendado.

De no hacerlo, dice el sistema, se aplican las consecuencias lógicas de la supervisión y el control. De su incumplimiento se derivarán los requerimientos técnicos sistemáticos; los apremios y conminaciones cruzadas así como las presiones jurídicas cuando no las amenazas de la declaratoria de incumplimiento y sus consecuentes efectos al amparo de los procedimientos sancionatorios correspondientes.

Difícil aplicar con relativo éxito susodichos procedimientos sancionatorios cuando el contratista no cuenta con RUP; carece de patrimonio suficiente; se despreocupa por los efectos de la declaratoria de incumplimiento y, en suma, tiene poco que perder de cara a una sanción contractual. Imposible alcanzar los bondadosos efectos del *ius puniendi* allí cuando el contratista no cuenta ni con la experiencia, ni con el patrimonio, ni con la idoneidad para el cumplimiento de su contrato.

El traumatismo en cuanto a la posibilidad de exigir el cumplimiento del contrato dentro de los estándares de seguridad, calidad, tiempo, y continuidad parece evidente frente a aquellos contratistas que adolecen de esas características (idoneidad y oferta más favorable). Traumatismo exacerbado cuando los poderes derivados del contrato estatal (*ius puniendi*) para hacerle frente a tan indeseable situación de incumplimiento, parecen insuficientes y poco efectivos.

D. Sobre las garantías:

Dentro de la misma lógica antes señalada, el proceso de aseguramiento de los contratos estatales en cabeza de aquellos contratistas que, por falta de experiencia, capacidad técnica, organizativa, o de solvencia económica carecen de la posibilidad de ser asegurados en condiciones de mercado, pone en riesgo lo que con tanto celo han exigido los órganos de control y

la administración en general que obligan a las entidades públicas a cumplir con la ley en cuanto al aseguramiento de los negocios jurídicos estatales.

Nada puede exigir y mucho menos obligar a las compañías de seguros el aseguramiento de un contratista sin probada idoneidad; sin patrimonio conocido y verificable; sin demostrada capacidad organizativa y hasta sin RUP y cuyo único activo es ser acreedor de una prerrogativa legal para ganarse los contratos estatales.

Sin posibilidad de aseguramiento es poco probable que existan contratos estatales válidos y fiscalmente sostenibles. Amén de la violación expresa de la norma.

Si el proponente y posterior contratista *no* reúne las condiciones mínimas de asegurabilidad, ¿qué hacer con las garantías que sobre el contrato estatal obliga la ley?

E. El problema de la cesión de los contratos estatales:

Dentro de las múltiples posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico se encuentra la de que el contratista pueda, previo cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales, ceder su posición contractual.

Esta sentada verdad que en no pocas ocasiones contribuye a que se cumpla el objeto del contrato independientemente del contratista que lo ejecute, parte de la elemental exigencia según la cual la parte cesionaria reúna los mismos requisitos y condiciones de idoneidad que impusieron los pliegos de condiciones para seleccionar al contratista original (cedente).

Pero cuando se trata de ceder un contrato que fue celebrado y/o adjudicado a propósito de los atributos “sociales”⁶⁹ del contratista que, por contera son “personalísimos”, poco o nulo margen de maniobra se le ofrece al sistema (especialmente en momentos de dificultades durante la ejecución del contrato), en claro desmedro del interés general y de los fines esenciales del Estado.

En la práctica y al final de cuentas, bajo un contrato adjudicado en virtud de las cláusulas sociales y con serias dificultades de ejecución y que pretenda ser cedido, se cuenta con tres posibilidades, principalmente: (i) que por imposibilidad de encontrar cesionario sustituto, *no se pueda utilizar esta figura y se decida terminar anticipadamente el contrato.* Caso en el cual

⁶⁹ *subjetivos.

se pone en grave peligro la consecución del proyecto; (ii) *que no se pueda ceder por ausencia de contratista que cumpla con las mismas exigencias “sociales”, pero que tampoco se pueda cumplir dadas las serias dificultades que comprometen al contratista original.* En ese caso también se pone en grave peligro la finalización del proyecto; (ii) *que se decida ceder pero que, no obstante lo cual, el cesionario no cumpla con las cláusulas sociales y, a pesar de ello, se perfeccione la cesión de la posición contractual.* En ese caso es muy probable que esa cesión comprometa su legalidad y amenace nulidad absoluta. En este caso, igualmente, se puede complicar la ejecución del objeto contractual o, seguramente, hacerlo más oneroso.

En consecuencia, lo que podemos advertir es que disminuir el alcance de la herramienta de la cesión de contratos estatales por cuenta de los límites subyacentes a las cláusulas sociales de escogencia de contratistas, puede llegar a perjudicar grandemente la legítima y necesaria consecución de los fines del Estado Social de Derecho que pudieran valerse de la ancestral figura de la cesión de la posición contractual.

F. El meollo de la Nulidad absoluta del contrato e incumplimiento del objetivo de la contratación:

En caso del desconocimiento/incumplimiento de las reglas sociales lo que se desprende es la nulidad absoluta del contrato (por las razones antes vistas). Tal situación también puede poner en vilo el cumplimiento de los proyectos públicos, lo que significaría una enorme desventaja de competitividad del sector público vs. el sector privado en el marco de un mercado y un sistema de compra pública cifrado en la competencia y la libertad de elección.

G. El debate probatorio:

En la práctica, la experiencia ha demostrado que la forma de aplicación de las cláusulas sociales no está suficientemente decantada y genera innumerables y, tal vez, innecesarios debates.

No faltarán las voces que sostengan que esa proliferación normativa no es causa de preocupación por cuanto la utilización de la Inteligencia Artificial y las nuevas tecnologías permiten organizar y ubicar fácilmente el complejo rompecabezas normativo.

Ello es parcialmente cierto. Cierto, en cuanto a la manera de organizar e identificar fácilmente las normas existentes continentales de la gran cantidad

de normas con criterios diferenciales; pero no es menos cierto que el debate sobre las definiciones, alcance, naturaleza jurídica y priorización y jerarquización técnica sobre tales criterios diferenciales terminan siendo, en la práctica, extremadamente relativos y difíciles de probar.

Véase, por ejemplo, la cantidad de definiciones legales y/o reglamentarias sobre los criterios diferenciales que muchas veces resultan insuficientes, o antojadizos, o antitécnicos, o contradictorios, o que contravienen la sana lógica y las realidades económicas.

Encontramos un buen ejemplo de ello en el Decreto 1860 de 2021 que, so pretexto de reglamentar la Ley 2069, incorporó una cantidad de definiciones y alcances “sociales” tales como “emprendimiento de empresas de mujeres”, población de pobreza extrema, desplazados por la violencia o sujetos de protección constitucional especial.

De suerte que el problema de la prueba, la forma de demostración de las personas que aduzcan ser beneficiarias de las cláusulas sociales, no solamente se circunscribe a la ubicación, organización y clasificación de las mismas, sino a, por una parte, su contenido ontológico y axiológico y, por la otra, al mecanismo legal para demostrarlo.

En cuanto a los distintos mecanismos de demostración, podemos pensar, por ejemplo, que la forma de probar cada una de las hipótesis o reglas sociales en cada uno de los casos, dependerá de una suerte de *tarifa legal* en donde la ley o, en el peor de los casos, la doctrina de la Agencia Colombia Compra Eficiente establezca la forma de demostrar determinada situación.

Pero en tanto y *en cuanto la manera de probar esas situaciones no siempre se encuentra descrita en la ley*, mucho menos de manera clara, concreta y precisa y, acudiendo al principio de la libertad negocial y a la libre configuración de los pliegos de condiciones; el derecho fundamental al acceso a la administración; el derecho al trabajo y toda suerte de idénticas alegaciones; podemos señalar igualmente que la manera de comprobar “el criterio diferencial” invocado ostenta *libertad probatoria*.

Otros, por el contrario, podrían pensar que la manera más idónea para demostrar las hipótesis de las cláusulas sociales para cada uno de los casos debe estar reseñadas en los *decretos reglamentarios*.⁷⁰ Emblemáticos

⁷⁰ Ver Concepto 026 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

ejemplos de ello lo tenemos en los Decretos 1860 de 2021⁷¹ y 142 de 2023. En ese orden de ideas, *no* corresponderá al legislador sino al reglamento la determinación de los medios probatorios para demostrar el criterio diferencial.

Sin perjuicio de ello, podemos señalar con idéntica autoridad argumentativa y lógica jurídica que son, o deberían ser los *pliegos de condiciones* los llamados a establecer la manera como los oferentes pueden demostrar, en cada caso concreto, de qué manera se encuentran auspiciados por una o varias de las cláusulas sociales.

No faltarán aquellos que, *contrariu sensu*, quieran utilizar todos estos modelos probatorios bajo la égida de la interpretación sistemática y armónica del derecho, aduciendo que la primera forma de demostración es la ley. Que, en caso de silencio, se aplique lo que de manera clara obligue el reglamento y, en ausencia de claridad reglamentaria, lo que establezcan los pliegos de condiciones, para reservar la libertad probatoria y la buena fe del proponente a la última instancia.

El problema con esta forma de ver las cosas es que para muchos (donde nos encontramos nosotros) la naturaleza jurídica de las cláusulas sociales es de raigambre legal de modo que *las autoridades administrativas*⁷², *incluyendo la Agencia Colombia Compra Eficiente, carecen de competencia para imponer por vía reglamentaria la manera de comprobar el cumplimiento de las mismas.*

Fácil concluir entonces, que el debate probatorio constituye un argumento más para desaconsejar la aplicación de las cláusulas sociales en un sistema de contratación, signado por la libertad, la libre competencia, la complejidad y la especialidad de los proyectos dentro de la concepción de libre mercado.

H. El debate de la litigiosidad:

Por cuenta de la pacífica línea jurisprudencial del H. Consejo de Estado que enseña que solamente aquellos proponentes que aduzcan afectación e ilegalidad en la adjudicación/contratación y que demuestren, a la vez,

⁷¹ Por medio del cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015. Resaltamos especialmente la reglamentación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, conocida como la Ley de emprendimiento. El artículo 35 en cita tiene que ver con los factores de desempate contemplados en la ley que deben ser reglamentados. No obstante, el decreto reglamenta igualmente los criterios diferenciales para las Mipyme, las empresas de mujeres, las convocatorias limitadas a las Mipyme; la población catalogada como pobreza extrema, desplazados, reintegrados y todos aquellos sujetos a especial protección constitucional.

⁷² Esta es la tesis que al parecer comparte la Agencia Colombia Compra Eficiente actualmente.

que contaban con la propuesta más favorable a los intereses de la entidad son los llamados a ser compensados y/o indemnizados con la declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación y, si cabe, del contrato estatal invalidado, nos permite traer a colación otro argumento adicional en contra de las llamadas cláusulas sociales.

En efecto, lo primero que debemos decir es que el alea, la suerte o el azar nunca han generado mayor litigiosidad. Por el contrario, dada su naturaleza, casi todos los contratos adjudicados bajo este mecanismo han estado exentos de posterior demanda.

A su turno, la aplicación irrestricta del deber de selección objetiva dentro de los cánones de la escuela clásica —en estricto seguimiento de la línea jurisprudencial al respecto—, ha disminuido grandemente la litigiosidad que recae sobre la contratación pública. Es lógicamente inferible, aun cuando se carece de estadísticas confiables al respecto, que el nebuloso mundo de las cláusulas sociales, en especial de aquellas que limitan la competencia por incluir puntajes adicionales o convocatorias cerradas e, inclusive, contratación directa, son tierra fértil para la inconformidad, la arbitrariedad y, consiguientemente, el posterior litigio.

Todo lo cual se agrava si en virtud de los artículos 44 y 48 de la Ley 80, en concordancia con los artículos 1519 y 1525 del Código Civil y sendos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, se puede predicar la *nulidad absoluta* del contrato estatal por contratar desconociendo las reglas de inclusión como por contratar bajo el manto de la arbitrariedad.

El debate hermenéutico o de la correcta interpretación de las cláusulas sociales. Más argumentos en contra

Si el debate sobre la conveniencia, la injusticia y la inconstitucionalidad de las cláusulas sociales entre nosotros es de por sí cosa difícil de agenciar, cuanto más entenderlas bajo los criterios de la hermenéutica jurídica y la lógica de interpretación adecuada.

Para estos propósitos conviene recordar un imperativo constitucional: bajo la sombrilla de los artículos 1, 2, 209 y 228 constitucionales *se ha entendido que en nuestro Estado de Derecho prima el interés general sobre el particular*.

En ese debate el interés público se vería reflejado en el artículo 5 de la Ley 1150, mientras que todas las cláusulas sociales representarían el interés particular de potenciales contratistas.

En tan decimonónica y sabia precaución no solamente se fundieron los pilares de nuestra democracia sino que, a su turno, se concibieron las leyes que lo desarrollan. Dentro de ellas, y al punto, queremos resaltar los artículos 3 y 4 de la Ley 80, en concordancia con el artículo 5 de la Ley 1150.

En ese orden de ideas, *el sistema de la contratación y de la compra pública se diseñó bajo la égida de la adjudicación de la oferta más favorable a los intereses de la entidad pública, no la más “social”*. Huelga insistir: sobre la base del interés general, no sobre el estribo del interés particular.

De igual manera, el principio del interés general significa diferenciar al oferente de la oferta; los criterios habilitantes de los que otorgan puntaje y, en definitiva, hacer todo lo posible para planear bien y garantizar el cumplimiento del objeto contratado.

Flaco favor a esos propósitos amarra entre nosotros las cláusulas afirmativas o de inclusión. Menos aún, cuando de establecer criterios allende a los del desempate, como los de puntaje adicional o las convocatorias cerradas o reservadas. Ni que decir las cláusulas horizontales que nos llevan a la contratación directa sin necesidad de contar con RUP.⁷³

Entre otras razones, el problema de la hermenéutica jurídica de las cláusulas sociales involucra el asunto de la ubicación de las mismas dentro de los pliegos de condiciones.

Podrían considerarse como requisitos habilitantes en tanto que hacen alusión al oferente. Pero también, en tanto que pueden otorgar beneficios en el puntaje, o como criterio de desempate y hasta permitir una convocatoria reservada o la mismísima contratación directa (con o sin RUP), *podemos*

⁷³ Ver por ejemplo: art. 102 de la Ley 2294 de 2023. PND. Sobre el “Sistema dinámico de contratación” No requiere RUP. 2. art. 351 de la Ley 2294 de 2023. PND. Modifíquese el art. 2 Ley 1150 sobre modalidades de selección. No. 4 contratación directa: Literal L). Contratación directa con Cabildos y Comunidades Indígenas. Debate sobre si esta contratación directa requiere RUP. 3. art. 101 de la Ley 2294 de 2023. PND. Asociaciones de Iniciativa Público Populares. “Instrumento de vinculación contractual entre EP y entidades de origen comunitario”. Debate sobre si requieren RUP. 4. art. 351 de la Ley 2294 de 2023. PND. Adiciónese el art. 2 Ley 1150 sobre modalidades de selección. No. 4 contratación directa: Literal O). Contratación directa con Cabildos y Comunidades Indígenas. Debate sobre si esta contratación directa requiere RUP.

indicar que las mismas son reglas insubsanables en tanto que otorgan puntaje o son calificables.

De igual forma, en un sentido lógico, cualquier pliego de condiciones podría incorporarlas como cláusulas mixtas en virtud de las cuales se puedan considerar inicialmente como exigencias habilitantes y, posteriormente, como aquellas que otorgan puntaje, como sucede, por ejemplo, con las condiciones de los proponentes con personal discapacitado.

Para finalizar podemos traer a colación la interpretación que se le podría dar a la obligación de las cláusulas sociales a través de los Pliegos de Condiciones denominados Pliegos o Documentos Tipo⁷⁴ que pregona, en síntesis, que en tanto que la ley obliga a utilizar pliegos tipo y en ellas se incorporan las cláusulas sociales, las mismas son obligatorias por virtud de la ley y, por lo mismo, siguen la suerte interpretativa previamente estudiada.

Sin embargo, puede darse el caso que las leyes que incorporan las cláusulas sociales no se vean correctamente reflejadas en los pliegos tipo, o que estos reglamenten unas cláusulas más allá de las establecidas por el legislador o que, en definitiva, el mundo de las cláusulas sociales no se encuentre adecuadamente reglamentadas en los pliegos tipo, caso en el cual su interpretación y aplicación se tornará aún más compleja.

Como se puede apreciar, el debate de la hermenéutica de las cláusulas de inclusión en la contratación pública puede servir de dique iluminado para contener desaforadas interpretaciones y hasta tentáculos legislativos que tengan como efecto aplicar anárquicamente las mismas generando una intolerable inseguridad jurídica.

Todo lo cual, como resulta apenas obvio, no ocurre con la aforística aplicación del deber de selección objetiva, tal y como se aplicaba de marras dentro de los cánones de la escuela clásica en cita.

Un buen ejemplo del tema de la hermenéutica jurídica nos lo ofrecen los debates que se han suscitado en el seno de la Agencia Colombia Compra

⁷⁴ Tipo de pliegos que se incluyeron en nuestro ordenamiento por primera vez a través del párrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Con todo, quizás el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 constituya el antecedente más relevante respecto a los denominados pliegos tipo (inicio con contratos de Infraestructura de transporte). Sobre el particular ver, por ejemplo, la Sentencia C-119 de 2020. A su turno cabe mencionar la Ley 2022 de 2020 que modificó el párrafo 7 del artículo 2 la Ley 1150, ya modificado por el artículo 4 de la Ley 1882.

Eficiente como cuando se le preguntó cuál régimen debía prevalecer en el marco de un proceso de selección de contratistas previstos en Acuerdos Comerciales a contra pelo de las cláusulas sociales internas (vgr. art. 35 Ley 2069). En aquella ocasión la entidad respondió que en caso de incompatibilidad demostrada entre ambos regímenes, *debe prevalecer* el dispuesto en el tratado comercial.⁷⁵

Nótese cómo entre el sistema internacional de compra pública que aborrece el trato diferenciado, la expropiación, los tratos discriminatorios y todas aquellas situaciones subjetivas vs. la enorme regulación de criterios de preferencia, se termina inclinando la balanza en favor del reglamento objetivo y competitivo, nunca en favor de las cláusulas de inclusión.

En otras palabras, cuando, como en este caso, se pretende jugar con las reglas internacionales, se prefieren las tesis de la escuela clásica y el entendimiento tradicional del deber de selección objetiva. Al paso que si de lo que se trata es de deslizar los intereses parroquiales heredados desde la Colonia, lo que se sigue es la preferencia del interés personal sobre el general al amparo de la propagación de las cláusulas sociales.

A manera de conclusión: el debate sobre la aplicación de las cláusulas sociales y el deber de selección objetiva

El campo de batalla está bien delineado. La alegoría utilizada entre la denominada escuela clásica y la progresista da buen reporte de lo que se está viviendo de tiempo atrás en relación con la incorporación, interpretación y aplicación de las cláusulas sociales en nuestro sistema de contratación estatal y de compra pública.

Ambas escuelas exhiben importantes argumentos, cifras, datos, estadísticas, experiencias y aproximaciones sobre el tema, sin embargo, parecen irreconciliables.

De la concepción misma que se tenga de lo que es y significa el Estatuto General de la Contratación, dependerá, en buena medida, cuál va a ser el alcance que se le dé al deber de selección objetiva. No siempre este se aplica de idéntica forma cuando de aplicar los criterios diferenciales y las prerrogativas de contratación pública se trata.

⁷⁵ Ver Concepto 015 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

No nos llamemos a engaños y no enarbolemos argumentos eufemísticos: por más respetables que sean, ambas escuelas son y representan formas distintísimas e irreconciliables de concebir y aplicar el Estatuto de Contratación y, en especial, el deber de selección objetiva. Aun cuando ambas escuelas citan y dicen respetar el deber de selección objetiva, la forma en que lo hacen y el alcance que le confieren es, ciertamente, muy diferente y, hasta opuesto.

En este escrito exponemos y explicamos los defectos y las virtudes que recoge cada teoría, inclinándonos, con respeto y hasta con compasión intelectual, en favor de la escuela clásica que entiende, comprende y aplica el Estatuto de Contratación Estatal y de la compra pública como una herramienta jurídica e instrumental para la mejor prestación de los servicios públicos, cifrada en las nociones de seguridad, eficiencia, continuidad, oportunidad y calidad, no como lo sostiene la escuela progresista, para alcanzar la equidad y la justicia social haciendo prevalecer sectores poblacionales históricamente excluidos y marginados antes que la propuesta más favorable a los intereses de la administración.

Bibliografía

Doctrina

- BARRETO MORENO, Alejandro. *El Derecho de la compra pública*. Bogotá: Editorial Legis, 2020.
- BERLIN, Isahia. *La mirada despierta de la Historia*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad*. U. Autónoma de Barcelona, 2000.
- BOECIO. *Consuelo de la filosofía*. Madrid: Editorial Acantilado, 2020.
- CORTINA, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Madrid: Editorial Paidós, 2022.
- DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Editorial Legis, 2016.
- DUQUE BOTERO, Juan David. *Contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva*. Valencia: Universidad del Rosario - Editorial Tirant Lo Blanch, 2018.
- DUQUE BOTERO, Juan David y Luisa Fernanda Vanegas Vidal (eds.). *GPS en la Contratación Pública*. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, 2019.
- GRAVES, Robert. *Mitología griega*. Atenas: Editorial Athenon, 2011.
- GRAVES, Robert. *Los mitos griegos*. Barcelona: Editorial Ariel, 2012.

- HUMBERT, Jean. *Mitología griega y romana*. Editorial Gustavo Gilli, 2014.
- MEDINA JURADO, Purificación. “Las cláusulas sociales en la contratación pública: retos y perspectivas”. *Revista Cemci*, n.º.7 (2010).
- LESMESS ZABALEGUI, S. y L. Rodríguez Zugasti. *Guía de contratación pública sostenible. Incorporación de criterios sociales*. Villafranca de Córdoba: Ideas, Departamento de Compra Responsable, 2014.
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “Principio de selección objetiva”. En *Contratos estatales*, I. Bogotá: Editorial Ibáñez y Universidad del Rosario, 2022.
- PEARL, F. “Hacia la modernidad”. En *Reconciliación. El gran desafío de Colombia*. Bogotá: Semana Libros, 2015.
- POMBO CABALLERO ABOGADOS. “El deber de Planeación en la contratación Estatal”, Policy Paper, 2023.
- SÁNCHEZ LUQUE, Guillermo. “Herramientas prácticas para contratar exitosamente con el Estado”, conferencia, 28 junio de 2024.
- SUÁREZ BELTRAN, Gonzalo. “El cielo es más azul. Reflexiones sobre el derecho a la subsanabilidad de las ofertas en el Derecho Contractual Público Colombiano”. En *Contratos estatales*, I. Bogotá: Editorial Ibáñez y Universidad del Rosario, 2022
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. “Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública”, Universidade de Vigo, 2013.

Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 29942 de 30 de julio de 2015, M. P. Ruth Stella Conto Palacio.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 37834 de 30 de julio de 2015, M. P. Stella Conto Palacio.
- Consejo de Estado. Concepto de la Sala de Servicio y Consulta Civil del Consejo de Estado del 4 de julio de 2013.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 50222 de 24 de mayo de 2018, M. P. Marta Nubia Velásquez Rico.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 47145 de 1 de abril de 2016, M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 24 de octubre de 2016, Rad. 41001-23-31-000-2007-00104-01(45607), C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado. Sección III. Subsección B, M. P. Stella Conto Díaz del Castillo, Rad. 31918 del 29 de octubre 4 de 2015.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2013. Exp. 27.506, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia C- 037 de 2003.

Corte Constitucional Sentencia C - 815 del 2 de agosto de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Alberto Montaña Plata. Auto del 28 de mayo de 2024, “por medio del cual se resuelve la solicitud de medida cautelar de suspensión de los efectos del artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 15 del Decreto Reglamentario 142 de 2023.”

Conceptos de la Agencia Colombia Compra Eficiente y la SIC

Concepto 012 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Concepto C-013 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Concepto C-535 de 2020 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Concepto-2021-N0000029_007_20210216

Concepto 009 del 4 de febrero de 2021, Agencia Colombia Compra Eficiente.

Concepto 535 de 2020 del 26 de agosto de 2020, Agencia Colombia Compra Eficiente.

Concepto sobre Capacidad Configurativa de los Pliegos de Condiciones ver Concepto de la Agencia Colombia Compra Eficiente con Rad. 4201814000004672.

Concepto 015 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Concepto de la Agencia Colombia Compra Eficiente con Rad. 420181300 00005303.

Concepto de abogacía 20-246311 del 7 de julio de 2020 de la SIC.

Concepto de abogacía 21-251854 de la SIC del 23 de agosto de 2021.

Concepto 026 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Concepto 015 del 4 de febrero de 2021 de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Páginas web especializadas

Invest in Colombia. <https://investincolombia.com.co/es/sectores/infraestructura/infraestructura-de-transporte>

IMPACTOS POR LA GLOBALIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO*

Raquel Ceballos Molano**
Académica correspondiente
Capítulo seccional (Cali)

Resumen: La obligación de conocimiento general de las restricciones al uso de bienes vinculados al comercio, su protección y alcance de los instrumentos internacionales que integran el derecho de propiedad intelectual, es una problemática para abordar, tanto por la academia y la jurisdicción como por el sector productivo y estatal. Por lo tanto, el objetivo de este artículo es, metodológicamente, describir y sistematizar los principales impactos en nuestro ordenamiento jurídico, por la globalización e internacionalización de la economía derivados de tratados y convenciones que regulan la protección de bienes con valor agregado de PI; reconocer la prevalencia de las Decisiones Andinas como derecho comunitario y la supletoriedad de los tratados y convenciones en derechos de autor y conexos, y de propiedad industrial y obtentores de variedades vegetales, especialmente, los relativos al ADPIC como mínimos de protección establecidos por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización Mundial del Comercio.

Palabras clave: propiedad intelectual; propiedad industrial; instrumentos internacionales; internacionalización de la economía.

* Trabajo presentado en sesión del 13 de junio de 2024 para el ingreso como “Miembro correspondiente” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Abogada, doctorada en Derecho General Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Negociación y Contratación Internacional Universidad del Valle. Docente titular y decana de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad del Valle. Directora del Grupo de Investigación Derecho, Sociedad y Estado (Categoría A, Minciencias). Conjuetz Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Contacto: raquel.ceballos@correounivalle.edu.co

IMPACTS OF GLOBALIZATION AND INTERNATIONALIZATION OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW IN THE COLOMBIAN LEGAL SYSTEM

Abstract: The obligation of general knowledge of restrictions on the use of goods linked to trade, their protection and the scope of the international instruments that make up intellectual property law, is a problem to be addressed, both by academia and the jurisdiction and by the productive and state sectors. That is why the objective of this article methodologically is to describe and systematize the main impacts on our legal system, due to the globalization and internationalization of the economy derived from treaties and conventions that regulate the protection of goods with added IP value, to recognize the prevalence of the Andean Decisions as community law and the supplementary nature of the treaties and conventions on copyright and related rights and industrial property and plant breeders, especially those related to TRIPS as minimum protection established by the World Intellectual Property Organization and the World Trade Organization

Keywords: Intellectual Property; Industrial Property; International Instruments; Internationalization of the Economy.

Introducción

Este trabajo que presento responde a la invitación para postularme como miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, nominación con que se me ha distinguido y que me honra como abogada, académica y mujer vallecaucana, y versa sobre el estudio de los derechos de propiedad intelectual (en adelante, PI) pactados en tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, que conllevan obligaciones de observancia para nuestro país.

Para su desarrollo, he tomado los resultados de un proyecto de investigación que he realizado en el ámbito universitario, partiendo de la postura conceptual señalada por el autor Christian Schmitz Vaccaro,¹ quien fundamenta en tres etapas la evolución de la internacionalización y globalización de los derechos de propiedad intelectual, que se han venido experimentando a nivel mundial y también en Colombia, aunque de forma rezagada, las que se han definido como: 1) la soberanía nacional en materia de regulación de la actividad comercial hasta 1883; 2) la internacionalización incipiente desde 1884 hasta 1994, y 3) la globalización de los derechos de propiedad intelectual, a partir de los años 1990 hasta la fecha, lo que obligó a los Estados a suscribir instrumentos multilaterales para la

¹ Christian SCHMITZ-VACCARO. “Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual”. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º. 17 (2013): 63-92. <http://bit.ly/3EYjQ9q>

protección jurídica de la circulación de bienes y capitales que impactan los derechos nacionales.

Constituyen un antecedente y fundamento las teorías del derecho internacional propuestas por diversos teólogos y juristas españoles a partir de Francisco de Vitoria, quienes se anticiparon a las elaboraciones de Hugo Grocio en la construcción de las teorías clásicas originarias del derecho internacional y la doctrina de la soberanía exterior de los Estados, que también son fundamento como lo viniera a afirmar Ferrajoli,² de los procesos de integración que fueron adoptados posteriormente por los países integrantes de las Naciones Unidas, que promovieron tratados y acuerdos de integración y de libre comercio para el desarrollo económico, destacando entre estos, los de derechos de PI en bienes vinculados al comercio internacional.

Dentro de los primeros rasgos de la propiedad intelectual, situándonos en el cristianismo, como lo cita Zea,³ se considera que el primer acto reconocido de autoría fue la creación del universo narrado en el Génesis de la Biblia; pudiendo ser también el antecedente histórico más antiguo en la Biblia las tablas de los diez mandamientos de Moisés y, posteriormente, los códigos de Hammurabi y de Manú,⁴ de los que partiría el principio generador del derecho de autor o derecho de creación. Fruto de la evolución del hombre primitivo, también se encuentran vestigios de dibujos en cavernas, tallas en piedras y árboles, graffias y escritos, como muestra de su capacidad creativa, todos estos concebidos jurídicamente como un acto de creación, si bien no de la divinidad, sí del intelecto humano que evolucionó como una autoría propia, y como es acogido en muchas legislaciones del mundo en la actualidad.

En Atenas, desde la antigüedad, la escritura era patrocinada por el Estado, y en Roma, por los mecenas, los cuales vendían esas obras a la clase adinerada, que convertía su posesión en un privilegio, pues no existía una legislación al respecto para proteger los derechos de los autores y menos de las obras artísticas, aunque existía un rechazo a las personas que las

² Luigi FERRAJOLI, *Diritto e Ragione Teoria del garantismo penale* (Roma: Editori Laterza, 1996), 145.

³ Guillermo ZEA-FERNÁNDEZ, *Derechos de autor y Derechos conexos* (Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2009).

⁴ El Código de Manú es el libro de Ley (año 200 a. C.) que encierra todo lo concerniente a la conducta civil y religiosa del hombre en la cultura en la sociedad de la India.

plagiaran, castigando moralmente a quienes eran sorprendidos. En el Digesto (41, 1, 65, pr.:47,2,14,17) se hace referencia al plagio o robo de manuscritos en los que se reconoce el carácter personalísimo del autor de la obra.

En el contexto contemporáneo, la propiedad intelectual a nivel general se ha desarrollado a través de tratados o convenciones de naturaleza del derecho privado internacional, porque los derechos de PI, como lo citara el magistrado Stephen Burley, del Tribunal Federal de Australia: “no solo son producto del derecho positivo de un país soberano en particular, sino que también existen en el contexto de un amplio entramado de tratados internacionales a los que se adhieren los países miembros de la comunidad internacional”;⁵ siendo los primeros, los suscritos por países europeos a finales del siglo XIX, y los más contemporáneos acordados en el marco de la Organización Mundial del Comercio, en el Anexo 1C del Convenio que crea el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC o, en inglés, TRIPS). En él se establece una serie de principios básicos sobre los derechos de PI, que son los verdaderos mínimos de protección exigidos a los países en sus ordenamientos. El ADPIC es una elaboración jurídica de carácter internacional, a la que se suman otros tratados y convenciones aprobados por los países posteriormente, y que son administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).⁶

Los derechos de PI suponen una especie de propiedad especial, donde no puede aplicarse la tradicional definición de propiedad sobre bienes muebles o inmuebles de los códigos civiles. Por eso, la institución de la PI constituyó una novedad, pues es a partir del siglo XX que se consagrara la verdadera integridad del derecho de PI con la aparición de nuevas regulaciones jurídicas sobre la paternidad de la obra, el respeto a su integridad, el derecho del autor a su honor y reputación como otras prerrogativas espirituales que configuran el llamado derecho moral y mayores marcos de protección a la propiedad industrial. En los países en vías de desarrollo, el derecho nacional ha tenido pocos desarrollos normativos, lo cual se

⁵ ipo-pub-1081-1-es-introduction-to-the-international-intellectual-property-legal-framework PDF (www.wipo.int)

⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI. *Introducción al marco jurídico internacional de la propiedad intelectual*, Serie de manuales de orientación en materia de propiedad intelectual (Ginebra: OMPI. 2023). DOI: 10.34667/tind.48854

demuestra en la imprecisión de los términos que se usan en la jurisdicción y la doctrina al citar de manera indistinta la acepción “propiedad intelectual”, “derechos de autor”, “derecho intelectual”, “propiedad científica, artística y literaria”, “copyright”, “propiedad inmaterial”, “Derechos intelectuales”, lo cual conduce al uso de una terminología equivocada, que conlleva la aplicación de instituciones jurídicas extrañas a estas materias y ha pretendido armonizar el derecho internacional de propiedad intelectual.

La metodología empleada obedece a un enfoque teórico-sistemático-descriptivo que comprende enfoques epistemológicos y regulatorios. *Teórico*, en la medida en que se desarrolló con base en el análisis de las diferentes teorías y conceptos doctrinales; *sistemático*, en cuanto a la clasificación de la información de tratados y convenciones de propiedad intelectual, su análisis e interpretación, integrando las categorías jurídicas desde el orden constitucional y legal como ocurre en la jerarquía kelseniana. Y *descriptivo*, porque se tomarán estas categorías jurídicas y se describirán las mismas.

En otras palabras, este método se fundamenta en la descripción y sistematización de las diversas fuentes del derecho internacional de los tratados, derecho de integración, derecho comunitario andino e instituciones de propiedad intelectual. La unidad de análisis se basa en los tratados internacionales, como nivel de desarrollo del derecho de integración, y los tratados y acuerdos específicos de derechos de propiedad intelectual, que ha venido suscribiendo el Estado colombiano y son recepcionados en el ordenamiento jurídico nacional.

Por tanto, este ensayo académico tiene el propósito de identificar los impactos en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de las directrices dadas por el nuevo orden mundial de promover procesos de integración, tratados de libre comercio, acuerdos y convenciones de propiedad intelectual, para proteger los derechos de PI que recaen en bienes de comercio, con la obligación de ser observados por los países, y recepcionarlos en sus ordenamientos, a fin de obtener soluciones homogéneas a los conflictos que trascienden las fronteras jurídicas nacionales, y tener regulaciones aplicables armonizadas con los derechos nacionales para resolver las disputas de derechos de PI que surgen por el uso y transferencia de bienes, que vinculan generalmente a los países altamente industrializados frente a los de menor producción de bienes con valor agregado de PI.

Para identificar las transformaciones de nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a las obligaciones derivadas de los compromisos internacionales de PI, nos proponemos responder a las siguientes preguntas: ¿qué se entiende por globalización y universalización de los derechos de PI?, ¿cuáles son los marcos internacionales mínimos de protección de la PI para bienes relacionados con el comercio?, ¿cómo se integra el derecho internacional y el comunitario o regional de PI, y cómo impactan y se recepcionan en el ordenamiento jurídico interno?

Algunos aspectos evolutivos del derecho de propiedad intelectual

a. De la soberanía de los Estados

En la etapa de regulación preliminar se identifica que, dentro de las fronteras territoriales europeas, a partir del año 1266, se empezaron a otorgar privilegios y monopolios sobre patentes, marcas y derechos de autor, como lo cita Castro;⁷ pero es a partir de 1624 que surgieron las primeras regulaciones que van a tener un impacto mayor; por ejemplo, una de las más importantes, el conocido Estatuto de la Reina Ana en Inglaterra.

El surgimiento de la imprenta, las impresiones piratas y la circulación clandestina de impresos fueron importantes para colocar a Francia en una posición dominante en el mercado editorial europeo desde el siglo XVII, que se consolidó en detrimento de otros países por la competencia editorial, y forjó litigios entre autores y editoriales europeos que llevarían a la firma de los primeros tratados entre estos países.

Pero es bajo el influjo de la Revolución francesa, a finales del siglo XVIII,⁸ y de la Revolución Industrial, que se inicia en Europa un lento proceso

⁷ En el siglo XV se otorgaban patentes de invención en las cortes de Florencia y Venecia. Como sostiene Juan David CASTRO GARCÍA, *La propiedad industrial* (Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2009), 247: “en Venecia, uno de los centros de comercio más importantes en Europa, se hacía necesaria su expansión territorial y obligó a la construcción de diques, bombas y dispositivos acuáticos que requirieron de inversión privada que fue garantizada por el monopolio exclusivo de explotación otorgada por los privilegios, lo que produjo la adopción en 1474 de la Ley ‘Parte Veneziana’, donde se anuncian los cuatro principios que sirven de base al sistema de patentes como son: 1) promoción actividad inventiva, 2) compensación de los gastos incurridos por el inventor o empresario, 3) derecho del inventor y 4) utilidad social de la invención.”

⁸ Se dispuso la protección del autor con la Ley Monsieur Le Chapelier, expresiva como: “... la más sagrada, la más legítima, la más inatacable y, si se puede hablar así, la más personal de todas las propiedades es la obra fruto del pensamiento de un autor”. Guillermo ZEA-FERNÁNDEZ, *Derechos de autor y...*, 24.

de desarrollo comercial propicio para la construcción paulatina de las regulaciones de protección en materia de bienes de PI, como producto de una política comercial guiada por la lógica del sistema capitalista, pues a medida que los avances científicos y tecnológicos permitían el auge e innovación de sus sistemas productivos, se abarcaban nuevos espacios geográficos, mayores niveles de circulación, y la creación de regulaciones con carácter universal.

Los desarrollos de las normas protectoras de bienes de PI, si bien surgen en Europa desde finales del siglo XIX, no son exclusivos de los países europeos, pues en América, luego de la independencia y la conformación de las repúblicas americanas, como lo cita Pabón, surgió la constitución de naciones, con elementos que ratificaban la idea de patria y nación a través de la historia y la literatura nacional, con impresos para crear una unidad nacional, además de la Ley que confería títulos de propiedad o privilegio sobre los textos educativos o históricos.

b. El proceso de integración e internacionalización

La segunda etapa responde a una internacionalización incipiente que se extiende hasta el año 1994 y comprende el proceso de mayores desarrollos de la Revolución Industrial, así como la necesidad de superar la Primera y Segunda Guerra Mundial.

Es así como surgen los primeros acuerdos internacionales, que responden a los grandes desarrollos tecnológicos y económicos que buscaban superar la individualidad de los países y las necesidades de regulaciones de derecho internacional para la protección de la PI, evitar las copias e imitaciones en detrimento de autores e inventores, entre los cuales se destacan, el Convenio de París de 1883, en cuyo acto se discutió la protección de la propiedad industrial de 1886 que dio origen al Convenio de Berna, que consagra la protección de las obras literarias y artísticas o de derechos de autor.

Estos son tratados originarios, que constituyen la base de todo el sistema de PI y que aún siguen vigentes como marcos regulatorios, que buscaron unificar la forma de protección, con un carácter supranacional que se extendería a otros países de Europa y luego al ámbito mundial, como derecho prevalente en los ordenamientos jurídicos nacionales.

En el periodo de la posguerra mundial, en 1947, los países signatarios, de la negociación de uno de los acuerdos más importantes para la estabilidad

económica como fue el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, propuesto en una primera versión durante la Conferencia sobre Comercio y Trabajo de las Naciones Unidas en La Habana, Cuba, también denominado GATT/1947 o “provisional”, tuvieron como objetivo impulsar un ordenamiento comercial a escala mundial, más abierto, estable y transparente, y luchar contra el proteccionismo nacional y la discriminación, para lo cual se creó la fallida Organización Internacional del Comercio (OIC),⁹ que luego vendría a ser la Organización Mundial del Comercio (OMC), en 1995, al cierre de la Ronda de Uruguay.

En esta misma etapa, las Naciones Unidas impulsaron la creación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en Estocolmo, convenio que entró en vigor en 1970 enmendado en 1979. Este organismo especializado del sistema de la ONU en protección y defensa de los derechos de PI se propuso revisar los dos tratados principales, el Convenio de París y el Convenio de Berna, y así, los acuerdos especiales establecidos de registro y la clasificación de marcas, el registro de diseños industriales y la protección de las denominaciones de origen mediante un derecho internacional regulatorio.

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Marrakech/GATT 1994) de la Ronda de Uruguay de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que inicia un verdadero proceso de liberalización de mercados, establece tratamientos preferenciales con sendos compromisos de observancia de derechos de PI en bienes vinculados con el comercio, y constituye un verdadero marco común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre los países miembros en asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos, que comprende los Anexos 1, 2, 3 y 4, que abarcan los bienes, los servicios y la PI, y establecen los principios de la liberalización y sus excepciones permitidas, así como los mecanismos para la solución de diferencias, mantener trans-

⁹ Como lo señala la organización Dipublico.org, Internacional: “... entre los logros más importantes del GATT cabe citar la aprobación en 1964 de la Parte IV del Acuerdo General denominada «Comercio y Desarrollo» y por el que se aceptaba un trato preferente a favor de los países en desarrollo que permitió el establecimiento –en 1971– del Sistema de Preferencias Generalizadas (SPG) a favor de los países en desarrollo, la mundialización de la aplicación del Acuerdo a casi todos los países del mundo y la enorme reducción de niveles arancelarios y de barreras al comercio para productos industriales que se produjeron a través de las ocho Rondas de Negociaciones Multilaterales que organizó el GATT en su existencia independiente hasta que se creara la OMC en 1995”.

parencia de las políticas, y la obligación de notificar a la OMC las leyes en vigor que ha recepcionado.

c. La globalización de los derechos de propiedad intelectual

El tercer periodo de globalización e internacionalización de la economía es el que responde a los grandes esfuerzos de integración económica de los países. El proceso surgido después de la Primera y Segunda Guerra Mundial llevó a los países signatarios de las Naciones Unidas hacia una nueva política comercial de carácter universal, garante de los derechos de PI que, por su importancia y exigibilidad, llevaría a las organizaciones internacionales a promover diversos instrumentos regulatorios para ser adoptados en los ordenamientos jurídicos internos con obligaciones de observancia para los Estados.

Pero es la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI),¹⁰ que relacionó la PI con las creaciones de la mente, entre las que se encuentran invenciones, obras literarias y artísticas, y los símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio, lo que, a su vez, ha requerido de una legislación que garantice su protección, mediante el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (el llamado “Acuerdo sobre los ADPIC”), contenido en el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech, que estableció la Organización Mundial del Comercio en 1994, y que entró en vigor el 1º de enero de 1995. Así, el ADPIC constituye un sistema multilateral para la protección de los diversos derechos de PI que abarca y recoge muchas disposiciones sustantivas de los principales instrumentos internacionales de protección de la PI existentes, y se convirtió en el marco jurídico internacional aplicable en los países miembros de las Naciones Unidas.

El ADPIC es el primer instrumento internacional de armonización de los derechos de PI, reglamentación que vino a ser homologada en los países signatarios. Justamente en este mismo periodo surgió la necesidad de adecuar los derechos nacionales a la dimensión global de los mercados como lo expresa Díaz. Como estudioso de los tratados de libre comercio, afirma que se empezó a construir un nuevo orden social sin la intervención del poder estatal, recibiendo el nombre de “Nueva Lex Mercatoria” por presentar un paralelismo con el derecho desarrollado por los gremios de comerciantes en la Edad Media.

¹⁰ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI, 2020. <http://www.wipo.int/about-ip/es/copyright.html>

Surgimiento y consolidación del derecho de propiedad intelectual en Colombia

En Colombia estas etapas de iniciación, internacionalización y globalización, también se dieron. La primera etapa se puede situar a partir del periodo de independencia, constitucionalmente, al incluir la autoría de obras científicas en la Constitución de 1811; después se avanza hacia el reconocimiento de la propiedad artística en las constituciones de 1863 y 1886. Pero es con la Ley 32 de 1886 que se vino a reconocer expresamente el derecho de propiedad intelectual.

Fue crucial para consolidar las normas de protección del derecho de autor la decisiva participación del colombiano José María Torres Caicedo en 1789, en la creación de la Asociación Literaria Internacional (ALI) en París, cuyo objetivo era la defensa del principio de la propiedad literaria, y el fortalecimiento, a nivel nacional e internacional, de los derechos de los artistas y literatos, quien fungió como presidente de dicha asociación y artífice de la creación del sistema internacional de derechos de autor, también promotor de la idea de América Latina. Sobre el derecho de autor expuso sus ideas en el Congreso colombiano de 1878, hasta que, en 1886, el gobierno implementó un modelo de propiedad intelectual, que coincidió con la firma de la Convención Diplomática de Berna en Suiza, y que sus propuestas transformarían la propiedad literaria en propiedad intelectual, y así también lo acogió el gobierno colombiano, como quedó consignado en los anales del Congreso.

Si entre los negocios de la competencia nacional se hallan el fomento de la instrucción pública y las relaciones exteriores; si la impresión y circulación de las obras de la inteligencia son, como no puede dudarse, los mejores medios de favorecer la instrucción y lo más a propósito para la propagación de las luces, indudable es también que el congreso puede ocuparse en el examen y discusión del proyecto de ley que tenemos el honor de someter a su ilustrada deliberación, sobre la propiedad intelectual.¹¹

Por tanto, la protección de los derechos de propiedad intelectual en nuestro ordenamiento jurídico se consagra preliminarmente de manera constitucional, pero también habría tenido un papel protagónico la Academia Colombiana de la Lengua en la política colombiana de finales del siglo XIX como

¹¹ Tomado del libro de Jhonny Antonio PABÓN, *De los privilegios a la....*,31-32; *Anales del Congreso, 1880, n.º. 81.*

promotora del hispanismo y de la institucionalización de la protección de los derechos de autor. No obstante, al no tener mayores desarrollos económicos en la primera etapa, las regulaciones en PI tan solo se esbozaron hasta finales del siglo XIX cuando se consagraron algunas regulaciones proteccionistas del mercado de bienes de PI.

Una segunda etapa legislativa tuvo mayores desarrollos después de las guerras mundiales con la instauración del nuevo orden internacional, para superar legislaciones como la Ley 86 de 1946, integralmente inspirada en las leyes de España y Argentina, acogiendo la concepción jurídica definida en la jurisprudencia de reconocer a los derechos de autor la característica de ser derechos especiales, como lo regula el Código Civil colombiano en su artículo 67, al consagrar que son una propiedad de sus autores, y regidos por leyes especiales, más precisamente, como son actualmente, normas de carácter internacional.

Colombia, atendiendo a las directrices de la internacionalización de la economía, se adhirió a una integración en la década de 1960, cuando se creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), fundada por Argentina, Brasil y México, que estableció una zona de libre comercio, y luego se reemplazaría por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), creada el 12 de agosto de 1980 por el Tratado de Montevideo, al que adhirió Colombia.

El proceso integracionista, vigente hasta la fecha, se sustenta en una serie de políticas comerciales, en cada uno de los diferentes gobiernos de los países latinoamericanos que vieron en las negociaciones internacionales la manera de lograr un mayor desarrollo económico y social y, por ende, procurar mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos, además de poder circular bienes con valor agregado en convenios y tratados sobre derechos de autor y de propiedad industrial.

Del derecho comunitario andino y los tratados de libre comercio recepcionados por el ordenamiento jurídico colombiano

El proceso integracionista económico más importante para Colombia es el Acuerdo de Integración Subregional Andino (del Protocolo de Trujillo), suscrito mediante la Decisión 1/1969, por el cual se designó con el nombre de “Acuerdo de Cartagena”, suscrito por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, en Bogotá el 26 de mayo de 1969, como Pacto

Andino, que luego constituiría la Comunidad Andina de Naciones (CAN), una organización internacional que cuenta con diversos órganos e instituciones que integran el Sistema Andino de Integración (SAI) .

Se reconoce a los países andinos como economías ricas en recursos naturales y en obras literarias y artísticas; esto llevó a Colombia a desarrollar, prioritariamente, una legislación en derechos de autor y en materia de derechos de propiedad industrial, a acoger posteriormente las Decisiones Andinas y, más recientemente, los convenios y tratados de PI a nivel internacional.

Se debió optar por establecer un marco regulatorio de principios y derechos que permitieran la protección de los derechos de PI, con niveles que si bien siguen los lineamientos internacionales de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), marcan un régimen diferenciado que se consagra en el derecho comunitario derivado de las Decisiones Andinas, tendientes a su fortalecimiento, no solo para los operadores jurídicos, sino para el sector institucional, empresarial, cultural, académico y ciudadano en general, pues Colombia, como país miembro integrante del Sistema Andino de Integración, adopta las Decisiones Andinas contentivas de mayores niveles de protección jurídica de la PI que se integran en el derecho comunitario y que se recopilan en la Tabla 1.

Tabla 1. Decisiones andinas de propiedad intelectual adoptadas por Colombia (1969-2023)

ACUERDO Y VIGENCIA	CLÁUSULAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL
Acuerdo de Cartagena, creador del PACTO ANDINO	En el artículo 55 del Acuerdo de Cartagena se estableció un régimen común para el tratamiento de capitales extranjeros, marcas, patentes, licencias y regalías. Conforme a lo anterior, la Comisión del Acuerdo de Cartagena ha tomado las siguientes decisiones:
Integrado por Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile.	Decisión 24 del 31 de diciembre de 1970: Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.
Se firmó el acuerdo el 26 de mayo de 1969 en Cartagena de Indias.	Decisión 37 del 24 de junio de 1971: ajustes al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.
	Decisión 37ª del 17 de julio de 1971: modificación del artículo 1 de la Decisión 37.

ACUERDO Y VIGENCIA	CLÁUSULAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL
<p>Adoptado por Colombia mediante la Ley 8 de 1973.</p> <p>* Venezuela lo constituyó en 1973, y Chile se retiró en 1976.</p>	<p>Decisión 85 del 5 de junio de 1974: sobre propiedad industrial.</p> <p>Decisión 275 del 23 de noviembre de 1990: suspensión del artículo 83 de la Decisión 85.</p> <p>Decisión 313 del 6 de febrero de 1992: Régimen común sobre propiedad industrial.</p> <p>Decisión 344 del 21 de octubre de 1993: Sustitución de la Decisión 313 por la siguiente Decisión.</p> <p>Decisión 345 del 21 de octubre de 1993: Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales.</p> <p>Decisión 351 del 17 de diciembre de 1993: Régimen común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.</p> <p>Decisión 366 del 26 de noviembre de 1994: modificación de la Disposición Transitoria Tercera de la Decisión 345.</p> <p>Decisión 391 del 6 de julio de 1996: Régimen Común sobre el acceso a los recursos genéticos. Decisión 423 del 11 de noviembre de 1997 y Decisión 448 del 11 de diciembre de 1998: Modificación Decisión 391: Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos.</p> <p>Decisión 486 del 14 de septiembre de 2000: Régimen común sobre propiedad industrial.</p> <p>Decisión 523 del 7 de julio de 2002: Estrategia regional de Biodiversidad para los países del Trópico Andino.</p> <p>Decisión Andina 632 del 6 de abril de 2006: Aclaración Decisión 486 de 2000.</p>
<p>Protocolo de modificación del Acuerdo de Cartagena en 1997 y se crea la Comunidad Andina de Naciones (CAN).</p>	<p>Decisión Andina 689 de 2008: adecuación de la Decisión 486, para permitir el desarrollo y profundización de los derechos de propiedad industrial a través de la normativa interna de los Países Miembros.</p> <p>Decisión 291 de 1991: Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.</p> <p>Decisión 876 de 2021: “Régimen Común sobre Marca País”.</p>

Fuente: elaboración de las autoras CEBALLOS y GARCÍA. “Protección legal de las denominaciones...”.

Nuestro ordenamiento jurídico se ve impactado por el derecho comunitario andino como país miembro de la CAN, y está sometido de manera prevalente a lo regulado en el derecho comunitario por las Decisiones Andinas en materia de derechos de autor, propiedad industrial y obtentores vegetales, estas últimas que han tenido un importante desarrollo frente a los alimentos transgénicos, que se equiparan a lo que en los derechos nacionales significan las leyes ordinarias, pero cuya fuente son derivadas de este tratado de integración, y como derecho comunitario, ingresan al ordenamiento nacional tan pronto se aprueba la Decisión por el Parlamento Andino, contrario a las regulaciones de tratados comerciales y sobre derechos de PI que condicionan su validez y entrada en vigor a la aprobación del Congreso de la República y la Corte Constitucional; solo así, al ser recepcionados en una ley, tendrán el carácter de legislación prevalente, diferenciándose del derecho comunitario que se considera derecho originario del tratado con la sola expedición de la Decisión Andina, que aún sin ser recepcionada, es de aplicación inmediata.

Una tercera etapa se da a partir de 1991, mientras el Estado colombiano atravesaba una crisis debido al auge de los carteles de la droga, la criminalidad y problemas sociales que buscaba combatir a nivel interno, aunado al generalizado cambio político en la región de dictaduras a democracias, y buscó una mayor integración económica para insertarse en el comercio mundial y garantizar un marco de respeto a los derechos humanos, producto de la Asamblea Constituyente, que consagró formalmente la nueva Constitución Política de Colombia de 1991, promoviendo una política de integración latinoamericana y del Caribe que llevaría también a la suscripción de numerosos tratados de libre comercio con amplios capítulos de PI, que sí impactaron el derecho nacional, quedando las normas aplicables para resolver disputas de PI sometidas a los tratados y convenciones de derecho internacional suscritos por el país, que superan ampliamente los marcos de integración e internacionalización de la economía iniciada en la década de 1960.

Con la Constitución de 1991, se consagra en el artículo 61 la protección de la propiedad intelectual a cargo del Estado, con un carácter de inalienabilidad. Así mismo, en el artículo 150, numeral 24, de la Constitución, se asigna al Congreso de la República la competencia normativa de regular el régimen de la propiedad industrial, patentes y marcas, y las demás for-

mas de propiedad intelectual. De la norma citada se infiere que no existe ninguna distinción entre la propiedad intelectual y la propiedad industrial, por el contrario, esta última forma parte de la primera. De tal manera, en el derecho de la propiedad intelectual queda comprendido tanto el derecho de autor como la propiedad industrial. Para Vaccaro, pese a esta división con el tiempo se ha desdibujado, y se considera que la aplicabilidad económica que caracteriza a los derechos de propiedad industrial está cada vez más presente en el derecho de autor. En el mismo sentido, Antequera ha señalado “zonas de contacto” entre los derechos de autor y los derechos industriales, ámbitos de protección superpuestos en los que concurren los dos tipos de derechos.

Más recientemente, a principios del siglo XXI, nuestro país ha negociado y suscrito diversos acuerdos y tratados de libre comercio, así como convenciones específicas de propiedad intelectual que han reconfigurado el orden mundial, buscando armonizar y unificar las normas que obligan a una interpretación jurídica diferente y se convierten en una fuente supletoria, como una nueva *lex mercatoria*. Se reconoce entonces como una nueva fuente de la *lex mercatoria*, término desarrollado en la época moderna por los juristas Berthold Goldman, Clive Schmitthoff y Pierre Lalive, quienes la caracterizaron por ser cosmopolita, transnacional, consuetudinaria y clasista, como lo afirma Cadena.

Una preocupación de los países en los procesos de integración comercial es la necesidad de mantener vigentes los procesos democráticos de cada país que busca asociarse, y poder mantener en el tiempo las prerrogativas pactadas en sus constituciones. Por eso, las constituciones andinas, como lo sostiene Tramolada, vienen construyendo un nuevo constitucionalismo latinoamericano, y reconocen y desarrollan la primacía del derecho internacional general, el derecho internacional de los derechos humanos y la creación del llamado derecho comunitario o derecho de la integración.

Con la globalización de los mercados, la internacionalización de la economía da lugar entonces a otra forma de integración económica, que a partir de 2004 se consolida en los tratados de libre comercio, que junto a los tratados de integración, son acuerdos celebrados entre Estados y regidos por el derecho internacional para liberar el mercado, o como los de tercera generación, que van más allá de la estricta política comercial y de la competencia incorporando cláusulas sobre estándares ambientales, asuntos

laborales, derechos humanos y protección de derechos de PI además de diversos acuerdos o pactos de cooperación comercial.

Es reconocible que los procesos de integración y tratados de libre comercio dieron origen a la mayor reforma del comercio internacional, lo que obligó a los países a adoptar políticas comerciales de integración regional o la conformación de bloques mediante acuerdos y tratados comerciales, así como tratados específicos de PI, para armonizar y homogeneizar sus legislaciones en materia de derechos de propiedad intelectual, en procura del respeto de los derechos sobre los bienes que entran en circulación, producto de la innovación y transferencia en el tráfico comercial.¹²

Citamos a continuación los acuerdos suscritos por Colombia vigentes a 2022 en la Tabla 2.

Tabla 2. Acuerdos comerciales en vigor y no vigentes suscritos por Colombia, a 2022

Acuerdos comerciales en vigor		
Acuerdos multilaterales		
<i>Acuerdo/Parte(s) signataria(s)</i>	<i>Fecha de suscripción</i>	
Miembros de la OMC	30 abril 1995 (Parte contratante del GATT 1947 desde 03 de octubre de 1981)	
Uniones aduaneras		
<i>Acuerdo/Parte(s) signataria(s)</i>	<i>Fecha de suscripción</i>	<i>Vigencia</i>
Comunidad Andina	26-may-69	16 de octubre de 1969
Acuerdos de libre comercio		
<i>Acuerdo/Parte(s) signataria(s)</i>	<i>Fecha de suscripción</i>	<i>Vigencia</i>
Alianza del Pacífico	10-feb-14	1-may-16
Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)	25-nov-08	1-jul-11
Canadá	21-nov-08	15-ago-11
Chile	27-nov-06	8-may-09

¹² Raquel CEBALLOS MOLANO, “Impactos de la innovación empresarial y los derechos de propiedad intelectual en el marco de los tratados de libre comercio”. *Cuadernos de Administración*, n.º. 33 (agosto- diciembre 2006): 446.

Estados Unidos	22-nov-06	Protocolo modificado 15-may-12
Panamá	20-sep-13	Pendiente de puesta en vigor
Corea del Sur	21-feb-13	15-jul-16
Costa Rica	22-may-13	1-ago-16
Colombia y Japón: Acuerdo promoción y protección de inversiones (APPRI) y	2011	2015
MERCOSUR APP CE N°72	21-jul-17	Argentina 20-dic-2017
		Brasil 20-dic-2017
		Uruguay 11-jun-2018
		Paraguay 29-ene-2019
		Paraguay 29-ene-2019
México	13-jun-94	01 enero de 1995/ Profundización Acuerdo 2-ago-2011
Triángulo del Norte (El Salvador, Guatemala y Honduras)	9-ago-2007	Guatemala 12-nov-2009
		El Salvador 01-feb-2010
		Honduras 27-mar-2010
Unión Europea	26-jun-12	01-ago-2013
Acuerdos comerciales preferenciales		
<i>Acuerdo/Parte(s) signataria(s)</i>	<i>Fecha de suscripción</i>	<i>Vigencia</i>
CARICOM (AAP A25TM N°31)	24-jul-94	01-ene-1995
Colombia- Cuba (ACE-049)	2001	2001
Colombia-Ecuador-Venezuela-MERCOSUR (AAP.CE N°59)	18-oct-04	2005
Costa Rica (AAP A25TM N°7)	2-mar-84	-
Israel	30-sep-13	11-ago-20
Nicaragua (AAP AT25TM N°6)	2-mar-84	-

Panamá (AAP AT25TM N°29)	9-jul-93	18-ene-1995
Venezuela (AAP C N°28)	28-nov-11	19-oct-2012
Acuerdos comerciales en negociación aún no vigentes		
<i>Acuerdo/Parte(s) signataria(s)</i>	<i>Fecha de suscripción</i>	<i>Vigencia</i>
Japón	En negociación desde 2012	-
Reino Unido	15-may-19	-
Turquía	2 de junio-11	-

Fuente: elaboración a partir del Sistema de Información de Comercio Exterior, OEA, 2021.

Es de resaltar que, si bien las obligaciones de observancia internacional adquiridas por el gobierno de Colombia responden a un mandato constitucional en relación con la integración latinoamericana y del Caribe, la Comunidad Andina de Naciones permite identificar los efectos de prevalencia del derecho comunitario en materia de aplicación de derechos de PI en nuestro ordenamiento, frente al derecho nacional.

Los impactos del derecho internacional y la prevalencia del derecho comunitario andino de propiedad intelectual

Los procesos de integración vienen a impactar las constituciones, y, necesariamente, han constituido políticas enmarcadas en tratados y acuerdos, los que Colombia ha recepcionado en su ordenamiento jurídico interno con fundamento en la constituyente del 91, que se centró en los procedimientos de recepción del derecho internacional de conformidad con su forma de creación (consuetudinaria o convencional) y, en algunos casos, también por su contenido (derecho internacional humanitario), siendo fuente de este trabajo académico el derecho internacional emanado de los tratados y acuerdos comerciales.

Desde finales del siglo XX hasta la fecha, se busca la integración de regiones continentales y la creación de grandes mercados transnacionales que permitan a los nuevos bloques de naciones competir entre sí, donde son protagonistas de primer orden las regulaciones sobre derechos de PI que buscan proteger los bienes y productos de países desarrollados, productores de tecnologías patentables, cuando son transferidos a países que no los producen, como es el caso de los países latinoamericanos.

El principio incorporado en el artículo 53 de la Convención de Viena, según el cual se hace referencia a normas de derecho imperativo, en contraposición con las de derecho dispositivo: "... son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario".

La existencia de estas normas imperativas de derecho internacional público es generalmente aceptada, salvo en algunos pocos Estados, entre los cuales se encuentra Francia. No obstante, es objeto de discusión qué normas concretas revestirían este carácter, puesto que son normas que tienen alcance *erga omnes* (frente a todos). Se trata de normas jurídicas indispensables para la vida de la comunidad internacional. El reconocimiento de las normas de *ius cogens*, implica aceptar cierta jerarquía entre las fuentes del derecho internacional, jerarquía inexistente en épocas anteriores. Las normas de *ius cogens* recogerían un consenso mínimo sobre valores fundamentales de la comunidad internacional que se impondrían sobre el consentimiento de los Estados individualmente considerados.

De esta manera, se evidencia la importancia del tema de los principios para este estudio, pues como ya se ha señalado, los acuerdos o tratados han entrado en vigor según principios clásicos del derecho consuetudinario contenidos en la Convención de Viena de 1969, como se puede comprobar en el hecho de que sus normas han sido invocadas como tales en reiteradas oportunidades por la jurisprudencia internacional, incluso antes de su entrada en vigor, por lo que ese instrumento fue el producto de un largo proceso.

Siguiendo a Tramolada,¹³

... desde la Constitución de Weimar en 1919, se inició el reconocimiento constitucional del derecho internacional como parte integrante del derecho interno. Dicha situación progresó notablemente en la segunda posguerra en tres sentidos: el reconocimiento amplio de la primacía del derecho internacional general, la creación del derecho comunitario (o, como luego ha sido denominado, derecho de la integración), y el respeto al derecho internacional de los derechos humanos.

Lo anterior quiere decir que se transformó el constitucionalismo por la globalización a partir de la integración latinoamericana como un proceso

¹³ Eric TREMOLADA. "Integración latinoamericana: democracia y cláusulas de apertura en el nuevo constitucionalismo", en *Los procesos de integración como factor de paz*, editado por Eric Tremolada Álvarez (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014).

constituyente de los países andinos. Esta integración, que se fundamenta en el principio de cesión de soberanía por el cual se ha concedido a los órganos comunitarios por parte de los países signatarios la facultad para legislar en algunas materias, hace necesario detenernos en algunas jurisprudencias constitucionales y en distintas tesis de autores para una mejor interpretación de la soberanía relativa que nos permita identificar la importancia de este concepto dentro del marco de la integración política y económica de Colombia. Tal es el caso de la integración comunitaria andina, como lo señaló la Corte Constitucional en la década de 1990:

La integración comunitaria responde y se afianza sobre la concepción moderna de la soberanía relativa, que ya no la reconoce como un poder supremo absoluto e ilimitado del Estado, sino como algo limitado y restringido por la interacción de los demás Estados dentro de la comunidad internacional, lo cual obviamente implica la cesión de específicas competencias de los Estados a organismos comunitarios con el fin de hacer viable los procesos de integración económica (Sentencia C-228 de 1995).

En cambio, en Latinoamérica se reconocen cesiones de competencia y jurisdicción contenidas en tratados de integración consagrados en procedimientos constitucionales para la aprobación de estos, como lo expresa Cassagne.

Es así como se puede reconocer que la integración también conlleva un proceso de globalización del derecho, donde estos fenómenos han iniciado, paulatinamente pero de forma cada vez más intensa, la transferencia de potestades soberanas del Estado nacional hacia instituciones u organismos supranacionales, lo cual ha venido a servir de sustento a las tesis de la soberanía internacional, como lo menciona el magistrado peruano César Landa en su ponencia presentada dentro del marco del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, el cual acoge las dos vertientes de la doctrina monista internacional y la doctrina de la integración.

En consecuencia, resulta pertinente la primera afirmación monista para nuestro estudio, porque tiene que ver con el recorte de competencias del Estado como resultado de la cesión voluntaria de sus soberanías para investir de supranacionalidad a las instituciones creadas que surjan de los acuerdos entre los Estados miembros del proceso integracionista, lo que, como veremos más adelante, incidirá en el derecho interno. Así, se expresa claramente con los tratados constitutivos de la Comunidad Andina de

Naciones, que crean organismos representativos, ejecutivos y jurisdiccionales supranacionales, que representan jurídicamente la uniformización del derecho y la jurisdicción nacional en función de la internacional e impactan el bloque de constitucionalidad.

Sobre el principio de seguridad jurídica se reconoce que, respecto del derecho comunitario andino, se han presentado dificultades para su aplicación efectiva, y se cuestiona la ejecutoriedad de las sentencias del Tribunal Andino de Justicia, como también acontece en el contexto internacional para otros tribunales supranacionales; por tanto, como base de nuestro análisis, citamos lo expuesto por Moreno:

Para el TJCE, el principio de seguridad jurídica tiene por finalidad garantizar la previsibilidad de las situaciones y de las relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito del Derecho comunitario (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 17 de febrero de 1998, asunto T-105/96, fundamento jurídico 63 y de 21 de octubre de 1997, T-229/94, fundamento jurídico 113).

Se debe tener en cuenta que en el derecho interno colombiano prevalece en materia de asuntos comerciales el derecho comunitario andino, derivado del Acuerdo de Integración Subregional Andino, “Acuerdo de Cartagena”, por lo que es fundamental tener en cuenta que el formar parte de una comunidad unionista no solo se restringe a la firma y ratificación de un tratado que lo constituya política y jurídicamente, pues su alcance va más allá de su suscripción por los efectos y relaciones entre sus nacionales, que deben estar mediadas por la seguridad jurídica.

En el ámbito regional, Plata y Yepes definen el derecho comunitario en virtud de su supranacionalidad como “un ordenamiento jurídico propio y especializado, distinto del Derecho interno y del Derecho internacional común, que se inserta en los ordenamientos jurídicos nacionales con valor superior a la ley nacional a la que desplaza o sustituye en forma directa y automática (principios de aplicación directa y preeminencia)” por lo cual, se dota de vigencia en sus propios órganos comunitarios.

Los derechos de propiedad intelectual en convenios, acuerdos y tratados internacionales

A nivel mundial, el reconocimiento de los derechos de PI busca proteger y establecer un equilibrio entre los intereses de los innovadores y el interés público, determinando un entorno en el que la creatividad y la invención

puedan ser aprovechadas por autores e inventores y la sociedad en general cuando estos bienes entran al comercio, aunque también son vistos como un derecho de privilegio, como lo manifiesta Pabón, por el disfrute de los derechos patrimoniales que de ellos se derivan por ser generadores de riqueza, en contraposición de la sociedad que quiere tener acceso y disfrute de ellos.

Colombia se rige por los acuerdos y tratados administrados por la OMPI, siendo el marco general el ADPIC; pero, como integrante del Pacto Andino, aprobó el nuevo protocolo modificadorio del Acuerdo de Cartagena que creó la Comunidad Andina de Naciones (CAN) mediante la Ley 323 de 1996. Por tal motivo, ha recepcionado en su derecho interno las Decisiones Comunitarias que regulan los derechos de propiedad intelectual, siendo estas prevalentes frente a otros instrumentos internacionales.

El marco regulatorio mundial contenido en el ADPIC, se incorporó en el Anexo 1C del GATT, que creó tanto el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC, o TRIPS en inglés), como también el Consejo del ADPIC sobre temas de PI relacionados con el comercio, el cual tenía como objetivo regular el funcionamiento del ADPIC. Con esta reforma, como lo manifiesta Schmitz Vaccaro, el sistema multilateral de comercio descansará sobre 3 pilares: el antiguo GATT/1948 relativo al comercio de mercancías (bienes), el Acuerdo General sobre los Servicios, y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual.

El ADPIC representa el mayor proceso de internacionalización, conocido como “el estándar ADPIC de la OMC”, instrumento jurídico que regula en el ámbito mundial unos estándares mínimos de protección de los derechos de PI en bienes relacionados con el comercio, instrumento internacional que Colombia adoptó por medio de la Ley 170 de 1994. Se le describe como uno de los tres pilares de la OMC, y evidencia la distancia que existe entre dos importantes instrumentos internacionales: el ADPIC, y la Convención sobre la Diversidad Biológica (CDB). Es importante señalar que el Acuerdo ADPIC, en los artículos 7 y 8 establece:

La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan

el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones, reconociendo así no solo el derecho de los autores e inventores, sino también de la población en general que debe tener acceso al conocimiento, la enseñanza y la investigación.

Aunque en el siglo XIX se marcó el comienzo de la protección de la PI y se sentaron unas bases de regulación internacionales, cada país conservó su propia autonomía legislativa en la forma de protección de sus inventores nacionales, debido a que hasta ese momento manejaban esos temas con base en sus normatividades locales o nacionales, lo cual fue evolucionando hasta llegar a nuevas regulaciones, que han tenido serios desafíos para adaptarse a la ciencia y la tecnología, como el Internet, los avances biomédicos y los emprendimientos en el entorno digital, propiciando que los gobiernos tomen más conciencia de la PI como una herramienta única para los negocios, las inversiones y el desarrollo económico en general, lo cual ha llevado a homologar y armonizar las normas de protección con un carácter universal.

Esta forma de propiedad ha sufrido cambios sustanciales a lo largo del siglo XXI, principalmente por la amplia regulación internacional de la PI¹⁴ a la par de la evolución de la tecnología, y la sociedad que sigue demandando mayores ámbitos de protección debido a la fácil circulación de obras en el entorno digital. Esto es lo que produce que la institución de la PI esté en permanente revisión, y se amplíen, por ende, sus formas de protección, en los organismos en los que se ha centrado su conocimiento y difusión, la OMPI y la OMC, teniendo mayores desarrollos en propiedad industrial con varios tratados que la OMPI administra.

Colombia ha suscrito aproximadamente 24 instrumentos, acuerdos y convenios sobre derechos de autor y conexos, y sobre propiedad industrial y obtentores de variedades vegetales, especialmente el ADPIC, incluido en el Anexo 1C, aprobado en la Ronda de Marrakech (GATT/1994), administrados por la Organización Mundial del Comercio; no obstante, aunque el país ha suscrito la mayoría, algunos aún sin ser recepcionados en el ordenamiento jurídico colombiano.

¹⁴ SCHMITZ-VACCARO. “Evolución de la regulación...”.

En cuanto a las numerosas leyes nacionales de PI aprobadas por el Congreso de Colombia, estas responden al impacto que sufre nuestro ordenamiento por la regulación internacional aceptada, para transponer normas de protección exigidas en los convenios y tratados, y otras necesarias para salvaguardar algunos aspectos de PI, que se recopilan en la Tabla 3.

Tabla 3. Marco nacional de leyes de propiedad intelectual adoptadas en Colombia, 2023

1. Derechos de autor y derechos conexos	Marco legal, derecho colombiano	Protección
<p>Consagrados en la Decisión de la Comunidad Andina 351 de 1993</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 61 de la Constitución Nacional • Artículo 671 del Código Civil • Ley 23 de 1982 • Ley 44 de 1993 • Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano), Título VIII • Ley 603 de 2000 • Decreto 1360 de 1989 • Decreto 460 de 1995 • Decreto 162 de 1996 • Ley 1403 de 2010 o “Ley Fanny Mikey” • Ley 1493 de 2011 • Ley 1519 de 2012 • Ley 1680 de 2013 • Ley 1835 de 2017 o Ley “Pepe Sánchez” • Ley 1834 de 2017 • Ley 1915 DE 2018 (Modifica Ley 23 de 1982) 	<p>Reconocen una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras de ingenio, en el campo literario, artístico o científico.</p> <p>El derecho moral de autor tiene protección constitucional tutelable, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino. Los derechos conexos, que son los derechos de las personas que participan no en la creación de obras literarias y artísticas sino en la difusión de estas, han sido también reconocidos y son objeto de protección por parte de la Decisión 351 y demás leyes que adoptan regulaciones internacionales.</p> <p>En caso de infracción de cualquiera de los derechos reconocidos, la autoridad nacional competente está facultada para ordenar el cese inmediato de la actividad ilícita; la incautación, el embargo, decomiso o secuestro preventivo de los ejemplares producidos con infracción o de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito.</p>

2. Institución de la propiedad industrial	Marco legal, derecho colombiano	Protección
<p>Decisión Andina 486 de 2000 de la Comunidad Andina Decisión Andina 632 de 2006 Decisión Andina 689 de 2008 Decisión Andina 876/2021(marca país).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Código de Comercio, en II, remite a la DA 486 de 2000 de la Comunidad Andina. • Ley 1032 de 2006 modifica el artículo 307 del Código Penal • Decreto 4886 de 2011 (numerales 1 y 57 del artículo 1) • Resolución 54093 de 2012 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y Superintendencia de Industria y Comercio. • Ley 1648 de 2013, reglamentada por el Decreto 2264 de 2014 	<p>Régimen Común sobre Propiedad Industrial establece una mejor protección a los derechos de propiedad intelectual y procedimientos más ágiles y transparentes para los registros de marcas y el otorgamiento de patentes, así como para los secretos industriales, los procedimientos para el reconocimiento de denominaciones de origen e indicaciones de procedencia de productos reconocidos por la autoridad nacional.</p> <p>Se sancionan conductas asociadas al uso fraudulento de nombres comerciales, marcas, enseñas, patentes de invención, patentes de modelo de utilidad y diseños industriales, protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente, violación de reserva industrial o comercial, e información privilegiada divulgada por funcionario público.</p>
<p>3. Derechos de obtentores vegetales Decisión 345 de 1993 de la Comunidad Andina Decisión 366 de 1995</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 1032 de 2006 modifica el artículo 306 del Código Penal • Resolución 187/2006 del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) • El Decreto 4525/2005 reglamenta la implementación en Colombia del Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad • Resolución 970/2010, del ICA • Decreto 533 de 1994. 	<p>Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales. En la Subregión Andina, las personas que han creado u obtenido una nueva variedad vegetal, mediante la aplicación de conocimientos científicos, gozan del derecho exclusivo de producción y comercialización de dicha planta por un periodo de quince a veinticinco años. Colombia ha participado en convenios internacionales que buscan regular las nuevas variedades.</p>

	<ul style="list-style-type: none"> • Decreto 2468 de 1994. • Resolución ICA 1974 de 1994. • Resolución ICA 1893 de 1995 • Ley 243 de 1995. • Resolución ICA 3123 de 1995. • En 1996, Colombia adhiere al Convenio Internacional de obtenciones vegetales • Decreto ICA 2687 de 2002 • Ley 1564 de 2012. • Resolución 3328 de 2015 del ICA • Resolución 3168 de 2015 • Resolución 3594 de 2015 del ICA <p>Resolución 3328 de 2015 que modifica la Resolución 3168 de 2015</p>	
<p>4. Derechos derivados del acceso a recursos genéticos</p> <p>Decisión 391 de 1996 de la Comunidad Andina</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Convenio 169 OIT, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales • Constitución Política de Colombia • Ley 70 de 1993 • Ley 165 de 1994, Resolución 620 de 1997, • Ley 1570 de 2011 • Decreto 1375 de 2013 • Decreto 1376 de 2013 • Resolución 1348 de 2014 • Resolución 1352 de 2017 	<p>Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos. Con el fin de garantizar la participación justa y equitativa de los países de la Comunidad Andina en los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos. Según establece la decisión, en adelante, quien desee utilizar y desarrollar los principios activos que contienen las plantas y los microorganismos (estos constituyen la base de la investigación en la industria farmacéutica y de la industria alimentaria mundial) deberá contar con la autorización correspondiente y suscribir un Contrato de Acceso con el Estado.</p>

	<ul style="list-style-type: none"> Resolución 834 de 2022: “Por la cual se perfecciona el acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados de conformidad con lo establecido en el Contrato de Acceso a Recursos Genéticos y sus Productos Derivados No. 346 de 2022” 	
--	---	--

Fuente: CEBALLOS y GARCÍA, “Protección legal de las denominaciones...”.

De los tratados de derechos de autor administrados por la OMPI, Colombia ha adherido a 11 de ellos, que han sido incorporados a nuestro ordenamiento jurídico mediante leyes ordinarias aprobadas por el Congreso de la República en desarrollo de la política comercial que el gobierno viene observando, ver Tabla 4.

Tabla 4. Tratados internacionales sobre protección de derechos de autor y conexos

Año	Nombre del instrumento	Objeto de protección
2013	Tratado de Marrakech.	Para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. El 22 de junio 2021, fue sancionado y adhirió con la Ley 2090 de 2021, en Colombia.
2012	Tratado de Beijing.	Se ocupa de los derechos de propiedad intelectual sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales.
2000	Tratado OMPI sobre Derecho de Autor, suscrito en Ginebra en 1996.	Colombia adhirió mediante la Ley 565 de 2000.
1999	Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, suscrito en Ginebra en 1996.	Colombia adhirió mediante la Ley 545 de 1999.

Año	Nombre del instrumento	Objeto de protección
1996	Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).	Según la OMPI, se contemplan los derechos de propiedad intelectual de dos categorías de beneficiarios, en particular, en el entorno digital: i) los artistas intérpretes o ejecutantes (actores, cantantes, músicos, etc.) y ii) los productores de fonogramas (personas físicas o jurídicas que toman la iniciativa y tienen la responsabilidad de la fijación de los sonidos de la interpretación o ejecución).
1994	Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC) que contiene el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).	Colombia adhirió mediante la Ley 170 de 1994.
1992	Tratado Internacional para el Registro de las Obras Audiovisuales, suscrito en Ginebra en 1989.	Colombia adhirió a través de la Ley 26 de 1992.
1989	Tratado de Washington sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados (IPIC).	Según la OMPI se ocupa de la protección de los esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados (aunque el tratado aún no ha entrado en vigor).
1987	Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, cuya última modificación se firmó en París en 1971.	Colombia adhirió a través de la Ley 33 de 1987.
1979	Convenio que establece la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) suscrito en Estocolmo en 1967.	Colombia adhirió mediante la Ley 46 de 1979.
1975	Convención Internacional para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, firmada en Roma en 1961.	Colombia adhirió a través de la Ley 48 de 1975.

Año	Nombre del instrumento	Objeto de protección
1975	Convención Universal sobre el Derecho de Autor, firmada en Ginebra en 1952 y revisada en París en 1971.	Colombia adhirió por medio de la Ley 48 de 1975.
1974	Convenio de Bruselas.	Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite.
1971	Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus Fonogramas.	Proteger a los productores de fonogramas nacionales de otro Estado Contratante contra la producción de copias sin el consentimiento del productor para su importación o distribución.
1970	Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas, firmada en Washington en 1946.	Colombia adhirió mediante la Ley 6 de 1970.
1961	Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión.	Según la OMPI, asegura la protección de las interpretaciones o ejecuciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, los fonogramas de los productores de fonogramas y las emisiones de los organismos de radiodifusión.
1911	Acuerdo de Caracas de 1911 sobre Derechos de Autor entre Colombia, Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela.	Colombia adhirió mediante la Ley 65 de 1913.

Fuente: CEBALLOS y GARCÍA, “Protección legal de las denominaciones...”.

En cuanto al derecho de propiedad industrial, sigue vigente la Decisión Andina 486 del derecho comunitario, que establece el Régimen Común por el cual cada país miembro concederá a los nacionales de los demás miembros de la Comunidad Andina, de la OMC y del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, un trato no menos favorable

que el que otorgue a sus propios nacionales, y se han firmado numerosos instrumentos, trece, que ha debido recepcionar Colombia, según la Tabla 3.

Tabla 3. Tratados de protección de propiedad industrial adoptadas por Colombia

No. Instrumento	Año de suscripción	Nombre de instrumento	Objeto de protección
1	22 de junio 2021	Tratado de Marrakech	Facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.
2	Julio 26 de 2016	Tratado de Budapest	Aborda un aspecto específico del procedimiento internacional en materia de patentes: los microorganismos.
3	Marzo 20 de 2014	Convenio de Bruselas	Convenio Satélites establece la obligación de los Estados Contratantes de tomar medidas adecuadas para impedir que, en su territorio o desde él, se distribuyan sin autorización señales portadoras de programas transmitidas por satélite.
4	Agosto 29 de 2012	Protocolo de Madrid	Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas.
5	Abril 13 de 2012	Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT)	El objetivo del Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT) es en armonizar y agilizar los procedimientos nacionales y regionales de registro de marcas.
6	Mayo 20 de 2002	Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas	En el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) se contemplan los derechos de propiedad intelectual de dos categorías de beneficiarios, especialmente en el entorno digital: i) los artistas intérpretes o ejecutantes (actores, cantantes, músicos, etc.) y ii) los productores de fonogramas (personas físicas o jurídicas que toman la iniciativa y tienen la responsabilidad de la fijación de los sonidos de la interpretación o ejecución).

No. Instrumento	Año de suscripción	Nombre de instrumento	Objeto de protección
7	Marzo 6 de 2002	Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor	El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) es un arreglo particular adoptado en virtud del Convenio de Berna que trata de la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital.
8	Febrero 28 de 2001	Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT)	El Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT) permite buscar protección por patente para una invención en muchos países al mismo tiempo mediante la presentación de una solicitud "internacional" de patente.
9	Septiembre 3 de 1996	Convenio de París	Se aplica a la propiedad industrial en su acepción más amplia, con inclusión de las patentes, las marcas, los dibujos y modelos industriales, los modelos de utilidad, las marcas de servicio, los nombres comerciales, las indicaciones geográficas y a la represión de la competencia desleal. Este acuerdo internacional fue el primer paso importante para ayudar a los creadores a proteger sus obras intelectuales en otros países.
10	Mayo 16 de 1994	Convenio sobre Fonogramas	Adoptado en Ginebra en octubre de 1971, establece la obligación de los Estados Contratantes de proteger a los productores de fonogramas que son nacionales de otro Estado Contratante contra la producción de copias sin el consentimiento del productor, contra la importación de dichas copias, cuando la producción o la importación se haga con miras a la distribución al público, y contra la distribución de esas copias al público.
11	Marzo 7 de 1988	Convenio de Berna	Aprobado en 1886, trata de la protección de las obras y los derechos de los autores. Ofrece a los creadores como los autores, músicos, poetas, pintores, etc., los medios para controlar quién usa sus obras, cómo y en qué condiciones.

No. Instrumento	Año de suscripción	Nombre de instrumento	Objeto de protección
12	24 de junio de 1983	Tratado de Nairobi	Todos los Estados en el Tratado tienen la obligación de proteger el símbolo olímpico –cinco anillos entrelazados– para evitar que se utilice con fines comerciales (en la publicidad o en productos, como marca, etc.) sin autorización del Comité Olímpico Internacional.
13	Septiembre 17 de 1976	Convención de Roma	Asegura la protección de las interpretaciones o ejecuciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, los fonogramas y las emisiones de los organismos de radiodifusión.

Fuente: CEBALLOS y GARCÍA, “Protección legal de las denominaciones...”, adicionado 2023.

No obstante, los Estados miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, con políticas de protección de derechos de PI, pero en el marco del ADPIC (que exige mínimos de protección que deben seguir los países ONU), siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en tales acuerdos y tratados, y podrá aplicar medidas apropiadas (siempre que sean compatibles con lo dispuesto en sus textos) que se complementan con obligaciones adquiridas en la firma de acuerdos y tratados especiales de PI.

En la firma de tratados bilaterales con otros países, se ha venido protegiendo y conciliando el manejo de la PI en derechos de autor y propiedad industrial; especialmente del TLC con los EE.UU, que impuso una serie de obligaciones de crear leyes antipiratería en derechos de autor y propiedad industrial¹⁵ al igual que en los países asiáticos y europeos. Aunque, *como bien sostiene Hawkins*:¹⁶

Los derechos de PI son ahora piezas claves en los acuerdos comerciales, sobre todo, después de la negociación del Capítulo 17 de Nafta (8) (acuer-

¹⁵ Óscar IBÁÑEZ PARRA, “El modelo de competencia económico practicable en el TLC entre Colombia y Estados Unidos”. *Civilizar*, n.º.9 (2006): 130-132. <http://bit.ly/3iagtDL>

¹⁶ Kird HAWKINS, *Venezuela’s Chavismo and Populism in Comparative Perspective* (New York: Cambridge University Press, 2010). <http://bit.ly/3goXo04>

do entre Estados Unidos, México y Canadá). En este, los países miembros pactaron la adopción de estándares más fuertes que los del acuerdo ADPIC (sobre los Aspectos de PI), pues se dispuso, como estándar mínimo, que los países concedieran una protección de patentes hasta por veinte años [a más de que se llevaría a las legislaciones de cada Estado].

Se debe reconocer que, a nivel mundial, los derechos de PI, cada vez más toman fuerza en el debate internacional como parte del conjunto de instrumentos a los que se recurre para atraer inversión extranjera directa, financiamiento de tecnología y acceso a los mercados internacionales, lo que obliga a estudiar más ampliamente la política de protección prevista en los acuerdos y tratados específicos de PI.

Para los estudiosos de la integridad del derecho de PI y sus formas de sanción, conforme obligaciones derivadas del TLC Colombia - Estados Unidos, al observar que el legislador punitivo no se consagraba un bien jurídico de la PI en el código penal, y solo se encontraba limitado al derecho de autor y los derechos conexos de sus titulares y la elusión de los mecanismos tecnológicos de protección, ordenó que fuera reformada la legislación penal mediante la Ley 1032 de 2006 que reguló conductas lesivas en materia de propiedad industrial y obtentores de variedades vegetales, por lo cual el código colombiano se adaptó y se encuentra a tono con los estándares mínimos establecidos en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, en lo que concierne al *Enforcement of Intellectual Property Rights* (art. 41) y, concretamente, con el mandato de criminalización y procesamiento contenido en el artículo 61, como lo afirma Díaz.¹⁷

En cuanto a las disposiciones del sistema comunitario andino, pueden advertirse los impactos en las providencias judiciales por los derechos de PI por el régimen comunitario andino, según Vargas Mendoza, y como lo señala Novak-Talavera, para que esa especialidad del derecho comunitario tenga prevalencia de la norma en un juicio de forma preferente y funcione de manera armónica con el derecho interno de los países, es necesaria la configuración de una comunidad de derecho como expresión paralela a la del Estado de Derecho propia de los Estados miembros, con atribución o cesión del ejercicio de competencias soberanas que ya se dan por mandato

¹⁷ José David DÍAZ, “La propiedad intelectual y la protección del derecho penal”, *Ámbito Jurídico*, 24 de mayo 2022. <https://acortar.link/ELsN7O>

constitucional, así como que exista primacía del derecho comunitario y su exclusión del ámbito de controles constitucionales o contenciosos administrativos, y sea de aplicación directa en el ámbito interno la normativa comunitaria en el ordenamiento nacional.

Conclusiones

Como resultado final de este ejercicio de escritura se encontró que las regulaciones contenidas en los textos de los tratados de integración, los tratados comerciales y convenios específicos muestran que no hay una rama del derecho que se vea tan impactada por la internacionalización como el derecho de la PI, pues las regulaciones de organismos internacionales como la OMC y la OMPI, que administran el ADPIC, son merecedores para hacer un estudio cronológico de su evolución en Colombia, ya que existe un limitado conocimiento sobre el grado de evolución del país en esta materia, y hay poca literatura que se haya ocupado recientemente del tema.

Se puede afirmar que los procesos de integración y los tratados internacionales de libre comercio han impactado el comercio mundial, lo que obligaría a los países a armonizar y homogenizar las normas de PI contenidas en los ordenamientos internos, teniendo como fuente la integración regional los acuerdos y tratados comerciales, además de tratados o convenios específicos de PI, para procurar el respeto y las garantías de seguridad jurídica sobre el uso de bienes que entran en circulación.

Si bien cada país define e implementa su propio régimen interno de protección de derechos de autor y derechos conexos, tienen la obligación de adherirse y cumplir obligaciones de observancia sobre los tratados internacionales en materia de PI, a fin de establecer reglas homologadas, aplicables para todos los países miembros de cada tratado.

Esta práctica busca crear reglas mínimas igualitarias y equitativas en cuanto a la manera en que los países miembros de cada tratado protegen estos derechos internamente. Fue así como se facilitó el establecimiento de una base jurídica armonizada para las relaciones comerciales entre países, y se impulsó el crecimiento económico mundial, conforme a las nuevas tendencias hacia la globalidad y la competitividad entre las naciones.

A lo dispuesto por la Organización Mundial del Comercio (OMPI), se agregan los convenios específicos de PI vigentes desde 1883, y los tratados

de libre comercio negociados entre países, con sendas cláusulas de PI que remiten al ADPIC para dinamizar el comercio entre los países europeos, EE. UU., Centroamérica y Suramérica, por lo que puede decirse que estos constituyen el gran marco general de regulación a nivel mundial de los derechos de PI.

Por todas estas razones, los gobiernos nacionales deben reconocer que, en la sociedad contemporánea, el comercio internacional tiene no solo un valor agregado en la transferencia de mercancías y servicios cuando se involucran derechos de PI, sino que también los países deben adecuar sus leyes internas para la protección de la circulación de bienes con valor agregado de PI; de ahí que se deban mirar estas nuevas formas de propiedad con regulaciones supranacionales que buscan la armonización y la homogenización en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados, y así deben aplicarlas los jueces.

Si bien el Estado colombiano protege esta nueva forma de propiedad, hay un especial interés por la protección de obras literarias y emprendimientos artísticos y culturales (en literatura, música, cine, televisión y radio), así como de la gran diversidad biológica, que requiere protección de títulos de obtención vegetal y de los conocimientos tradicionales. Aunque el país ha adherido a un número amplio de acuerdos y tratados de PI, tiene una de las tasas más bajas a nivel mundial por número de registro de patentes y marcas.

La autora espera que este artículo aporte a los lectores una mejor comprensión de los procesos de integración, los tratados y acuerdos de PI, que involucran obligaciones para el Estado colombiano, debiendo adaptar su legislación interna, y que se reconozca la necesidad de que el gobierno nacional no solo adopte en la legislación colombiana las normas supranacionales por los compromisos comerciales del país al haber ingresado al contexto internacional, sino que, en esta adaptación, se haga prevalecer el derecho comunitario andino y mantener la integridad de nuestro derecho interno constitucional sin menoscabar los mínimos de protección en materia de derechos de PI de los autores e inventores colombianos.

Bibliografía

ANTEQUERA, Ricardo Enrique. “Zonas de contacto entre derechos de autor y derechos industriales”. En *Derechos intelectuales*, 11. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.

- ARIAS CEBALLOS, Mildred. “Transformaciones y evolución de las fuentes del derecho administrativo colombiano a partir de los tratados de integración” (tesis de maestría en Derecho Administrativo, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, 2011).
- CASTRO GARCÍA, Juan David. *La propiedad Industrial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- CEBALLOS MOLANO, Raquel. “Impactos de la innovación empresarial y los derechos de propiedad intelectual en el marco de los tratados de libre comercio”. *Cuadernos de Administración*, n.º.33 (agosto- diciembre 2006): 441-466.
- CEBALLOS MOLANO, Raquel e Isabel GARCÍA VELASCO. “Protección legal de las denominaciones de origen y las marcas frente a los tratados de libre comercio suscritos por Colombia”. *Revista Prolegómenos - Derechos y valores*, 16, n.º. 32 (2013): 175-189. <https://bit.ly/3ZHCL06>
- CADENA, Walter René. “Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria”. *Civilizar* 7, n.º. 12 (2007): 1-21. <https://bit.ly/3kfAoC1>
- CASSAGNE, Juan Carlos. “La jerarquía y regulación de los tratados en la Constitución argentina”. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 10, n.º. 40 (2010): 199-216. <http://bit.ly/3Oub1Y8>
- CHAPARRO BELTRÁN, Fabio y colaboradores. *Manual sobre la propiedad industrial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y Colciencias, 1997. <http://bit.ly/3Xlipt7>
- CHAPARRO-GIRALDO, Alejandro; Leidy ÁVILA; Iván Darío BARBOSA y colaboradores. “Propiedad intelectual en la era de los cultivos transgénicos”. *Revista Colombiana de Biotecnología*, 12, n.º. 1 (2010): 190-191. <http://bit.ly/3V3x4HF>
- DÍAZ, José David. “La propiedad intelectual y la protección del derecho penal”, 24 de mayo de 2022. <https://acortar.link/ELsN7O>
- DÍAZ, Lina María. “¿Cómo surgió la propiedad intelectual?”, 17 de febrero de 2022. <https://propintel.uexternado.edu.co/como-surgio-la-propiedad-intelectual/>
- DÍAZ, Álvaro. *América Latina y el Caribe: la propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*. Santiago de Chile: CEPAL, 2008. <https://bit.ly/3QJhWhm>
- FERNÁNDEZ, Juan Carlos, Rafael ARENAS y Pedro Alberto ASECIO. “*Derecho de los negocios internacionales*”, 2ª. ed. Madrid: Iustel, 2009.

- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione Teoria del garantismo penal*. Roma: Editori Laterza, 1996.
- GARCÍA, Isabel; “Protección de las denominaciones de origen en el derecho colombiano, el sistema andino y el derecho comunitario europeo” (tesis de maestría en Derecho, Universidad Sergio Arboleda, 2013).
- GARIBIAN, Sevane y Alberto PUPPO. “Acerca de la existencia del *ius cogens* internacional: Una perspectiva analítica y positivista”. *Isonomía*, n.º. 36 (abril de 2012): 7-47.
- HAWKINS, Kird. *Venezuela’s Chavismo and Populism in Comparative Perspective*. Nueva York: Cambridge University Press, 2010. <http://bit.ly/3goXo04>
- IBÁÑEZ PARRA, Óscar. “El modelo de competencia económica aplicable en el TLC entre Colombia y Estados Unidos”. *Civilizar*, n.º. 9 (2006): 130-132.
- MÉNDEZ, Juan; Guillermo O’Donnell y Paulo Pineiro. *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, IX. Buenos Aires: Paidós, 2002. <http://bit.ly/3i6BhvR>
- MOLINA, Carlos Mario y Libardo Rodríguez. “Panorama de las transformaciones del Derecho Público Colombiano, con ocasión de la Constitución de 1991”. En *Derecho Público en Iberoamérica*, I. Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo. Medellín: Temis - Universidad de Medellín, 2010.
- MORENO, Carlos. Integración Latinoamericana: ALCA vs. ALBA. *Presente y pasado. Revista de Historia*, 12, n.º. 23 (2007): 155-178. <http://bit.ly/3ETGz6K>
- MORENO, Juana. “Administración pública y Régimen Jurídico de la Comunidad Autónoma”. En *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, pp. 177-202. Barcelona: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007. <http://bit.ly/3OvymZv>
- NOVAK TALAVERA, Fabián. *La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico*. Derecho Comunitario Andino. Lima: PUCP - Fondo Editorial IDEI, 2003.
- PABÓN, Jonny A. *De los privilegios a la propiedad intelectual. La protección en Colombia a las obras literarias, artísticas y científicas en el siglo XIX*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010. <https://bit.ly/3ZR2vrI>
- PABÓN, Jonny A. “José María Torres Caicedo: El nacimiento de la identidad latinoamericana, las construcciones nacionales y el derecho de autor”. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º. 16 (2012): 21-55.

- PLATA LÓPEZ, Luis Carlos y Donna Yepes Ceballos. “Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas”. *Revista de Derecho*, n.º. 31 (2009): 196-223. <http://bit.ly/3V5zMfS>
- RIVERÓ, M. Pilar. “Código de Hammurabi”. *Clío*, n.º. 7 (1999). <http://clio.rediris.es/fichas/hammurabi.htm>
- RODRÍK, Dani. *The real exchange rate and economic growth* (Conference Draft. Harvard University, 2008). <http://bit.ly/3EZ5GVT>
- SÁNCHEZ, Víctor M. *Derecho internacional público*. Barcelona: Huygens, 2010.
- SERCOVICH, Francisco. *Tratados de libre comercio, derechos de propiedad intelectual y brecha de desarrollo: Dimensiones de política desde una perspectiva latinoamericana*. Santiago de Chile: Unidad de Comercio Internacional e Industria (CEPAL), 2008
- SILVA, Arístides y Mariola Mata de Grossi. *La llamada Revolución Industrial*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2005. <http://bit.ly/3GCSjvG>
- SCHMITZ VACCARO, Christian. “Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual”. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º. 17 (2013): 63-92. <http://bit.ly/3EYjQ9q>
- TREMOLADA, Eric. *El derecho andino en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. <http://bit.ly/3GKDS8O>
- TREMOLADA, Eric. La internacionalización del derecho constitucional en Colombia, una garantía para los procesos de integración. Ejercicio comparado con los países andinos. *Revista IUS*, 10, n.º. 37 (2016): 103-128. <http://bit.ly/3XffEcp>
- TREMOLADA Eric. “Integración latinoamericana: democracia y cláusulas de apertura en el nuevo constitucionalismo”. En *Los procesos de integración como factor de paz*, editado por Eric Tremolada Álvarez (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014).
- VARGAS MENDOZA, Marcelo. “Las providencias judiciales y su protección en el régimen comunitario andino de derechos de autor y en el ordenamiento jurídico de los países miembros de la Comunidad Andina”, pp.105-128. En *Derechos intelectuales*. Buenos Aires: Astrea, 2010.
- ZAMUDIO, Teodora. “Regulación jurídica de las biotecnologías” (curso dictado por el equipo de docencia e investigación de la Universidad de Buenos Aires, 2007).
- ZEA-FERNÁNDEZ, Guillermo. *Derechos de autor y derechos conexos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

Bibliografía de entidades gubernamentales

- Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio GATT, 2018. <https://www.dipublico.org/glossary/acuerdo-general-sobre-aranceles-aduaneros-y-comercio-gatt/>
- CAN, 2012. http://www.comunidadandina.org/propiedad/propiedad_1.htm
<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/33521/L865.pdf>
- Colombia, Código de Comercio colombiano. Bogotá: Grupo Editorial Nueva Legislación Ltda., 2011.
- COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES - CAN. Decisiones andinas en propiedad intelectual- texto compilado, 2017. <https://acortar.link/MkY7yZ>
- GATT. *Rondas de Negociación Multilateral*. <https://www.dipublico.org/glossary/acuerdo-general-sobre-aranceles-aduaneros-y-comercio-gatt/>
- Ministerio de Gobierno. Dirección Nacional del Derecho de Autor. <http://www.derecho.deautor.gov.co/hm/Planeacion/Audiencias%20Publicas/2008cp3533.pdf>.
- OEA. Sistema de Información sobre Comercio Exterior, 2021. http://sice.oas.org/default_s.asp
- OMPI. Informe mundial sobre la propiedad intelectual. La dirección de la innovación, 2022. <https://acortar.link/E5qnHp>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI, 2020. <http://www.wipo.int/about-ip/es/copyright.html>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI. *Introducción al marco jurídico internacional de la propiedad intelectual*, Serie de manuales de orientación en materia de propiedad intelectual. Ginebra: OMPI, 2023. DOI: 10.34667/tind.48854

CONTENIDO Y MÉTODO DEL CONTROL JUDICIAL A LOS PREACUERDOS Y SUS MODALIDADES EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO*

Ana Julieta Argüelles Daraviña**

Académica correspondiente

Capítulo seccional (Cali)

Resumen: El presente artículo desarrolla la figura de los preacuerdos y negociaciones desde el punto de vista dogmático y jurisprudencial, recalcando la importancia que tal institución ha tenido a partir de la Ley 906 de 2004. El análisis propuesto parte de la labor del juez cuando está frente a la propuesta de la Fiscalía en función de sus límites y competencias. A partir de la búsqueda sistemática de información se reconoce que, si bien hay dos posturas diametralmente opuestas en los tribunales de cierre, tanto la práctica como la labor jurisdiccional constitucional impelen al juez de conocimiento a un papel más activo a través del control material, a fin de proteger derechos fundamentales.

Palabras clave: Preacuerdos; justicia negociada; control material; derecho penal anglosajón; derecho penal continental.

CONTENT AND METHOD OF JUDICIAL CONTROL OF THE PREAMGREEMENTS AND THEIR MODALITIES IN THE COLOMBIAN SYSTEM OF PROSECUTION

Abstract: This article develops the figure of the pre-agreements and negotiations from the dogmatic and jurisprudential point of view, emphasizing

* Trabajo presentado en sesión del 13 de junio de 2024 para el ingreso como “Miembro correspondiente” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Abogada egresada de la Universidad Santiago de Cali; Especialista en Derecho Penal y en Derecho Constitucional de la misma Universidad. Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Magistrada Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, actualmente designada presidenta de esa Sala, juez de carrera, hace más de 21 años, exmagistrada de Sala Penal en los Tribunales Pasto y Bogotá.

Contacto: anarguellesd@gmail.com

the importance that such an institution has had from the 906 law of 2004. The proposed analysis starts from the judge's work when he is facing the proposal of the Office of the Prosecutor based on its limits and powers. From the systematic search of information, it is recognized that, although there are two diametrically opposed positions in the closing courts, both the practice and constitutional jurisdictional work impel the judge of knowledge to a more active role through material control with the purpose of protecting fundamental rights.

Keywords: Agreements; Negotiated justice; Material control; Anglo-Saxon criminal law; Continental criminal law.

Introducción

El sistema penal colombiano con tendencia acusatoria, consagrado desde la Carta Política en su artículo 250, que fue desarrollado por la Ley 906 de 2004, impone unos deberes, obligaciones y límites a las partes. Desde el comienzo del proceso penal, cada una de ellas se encuentra facultada bajo el imperio de la ley a asumir decisiones sobre el curso que desea tomar en relación con el proceso. Así, quien se encuentra en calidad de indiciado, imputado o acusado tiene la posibilidad de allanarse a cargos desde el comienzo del proceso y obtener unos beneficios jurídicos por tal decisión. Por su parte, el ente acusador tiene la facultad y obligación de adelantar todas las actividades de investigación, imputación y acusación que le son compelidas, para que a partir de ellas pueda hacer la adecuación típica de unos hechos, llevarlas ante un juez, y demostrar la responsabilidad penal de una persona. Sin embargo, también puede tomar la decisión de llegar a algún tipo de acuerdo con el procesado, en vías de terminar anticipadamente el proceso y así no generar un desgaste innecesario del sistema. Este último, el juez, bajo la influencia del sistema penal anglosajón, observa el desarrollo del proceso para que, ajustado a derecho, pueda tomar una decisión con base en los elementos materiales de prueba allegados a juicio, la contradicción de los mismos, las reglas de la experiencia, la sana crítica y el imperio de la ley.

Ahora bien, muchos son los actos procesales antes del juicio oral, respecto de los cuales el juez no solo debe garantizar que se ajusten a derecho, sino que también se cumplan con el respeto y protección de los derechos fundamentales de todos los intervinientes. Entre estos actos se encuentran las negociaciones y preacuerdos celebrados entre las partes, Fiscalía y procesado, en los cuales la labor del juez al amparo legal es la de velar porque no se vulneren garantías fundamentales. Esto último ha generado amplias discusiones en la práctica judicial sobre el alcance de la labor

jurisdiccional, puesto que el operador judicial debe velar no solo por la verificación de la legalidad formal de los preacuerdos, sino, también, determinar que no se compromete la presunción de inocencia del procesado (artículo 327, inciso final de la Ley 906 de 2004), que se aprestigie a la administración de justicia evitando su cuestionamiento (artículo 348, inciso final de la Ley 906 de 2004) y además que el fiscal, como titular de la acción penal no haya excedido el margen de apreciación de la imputación al suscribir el preacuerdo, en tanto simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal mismo (Sentencia C-1260, 2005).

Frente a lo anterior, hoy por hoy la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han encontrado posturas convergentes, partiendo, de un lado, de la facultad discrecional pero reglada de la Fiscalía para suscribir preacuerdos, tanto como de la obligación del juez de sujetarse a la Carta Política para tomar decisiones de aprobación o no de preacuerdos con sujeción tanto al control formal como al control material, y la viabilidad de una solución negociada del conflicto generado por la comisión de la conducta punible.

La figura de los preacuerdos en el Derecho Penal colombiano

Sistema Penal colombiano: la construcción de los sistemas penales comprende diversos factores que los determinan. En principio, la natural evolución fáctica y dogmática del ejercicio procesal penal; segundo, la visión filosófica y política que una nación tiene alrededor del delito y de la pena; tercero, las necesidades y posibilidades con que cuentan los Estados para la implementación de un sistema penal; cuarto, la cultura jurídica que acoge los principios, las reglas y los procedimientos que definen los diseños institucionales y, quinto, las bases constitucionales que permitan que el desarrollo legal, tanto de lo sustantivo como de lo procesal, se haga con apego a la Carta Política y al Estado Social de Derecho.

Los anteriores factores se sumaron a la corriente continental y anglosajona en materia penal, influyendo en el diseño del actual sistema penal colombiano, con tendencia acusatoria, construido con el propósito de alcanzar los siguientes objetivos:¹

¹ Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional - USAID. *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004-2014)* (Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, 2015).

- ◆ Hacer más eficiente el sistema penal
- ◆ Perseguir prioritariamente y sancionar la criminalidad grave y organizada
- ◆ Hacer más garantista el sistema penal
- ◆ Garantizar la idónea atención a víctimas
- ◆ Fortalecer la justicia restaurativa
- ◆ Mejorar la confianza de la ciudadanía en la justicia penal
- ◆ Mejorar la calidad de las decisiones judiciales

El resultado de los trámites legislativos al amparo de la Constitución de 1991, para dar un giro socio-jurídico y, por qué no decirlo, político, en relación con la persecución del delito y de la política criminal del Estado, es la división del proceso en dos grandes fases: la investigación y el juicio, cada una de estas compuesta por distintos actos procesales con propósitos diferentes y actores responsables.² Frente a la división anterior, señala la Corte Constitucional:

El nuevo modelo acusatorio es un sistema de partes, según el cual, el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos. Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de enfrentar al imputado (Sentencia C-591, 2005).

Es posible afirmar, que el sistema adoptado por el Estado colombiano es preponderantemente adversarial, dado que en él se regula una igualdad entre las partes cuyo fin radica en lograr persuadir a un tercero, que interviene como árbitro, de su particular teoría del caso. Sin embargo, a pesar de tratarse de un proceso meramente de partes, en dicho sistema, el juzgador no es únicamente un mediador del conflicto, sino un verdadero garante de los derechos fundamentales cuando puedan ser amenazados o vulnerados.

² Diana BAYONA, Alejandro Gómez Jaramillo, Mateo Mejía y Víctor Hugo Ospina. “Diagnóstico del Sistema Penal Acusatorio en Colombia”. *Acta Sociológica*, n.º. 72 (2017): 71-94.

El sistema penal colombiano y los preacuerdos: por su parte, el sistema penal colombiano, con tendencia acusatoria, se caracteriza no solo por la noción de partes o adversarial, sino también porque es premial. Ello quiere decir que, en virtud de los postulados constitucionales garantistas y proteccionistas de los derechos fundamentales de las personas, el proceso penal premia y refuerza a quien preacuerde y desee colaborar eficaz y efectivamente con la justicia en función de los artículos 348 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004. El fin último de esta figura, tal y como lo consagra el artículo 348 de la mencionada norma, es la de humanizar la actuación procesal, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios causados con el injusto y lograr la participación del imputado o acusado en la definición de su caso.

Ahora bien, al margen de los fines legales que buscan la implementación de la figura de los preacuerdos, la doctrina ha hecho un desarrollo dogmático de este término y de la negociación. En este sentido, el concepto de preacuerdo consiste en la autorización para aproximarse al instituto, para introducirse en él, para dialogar sobre propuestas, ofrecimientos y respuestas afirmativas o negativas a los mismos. O sea, el camino que debe recorrerse y que termina en un resultado negativo (el procedimiento debe continuar de manera normal) o positivo (se logra un entendimiento que impone la terminación temprana del proceso) el cual, cuando es aprobado por el juez del conocimiento debe tomar el nombre de acuerdo o pacto.³

Así mismo, el preacuerdo tiene una relación directa con el desarrollo de la negociación, que dentro del espectro jurídico y filosófico colombiano puede ser entendido como “el espacio de encuentro pacífico y civilizado de víctima, victimario y fiscal, que llevará a la terminación o mantenimiento sensato y justo del juzgamiento”.⁴

Por regla legal y general, la Fiscalía se arroga la facultad de “administrar” los preacuerdos con el imputado o acusado y, así, una terminación pronta y anormal del proceso. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

³ R. GÓMEZ y F. CASTRO, *Preacuerdos y negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano*. Documento de trabajo (Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2009).

⁴ Alejandro GARZÓN, César A. Londoño y Gloria Martínez, *Negociaciones y preacuerdos* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007).

(i) la existencia de estas figuras no vulnera, *per se*, el derecho fundamental al debido proceso; (ii) el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible; (iii) a los hechos invocados en su alegación conclusiva, el fiscal no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente; (iv) la intervención de las víctimas en los acuerdos y preacuerdos debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema penal de tendencia acusatoria; (v) no existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la Fiscalía, situación que debe ser tenida en cuenta en materia de preacuerdos; (vi) si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa, tiene derecho a ser oída e informada acerca de su celebración; (vii) en la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima; y (viii) en determinados casos, el legislador puede restringir o incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos (Sentencia C-059, 2010).

Así también ha indicado:

38. Los preacuerdos son mecanismos judiciales para la terminación anticipada del proceso penal que constituyen verdaderas formas de negociación entre el fiscal y el procesado, respecto de los cargos y sus consecuencias punitivas. Son una vía judicial encaminada a la simplificación de los procesos mediante la supresión parcial o total del debate probatorio y argumentativo como producto del consenso entre las partes del proceso. Estas negociaciones no implican una renuncia al poder punitivo del Estado, pues justamente *“el propósito de resolver de manera más expedita el conflicto penal mediante la aceptación, por parte del imputado o acusado de hechos que tengan relevancia frente a la ley penal [...] a cambio de un tratamiento jurídico y punitivo menos severo por parte del órgano jurisdiccional”*. (SU-479 de 2019)

De acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional, el acuerdo o la negociación implica que el acusado reconozca su responsabilidad penal, además de la existencia de un fundamento fáctico y probatorio con base en el cual se produce el acuerdo. A su vez compromete la renuncia del imputado, de forma libre y voluntaria al juicio público, oral, concentrado y contradictorio.

Una vez el acuerdo ha sido objeto de aprobación, se llevará a cabo la convocatoria de la audiencia para emitir el fallo correspondiente, a través del cual se efectúa una terminación anticipada del proceso.

Preacuerdos y aceptación jurídica de la culpabilidad

Relación entre preacuerdo y culpabilidad: antes de hacer un recorrido por la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como internacional, es importante hacer un análisis de la relación entre preacuerdo y culpabilidad, y sentar las bases del control jurisdiccional que debe elaborar el juez sobre la negociación celebrada entre el procesado y el ente acusador. Para ello, es necesario recordar que la línea de tiempo y las fases que impone el proceso penal busca en todo momento la economía y celeridad procesal bajo la protección garantista de los derechos fundamentales. Quintero⁵ en su estudio comparativo de la justicia penal negociada refiere que la diferencia fundamental entre las aceptaciones de culpabilidad y preacuerdos, reside en que las primeras se dan en etapas determinadas del proceso (audiencia de imputación, audiencia preparatoria y audiencia de juicio oral) y para su introducción se requiere la manifestación unilateral del procesado de su deseo de aceptar cargos, definiéndose la pena concreta a imponer por parte del juez de conocimiento. Por su parte, la posibilidad de suscribir preacuerdos se da en un rango de tiempo más amplio, desde antes de la formulación de imputación hasta el interrogatorio del procesado en el juicio oral, y tiene como característica definitoria que además de la aceptación de los cargos del procesado se requiere la participación y aceptación de la fiscalía para que el mismo sea procedente.⁶

Tanto en uno como en otro caso, *prima facie* el papel protagónico de esta forma anticipada y anormal del proceso se encuentra en cabeza del imputado o acusado y la Fiscalía General de la Nación; sin embargo, como se ha mencionado desde el comienzo de este escrito, al ser el sistema penal colombiano de partes, tanto víctima como juez acuden el proceso de forma activa y no como espectadores del mismo. Este último es quien garantiza que las aceptaciones y preacuerdos cumplan no solo con las condiciones taxativas que se encuentran en la directiva 010 del 10 de noviembre de 2023 de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se fijaron las directrices para la celebración de preacuerdos y negociaciones entre

⁵ Camilo QUINTERO, *La justicia penal negociada en Estados Unidos y Colombia: Estudio comparado desde una perspectiva de cultura jurídica* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2013).

⁶ Camilo QUINTERO, *La justicia penal negociada en Estados Unidos y Colombia: Estudio comparado desde una perspectiva de cultura jurídica* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2013).

la Fiscalía y el imputado o acusado, sino que también debe velar porque esté ajustado a derecho conforme la información fáctica y probatoria que se encuentra dentro del proceso, y así evitar la vulneración de garantías y derechos fundamentales.

Esto se hace aún *más exigible cuando le* aceptación de culpabilidad, si bien contiene unos requisitos jurídicos para su configuración, y que a la luz de la norma procesal penal implican la declaración libre, voluntaria y espontánea del procesado, y de la debida información de las consecuencias jurídicas de la decisión y asesoría del defensor, no está exento de yerro por todas las variables subjetivas que presionan e influyen en un determinado estado procesal.

Evolución dogmática y jurisprudencial de los preacuerdos

Antecedentes internacionales y nacionales de los preacuerdos y las negociaciones: Es imprescindible advertir desde el comienzo que todas las actuaciones procesales de nuestro actual sistema penal provienen de una larga tradición política y social para impartir justicia, en donde el derecho de defensa y uno de sus iniciales y más importantes gestos como es el del guardar silencio, recae en la “representación” de un abogado. En este sentido, la influencia del derecho anglosajón está caracterizado, precisamente, por la influencia de tres elementos que, a la postre, se recogerán en los principios y procedimientos penales que marcan el proceso penal colombiano y latinoamericano: la carga de producción probatoria, el criterio de persuasión probatoria y la intervención del acusado con asesoramiento⁷ y cuya obligación funcional está en cabeza de un fiscal o del Ministerio Público. La evolución del derecho penal anglosajón parte de una defensa propia sin intermediación de profesional alguno. No obstante, el formalismo procesal penal obligó la intercesión de un abogado que garantizara tanto los intereses como los derechos del procesado desde el primer momento, para que en etapas posteriores pudiera hacer uso de la defensa en virtud de los tres elementos mencionados con anterioridad.

Bajo esta lógica adversarial, Estados Unidos, país que recoge el pensamiento procesal del *common law*, contempla la negociación de la declaratoria de

⁷ Óscar GUERRERO, “El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, II (2006). www.juridicas.unam.mx: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r08047-19.pdf

culpabilidad o preacuerdos como “el resultado de negociaciones entre el fiscal y el abogado defensor en un proceso llamado *plea bargaining*, en el que se pacta un acuerdo de declaración de culpabilidad o *plea bargain*”.⁸ Tal acuerdo, implica que el acusado, por intermedio del abogado, convenga la aceptación de cargos ante el fiscal del caso para que este retire uno o más cargos por los cuales se le investiga o para que no se oponga a la sugerencia que la defensa pueda hacer ante el juez sobre el contenido de la sentencia.

Por su parte, el proceso penal continental ha tenido un viraje significativo, puesto que el poder investigador del juez en la fase de averiguación o sumarial, característico del modelo inquisitivo, cada vez se ha limitado hasta llevarlo al rol “ideal” del modelo anglosajón o de árbitro y en donde la instrucción del proceso se deja en cabeza del Ministerio Público.⁹ No es difícil entrever y recordar la figura arbitraria que la inquisición influyó en el proceso penal continental, en virtud del cual los poderes de investigación y juzgamiento recaían en una sola persona. Es por ello que, en Alemania, tras la Segunda Guerra Mundial y, concretamente, de los juicios de Núremberg “se renovó la discusión por una reforma del proceso penal y particularmente de la fase oral, según los modelos del derecho angloamericano”¹⁰, gracias a la forma simplificada y directa de llevar los procesos penales. No obstante, tal discusión no estaba ausente de cuestionamientos tales como el papel pasivo tanto del acusado como del juez, dejando en cabeza del Ministerio Público y de la defensa toda la discusión probatoria y legal del caso. Estos cuestionamientos giraban en torno a que el modelo anglosajón no buscaba la verdad material, sino que lo caracterizaba un proceso de partes.

Frente a la figura de justicia negociada, la corriente continental no solo se enfrenta a la mixtura del proceso, sino, también, a la acumulación de procesos, largos periodos de tiempo para una decisión judicial y altos costos de funcionamiento, ante lo cual le sobrevienen cuestionamientos al interior del sistema bajo la argumentación de la desnaturalización del proceso penal, ya que carece de las herramientas jurídicas necesarias para evitar el abuso del poder judicial, y puesto que se afecta de manera

⁸ OEA. *Guía sobre los procesos penales en Estados Unidos*. https://www.oas.org/juridico/mla/sp/usa/sp_usa-int-desc-guide.pdf

⁹ Over H. SERRANO y David GARCÍA, “Evolución del sistema penal acusatorio en el marco del derecho germano, anglosajón y colombiano”, *Misión Jurídica*, n.º. 1 (2008): 91-108.

¹⁰ GUERRERO, “El difícil encuentro entre...”.

directa una de las principales conquistas y garantías jurídicas como lo es la presunción de inocencia.¹¹

El ordenamiento jurídico colombiano, al incorporar una mixtura procesal penal a través de la Ley 906 de 2004 y al amparo de la protección garantista de la Constitución de 1991, contempla un tratamiento inquisitivo y anglosajón de las negociaciones y de los preacuerdos.

Inquisitivo porque el sujeto pasivo del procedimiento penal se somete a la propuesta de un ente perseguidor de conductas punibles con calidad de órgano oficial, encarnándose una material desigualdad entre los sujetos jurídicos que ligan la relación procesal. Inquisitivo porque el reconocimiento de culpabilidad por parte del imputado no da lugar a discusión alguna, acepta una oferta unilateral del Estado persecutor sin que se pueda entrar a discutir en pie de igualdad las condiciones que debe tener la consecuencia jurídico penal. Acusatorio porque las partes pueden definir la situación conflictual que alteró las dimensiones dinámicas de la sociedad, en tanto, en un aparente plano de igualdad, debaten las consecuencias jurídicas de la acción lesiva de intereses jurídicos, penalmente tutelados, disponiendo uno y otro, sin ofrecer justificaciones con necesidad y suficiencia jurídica al controlador de la negociación.¹²

Por lo anterior, frente a la situación en la que los procesados no cuentan con una defensa técnica adecuada, ante la posibilidad de una condena, la gran acumulación de procesos con la que cuenta el operador judicial, la congestión social y judicial que demandan pronta justicia y la tentadora propuesta de un acuerdo favorable hacia el procesado, todo al amparo de los principios de celeridad y economía procesal, la jurisprudencia ha marcado una posición sobre el ejercicio activo del juez para evitar el desconocimiento de derechos y garantías fundamentales. De acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional, el acuerdo o la negociación implica que el acusado reconozca su responsabilidad penal, además de la existencia de un fundamento fáctico y probatorio con base en el cual se produce el acuerdo. A su vez compromete la renuncia del imputado, de forma libre y voluntaria al juicio público, oral, concentrado y contradictorio.

La jurisprudencia colombiana y los preacuerdos: la figura de las negociaciones y de los preacuerdos ha sido objeto de amplio debate en la jurisprudencia colombiana. Ello es natural en virtud de la influencia jurídica

¹¹ *Idem.*

¹² GARZÓN, *Negociaciones y preacuerdos.*

de nuestro sistema penal en el que el operador judicial se encuentra en el medio de principios jurídicos de imparcialidad y garante de derechos fundamentales. Sin embargo, la evolución jurisprudencial permite observar una posición frente al rol del juez, ante las negociaciones celebradas entre la Fiscalía y el imputado o acusado. A continuación se relacionan unas sentencias que permiten identificar el trasegar de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con los preacuerdos:

- a. Sentencia 24052 del 14 de marzo de 2006. En esta sentencia se afirma que en virtud de los acuerdos que se lleguen a efectuar, aun con ocasión del allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación, cabe la posibilidad de convenir tanto la disminución de pena por dicha causa, como las consecuencias de los hechos imputados, es decir, un posible reconocimiento de prisión domiciliaria o de la suspensión de la ejecución de la pena.
- b. Radicado 27218 del 16 de mayo de 2007. La admisión de cargos y los preacuerdos logrados entre la Fiscalía y el acusado son vinculantes para las partes y el juez, a quien se le impone la carga de proferir sentencia conforme lo acordado o admitido, siempre y cuando no surja manifiesta la lesión a garantías fundamentales.
- c. Radicado 30299 del 17 de septiembre de 2008. El tema objeto de debate era determinar si el artículo 199 del código de infancia y adolescencia, al hacer referencia a la prohibición de rebaja por preacuerdo o negociación, implicaba además las aceptaciones unilaterales de cargos. La respuesta fue afirmativa, puesto que el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 recoge las modalidades de acuerdos, y también se encuentran incluidas las aceptaciones de cargos.
- d. Sentencia T-794 de 2008. En esta sentencia de tutela, la Corte Constitucional declaró que no existía posibilidad alguna de llevar a cabo acuerdos, al tratarse de casos sobre delitos sexuales efectuados en contra de menores de edad. Ello con fundamento en la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) cuyo contenido se ajusta a los instrumentos internacionales en materia de protección a niños, niñas y adolescentes.
- e. Sentencia C-738 del 23 de julio de 2008. En dicho fallo, la Corte Constitucional consideró que no resulta procedente la extinción

de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad consagrado en el artículo 324 (numeral 8) del Código de Procedimiento Penal, en casos en que el sujeto pasivo de la conducta punible sea un menor de edad. En tal sentencia, la Corte señala la prevalencia que ostentan los derechos de los menores, como también la importancia que reviste al desarrollo del principio del interés superior del niño.

- f. Radicado 39892 del 6 de febrero de 2013. La jurisprudencia trazó una línea de pensamiento, conforme a la cual la acusación (que incluye los allanamientos y preacuerdos que se asimilan a ella) estructura un acto de parte que compete, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía, y desde donde deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el juez, las partes ni los intervinientes, con la salvedad de que los dos últimos pueden formular observaciones en los términos del artículo 339 procesal.

Lo anterior, porque la sanción para una acusación mal planteada y sustentada, como sucede con cualquier acto de parte, está dada porque al finalizar el juicio la misma no habrá de prosperar. En esas condiciones, la adecuación típica que la Fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, por regla general, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes.

- g. Sentencia de Unificación de tutelas 479 de 15 de octubre de 2019, Corte Constitucional. En un fallo que permite definir el contenido del derecho fundamental al debido proceso en materia de tutelas contra providencias judiciales que revisan preacuerdos, la Corte Constitucional se identifica con la línea jurisprudencial de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual los fiscales delegados son los primeros llamados a acatar los límites impuestos para la celebración de preacuerdos (Sala de Casación Penal, SP-594-2019), por lo que su discrecionalidad para negociar es reglada (Sentencia de Casación Penal, Rad. 31280, 8 de julio de 2009), pues el empleo de este mecanismo judicial se encuentra sometido al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional y la Ley 906 de 2004. Sostuvo entonces la Corte Suprema:

...las diversas formas de terminación anticipada de la actuación penal están sujetas al concepto de “discrecionalidad reglada”, orientado a lograr un punto de equilibrio entre el margen de maniobrabilidad que debe tener la Fiscalía y la materialización, entre otros, de los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como la evitación de la arbitrariedad en el ejercicio de la acción penal.

Así, por ejemplo, observa la Corte Constitucional que los fiscales delegados, en aplicación de la normativa de preacuerdos y las subreglas planteadas en la Sentencia C-1260 de 2005, deberán considerar que la calificación jurídica resultante de un preacuerdo debe atender, de forma estricta, los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la imputación. De modo que, si bien los fiscales tienen cierto margen de apreciación para hacer una imputación menos gravosa, dado que su labor es de adecuación típica, deberán obrar de acuerdo con los hechos del proceso.

Por esta razón, al verificar el cumplimiento y respeto de los límites sustantivos que existen en la ley, la jurisprudencia y la Constitución Política, para la celebración de preacuerdos, el juez penal de conocimiento realiza un control de legalidad que no es meramente formal. El control del juez se extiende a la verificación de que no se transgredan principios constitucionales y derechos fundamentales, dado que la misma Ley 906 de 2004 dejó en claro que los preacuerdos debían respetar *las garantías fundamentales, entendidas como el principio de legalidad y demás principios constitucionales; los derechos fundamentales de las partes intervinientes; y los fines del artículo 348 del estatuto procesal penal*. Este deber del juez de verificar el cumplimiento de los requisitos legales por parte del fiscal encuentra respaldo, incluso, en la primera postura que, pese a rechazar cualquier posibilidad de control material, sostiene que “*al juez si (sic) le corresponde, en desarrollo de los actos propios de dirección de la audiencia, constatar que las actuaciones de la Fiscalía cumplen los requisitos establecidos en la ley*” (SP384-2019 de 13 de febrero de 2019).

Todo lo anterior permitió a la Sala plena de la Corte Constitucional concluir que, si bien no hay doctrina pacífica en la Corte Suprema de Justicia, sobre el alcance de estas facultades, sí puede sostenerse

que (i) la facultad discrecional de los fiscales delegados para preacordar es reglada y se encuentra limitada, y que (ii) los jueces de conocimiento no están obligados a aceptar el preacuerdo sin importar los términos en que fue pactado el mismo; por el contrario, están llamados a constatar que tales límites hayan sido respetados por el ente acusador al momento de negociar. No obstante, aclaró que el tipo de análisis que le compete realizar a los jueces penales de conocimiento es un control de límites constitucionales y legales de los preacuerdos, no un control pleno e ilimitado, que, sin duda, desnaturalizaría esta institución de la justicia negociada y amenazaría la imparcialidad judicial propia del sistema penal acusatorio colombiano.

Así, también indicó que el control que realizan los jueces de conocimiento de los preacuerdos, a diferencia de lo dispuesto por algunas sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Radicado 39886, 13 de octubre de 2013), no se advierte incompatible con el papel imparcial que corresponde al juez en un modelo acusatorio. La posibilidad de que el juez penal realice control material obedece, principalmente, a su calidad de juez constitucional. Además, lo anterior no impide que tanto la activación como el impulso de la pretensión punitiva estatal continúen, exclusivamente, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, en quien, según la Constitución y la ley, recae el deber de acusar o presentar preacuerdos ante los jueces de conocimiento (artículos 250.4 de la CN y 336 y 339, inciso 2º del CPP).

Y de otro lado, en torno a los preacuerdos que incluyen una circunstancia de marginalidad y pobreza no presente en los hechos del proceso, acoge la Alta Corporación la línea interpretativa de la Corte Suprema de Justicia, que exige un mínimo de prueba de las circunstancias de menor punibilidad, pues resulta ser la que se ajusta a la *ratio decidendi* de la Sentencia C-1260 de 2005 de esa Corporación. Conforme a esta sentencia, que constituye cosa juzgada constitucional, el Fiscal no podrá seleccionar libremente o modificar el tipo penal correspondiente, sino que deberá obrar de acuerdo con los *hechos del proceso*. Para la Corte Constitucional ello indica, sin duda alguna, que para el reconocimiento de las

circunstancias del artículo 56 del CP, al celebrarse preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel tampoco tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, “pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso”. Por esta razón, se concluye que *un preacuerdo en el que el fiscal reconoce circunstancias atenuantes de responsabilidad como la marginalidad, la ignorancia o la pobreza extrema (artículo 56 del CP), las cuales no encuentran respaldo en los hechos del proceso, implica en sí mismo una modificación del tipo penal, conducta que contraría la cosa juzgada contenida en la Sentencia C-1260 de 2005.*

A partir de lo anterior, la Corte resalta que ese deber de los fiscales delegados de someter los términos del preacuerdo estrictamente a los fundamentos jurídicos y fácticos contenidos en la imputación (Sentencia C-1260 de 2005), no solamente garantiza que el imputado o procesado no se va a beneficiar eventualmente de circunstancias que no fueron respaldadas por ninguna evidencia al interior del proceso, sino que también asegura que, de estar completamente probada determinada circunstancia, el juez no profiera una sentencia condenatoria pese a la alegación de culpabilidad del procesado, pues se verían vulneradas sus garantías fundamentales.

- h. Radicado 52227, de 24 de junio de 2020. La Corte señaló que los preacuerdos no pueden quebrantar la debida subsunción del comportamiento investigado ni reconocer diminuentes punitivas inexistentes, según el estudio de la Corte Constitucional en Sentencia SU-479 de 2019. Tampoco pueden eludir las prohibiciones legales de beneficios, tratándose de ciertos delitos, como sería, por ejemplo, permitiendo la concesión de subrogados penales a raíz de cambios en el *nomen iuris*. Comoquiera que los preacuerdos están sujetos a la tipicidad estricta, se estableció que la variación en la calificación jurídica realizada por la Fiscalía sin base fáctica —como producto de una negociación—, solo tiene efectos punitivos, a fin de evitar concesiones desproporcionadas. Para los subrogados, el precedente enfatizó que el convenio tiene que ser claro frente a su viabilidad, con miras a prevenir debates ulte-

riosos sobre el punto. Postura reiterada en las radicaciones CSJ AP 3211-2020, Rad. 54087, CSJ SP 359-2022, Rad. 54535 y CSJ AP 2834-2023, Rad. 63503.

- i. Radicado 50659 de 8 de julio de 2020, en la que fijó la Sala de Casación penal los parámetros por evaluar en los acuerdos, en los que se respetan los hechos jurídicamente relevantes, la adecuación típica se identifica con estos, y la alusión a normas penales favorables al procesado tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja, así: (i) las partes *no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde*, (ii) v. gr., el autor es condenado como tal y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica–; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde *solo se orienta a establecer el monto de la pena*, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo–; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, que habrá de fijarse conforme a los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico, orientados a que estas formas de terminación de la acción penal no afecten el prestigio de la administración de justicia, y en general, se ajusten al marco constitucional y legal según las reglas analizadas por la Corte, a título enunciativo:

...(i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios. y (vi) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.

- j. Radicado 58316 de 21 de octubre de 2020, en la cual señaló la Corte Suprema de Justicia que se aplican al preacuerdo consis-

tente en aceptación de cargos, las proporciones de rebaja punitiva permitidas para la manifestación de allanamiento a cargos (hasta la mitad desde la imputación y hasta antes de la acusación, de hasta la tercera parte desde la presentación del escrito de acusación y hasta antes de ser interrogado en juicio el procesado), y precisa que, si las partes no fijan el monto de la pena preacordada, corresponderá al juez tasarla mediante el sistema de cuartos.

- k. Radicado 58887 de 6 marzo de 2024, que hace énfasis en el cambio de jurisprudencia de la Sala de casación penal respecto del control formal y material a los preacuerdos en cabeza del juez y el respeto por la favorabilidad del precedente cuando el preacuerdo fue suscrito antes de ese giro jurisprudencial.

Debe además resaltarse que hay reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, reafirmando las obligaciones que las partes tienen en el proceso, máxime en relación con la figura de los preacuerdos cuando se encuentran involucrados niños, niñas y adolescentes, y en los que hace un llamado para que el uso de esta institución jurídica busque la verdad material y no el beneficio de partes. Menciona la Corte:

La lectura literal del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006 permite evidenciar la contradicción entre esta norma y el preacuerdo realizado, lo cual se justifica, según el sujeto pasivo de este caso, en que el alcance de esta disposición se restringe a aquellos casos en los cuales se negocie en el preacuerdo la rebaja de la pena, pero no cuando se cambie el nomen iuris y, como consecuencia, se genere dicha rebaja.

Esta interpretación y aplicación del mencionado artículo es contraria a la prohibición de realizar preacuerdos ante delitos que comprometan la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra menores de edad, la cual incluye las posibilidades negociación señaladas en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004, entre las que se encuentra el cambio de tipo penal. En esa medida, se exige la aplicación taxativa de la Ley que prohíbe la realización de preacuerdos ante elementos fácticos como los que se presentan en este caso.

La Sala debe recordar que, eventualmente, los funcionarios públicos, Jueces y Fiscales, pueden dejar de aplicar el sentido literal de una disposición legal cuando resulte contraria a la Constitución Política (artículo 4º CP), pero no cuando conlleva un desconocimiento de la Carta. La independencia y autonomía de los jueces “es para aplicar las normas, no

para dejar de aplicar la Constitución (artículo 230 de la C.P.). Un juez no puede invocar su independencia para eludir el imperio de la ley, y mucho menos para no aplicar la ley de leyes, la norma suprema que es la Constitución (...)” . En relación con el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), se advierte que en virtud del interés superior del menor y del artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, debió garantizar la protección de los derechos fundamentales comprometidos. En este sentido, se destaca que el juez de conocimiento tenía la obligación de respetar los derechos fundamentales de todas las partes del proceso penal y, en especial, de la menor de edad, por las condiciones de vulnerabilidad a las que se encontraba expuesta. Se recuerda que “corresponde a los funcionarios judiciales que intervienen en la investigación y juzgamiento de conductas contra la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes desplegar todos los recursos y medios disponibles a efectos de establecer la verdad, realizar un investigación integral y oportuna de los hechos que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial o de oficio, cuidando en la actividad de recaudo probatorio de atender siempre al interés superior del menor y el respeto a su dignidad humana, evitando cualquier acto que conduzca a su revictimización (Sentencia T-448, 2018).

Como se observa, la postura de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional es la salvaguarda de las funciones e independencia de los funcionarios judiciales en relación con, por un lado, la celebración de acuerdos y negociaciones ajustados fáctica y jurídicamente y, por el otro, a la garantía de derechos fundamentales por parte de los jueces a la luz de los elementos probatorios allegados por el ente investigador, sin que haya injerencia en las atribuciones de la fiscalía.

El rol del juez de conocimiento frente a los preacuerdos

La adopción de un sistema procesal de tendencia acusatoria en la legislación penal colombiana modificó la participación o rol de cada uno de los sujetos procesales de la acción penal, definiendo claramente las competencias de cada uno de ellos y acabando con la dualidad de funciones que otorgaba la Ley 600 del 2000, donde la Fiscalía era un investigador con funciones jurisdiccionales y el juez era un juzgador con funciones investigativas. La Ley 906 del 2004 marcó una diferencia y una delimitación en las funciones donde el Fiscal es eminentemente investigador y los jueces se limitan a juzgar con una prohibición absoluta de vocación probatoria.

Por ser un sistema de justicia rogada y de carácter adversarial, Fiscalía y defensa adquieren el carácter de parte, y los jueces, en especial el de conocimiento, limitan su función a resolver las pretensiones que dichas partes le presenten, sin que pueda tener injerencia alguna en la labor de estos.

La Fiscalía, como dueña de la acción penal, es la que decide la suerte de dicha acción, pues solo ella y nadie más que ella decide si se formula imputación o no, si se presenta acusación o no y se pide condena o absolución, sin que ninguna otra parte, interviniente o juez, pueda intervenir o influenciar en estas decisiones, las cuales son exclusivas y excluyentes del fiscal, pues así lo dispone el artículo 250 de la Constitución Nacional y la filosofía propia de los sistemas acusatorios.

A partir de esta premisa tiene lugar la discusión jurisprudencial y doctrinal sobre los alcances y límites que tiene la Fiscalía para negociar, y sobre la facultad del juez de conocimiento para controlar dicho alcance, al respecto se han presentado en la praxis judicial dos posturas totalmente antagónicas. La primera de ellas, que aboga por una función activa y propositiva del juez de conocimiento al momento de verificar la legalidad de los preacuerdos, postura sustentada bajo el principio de estricta legalidad, y, la segunda, que prohíbe tajantemente cualquier intervención o control material por parte del juez frente al preacuerdo que se presente limitando su papel a simplemente verificar que el preacuerdo no lesione groseramente derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes, como pasamos a evidenciar:

Primera Postura: Principio de legalidad. La Corte Constitucional en la Sentencia C-1260 de 05 de diciembre de 2005 manifestó:

... la facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor. En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que

... tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente (Sentencia C-1260, 2005).

Así mismo, en la Sentencia C-059 del 03 de febrero de 2010 ha considerado en materia de acuerdos y preacuerdos lo siguiente:

... (i) la existencia de estas figuras no vulnera, per se, el derecho fundamental al debido proceso; (ii) el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible; (iii) a los hechos invocados en su alegación conclusiva, el fiscal no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente; (iv) la intervención de las víctimas en los acuerdos y preacuerdos debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema penal de tendencia acusatoria; (v) no existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la Fiscalía, situación que debe ser tenida en cuenta en materia de preacuerdos; (vi) si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa, tiene derecho a ser oída e informada acerca de su celebración; (vii) en la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima; y (viii) en determinados casos, el legislador puede restringir o incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos (Sentencia C-059, 2010).

Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia así se pronunció en el radicado 24.764 del 01 de junio de 2006:

El límite sobre el cual ha de realizarse la transacción que para el preacuerdo permite el artículo 350 del C de P.P., no es otro que el de la tipicidad estricta, esto es, la calificación jurídica que le corresponde a la conducta óntica. Si la tipicidad adolece de algún error, el fiscal unilateralmente puede ajustarla, pero siempre conforme a derecho, pues no puede considerarse como parte de la justicia premial la tipificación arbitraria de la conducta, de darse este último supuesto el operador de justicia debe ejercer control material en el ámbito legal con trascendencia en el orden constitucional (Radicado 24764, 2006).

De la misma forma, en los radicados 28.872 del 15 de julio de 2008 y 31.280 del 08 de julio de 2009 sobre el tema puntualizó:

No obstante, respecto de la admisión de cargos, se ha advertido que el juez debe controlar no solo la legalidad del acto de aceptación, sino igual la de los delitos y de las penas, en el entendido de que esta estructura un derecho fundamental, enmarcado dentro del concepto genérico del debido proceso a que se refiere el artículo 29 constitucional. Por tanto, de resultar manifiesto que la adecuación típica fractura el principio de legalidad, el juez se encuentra habilitado para intervenir, pues en tal supuesto la admisión de responsabilidad se torna en simplemente formal, frente a esa trasgresión de derechos y garantías superiores (Radicado 28872, 2008).

Posteriormente en Radicado 38.146 del 18 de abril de 2012, sin una sola disidencia la Sala dijo:

... los preacuerdos y negociaciones integran un componente importante de la justicia consensuada, que no es más que el desarrollo de una política criminal que, al igual que la conciliación, y los allanamientos, se encamina a dar solución a conflictos que derivan de la comisión de conductas punibles a partir del consenso o acuerdo entre el ente titular de la acción penal o entre los particulares involucrados, lo cual implica cesión, concesión o renuncia de derechos, todo ello en aras de una justicia pragmática pero igualmente eficiente.

Sin embargo, hay que insistir en que el avance hacia una justicia más ágil y eficaz no comparte el sacrificio de derechos y garantías fundamentales, pues el eficientismo no puede conllevar a una mayor injusticia social. En este contexto, todo acuerdo entre la Fiscalía y el imputado o acusado, debe ser sometido a un tamiz crítico que impone la constatación de que tales acuerdos no desconozcan los fines constitucionales del proceso como garantía de una tutela judicial efectiva de los derechos y la prevalencia de la justicia material (art. 351, inciso 4, Ley 906 de 2004).

La norma referida anteriormente al tratar el tema de los preacuerdos preceptúa: “También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo”.

En el evento que se estudia, no aparece claro cuál fue el objeto de la negociación o preacuerdo, si como se evidencia todo se concretó a la aceptación plena y sin objeción alguna de los cargos, tal como fueron imputados, pues se hace referencia en el acta correspondiente a que el objeto del preacuerdo es la pena imponible y sus consecuencias con una rebaja de pena de la mitad, lo cual le permitió al Fiscal proceder a dosificar las penas, habiendo

sido aceptadas por el imputado, y a ello se concreta el acuerdo, pero, una interpretación del preacuerdo tal como fue redactado y suscrito por las partes, conlleva a concluir que efectivamente se hizo un pacto en el cual, el procesado se acogió a los cargos en la forma como le fueron formulados en la imputación, y negoció una determinada cantidad de rebaja punitiva.

Sin embargo, como más adelante se determinará, la Fiscalía equivoca la imputación jurídica en cuanto tiene que ver con los hechos constitutivos de abuso de la función pública o de prevaricato. El asunto que tiene que ver con la nominación jurídica de los hechos bien podía ser materia de negociación, esto es, en cuanto el Fiscal en ejercicio de sus atribuciones y competencia bien podía negociar con la defensa, la variación de la calificación de los hechos, reduciéndola al delito de menor entidad punitiva, para el caso, de prevaricato a abuso de función pública; no obstante, ello implicaba una estipulación expresa de tal acuerdo, por cuanto, esa especie de acuerdos, tiene consecuencias expresas en tanto, como lo señala la norma, si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, ésta será la única rebaja compensatoria. Dicho en otras palabras, si la negociación implicaba que la imputación se haría por abuso de función pública y no por prevaricato, debía entenderse que como de la calificación de los hechos la pena imponible se reducía, tal sería entonces la rebaja compensatoria. Estos aspectos debieron ser tratados con claridad en el preacuerdo.

Si como se estableció anteriormente el Juez está llamado a constatar que no se vulneren garantías fundamentales y el principio de legalidad es una de ella, acierta el Tribunal al reclamar claridad sobre la adecuación típica de la conducta que se pretende encuadrar en el tipo penal de abuso de función pública (Radicado 38146, 2012).

Luego, en fallo de tutela 73.555 del 20 de mayo de 2014, esa misma Sala manifestó:

Se debe respetar la iniciativa de la Fiscalía en la imputación en lo que atañe al supuesto fáctico, así como las actuaciones que sobrevengan como consecuencia de ello, por tanto comunicados los hechos y la atribución jurídica, sobre ésta última excepcionalmente el juez hará control material para restablecer garantías constitucionales groseramente desconocidas, como cuando se vulnera la estricta tipicidad en un allanamiento o preacuerdo o en un juicio ordinario en el que un error en el nomen iuris conlleva a una solución absurda y por ende agravia en sus garantías a partes o intervinientes, verbigracia se expresan pretensiones por estafa cuando indis-

tiblemente se trata de un peculado o se pide condena por concierto para delinquir en situaciones exclusivas de una rebelión, o arbitrariamente se desconoce una circunstancia de agravación, etc.

El preacuerdo o el allanamiento es ineficaz, no es oponible jurídicamente, cuando no satisface los presupuestos a los que se viene haciendo referencia, su quebrantamiento conlleva no solamente un consentimiento viciado sino también el desconocimiento de otros derechos fundamentales.

La condición del Fiscal de ser el titular de la acción penal cierra toda posibilidad para que el juez pueda desconocer la comunicación fáctica que hace en la audiencia de formulación de imputación, pero las actuaciones posteriores a esa situación no se rigen por la misma regla limitante, opera el control jurisdiccional material en pro de las garantías de todos los sujetos vinculados a la relación procesal.

En el sistema acusatorio el control material del juez a la actuación de la fiscalía es un deber constitucional, específicamente en lo que atañe a la estricta tipicidad, así fue impuesto por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad de obligatorio acatamiento a decir del artículo 243 de la Ley 270 de 1996. Ese ya no es un asunto polémico, complejo y discutible, su alcance ya está definido a través de sentencias de exequibilidad que no pueden ser desatendidas, pues en tales decisiones no se advierte un defecto orgánico (Radicado 74556, 2014).

Segunda postura: Autonomía de la Fiscalía. Si bien es cierto, desde la entrada en vigencia del sistema de tendencia acusatoria, bajo los lineamientos de la Ley 906 del 2004, quedó claramente definido que la Fiscalía era la titular de la acción penal y, por ende, tenía la facultad constitucional de disponer del destino de la acción penal. Vimos en el acápite anterior cómo la jurisprudencia permitía que los jueces ejercieran un control a dicha potestad aplicando un control material no solo a los términos de la acusación, sino también a los términos de los preacuerdos cuando estaba claro que estos eran el resultado de los acercamientos entre las partes (Fiscalía y Defensa), donde al juez solo le estaba permitido controlar el desconocimiento de garantías fundamentales.

Fue a partir del año 2013, cuando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dio un viraje frente a esta potestad de los jueces, prohibiendo de forma tajante la injerencia de estos en los alcances del preacuerdo, y fijando una autonomía casi que absoluta en la Fiscalía General de la Nación para acordar libremente con la defensa los términos del

preacuerdo, tal y como pasamos a demostrar en el siguiente análisis jurisprudencial:

... la jurisprudencia ha trazado una línea de pensamiento, conforme con la cual la acusación (que incluye los allanamientos y preacuerdos que se asimilan a ella) estructura un acto de parte que compete, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía, desde donde deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el juez, las partes ni los intervinientes, con la salvedad de que los dos últimos pueden formular observaciones en los términos del artículo 339 procesal.

Lo anterior, porque la sanción para una acusación mal planteada y sustentada, como sucede con cualquier acto de parte, está dada porque al finalizar el juicio la misma no habrá de prosperar.

En esas condiciones, la adecuación típica que la Fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, por regla general, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes... (Casación 38892, 2013).

Así mismo, en la Sentencia 37951 del 19 de junio de 2013 señaló:

... de suerte que, una vez definida la formulación de los hechos jurídicamente relevantes por parte de la Fiscalía y particularmente cuando han sido aceptados por el imputado, no tiene cabida en el modelo acusatorio que el juez se ocupe de aquello que no le compete. Por tanto, cuando invalida la imputación para que en su lugar sea complementada como en su opinión corresponde, está, nada menos, que controlando materialmente la acusación.

Lo anterior, porque es a la Fiscalía en un sistema de adversarios a quien compete agotar una investigación idónea y postular la pretensión punitiva adecuada con la que se espera restablecer el equilibrio quebrantado con la comisión del delito, esa es su función en la arquitectura del modelo. La defensa es la llamada a oponerse a tal designio y, por ello, ambos constituyen los únicos legitimados para actuar en el proceso... (Sentencia 37951, 2013).

Posteriormente, en la Sentencia 38886 del 16 de octubre de 2013, la Sala dijo:

... Así las cosas, el juez no cuestiona materialmente el contenido de la acusación, esto es, si es completo, si en ella se excluyen o dejan de incluirse delitos, o circunstancias con consecuencias punitivas, dado que es la Fiscalía la llamada a determinar el tipo de conductas y cuáles deben hacer parte de la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal –atendiendo las reglas contenidas en el ordenamiento positivo–, cuáles van a investigarse en uno y cuáles en otro proceso, cuáles imputa a tales procesados, etcétera;

porque siendo la titular de la acción penal, de la acusación y de la prueba, es la gerente de su condición de parte... (Sentencia 38886, 2013).

En decisión de Casación 42184 del 15 de octubre de 2014, sobre la autonomía de los fiscales en los términos de la acusación y los preacuerdos, la Sala concluyó:

... de lo anotado, varias conclusiones básicas surgen:

1. El Fiscal goza de plena autonomía para aceptar o no negociar, y en procura de lograr el acuerdo debe citar a la víctima, pero lo expresado por esta no tiene carácter obligacional, ni puede impedir la presentación de lo pactado.
2. La Fiscalía cuenta con varias posibilidades o formas de modular el acuerdo, pero no puede, en curso del mismo, violentar la presunción de inocencia, razón por la que debe contar con un mínimo suasorio que permita inferir la materialización del hecho como conducta punible y la participación en el mismo de la persona.
3. En términos de legalidad o estricta tipicidad, el Fiscal puede definir qué conducta imputa o imputar una menos gravosa, pero no le está permitido “crear tipos penales”.
4. El Juez de Conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la Fiscalía, salvo que este desconozca o quebrante las garantías fundamentales.

Acerca de esta última circunstancia, para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.

En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio en el consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el Fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado (Casación 42184, 2014).

Es de anotar que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-479 de 2019, expresamente reconoció otra postura de la Sala de Casación Penal, que

acoge el criterio establecido por esa Corporación en su jurisprudencia y la que, además, respeta el tenor de los postulados legales que han definido los límites y alcances de las facultades de los fiscales y jueces penales. Conforme a esta línea, la Corte Suprema de Justicia indicó que, de acuerdo a la Sentencia C-1260 de 2005, los preacuerdos deben realizarse sobre los términos de la imputación y deben respetar los principios constitucionales y los derechos fundamentales de las partes. Por esta razón, los jueces de conocimiento sí deben realizar un control material de los preacuerdos que celebra la Fiscalía General de la Nación.

Esta tesis ha propugnado porque todo acuerdo entre la Fiscalía y el imputado o acusado *“debe ser sometido a un tamiz crítico que impone la constatación de que tales acuerdos no desconozcan los fines constitucionales del proceso como garantía de una tutela judicial efectiva de los derechos y la prevalencia de la justicia material (art. 351, inciso 4 Ley 906)”* (Radicado 38146, abril 18 de 2012). Bajo esta lógica, ha establecido que la eficiencia como fin de la justicia consensuada no puede sacrificar, al interior de un proceso penal, los postulados constitucionales. En otras palabras, ha defendido que es preciso que *“el avance hacia una justicia más ágil y eficaz, no comporte el sacrificio de derechos y garantías fundamentales, pues el eficientismo no puede conllevar a una mayor injusticia social”* (Radicado 38146, abril 18 de 2012).

La Sentencia del 3 de febrero de 2016 (Radicado SP931-2016, que reitera Radicado 27759-2007), en reconocimiento de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, dispuso que, dado que los jueces de conocimiento son por antonomasia jueces constitucionales, su control de los preacuerdos no puede limitarse a la verificación de aspectos formales, sino que se extiende a verificar que con el mismo no se haya desconocido la Constitución Política:

La jurisprudencia de la Corte ha entendido *que la intervención del juez no se limita a la verificación de aspectos formales con miras al proferimiento de un fallo de condena*, sino que su función también implica la posibilidad de improbar aquellas manifestaciones de culpabilidad que conlleven o sean resultado de la transgresión de derechos y garantías fundamentales del procesado...

Cuando el juez del conocimiento (individual o colectivo), que por antonomasia es juez de garantías, es juez constitucional, juez del proceso,

advierta que el preacuerdo en su integridad o en algunas de las conductas o circunstancias objeto de la negociación desconoce la Constitución o la Ley, así debe declararlo [...] lo procedente es –y sigue siéndolo– que impruebe el acuerdo, que decrete la nulidad–total o parcial– del fallo y que ordene rehacer el trámite desde el momento en que se presentó el error in procedendo”. (Énfasis agregado).

En desarrollo de esta tesis, la Corte Suprema de Justicia ha dejado claro que, en el Estado Social de Derecho el juez tiene funciones que van más allá de ser un simple árbitro o notario, por eso ha reiterado:

[El] acto de aprobación del preacuerdo es el mecanismo a través del cual se garantiza que la emisión del fallo (al que se acoge el procesado en busca de los beneficios que le otorga la justicia premial), no sea consecuencia de vicios de garantía, de juicio o de estructura. // [...]el examen de los términos del preacuerdo no se limita a la revisión de los requisitos meramente formales, sino que incluye el control de legalidad de lo acordado; es decir, que su función es la de constatar si lo pactado entre el acusador y el imputado o procesado no desconoce garantías fundamentales o bien si aquello sobre lo que recae es en verdad susceptible de consenso (Radicado 34289, 27 de abril de 2011). (Énfasis agregado)

En virtud de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que le corresponde al juez penal constatar si existía alguna prohibición –de índole constitucional o legal– que impidiera celebrar el preacuerdo y de ser así, deberá proceder con su improbación, pues *“la libertad dada, frente a esta clase de actuaciones, no puede obviar las disposiciones constitucionales y legales del caso”* (Rad. 34289, 27 de abril de 2011).

En desarrollo de esa postura la Sala de Casación Penal también ha señalado que *“[las facultades del funcionario judicial] no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible, sino a los hechos imputados y sus consecuencias, acuerdos que obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales”* (Rad. 28381, 2007).

Finalmente debe advertirse que a partir de la Sentencia SU-479 de 2019 y hasta la fecha, la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia ha sido consistente con sus postulados, en tanto y en cuanto reconoce la potestad del juez de conocimiento, como juez constitucional, de realizar control formal y material a los preacuerdos presentados a su examen, aun cuando por parte de los administradores de justicia aún se reclamen reglas

claras respecto de los límites y extensión de ese control para cada una de las modalidades de preacuerdo establecidas en la ley.

Control material del juez de conocimiento a los preacuerdos

En el entendido que el control material refiere al examen que hace el juez de conocimiento a la acusación o al preacuerdo, en temas relacionados como la tipicidad, la legalidad y el debido proceso, la disyuntiva en la práctica aún gira sobre el alcance que las sentencias proferidas por el Tribunal de cierre dan a través de sus pronunciamientos. A partir de la promulgación de la Ley 906 de 2004, no son pocos los conceptos y actos procesales que en la marcha han venido teniendo distintos virajes en función de los progresivos análisis e interpretaciones que la academia y la praxis jurídica han realizado.

La solución, de la extensión del control tanto formal como material a los preacuerdos, en nuestro sentir, solo se encuentra en relación al caso concreto por parte de los jueces de la República, pues no debe olvidarse que, una vez aprobado el preacuerdo, lo que sigue es la emisión de la sentencia condenatoria congruente con aquel. De allí que resulta trascendente evidenciar que los preacuerdos reactivan el principio inquisitivo al interior del proceso penal en tanto la sentencia deberá fundarse en elementos materiales probatorios y evidencia física que no fueron objeto de debate en juicio oral y aun así deben satisfacer el baremo probatorio del inciso primero, del artículo 381, de la Ley 906 de 2004, para la sentencia condenatoria, sin distinguos para el fallo que se produce al final del juicio oral y público, y el que se produce en el trámite abreviado, propiciado por el preacuerdo entre las partes, esto es, llevar al conocimiento más allá de duda razonable, específicamente en torno al delito y la responsabilidad penal —esta última certeza completada por el procesado con su aceptación de cargos en el caso de los preacuerdos—.

Ahora bien, siendo el juez un sujeto activo dentro del proceso, sin que se arrogue las atribuciones del ente acusador, ejerce control sobre las actuaciones desarrolladas por las partes. Así, las actividades del juez frente a la solicitud de preacuerdo por parte de la Fiscalía se pueden describir de la siguiente forma:

- a. Control subjetivo: interrogatorio que se hace al acusado sobre la voluntariedad, consciencia, libertad y debido asesoramiento para tomar la decisión. Ello con el propósito de indagar sobre el

verdadero alcance y conocimiento de las consecuencias jurídicas que conlleva la aceptación de cargos.

- b. Control objetivo: examen que realiza el juez sobre la correspondencia existente entre los elementos materiales probatorios, la imputación fáctica y el preacuerdo.
- c. Control de legalidad *strictu sensu*. En desarrollo del cual, en concreto, el juez deberá verificar, si por parte del fiscal delegado se han respetado las directrices fijadas por la Fiscalía General de la Nación, pues el artículo 348 del CPP define su vinculatoriedad al disponer que (i) las directivas de la FGN y (ii) las pautas trazadas como política criminal *deben* ser observadas por los fiscales delegados al momento de celebrar preacuerdos, a fin de “*aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento*”. Así como la correspondencia del caso bajo estudio, con las normas que permiten la terminación preacordada (no objeto de exclusión o limitación por parte del legislador) y cumplimiento de los requisitos de procedibilidad (reintegro de al menos el 50% del incremento patrimonial recibido por la comisión de la conducta, v.gr), citación de las víctimas para el conocimiento de los términos del preacuerdo, con especial consideración de aquellas sujeto de especial protección, y que no se esté creando tipos penales para forzar el preacuerdo, esto es, que haya correspondencia entre los hechos y la conducta punible objeto de preacuerdo. Este control encuentra fundamento, a nuestra manera de ver, en el respeto del principio de igualdad, como uno de los elementos más relevantes del Estado Constitucional de Derecho.

Y es que la sola aceptación de cargos por parte del acusado y la solicitud de preacuerdo son sinónimo de justicia pronta y premial. Las atribuciones legales y constitucionales conferidas al juez le endilgan la responsabilidad de validar la ausencia real de cualquier tipo de vicio en el consentimiento y una adecuación punitiva coherente con lo probado y lo solicitado. Es por ello que las anteriores actividades deben ser armónicas entre sí, de tal forma que el interrogatorio realizado al acusado dé verdadera cuenta de la comprensión que tiene frente a las consecuencias jurídicas de una condena y los términos mismos del preacuerdo. Al respecto, es menester recordar lo que la misma Corte Suprema de Justicia ha mencionado, con ponencia del

magistrado José Luis Barceló Camacho haciendo eco a la postura legalista mencionada con anterioridad:

Conviene precisar algunos aspectos referentes a las facultades del juez de conocimiento al emprender el examen de los términos en que se plasman los mecanismos de justicia consensuada (esto es, preacuerdos y negociaciones) o premial (allanamiento), institutos todos éstos regulados en los artículos 351, 352, 356-5° y 367 de la Ley 906 de 2004), en el entendido de que la jurisprudencia de la Corte ha precisado que las atribuciones del juez no se contraen a dictar, sin más, una sentencia de condena con la rebaja que corresponda, o bien a disponer la nulidad de la actuación en el evento de evidenciar un vicio que afecte el debido proceso.

La Sala ha enfatizado en diversas oportunidades que la revisión que emprende el funcionario judicial no es meramente sobre aspectos formales, tales como la libertad, la comprensión o la asistencia jurídica que hubiere tenido el imputado o procesado; es por ello que ha indicado que:

... ningún procedimiento penal con fundamento en el respeto de la dignidad humana y orientado a la búsqueda de un orden justo, como lo sería el de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo, podría condenar a una persona bajo el presupuesto de una verdad meramente formal, sustentada tan solo en el consenso que tanto el organismo acusador como el procesado manifiesten ante el juez de conocimiento, sin que este último tenga la posibilidad de verificar que no se hayan afectado derechos y garantías fundamentales (Radicado 34829, 2011).

En este sentido, el juez de conocimiento, no solo está garantizando que las negociaciones y acuerdos cumplan con los requisitos procesales exigibles, sino también con garantías fundamentales del acusado, e incluso de las víctimas, cuando estas son desconocidas en el curso de la negociación.

Análisis constitucional de los preacuerdos

En las sentencias anticipadas proferidas tras la vía de la política del consenso, esto es, de los preacuerdos y negociaciones o al declararse culpable el acusado al inicio del juicio oral; exclusivamente se renuncia por parte del acusado a los ejercicios de prácticas de prueba y de contradicción probatoria, pero no se renuncia a ninguno de los derechos y garantías fundamentales de lo debido sustancial y debido probatorio (necesidad, licitud, legalidad de la prueba), postulados que en un Estado constitucional, social y democrático de Derecho de manera imperativa deben ser objeto

de protección, pues corresponde al juez de la República, por sobre todo, dar prevalencia al derecho sustancial, principio constitucional que sin excepciones se proyecta aplicativo, tanto a las sentencias que hubiesen terminado de manera normal como las anticipadas.

Es claro entonces que, nada más que la comprobación de los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos, obligan al juez de la República a proferir un fallo condenatorio, pues no de otra manera se entiende su deber de administrar justicia al amparo del marco constitucional colombiano y, particularmente, el mandato contenido en el artículo 2 de la Carta Política.

De suerte que, como corolario de esta verificación de precedentes, podemos afirmar que, aun en el caso de los preacuerdos, en donde está vedado al juez invadir la órbita funcional del fiscal como titular de la acción penal y quien decide cuál es la calificación jurídica que atribuye a la conducta, una vez superado ese examen, exclusivamente formal al pliego de cargos, y verificado el imprescindible interrogatorio del artículo 131 de la Ley 906 de 2004, deberán los elementos aportados por la Fiscalía cumplir con el rasero probatorio, demarcado por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, para fundar una sentencia condenatoria. Ahí la médula del control material de Juez a la aceptación de los cargos.

Precisamente, la Sentencia C-1260 de 2005 de la Sala Plena de la Corte Constitucional reconoce que la figura de los preacuerdos, celebrados entre la Fiscalía y el imputado, obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías constitucionales (Sentencia C-1260, 2005).

Lo anterior no es un asunto menor, puesto que hay una línea muy delgada entre lo que se acuerda y lo que se afecta, y es el juez la válvula que regula que toda negociación cumpla con los estándares de justicia y protección. Es por esto que, incluso después de que el juez ha realizado el respectivo interrogatorio donde el acusado manifiesta saber las consecuencias jurídicas, penales y civiles de su aceptación de cargos, a pesar de ello, la labor jurisdiccional sigue siendo la de la garantía constitucional del debido proceso, para que, mediante una imputación fáctica y una adecuación típica coherentes, se imparta una justa condena. Por otra parte, el juez de conocimiento no solo está obligado a tomar una decisión de condena con fundamento en la concordancia fáctica y jurídica del preacuerdo, sino que del análisis que de él haga en virtud de la dignidad humana, tanto del

condenado como de las víctimas, razón por demás para que se haga, con apego no solo a lo consagrado en la norma penal, sino en la Constitución.

Conclusiones

1. El sistema penal acusatorio colombiano está fuertemente influido por la doctrina adversarial anglosajona, en la que el proceso penal se ha caracterizado por ser un proceso de partes. Ello quiere decir que la figura del juez, en principio, será la de un garante imparcial que se atiene a los elementos materiales de prueba y a las argumentaciones de partes para tomar una decisión.
2. Lo anterior ha sido reevaluado, puesto que el sistema penal colombiano tiene una mixtura con el sistema penal continental, en el cual la labor del juez es activa en cuanto le prevalece la garantía de derechos fundamentales en el curso de los procesos que conoce.
3. La figura de los preacuerdos es uno de los dispositivos procesales que, haciendo eco de una justicia premial, busca un menor desgaste del aparato judicial con la idea de que las negociaciones entre las partes se hacen de forma adecuada y jurídicamente correctas.
4. Uno de los mayores cuestionamientos alrededor de la justicia premial corresponde a la realidad judicial, no solo del país, sino también de Latinoamérica, en la que los altos índices de violencia, criminalidad y macro criminalidad congestionen cada vez más los despachos judiciales, y que, en virtud de los preacuerdos y del “eficientismo” jurídico, se gane en economía procesal, pero, al mismo tiempo, se pierda en protección de derechos y garantías fundamentales.
5. La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, órganos de cierre frente a interrogantes jurídicos, han conciliado sus posturas frente al tratamiento del rol del juez cuando debe hacer control material. Se conjugan así, el reconocimiento de la facultad discrecional, pero reglada del ente persecutor del Estado al momento de la celebración de acuerdos y, por el otro, la defensa por la legalidad y constitucionalidad de las decisiones del juez.
6. Si bien no se desconocen las limitaciones legales que el juez tiene frente a casos relacionados con delitos asociados contra la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes, y también

sin desconocer la autonomía taxativa de la Fiscalía al momento de celebrar preacuerdos, la labor del juez frente al control material no se reduce a un examen probatorio y típico de las conductas en cuestión, sino que su examen se hace a la luz de la protección de derechos fundamentales.

Bibliografía

Doctrina

- AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL - USAID. *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004-2014)*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, 2015.
- BAYONA ARISTIZÁBAL, Diana, Alejandro Gómez Jaramillo, M. Mejía Gallego y V. H. Ospina Vargas. “Diagnóstico del Sistema Penal Acusatorio en Colombia”. *Acta Sociológica*, n.º. 72 (2017): 71-94.
- GARZÓN MARÍN, A., C. A. Londoño Ayala y G. C. Martínez Martínez. *Negociaciones y preacuerdos*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.
- GÓMEZ, R. y F. Castro. *Preacuerdos y negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano*. Documento de trabajo. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2009.
- GUERRERO, Óscar. *El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental*. 2006. www.juridicas.unam.mx: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r08047-19.pdf
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS - OEA. *Guía sobre los procesos penales en Estados Unidos*. Guía sobre los procesos penales en Estados Unidos. https://www.oas.org/juridico/mla/sp/usa/sp_usa-int-desc-guide.pdf
- QUINTERO, Camilo. *La justicia penal negociada en Estados Unidos y Colombia: Estudio comparado desde una perspectiva de cultura jurídica*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2013.
- SERRANO, Over y GARCÍA, David. “Evolución del sistema penal acusatorio en el marco del derecho germano, anglosajón y colombiano”. *Misión Jurídica* (2008): 91-108.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia, Casación 38892, 6 de febrero de 2013.
- Corte Suprema de Justicia, Casación 42184, 15 de octubre de 2014. M. P, Gustavo Enrique Malo Fernández.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 24764, 1 de junio de 2006, M. P. Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez.
- Corte Suprema de Justicia, Rad. 28872, 15 de julio de 2008, M.P. Augusto José Ibáñez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 34829, 27 de abril de 2011, M.P. José Luis Barceló Camacho.
- Corte Suprema de Justicia, Rad. 38146, 18 de abril de 2012, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.
- Corte Constitucional, Rad. 74556, 20 de mayo de 2014.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia 37951, 19 de junio de 2013. M.P. José Luis Barceló Camacho.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia 38886, 16 de octubre de 2013.
- Corte Constitucional, Sentencia C-059, 3 de febrero de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1260, 5 de diciembre de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, Sentencia C-591, 09 de Junio de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-448, 16 de noviembre de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-479 15 de octubre de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 52227, 24 de junio de 2020, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 50659 de 8 de julio de 2020, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 58316 de 21 de octubre de 2020, M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 58887 de 6 marzo de 2024.

TIEMPO PARA DESREGULAR LA USURA: UNA RESPUESTA DESDE EL DERECHO PRIVADO ECONÓMICO*

Luis Hernando Parra Nieto**
Académico correspondiente

Resumen: La tasa de usura genera un efecto negativo en el mercado de crédito colombiano, toda vez que los establecimientos de crédito suelen establecer como tasa para sus diferentes operaciones de crédito casi el equivalente a la mencionada tasa de usura. Por esta razón, la creación de políticas legislativas que busquen la eliminación de la tasa de usura o la creación de propuestas alternas podrían generar mayor competencia en el mercado de crédito, segmentaría las tasas de interés según las condiciones de riesgo de crédito de los clientes e incentivaría la inclusión financiera. Igualmente, los deudores contarían con los remedios procesales y sustantivos del derecho privado para proteger su derecho a pagar tasas de interés más favorables y competitivas.

Palabras clave: tasa de interés; tasa de usura; inclusión financiera; bancos; operaciones de crédito.

* Trabajo presentado en sesión del 27 de junio de 2024 para el ingreso como “Miembro correspondiente” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Diplomado en Arbitraje Internacional en la Cámara de Comercio Internacional, París. Máster en Derecho LLM de Boston University Law School. Diplomado en Negociación de Controversias de Harvard Law School. Profesor Emérito de la Universidad Externado de Colombia. Abogado interno de Citibank Colombia. Vicepresidente jurídico y secretario general del Banco Colpatria. Abogado litigante y consultor en Derecho Privado y Financiero. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Actualmente se desempeña también como conjuer de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.
Contacto: hernando@parragonzalez.com

TIME TO DEREGULATE USURY AN RESPONSE FROM PRIVATE ECONOMIC LAW

Abstract: The usury rate has a negative effect on the Colombian credit market, as credit institutions often set almost the limit of this rate in various credit operations. For this reason, the creation of legislative policies aimed at eliminating the usury rate or developing alternative proposals could generate greater competition in the credit market, segment interest rates according to the credit risk conditions of clients and encourage financial inclusion. Likewise, debtors would have the procedural and substantive remedies of private law to protect their right against arbitrary interest rates imposed by creditors.

Keywords: Interest Rate; Usury Rate; Financial Inclusion; Banks; Credit Operations.

Introducción

La institución jurídica de la usura puede ser analizada desde las disciplinas del derecho –en sus diferentes especialidades, entre ellas, el civil, comercial, penal y financiero y hasta el canónico–, la economía, la ética y hasta la teología, tal y como se analizará en el desarrollo de esta investigación.

Por otra parte, al hablar de la usura, nos remitimos de forma inmediata al ámbito penal, en donde ha sido catalogada como uno de los tipos penales en Colombia, por la “afectación” al bien jurídico tutelado, del “orden económico”, cuando se cobran intereses de manera excesiva. No obstante, la usura como institución jurídica tiene su génesis en el derecho privado, con un tratamiento que distaba entonces de las normas de rango penal.

Es así como la palabra *usura* –cuyo origen etimológico está asociado al latín *utor*, *usus*, que significa uso, utilización– aparece en las fuentes de derecho romano para indicar la compensación que se paga por el uso de un capital ajeno, con independencia de su licitud o abusividad.¹ Así, resulta importante poner de presente que, durante siglos, la palabra *usura* se empleaba para representar los intereses en general y no, como en la actualidad, para referirse a los intereses cobrados abusivamente por encima de los límites máximos.²

¹ G. CERVENCA, “Voz: Usura. Diritto romano”, en *Enciclopedia del Diritto*, pp.1125-1135 (Milano, Giuffrè, 1969).

² Esta órbita semántica amplia de la palabra *usura* es propia tanto de los siglos de existencia de la civilización romana, como de los siglos en que tuvo lugar el medioevo, sólo al final del bajo medioevo se empezará a consolidar una diferencia entre *interesse* y *usura*. Cfr. en este sentido en M. CASTRO RUIZ, “Economía, moral y derecho en la Europa cristiana: Justo precio, usura y capitalismo mercantil (siglos XII-XVIII)”. *Precedente* (julio-diciembre 2018) : 43-79.

Bajo estos presupuestos, en esta investigación se analizará la usura desde el derecho privado, sin desconocer la importancia desde la perspectiva penal. En este contexto, para hablar de la usura, resulta necesario referirnos al concepto de los intereses. Es así entonces como el artículo 717 de nuestro Código Civil establece que se denominan intereses a los frutos civiles del dinero. Por otra parte, desde el punto de vista de la economía, pueden existir varias visiones de lo que se entiende por interés.

En efecto, para los economistas clásicos el “interés” era entendido como “el rendimiento de los bienes de capital y el sacrificio del consumo que sufría el prestamista”.³ Después, se habló acerca del interés como la “prima por la disposición anticipada de una suma de dinero”.⁴ Por otra parte, para Keynes, si bien “la tasa de interés es un fenómeno de política monetaria”,⁵ el interés puede ser entendido como la remuneración que se recibe por el uso del dinero, toda vez que los agentes económicos no obtienen la liquidez de este mismo.⁶ Ahora bien, desde la concepción económica, no se encuentra una postura que establezca límites a las tasas de usura, más allá de las establecidas por las reglas de la oferta y la demanda.

Por otra parte, el contrato de mutuo o préstamo de consumo es entendido en el Código Civil como “*un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad*”.⁷ Ahora bien, el Código de Comercio dispone que en el contrato de mutuo se deben pagar “*intereses legales comerciales*”, salvo pacto en contrario.⁸

En este ámbito, resulta fundamental establecer una premisa propia de las operaciones de crédito por medio de contratos de mutuo, según la cual, “*a mayor riesgo, mayor tasa de interés*”. En otras palabras, cuando el acreedor valore e identifique un mayor riesgo de incumplimiento por parte

³ José MARTÍNEZ, “La teoría del interés en una economía de endeudamiento y crisis”. *Anales de estudios económicos y empresariales*, n.º. 9 (1994): 411-442. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=116370>

⁴ *Idem*.

⁵ Miguel ALBA, “La concepción económica y financiera de la tasa de interés en una economía internacional”. (ponencia, Universidad Libre de Colombia, 2019). <https://www.unilibre.edu.co/bogota/pdfs/2019/6tosimposio/ponencias-docentes/29d.pdf>

⁶ John KEYNES, “Teorías alternativas de la tasa de interés”. *Revista de Economía Institucional*, 19, n.º.36 (2017): 335-346. <https://www.uexternado.edu.co/facecono/economia/workingpapers/jkeynes36.pdf>

⁷ Colombia. Código Civil, artículo 2221.

⁸ Colombia. Código de Comercio, artículo 1163.

de su deudor, procederá a aumentar la tasa de interés que cobra dentro del contrato de mutuo.

Expresado de otra manera, el contrato de mutuo sobre dinero es un negocio jurídico que conlleva un alto riesgo, razón por la cual, la posibilidad de incumplimiento es más tangible en este tipo de contrato que frente a cualquiera otra relación contractual. Por este motivo, el deudor en el contrato de mutuo debe el asumir el pago de una tasa de interés, cuyo mayor o menor porcentaje estará relacionado directamente con el nivel de riesgo de incumplimiento.

Ahora bien, teniendo en cuenta la función que cumplen los intereses en los contratos de mutuo, parece necesario analizar cuáles son los elementos que jurídicamente integran el concepto de los citados “intereses”. Así, por medio de la tasa de interés, el deudor remunera el uso del dinero, la pérdida de valor adquisitivo de la moneda y el riesgo frente a un posible incumplimiento.

En cuanto al precitado “riesgo de incumplimiento” por parte del deudor, los acreedores establecen un sistema de mitigación, el cual está cimentado en los siguientes criterios: i) el patrimonio del deudor; ii) comportamiento del deudor en relación con su capacidad de pago y; iii) las garantías que se constituyen a favor del acreedor, las cuales se ejecutan en caso de incumplimiento. Después de esta valoración de riesgos en materia de incumplimiento, el acreedor procederá a establecer la tasa de interés que le cobrará a su deudor dentro del contrato de mutuo.

Sobre estos presupuestos, la presente investigación busca analizar y establecer *cuáles serían los posibles efectos de eliminar la tasa la usura en Colombia frente al mercado de crédito y cuáles serían sus consecuencias en relación con los derechos de los deudores*, con el fin de atender al siguiente interrogante como objeto de investigación:

Pregunta de investigación: *¿Cuáles serían los efectos de eliminar la tasa la usura en Colombia frente al mercado de crédito, y cuáles son sus consecuencias en relación con los derechos de los deudores?*

Frente a esta pregunta de investigación, se propone como hipótesis la de regresar la usura al lugar donde se concibió, es decir, el derecho privado, despenalizando la figura, habida cuenta que los deudores contarían con los remedios procesales y sustantivos del derecho privado para proteger

su derecho frente a la fijación de eventuales tasas de interés arbitrarias por parte de los acreedores.

Igualmente, la existencia de tasa de usura con efecto penal genera un efecto negativo en el mercado de crédito colombiano, toda vez que los establecimientos de crédito suelen establecer como tasa para sus diferentes operaciones de crédito casi el equivalente a la mencionada tasa de usura, especialmente las de consumo de más alto riesgo, verbigracia, las correspondientes a tarjetas de crédito. Por esta razón, la eliminación de la tasa de usura generaría mayor competencia en el mercado de crédito, segmentaría las tasas de interés según las condiciones de riesgo de crédito de los clientes, e incentivaría, sin lugar a duda, la inclusión financiera.

Por otra parte, el objetivo general de esta investigación es el de predecir los efectos que produciría la eliminación de la tasa de usura en Colombia frente a los mercados de crédito, así como también respecto de los derechos de los deudores. Por otra parte, los objetivos del análisis investigativo se orientan específicamente a: i) analizar la evolución de la institución de la usura; ii) identificar las problemáticas de la tasa usura en Colombia y iii) evaluar las implicaciones legales y económicas de la eliminación de la tasa de usura en nuestro país.

Finalmente, el trabajo se ordenará bajo la siguiente estructura: en primer lugar, se consignará una breve aproximación a la evolución de la usura; en segundo término, se expondrán las problemáticas de la tasa de usura en Colombia, y, finalmente, se presentarán algunas propuestas legislativas frente a la regulación de usura en nuestro país, luego de lo cual, y a manera de colofón, aparecerán las conclusiones de esta labor.

Evolución histórica de la usura

En este apartado se adelantará un análisis acerca de la evolución de la institución de la usura. Para alcanzar este propósito, nos remontaremos al derecho romano, para encontrar sus antecedentes. A renglón seguido, se expondrá el desarrollo de la figura en la Edad Media, en los preceptos de la economía liberal y en la regulación del derecho islámico.

Derecho romano

Por la importancia del derecho romano en la tradición jurídica del derecho continental, es necesario analizar la institución de la usura en el citado

derecho. Es así como la usura, viene del latín “*utur-usus*”, el cual significaba la compensación por el uso del capital ajeno. Así, en el derecho romano la usura no fue entendida como una forma de “abuso”, sino como una contraprestación por el uso del dinero.

Por otra parte, en el derecho romano el préstamo era gratuito, motivo por el cual, para pactar el pago de intereses (*usurae*) era necesario acudir a una estipulación anexa: la *stipulatio usurarum*. Así, los intereses (*usurae*) podían tener como fuente: i) la autonomía privada, por medio de una “*stipulatio usurarum*”,⁹ que se incluía en el contrato de mutuo o, ii) por expresa disposición de la ley,¹⁰ en lo que se denominó como “*usurae ex lege*”.¹¹

Frente a las *usurae ex lege*, debe mencionarse que existieron varias disposiciones ‘legales’ que imponían el cobro de este tipo intereses en donde se destacaban:

a. “*Usurae ex mora*”, los cuales no surgen de la voluntad de las partes, sino que puede atribuirse directamente al ordenamiento jurídico. Así, la jurisprudencia y la cancillería imperial de la época clásica enuncian el principio general de que “*la mora produce intereses en todas las relaciones de las cuales pueda derivarse un juicio de buena fe*”.¹²

b. Además del escenario de la “*usurae ex mora*”, existieron otros casos de *usurae* cuya fuente fue la ‘ley’:

- ◆ *Usurae* como resultado del uso indebido de dinero “*conversio in usus suos*”. En los casos en que alguien tenía la responsabilidad

⁹ La necesidad de una estipulación adicional es el resultado de la estructura jurídica del mutuo romano que giraba en torno a la entrega (*datio*) de una suma de dinero exacta (*dare certum*) que debía ser restituida en su idéntico guarismo numérico por el mutuuario. Al respecto cfr. R. CARDILLI, “Debito d’interessi e *usura in fructu non est*. Contro l’astrazione dei moderni”, en *Fondamento romano dei diritti odierni*, pp. 339-362 (Torino, Giappichelli, 2018).

¹⁰ Recuérdese que el sistema de fuentes en el derecho romano era abierto, por lo que la relación con el derecho positivo en ese entonces era muy diferente a la que en la actualidad tenemos con la ley en sentido amplio. Usamos la expresión ‘ordenamiento jurídico’ en este caso para referirnos de manera general a fuentes del derecho diferentes a lo que hoy denominamos negocio jurídico, es decir, a las que reportadas por Papiniano en D. 1. 1. 7, son: *leges* y *plebiscita senadoconsulta, constitutiones principum, edicta magistratum* y *responsa prudentium*. Recuérdese, igualmente, que la importancia e interacción de estas fuentes varió en Roma de conformidad con la estructura constitucional de cada época (Monarquía, República, Principado, Dominado). Un completo panorama al respecto puede encontrarse en M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, (Milano, Giuffrè, 1990), 22.

¹¹ G. CERVENCA, “Voz: Usura. Diritto romano”, en *Enciclopedia del Diritto*, pp.1125-1135 (Milano, Giuffrè, 1969).

¹² CERVENCA, “Voz: Usura. Diritto romano”..., 1127.

de custodiar o administrar dinero. Tal situación se presentaba frente al socio, al mandatario, al fiduciario, al tutor y al curador que hubieran utilizado en su propio beneficio las sumas confiadas a ellos. Igualmente, se aplicaba al depositario que haya dispuesto de una suma entregada a él “*clausa et obsignata*”, es decir, sin permiso de uso.

- ♦ *Usurae* debidas por dejar improductivo el dinero de otro “*pro pecunia otiosa*”. En estos casos, se estaba obligado a invertir y hacer producir el dinero. Por este motivo, estaban obligados a pagar este tipo de intereses el mandatario, el gestor de negocios y el tutor, este último debía pagar los intereses llamados “*pupillares*”.¹³
- ♦ *Usurae* pagaderos por razones de equidad, a fin de restablecer el equilibrio económico alterado por un hecho lícito en sí mismo. Entre estos casos, se encuentra aquel interés que se le imponía al comprador sobre el precio aún no pagado a partir del momento de la entrega del bien vendido, incluso si aquel no se encontraba en mora.¹⁴
- ♦ Por los créditos a favor del fisco, las *usurae* fueron fijadas en una tasa del 6% “*usurae semisses*”.¹⁵

Por su parte, en lo que hace a los intereses convencionales, resulta oportuno poner de presente que, desde los tiempos más remotos, se tienen noticias de la existencia de la imposición de límites máximos a su fijación negocial. En efecto, desde las XII Tablas aparecen imposiciones de topes que los particulares no debían sobrepasar en sus contratos.

Así las cosas, en el contexto del periodo arcaico, antes del surgimiento de la moneda acuñada, las partes no debían sobrepasar el denominado *fenus unciario*, que equivalía al límite de una onza (1/12 al año) adicional al peso del metal efectivamente prestado y pesado; este límite es reafirmado con la *lex Duilia Menenia* del 356 a. C. “reducido a la mitad con un plebiscito posterior a la semi-onza (1/24 al año), y con el plebiscito Genucio incluso prohibido por completo”.¹⁶

¹³ *Ibidem*, 1130.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ CARDILLI, “Debito d’interessi e usura...”, 339-362, subraya que “la verdad es que el debate sobre el límite de la onza sigue vigente, con una parte de la doctrina inclinándose a creer, presuponiendo inicialmente solo préstamos de productos alimenticios, que la unidad temporal

Al final de la República, el tope máximo para el cobro de intereses se estableció en el doce por ciento anual, uno por ciento al mes, motivo por el cual, se estableció la expresión “*usurae centesimae*”. Así, dicha tasa permaneció formalmente vigente durante siglos hasta la reforma de Justiniano.¹⁷

Ciertamente, en la Compilación justiniana se “*impuso un límite del 6% anual para los préstamos ordinarios entre particulares. Los intereses estipulados por banqueros y los demás comerciantes podían alcanzar hasta el 8%, y para el préstamo marítimo o para el de víveres se admitía el 12%*”.¹⁸ Por otra parte, Justiniano “*estableció que el préstamo no podía generar más intereses cuando el monto de los citados intereses pagados fuese igual al capital de la obligación*”.¹⁹

Finalmente, dentro del desarrollo del derecho romano, la regla general se orientó por establecer que el exceso en materia de cobro de intereses fuera sancionado por medio de esquemas civiles y rara vez por medio de un castigo criminal. Para ilustrar lo anterior, ha de traerse a colación que, en el caso de sanciones penales, Tácito informó sobre una represión criminal llevada a cabo contra los usureros durante la dictadura de César, la cual entró en desuso rápidamente.²⁰

En cuanto a las sanciones civiles frente al cobro excesivo de intereses, existen varios ejemplos en el derecho romano. En el caso de la Ley de las XII tablas, la superación de la tasa legal de intereses (onza y luego semi onza), le daba derecho al ‘deudor’ de agredir al prestamista con una *manus iniectio* directa y de obtener el pago de una pena del *quadruplum* del valor de los intereses pagados en exceso. Por otra parte, la *lex Marcia* aligeró el régimen más rígido del decenviral, habiendo introducido solamente la posibilidad de ejercer una *manus iniectio* directa en contra de

para medir la licitud del *fenus* es el mes, lo que resulta en una determinación de una tasa de interés del 100% anual, mientras que otra parte de la doctrina sostiene que la *uncia* es anual, lo que se traduce en una tasa de interés del 8,33% anual. Mi inclinación hacia la segunda interpretación se debe a que de lo contrario, el límite de la semioncia sería incomprensible...”

¹⁷ CERVENCA, “Voz: Usura. Diritto romano”.

¹⁸ M. CASTRO RUIZ, “Economía, moral y derecho en la Europa cristiana: Justo precio, usura y capitalismo mercantil (siglos XII-XVIII)”, *Precedente n.º. 13* (julio-diciembre 2018): 43-79.

¹⁹ CASTRO RUIZ, “Economía, moral y derecho ...”.

²⁰ CERVENCA, “Voz: Usura. Diritto romano”, 1134.

los feneratores”²¹ abusivos, es decir, prestamistas que exigían el pago de interés más allá de lo permitido.²²

En el periodo del Principado, las consecuencias para aquellos que perciben intereses excesivos eran únicamente civiles, toda vez que los intereses pagados ilegalmente se imputaban al capital, y una vez agotado este último, debían ser restituidos al deudor.²³

Diocleciano impuso la sanción de *infamia* a quien exigía un “*improbum fenus*” (intereses que sobrepasan el máximo permiso)²⁴ o violaba la prohibición del anatocismo (intereses causados sobre intereses vencidos). Por otra parte, Teodosio I aumentó el monto de la sanción civil, al restablecer la pena del cuádruplo para aquellos que percibían intereses “*ultra centesimam iure permissam*”.²⁵ No obstante, en el *Corpus Iuris Civilis* no se incluyó la sanción de Teodosio I, habiéndose limitado esta compilación a reproducir la sanción de Diocleciano relativa a la “*infamia*”.²⁶

Edad Media y las posiciones de la Iglesia católica frente a la usura

Hasta el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano el “mutuo con interés” no estaba prohibido, por cuanto únicamente se fijaron en él límites máximos a los tipos de interés. Sin embargo, en los siglos siguientes la prohibición radical se afirmó progresivamente en la normativa secular de la Europa medieval, habiendo adoptado la tradición de pensamiento surgida en el ámbito canónico con los padres de la Iglesia y afirmada en varios concilios”.²⁷

Para la religión católica, la usura “entendida como el cobro de intereses” era mal apreciada. Por esta razón, el Deuteronomio 23, 20 es claro al señalar que “...al extraño cobrarás interés, más a tu hermano no se lo cobrarás”.²⁸

²¹ R. CARDILLI, *Damnatio e oportere nell'obbligazione* (Napoli: Jovene, 2016), 128.

²² María SALAZAR, “La represión penal de la usura en la república romana y su evolución”. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n.º. 26 (2004): 85-111. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552004002600004

²³ CERVENCA, “Voz: Usura. Diritto romano”, 1134.

²⁴ Alfonso MURILLO, “Anatocismo. Historia de una prohibición”. *Anuario de Historia del Derecho Español* n.º. 69 (1999): 497-518. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134803>

²⁵ Para las sumas recolectadas con anterioridad a la fecha de emisión de la ley, la pena se limitaba al doble.

²⁶ CERVENCA, “Voz: Usura. Diritto romano”.

²⁷ M. BOARO, “Usura. Derecho intermedio” en *Enciclopedia del Diritto*, pp. 1135-1141 (Milano, Giuffrè, 1995).

²⁸ Consultado de <https://www.churchofjesuschrist.org/study/scriptures/ot/deut/23?lang=spa>

De igual manera, en el Nuevo Testamento, tomó una posición contraria al cobro de los intereses por ser contraria a la piedad y la misericordia, la cual quedó consagrada en Evangelio de San Lucas.²⁹

Bajo estos presupuestos, la Iglesia católica durante la Edad Media jugó un papel fundamental en condena de la usura.³⁰ Dentro de los antecedentes de la usura se destaca el “*Concilio de Nicea*” en donde se condenada a los clérigos que cobraran intereses.³¹ Por otra parte, en el Concilio de Viena se estableció que la usura es un “pecado” con el castigo de ser considerado como hereje al que cobra intereses.³²

En consonancia con lo anterior, la definición canónica de esta práctica era tajante; en el “*Decreto de Graciano del siglo XII se señalaba que la “usura es cualquier ganancia sobre el capital en los préstamos (quicquid ultra sortem exigitur usura est)”*”.³³ En este mismo sentido,

... el *Concilio Lateranense de 1179* había proferido un decreto contra la usura: a los usureros manifiestos se les negaba eucaristía y para salvar el alma debían hacer restitución de todas las ganancias mal habidas. Para los cristianos la sanción eclesiástica era la excomunión y se les negaba la confesión y la sepultura, con lo cual, su destino era el infierno.³⁴

Igualmente, la doctrina escolástica condenó la usura con fundamento en la Biblia, Aristóteles y en la ley natural.³⁵ Por este motivo, para la escolástica clásica la usura “es una transacción en que se pide más de lo que se da”.³⁶ Así, en una operación de mutuo sobre dinero, el deudor no debe pagar rendimientos sobre el dinero, sino restituir una suma igual a la prestada, dentro de la naturaleza fungible del dinero.

²⁹ Evangelio San Lucas 6: 34-35: 34. Y si prestáis a aquellos de quienes esperáis recibir, ¿qué mérito tenéis?, pues también los pecadores prestan a los pecadores, para recibir otro tanto. 35 Amad, pues, a vuestros enemigos, y haced bien y prestad, no esperando de ello nada; y vuestro galardón será grande, y seréis hijos del Altísimo, porque él es benigno para con los ingratos y los malos. <https://www.churchofjesuschrist.org/study/scriptures/nt/luke/6?lang=spa>

³⁰ Juan ROZAS VALDÉS, “Ayer y hoy en la condena católica de la usura”, 2012, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4391496.pdf>

³¹ Concilio de Nicea-Canon 17, “A los clérigos se les prohíbe prestar a interés”. https://ec.aciprensa.com/wiki/Primer_Concilio_de_Nicea; Marco MASTROFINI, *Tratado de la usura* (Barcelona: Librería religiosa, 1859). http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080034704/1080034704_MA.PDF

³² ROZAS VALDÉS, “Ayer y hoy en la condena...”, 1-76. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4391496.pdf>

³³ CASTRO RUIZ, “Economía, moral y derecho...”.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Estrella TRINCADO AZNAR, “Tiempo y usura en los escolásticos”, *Journal of the Sociology and Theory of Religion*, n.º. 14 Extra-1 (2022): 134-158.

³⁶ Trincado Aznar, “Tiempo y usura en ...”.

Dentro de este contexto, Santo Tomás de Aquino en la *Suma Teológica* estableció una serie de reglas frente a la usura, por medio de la Segunda Sección de la segunda parte, Cuestión 78.³⁷ En la citada cuestión, Santo Tomás consideró al dinero con un bien artificial que no hace parte de la naturaleza, pero que es utilizado por el hombre como medio de intercambio. No obstante, el dinero debería favorecer una justa distribución de la riqueza.

Por otra parte, en dicha cuestión se establece una definición de lo que se entiende por “usura”, al señalar que es “*ilícito percibir un precio por el uso del dinero prestado*”. De lo anterior se colige que la usura siempre es condenable, precisamente porque es injusta por naturaleza, sin que exista un término medio virtuoso como sucede con otras pasiones y acciones.³⁸

No obstante, estas posiciones radicales se empezaron a flexibilizar, a partir del siglo XII³⁹ cuando se generó un florecimiento de la vida política, social y de las relaciones comerciales en Europa, con lo cual se inicia la revisión de la postura radical de la prohibición de la usura. Igualmente, en muchos casos la “*superabundantia*”, entendida como rendimientos del dinero, no parecía ahora inmotivada, sino, al contrario, correspondiente a un propósito loable y real.⁴⁰

Por su parte, la escuela de Bolonia retoma en su perspectiva originalísima la Compilación Justiniana, en la cual la usura tenía un tratamiento diferente que frente a las normas canónicas analizadas previamente.⁴¹ Así pues, en

³⁷ Prólogo cuestión 78: “Corresponde a continuación tratar sobre el pecado de usura, que se comete en los préstamos (q.77 intr). Acerca de esto se formulan cuatro preguntas:

1. ¿Es pecado recibir dinero como interés de un préstamo monetario, lo que constituye la usura?;
2. ¿Es lícito, cuando menos, recibir en tal caso alguna utilidad como compensación del préstamo?;
3. ¿Hay obligación de restituir lo que legítimamente se ha constituido como lucro de un dinero prestado?;
4. ¿Es lícito recibir en préstamo dinero con usura? https://tomasdeaquino.org/suma-teologica/II_II_q78.htm

³⁸ Héctor ZAGAL, “El pecado de la usura en la suma teológica de Tomás de Aquino: la potencia del dinero”. *Cauriensia*, XV (2020): 23-41. https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/11996/1/1886-4945_15_23.pdf

³⁹ La doctrina es unívoca en enfatizar el cambio que produjo este primer renacimiento europeo en el abordaje jurídico del cobro de intereses así, por ejemplo, cfr. Angelo MAIN, “La storia dell’usura nel mondo pagano e nel cristianesimo” *Rivista Internazionale Di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*, 14, 53 (1897): 27-47; J. PH. LÉVY, “Un Palliatif à La Prohibition de l’usure : Le « contractus Trinus » Ou « triplex »”, *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, n.º. 18 (1922): 1939; Pasquale COLELLA, “Usura e Diritto Canonico.” *Il Foro Italiano*, 118, n.º. 10 (1995); M. BOARO, “Usura. Derecho intermedio”, 1135-1141; CASTRO RUIZ, “Economía, moral y derecho en...”.

⁴⁰ BOARO, “Usura. Derecho intermedio”.

⁴¹ *Idem*.

el “siglo XII Acio de Bolonia -uno de los más respetados comentaristas del *Corpus Iuris Civilis*- consideró que, si bien la usura estaba en contra de la ley de Dios, ésta tenía que ser interpretada en forma liberal y tolerada “teniendo en cuenta las necesidades actuales del mundo”.⁴²

De esta manera, resulta claro que, durante el periodo del bajo medioevo, los juristas medievales hicieron un esfuerzo dogmático por establecer contextos negociales en los cuales se consideraba justificado el cobro de intereses.

A pesar de estos avances, la Iglesia Católica por medio de la “inquisición” persiguió a los prestamistas que cobraban intereses por considerarlos contrarios a los postulados de la Iglesia. Un ejemplo claro, fue el caso de la inquisición española (1478 a 1834) en donde bajo la justificación del pecado de la usura se persiguió a los judíos prestamistas. Como consecuencia de ello, dicha comunidad fue objeto de destierros, castigos y persecuciones por parte de la Iglesia católica.⁴³

Por otra parte, la corriente protestante tuvo un impacto frente el entendimiento económico de la vida al desligar el concepto de pecado de la actividad económica.⁴⁴ Ello explica cómo Calvino estableció que no todas las formas de usura eran ilícitas, sino solo aquellas que se materializaban frente a los pobres,⁴⁵ por cuanto se peca contra la caridad. “Además, criticó la definición misma de usura y consideró que lo que la Biblia proscribía era el interés excesivo, no el préstamo con interés. En su opinión, el pago de intereses por un capital era tan legítimo como el pago por el arrendamiento de tierras”.⁴⁶ De esta manera, Calvino concluyó que el comercio y la usura son “acordes con la doctrina cristiana”.⁴⁷ No obstante, Lutero se pronunció contra la usura en su obra *El tratado sobre el comercio*⁴⁸ afirmando

⁴² CASTRO RUIZ, “Economía, moral y derecho en...”.

⁴³ José HINOJOSA, “Los judíos en la España Medieval. De la tolerancia a la expulsión”, “Los judíos en la España Medieval. De la tolerancia a la expulsión”. En *Los marginados en el mundo medieval y moderno*, pp. 25-41, edición de M^a Desamparados Martínez San Pedro. Almería: Instituto de Estudios Almerienses, Universidad de Alicante, 2000. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2241826>

⁴⁴ Juan ROZAS, “Ayer y hoy en la condena católica de la usura”, 2012. *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, n.º. 18 (2012): 27-102. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4391496.pdf>

⁴⁵ Marco MASTROFINI, *Tratado de la usura*. http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080034704/1080034704_MA.PDF

⁴⁶ CASTRO RUIZ, “Economía, moral y derecho en...”, 87.

⁴⁷ Javier CAMPOS, “Lutero, su obra y su época” (CIUDAD: Servicios de publicaciones, 2017), 1-423. <https://javiercampos.com/fls/dwn/lutero-su-obra-y-su-epoca.pdf>

⁴⁸ *Idem*.

que el pago de intereses y la usura estaban afectando a las ciudades y ciudadanos de Alemania.

Cambio de paradigma: posiciones sobre la defensa de la usura

En los siglos XVII y XVIII una serie de doctrinas económicas y espacios sociales se abrieron paso, todo lo cual se tornó en un alejamiento de los argumentos teológicos y morales frente a la usura, habiéndose producido una aceptación gradual al cobro de intereses frente a los préstamos de dinero, contratos conocidos como de mutuo. Ahora bien, importante resulta advertir aquellos pensadores que abogaron entonces en favor del cobro de intereses frente a las transacciones relacionadas con el mutuo.

En primer lugar, se destaca el economista Adam Smith, quien aceptó “*el pago de los intereses como necesarios para el despliegue exitoso del capital*”. Por tal motivo, “*señaló que la tasa máxima de interés debía fijarse por encima de la tasa más baja del mercado, de suerte que los prestamistas tuviesen un incentivo para continuar prestando*”.⁴⁹

En segundo lugar, Jeremy Bentham, filósofo y economista inglés, quien en 1778 realizó una serie de precisiones frente a la usura en la obra denominada “*En defensa de la usura*”. En la citada obra, el autor señalaba que, en el siglo de la Ilustración y del florecimiento de la Revolución Industrial, los individuos eran autónomos y podían tener un control sobre el mundo, por lo cual resultaba inaceptable regular la usura, toda vez que no tenía sustento en la lógica.⁵⁰ Igualmente, defendió la postura según la cual los préstamos de dinero con interés eran los verdaderos fomentadores del desarrollo económico.

En tercer lugar, David Ricardo, otro inglés quien, en el año de 1818, y en su calidad de “*experto en economía y en operaciones en bolsa de valores, rindió un testimonio ante la Cámara de los Comunes frente a un debate sobre el régimen legal de la usura*” en los siguientes términos:

*I think the usury laws are not beneficial; they are constantly evaded on the Stock Exchange by lending on continuation. Persons should be enabled to borrow on better terms but for these laws... The rate of interest is regulated by the demand and supply, in the same way as any other commodity.*⁵¹

⁴⁹ CASTRO RUIZ, “Economía, moral y derecho en...”. 9

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Idem.*

En esta línea de tiempo, la Iglesia Católica empezó a flexibilizar su posición frente al cobro de intereses. Fue así como en *“España en el siglo XVIII se abrió lentamente paso la idea sobre la naturaleza productiva del dinero, aunque no existían aún consensos prácticos y doctrinales sobre la licitud del mutuo retribuido”*.⁵² Por otra parte, *“el canonista Lambertini –luego Papa Benedicto XIV– optaron (sic) por aceptar que el dinero es un bien fructífero, motivo por el cual, cuando se le presta dinero a un comerciante para financiar su actividad es lícito percibir intereses dentro de los límites fijados por la ley civil”*.⁵³

Con fundamento en lo expuesto, se puede afirmar entonces que en el siglo XVIII era: i) aceptado en los contratos de mutuo o préstamo de dinero, el cobro de sumas adicionales bajo los conceptos indemnizatorios de daño emergente y lucro cesante, aún entre no comerciantes y; ii) era lícito prestar dinero con interés si el tomador del dinero era comerciante.

Finalmente, Max Weber, en su famosa obra sobre la *“ética protestante y el espíritu del capitalismo”*, sostiene y justifica el cobro de intereses diciendo

*... que el intercambio, la especulación y el ánimo de ganancia han existido siempre, incluso en civilizaciones muy antiguas, pero que ello no se identifica con el capitalismo occidental moderno (europeo y norteamericano). Este sistema ha sido posible por el racionalismo económico en el que actúan en forma sistemática los empresarios, y que puede explicarse por un espíritu, un “ethos” particular del sistema económico que guía la conducta del capitalista. En este contexto, en una sociedad mayoritariamente urbana de artesanos y comerciantes, los puritanos trataron de espiritualizar los procesos económicos, predicando que Dios favorece a los negociantes justos (fair bargainers). Así, los motivos de cada corazón permitían diferenciar los negocios torpes o usurarios de los legítimos.*⁵⁴

La usura en el derecho islámico

En el Corán la palabra que se usa para identificar los intereses es la *“riba”*,⁵⁵ traducida en estricta prohibición por considerarla pecaminosa, al identificar una actividad que no beneficia a los demás. Precisamente por ello, en el

⁵² *Idem.*

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ CASTRO RUIZ, “Economía, moral y derecho en...”.

⁵⁵ Salmaan NASEER, *Versículos seleccionados del Sagrado Corán*. La Comunidad Musulmana Ahmadía, 2018. <https://www.alislam.org/quran/selected-verses/Spanish.pdf>

mismo Corán se señala que 2:276: “*Los que consumen del interés no se levantarán, salvo como se levanta el que ha sido derribado por Satanás con la locura*” y en el 2:277 que “*Al-lah elimina el interés y hace que aumente la caridad. Y Al-lah no ama a quien es incrédulo y pecador declarado*”.⁵⁶

Debido a lo antes expuesto, en el derecho contractual islámico se encuentra estrictamente prohibido el pago de intereses. Lo anterior trae como consecuencia inevitable, la nulidad del contrato y la configuración de un grave pecado ante la ley islámica.⁵⁷

Ahora bien, este planteamiento ha sido un poderoso limitante para la estructuración de operaciones bancarias en países en donde se aplica la ley islámica, por cuanto no existe ninguna posibilidad de pactar intereses. Esta limitante ha generado la estructuración de una serie de operaciones bancarias especiales como alternativas al cobro de intereses, que podrían apreciarse desde Occidente como simulación de estos, donde se destacan:

Operación	Alcance
La sociedad “almusharakah”	La participación del banco y del empresario en el capital de una empresa. En otras palabras, el banco actúa como accionista
Contrato de almudrabah	El banco tiene una participación total de capital en la sociedad y el empresario aporta su trabajo
Venta de almurabaha	El banco compra un bien por instrucciones del cliente y luego se lo revende, por medio de pagos periódicos.
Contrato de alistiznae	Financiación de compra de maquinaria o de vivienda. En este caso, el banco compra el bien, le transfiere el bien al cliente, quien lo paga en cuotas periódicas.
Cuentas corrientes	El banco cobra una comisión por el producto
Cuentas de ahorro	El banco cobra una comisión, pero no puede reconocer ningún tipo de interés. La única opción de recibir algún interés es que el cliente participe en una “almusharakah”

Elaborado con fundamento en Abuamria⁵⁸

⁵⁶ NASEER, *Versículos seleccionados del Sagrado...* <https://www.alislam.org/quran/selected-verses/Spanish.pdf>

⁵⁷ Juan PINZÓN. “La influencia del islam en las instituciones jurídicas del derecho privado en los países de tradición musulmana”. *Revista de Derecho Privado*, n.º. 48 (2012). <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/29ecb6a0-1f37-43d2-882c-a0183e457920/content>

⁵⁸ Faeyz ABUAMRIA, “El mecanismo de funcionamiento de los bancos islámicos y su tamaño en los mercados financieros” (tesis doctoral Universidad de Granada, 2006. <https://digibug.ugr.es/>)

De lo expuesto, se puede concluir que los bancos islámicos desarrollaron una serie de operaciones en donde cobran comisiones por el préstamo o la financiación de proyectos, sin que llegara a configurar en estricto sentido un cobro de intereses.

Las problemáticas de la tasa de usura en Colombia

En este numeral se identificarán las problemáticas de la tasa de usura en Colombia. Para tal fin, se presentará la tipificación actual de la usura en el Código Penal colombiano, se analizará el estado actual de las condenas en Colombia por el delito de usura y se evaluarán los efectos de la tasa de usura en el mercado de crédito de nuestro país.

La génesis de la usura en Colombia

Desde el punto de vista del derecho penal

Lo primero que ha de precisarse es que los códigos penales colombianos de 1837, 1873 y 1890 no contemplaron la usura como una conducta objeto de su tratamiento. Sin embargo, con la Ley 95 de 1936 el Código Penal⁵⁹ tipificó la conducta de la usura por medio del artículo 417, que la definía como:

El que por más de tres veces obtenga intereses o ventajas usurarias a cambio de préstamos de dinero, está sujeto a la pena de un mes a un año de arresto y multa de cinco a quinientos pesos. En la misma sanción incurre el que disimule bajo otra forma contractual cualquiera, un préstamo usurario.

Del citado artículo se desprende que existían dos modalidades del delito:⁶⁰ i) usura nominada, por la habitualidad en el desarrollo de la conducta por parte del usurero, más de “tres veces” y, ii) usura simulada, en donde por medio de estratagemas contractuales se consolidaba la figura, tal y como ocurría en el caso de un préstamo en el cual no se le entregaba la totalidad de la suma de dinero materia del préstamo al deudor, sino se le descontaba o retenía en el desembolso una suma considerable por razón del otorgamiento

bitstream/handle/10481/915/16074324.pdf;jsessionid=1ECFEC039E2FAAC1052209263B23A F1E?sequence=1

⁵⁹ Colombia. Ley 95 de 1936 “Código Penal”. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1791348>

⁶⁰ Carlos MOLINA ARRUBLA, “El delito de usura y su regulación legal”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º. 59. (1982): 152-174. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5458>

del crédito. Dentro de esta última forma de usura, el Decreto 522 de 1971 consagró un nuevo tipo penal, en los casos en que se compraba por dos o más veces salarios o prestaciones sociales con intereses de usura.⁶¹

El código penal de 1936 en su exposición de motivos afirmaba que la usura es un delito contra la propiedad, el cual buscaba eliminar la práctica nociva de quienes habitualmente prestaban dinero a tasas muy altas, toda vez que alteraban el nivel de los precios del dinero y podrían afectar el orden económico de la República.⁶²

La ausencia de una fórmula específica para determinar en realidad en qué consistía una ventaja o préstamo usurario, tipo penal en blanco, unido a la exigencia de una conducta reiterativa para configurar el tipo penal de usura, hizo casi inane la disposición normativa.

El Decreto 100 de 1980⁶³ “Código Penal”, por medio del artículo 235,⁶⁴ consagró una nueva tipificación de la usura.⁶⁵ Del artículo en cuestión, se derivan dos modalidades de usura:⁶⁶ la primera, la usura simple que se caracterizaba por: i) los verbos rectores de “recibir” o “cobrar”; ii) la referencia a una tasa de modalidad anual para configurar el delito; iii) la materialización en contratos de mutuo o venta de bienes o servicios a plazo; iv) el exceso en la mitad del interés que certificaba la otrora Superintendencia Bancaria para los “*créditos ordinarios de libre asignación*”. La segunda,

⁶¹ Decreto 522 de 1971: *Artículo 9º. El que por dos o más veces compre a empleados o a obreros sueldos, salarios o prestaciones sociales, con estipulación de intereses usuarios, cualquiera que sea la forma escogida para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en arresto de uno a tres años.* <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6944>

⁶² Exposición de motivos de la Ley 95 de 1936, M. P. Parmenio Cárdenas.

⁶³ Decreto 100 de 1980, “*Por el cual se expide el nuevo Código Penal*”. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80544>

⁶⁴ El cual fue complementado por el Decreto 141 de 1980. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1031718>

⁶⁵ “Artículo 235. *Usura y recargos e n ventas a plazo. El que reciba o cobre, directa o indirectamente, de una o varias personas, en el término de un (1) año, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicio a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés que para el periodo correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años y en multa de un mil a cincuenta mil pesos. El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstos en este Artículo, incurrirá en prisión de ocho (8) meses a cuatro (4) años y en multa de un mil a cincuenta mil pesos*”.

⁶⁶ MOLINA ARRUBLA, “El delito de usura y su...”.

la usura calificada, la cual se tipificaba cuando se “*compre cheque, sueldo, salario o prestación social*” con intereses usureros.

Así las cosas, la usura en el código penal de 1980 se materializaba cuando la tasa de intereses excedía en la mitad la tasa certificada por el supervisor financiero frente a los “*créditos ordinarios de libre asignación*”. En nuestro sentir, este acercamiento reflejaba mejor las condiciones reales del mercado de crédito, toda vez que la usura se calculaba con base en la tasa de interés que “*podían cobrar los establecimientos de crédito, en sus operaciones activas ordinarias, a plazo no mayor de un año*”.⁶⁷ Este tipo penal era expreso y claro, pues la tasa base de la medición para establecer la usura debía estar referida a términos efectivos anuales, y relativa a operaciones corrientes de mercado, y no a las excepcionales, fuera de mercado corriente, privilegiadas con tasas subsidiadas en razón de políticas de Estado.

Ahora bien, la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-173 de 2001 declaró inexecutable el “*término de un año*” para la configuración de la usura, por considerar que no existía una justificación constitucional para mantener ese periodo de tiempo.⁶⁸ Por otro lado, por medio de la Sentencia C- 333 de 2001 se declaró acorde a la Constitución la configuración del delito de usura a partir de la certificación de intereses que realizara la otrora Superintendencia Bancaria de Colombia.⁶⁹

⁶⁷ Colombia. Superintendencia Bancaria de Colombia. Concepto 94021718.1, de mayo 10 de 1994.

⁶⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-173 de 200, M. P. Álvaro Tafur. “*Si la finalidad del establecimiento de este elemento temporal para la tipificación del delito de usura, fue la de evitar “una excesiva restricción del crédito” como señalan los intervinientes, es claro para la Corte que aunque esta finalidad puede ser considerada admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales, la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente resulta desproporcionada frente a dicha finalidad. En este caso es evidente en efecto, que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente, es decir la ausencia de sanción para quien cobra intereses de usura por cerca de un año, no guarda proporción alguna con las circunstancias de hecho y la finalidad que le sirven de justificación, a saber, evitar una posible restricción del crédito*”.

⁶⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil. “*Estima la Corte necesario precisar, por otra parte, que no obstante que, en principio, no es opuesta a la Constitución la posibilidad de que por el legislador se expidan tipos penales en blanco que, como en este caso, remitan a un acto administrativo, -la Resolución de la Superintendencia Bancaria mediante la cual se certifica la tasa de interés cobrada por los establecimientos bancarios para los créditos ordinarios de libre asignación-, esa posibilidad debe apreciarse en concreto con el propósito de que se mantenga la intangibilidad del principio de legalidad en materia penal*”. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-333-01.htm>

La usura desde la perspectiva del derecho privado y procesal

En primer lugar, el derecho privado colombiano ha registrado una evolución frente al cobro excesivo de intereses. El código de comercio del Estado Soberano de Santander –el cual entró en vigor en 1870– establecía en su artículo 630:

Cuando en los negocios de comercio hayan de pagarse réditos de un capital, sin haberse especificado por convenio, se entenderá que es el mayor interés corriente en la plaza, si el rédito procediere de demoras en el pago del capital, y el término medio en todos los demás casos, salvo las disposiciones especiales que contenga este código.

Esta norma constituye un antecedente en cuanto al cobro de intereses en las operaciones de préstamo, toda vez que incorpora los elementos esenciales, e incluso en una redacción cercana al artículo 884 del actual Código de Comercio colombiano.

El Código Civil colombiano, vigente en nuestro suelo desde su adopción como Código Civil de la Unión en 1873, dispone en su artículo 2231 que “*el interés convencional que exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor*”. Esta norma, es clara al establecer que la tasa de interés que exceda una y media veces aquella que se demuestre corresponder a la bancaria corriente, será reducida por el juez a dicha tasa corriente, si así se requiere por medio de demanda judicial.

Al respecto, parece interesante la postura desarrollada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en 1956 al realizar una interpretación de la norma, antes de la existencia de las “tasas certificadas por la Superintendencia Financiera de Colombia”. Así, la Corte determinó:

La ley no ha determinado expresamente la cuantía del interés que equivale a usura, pero ella puede deducirse razonablemente de las disposiciones que tratan la materia, como de los art. 2231 y 1601. Esas disposiciones fueron consagradas en guardia a la moral y en beneficio de las buenas costumbres, restringiendo así el principio de la libertad de estipulación, en interés de la sociedad y del Estado...⁷⁰

⁷⁰ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 7 de marzo de 1956. LXXXII, 393.

De esta interpretación, se puede deducir la finalidad de los límites de la tasa usura, que corresponde a la protección estatal dentro de la órbita del interés público, frente a posibles abusos por parte de los acreedores en el momento de pactar la tasa de interés convencional.

Por su parte, el Código de Comercio, en su artículo 884 modificado sucesivamente por el artículo 72 de la Ley 45 de 1990⁷¹ y a su turno por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999,⁷² dispone para los mismos efectos limitativos que la tasa de interés que exceda una y media veces de la que se demuestre ser la tasa bancaria corriente, podrá ser reducida judicialmente a dicho límite, y a título de sanción, se incorporará una sanción adicional equivalente al porcentaje del exceso, para completar así el porcentaje total de la reducción.

En segundo lugar, dentro de los posibles mecanismos procesales existentes para hacer aplicables judicialmente las normas sobre límites al pacto de intereses se destacan los siguientes:

El antiguo Código de Procedimiento Civil, en su artículo 427, numeral 8, disponía un proceso de regulación de tasas de interés, que a su tenor rezaba: *[s]e tramitarán en proceso verbal por el procedimiento consagrado en este Capítulo, los siguientes asuntos: 8. Reducción o pérdida de intereses pactados, o fijación de los intereses corrientes, salvo norma en contrario*”

⁷¹ Colombia. Ley 45 de 1990: “*Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones.*” Artículo 72. Sanción por el cobro de intereses en exceso. Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77540>

⁷² Colombia. Ley 510 de 1999 “*Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades.*” Artículo 111. El artículo 884 del Código de Comercio, quedará así: “Artículo 884. Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria.” http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0510_1999.html#1

En la actualidad, el Código General del Proceso, en el párrafo 3º del artículo 390 dispone:

Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales, con excepción de las acciones populares y de grupo, se tramitarán por el proceso verbal o por el verbal sumario, según la cuantía, cualquiera que sea la autoridad jurisdiccional que conozca de ellos.

En este sentido, en los casos en que se presente una relación de consumo, como sucede con las operaciones de crédito celebradas con entidades financieras o cuando el comerciante ofrece algún tipo de financiación a plazo, en las que se pacten tasas de interés altamente lesivas a los consumidores, se podría acudir a un proceso verbal o verbal sumario, tendientes a revisar la tasa de interés cobrada.

Por su parte, y en los términos de la Ley 1480 de 2010, Estatuto de Protección al Consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la competencia para conocer la vulneración sobre las normas relativas a los contratos de adquisición de bienes muebles o prestación de servicios mediante sistemas de financiación.

Tipificación de la conducta en el código penal vigente: Ley 599 de 2000

La Ley 599 de 2000 tipificó la usura por medio del artículo 305.⁷³ Ahora bien, por la importancia del artículo se procederá a transcribir su contenido:

Artículo 305. USURA. El que reciba o cobre, directa o indirectamente, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el periodo correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstos en este artículo, incurrirá en prisión de cuarenta

⁷³ Colombia. Ley 599 de 2000, "Por el cual se expide el Código Penal". http://www.secretaria.senado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html#1

y ocho (48) a ciento veintiséis (126) meses y multa de ciento treinta y tres puntos treinta y tres (133.33) a seiscientos (600) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando la utilidad o ventaja triplique el interés bancario corriente que para el periodo correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, la pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes...

Del citado artículo, se desprende que actualmente en Colombia se materializa el delito de usura en los siguientes eventos:

Primero, cuando en préstamos de dinero, venta de bienes o servicios a plazos se “reciba” o “cobre” una “utilidad o ventaja” que “*exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el periodo correspondiente estén cobrando los bancos*”, según la certificación que realice la Superintendencia Financiera de Colombia. Ahora bien, esta causal recoge algunos elementos que estaban tipificados en el código penal de 1980, pero con trascendentales modificaciones, a saber: i) se eliminó el término de un año; ii) se eliminó la expresión “*créditos ordinarios de libre asignación*”, para registrar solamente la de *créditos ordinarios sin distinción alguna con relación a los subsidiados* y; iii) se aumentó la sanción punitiva.

En cuanto a la eliminación del concepto “*créditos ordinarios de libre asignación*” y su sustitución por el de “*el interés bancario corriente que para el periodo correspondiente estén cobrando los bancos*”, debe resaltarse que el efecto ha resultado de alto impacto en el mercado crediticio, habida cuenta de: i) desconocimiento de las asimetrías propias de los mercados, que, por supuesto, hacen relación a tasas subsidiadas por política estatal, que distorsionan la verdadera tasa de mercado o corriente; ii) mayor injerencia estatal cuando aparezca necesario reducir la tasa de usura, en razón de las diversas metodologías que podrían ser utilizadas por el Estado para calcular el interés bancario corriente general, sin distinción alguna y, iii) desestimulo al mercado de oferta de crédito, al resultar posible fijar tasas de usura marginadas de la realidad de los mercados, todo lo cual podría reducir tal oferta en los casos de disminución de la tasa de usura.

Segundo, se mantuvo la causal incorporada desde el código penal de 1980, según la cual, se configura también la usura cuando se “*compre cheque, sueldo, salario o prestación social*” en los términos definidos en el tipo penal en comento. No obstante, la Ley 599 de 2000 aumentó de forma

considerable el monto de la pena frente a esta causal, probablemente por considerarla abuso de un estado de necesidad.

Tercero, se creó una nueva situación frente a la tipificación de la usura, al señalar que “... cuando la utilidad o ventaja triplique el interés bancario corriente que para el periodo correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, la pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes”. Esta nueva causal, es una respuesta de la política criminal del Estado para hacerle frente al fenómeno del llamado “gota a gota”, en donde por medio de sistema de crédito llamado “fácil”, se les cobra a los deudores una tasa de interés que puede llegar a alcanzar el 60% de interés anual.⁷⁴

Ahora bien, la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-479 de 2001⁷⁵ determinó que “la certificación de la Superintendencia Bancaria a la que hace referencia es la que se haya expedido previamente a la configuración de la conducta punible y que se encuentre vigente en el momento de producirse ésta”.

A su turno, el Decreto Legislativo 4450 de 2008⁷⁶ buscó modificar el citado artículo 305 del Código Penal, al disponer que “en caso de que cualquiera de las conductas a que se refiere el inciso primero de este artículo se efectúe utilizando la figura de la venta con Pacto de Retroventa o del mecanismo de Cobros Periódicos que se defina en el reglamento, se aumentará la pena...”. De esta manera, se buscó proteger a la ciudadanía que busca financiarse mediante pequeñas sumas de dinero por medio de las llamadas “casas de empeño”, establecimientos de comercio que celebran contratos de compraventa con pacto de retroventa sobre bienes muebles. Sin embargo, en la práctica comercial dicha operación registra una diferencia de precios entre las operaciones de compraventa que suele ser considerable, superando muchas veces la tasa de usura.⁷⁷

⁷⁴ La República. ‘Gota a gota’ llega a tasas de interés anual entre 55% y 60% anuales, según Datacrédito, febrero 3 de 2023. <https://www.larepublica.co/finanzas/gota-a-gota-llega-a-tasas-de-interes-anual-entre-55-y-60-anuales-segun-datacredito-3538154>

⁷⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-479 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-479_2001.html#1

⁷⁶ Colombia. Decreto 4450 de 2008 “Por el cual se adiciona el artículo 305 del Código Penal”. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=33874>

⁷⁷ “Este empleo del pacto de retroventa como mecanismo de financiación conduce a dos órdenes de problemas. Por una parte, el pacto de intereses usurarios, si el precio acordado para retraer es muy superior al de la venta; por otra, que el valor de la cosa con que se queda el comprador

La Corte Constitucional por medio de la Sentencia C -226 de 2009⁷⁸ declaró inexecutable al citado Decreto Legislativo 4450 de 2008, por considerar que la competencia legislativa del Ejecutivo había desbordado el alcance del estado de emergencia económica, bajo cuyo amparo se expidió el decreto, proferido para hacer frente al impacto económico y social del fenómeno de las captaciones masivas y habituales de dinero que se presentaron en aquella época en Colombia.

Análisis de las condenas por el delito de usura en Colombia

A pesar de la tipificación del delito de usura en Colombia, el número de condenas existentes no resulta significativo frente a la dinámica social y económica de la propia usura en nuestro país. Esta afirmación encuentra sustento en el número de condenadas existentes sobre la materia representadas en sentencias de casación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. En este punto, con sustento en la base de datos de la citada Sala Penal, se presentan, a título meramente ilustrativo, los siguientes resultados:

Proceso	Fecha	Penas
Casación 23899 M. P. Marina Pulido de Barón	diciembre 12 de 2005	Condena por usura. No casó la sentencia
Casación 30925 M. P. Sigifredo Espinosa Pérez	mayo 21 de 2009	Condena por usura. No casó la sentencia
Casación 33520 M. P. Javier Zapata Ortiz	mayo 12 de 2010	Condena por usura. No casó la sentencia
Casación 40027 M. P. José Luis Barceló	octubre 1 de 2012	Condena por usura. No casó la sentencia
Casación 37256 M. P. Alfredo Gómez Quintero	agosto 31 de 2011	Absolución por usura.
Casación 37735 M. P. José Leonidas Bustos	noviembre 28 de 2012	Condena por usura. No casó la sentencia

si el vendedor no retrae válidamente, sea muy superior que el precio pactado para la venta o para retraer.

La doctrina ha puesto de presente que, si bien la venta con pacto de retroventa es una modalidad contractual lícita que puede atender a finalidades legítimas, no es menos cierto que puede prestarse para disimular o encubrir actividades de crédito por fuera de los parámetros legales. Tanto a nivel nacional, como en el extranjero se han fijado unas condiciones para diferenciar lo uno de lo otro". Colombia. Corte Constitucional C-226 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-226_2009.html#1

⁷⁸ Colombia. Corte Constitucional C-226 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-226_2009.html#1

Proceso	Fecha	Penal
Casación 55838 M. P. Patricia Salazar Cuéllar	noviembre 24 de 2021	Condena por usura. No casó la sentencia
Casación 44247 M. P. María del Rosario Gómez	octubre 22 de 2014	Condena por usura. No casó la sentencia
Casación 46881 M. P. Gustavo Enrique Malo	octubre 28 de 2015	Condena por usura. No casó la sentencia
Casación 54511 M. P. Hugo Quintero Bernate	junio 9 de 2021	No condena por usura
Casación 34075 M. P. Javier Zapata Ortiz	junio 9 de 2010	Condena por usura. No casó la sentencia

Por otra parte, en la investigación realizada por Gómez y Agudelo se analizó el desarrollo de los procesos penales sobre usura en el departamento del Tolima entre los años 2010 a 2020. De los datos citados, se identificó que *“en ese periodo de tiempo existieron 124 procesos, donde 29 estaban activos y 95 inactivos, bien terminados, archivados o precluidos”*. Ahora bien, de los procesos, *“tres están en etapa de juzgamiento, uno en investigación, sesenta en indagación y los sesenta restantes se quedaron en la simple recepción de la querrela”*.⁷⁹

De esta información, puede deducirse que, de en un periodo de diez años, solo 3 procesos de 124 llegaron a etapa de juzgamiento, lo que indica que solo el 2,5% de los procesos llegaron a la etapa final de juicio. A su vez, el 48% de los procesos se quedaron en la simple recepción de la noticia criminal, sin que existiera ningún impulso procesal en materia de investigación penal.

Con fundamento en lo antes expuesto se puede colegir lo siguiente:

- ♦ A la fecha, no se han registrado un número de condenas efectivas en materia penal con relación al delito de usura, motivo por el cual, no se advierte este tratamiento como el medio legislativo más apropiado para una protección frente al cobro abusivo de intereses.
- ♦ En la práctica, el proceso penal por el delito de usura ha desplazado a los remedios establecidos en el código civil, el código de

⁷⁹ María GÓMEZ y Daniela Agudelo, “La eficacia del delito de usura en el periodo 2010-2020 en el departamento del Tolima”, Universidad de Ibagué, 2022. <https://repositorio.unibague.edu.co/server/api/core/bitstreams/304d87d1-12fe-4eca-8521-07456b7c6665/content>

comercio y las leyes 45 de 1990 y 510 de 1999, toda vez que los deudores afectados por el cobro excesivo de intereses prefieren denunciar penalmente, en lugar de iniciar las acciones procesales civiles del caso, por el temor que infunde el proceso penal y la supuesta rapidez que debería caracterizarlo.

Efectos de las tasas de usura en el mercado de crédito colombiano

Ahora bien, orientado por los estudios de la Asociación Bancaria de Colombia, “Asobancaria”, resulta posible estructurar una serie de argumentos que probarían las desventajas que se derivan de regular penalmente la usura en Colombia, y que pueden ser recogidos como se expone a continuación:

Defensa de la tasa de usura	Desventajas
<ol style="list-style-type: none"> 1. Restringen los abusos en el cobro de las tasas de interés. 2. Podría ampliar la colocación de créditos cuando las tasas de usura son bajas. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. La tasa de usura restringe la oferta de crédito frente a consumidores de alto riesgo. 2. La tasa de usura estimula a los establecimientos de crédito para orientar la oferta de crédito, a eventuales deudores o consumidores de menor riesgo. 3. La tasa de usura restringe el crecimiento del microcrédito. 4. Aumenta los costos del crédito, toda vez que “incentiva” al cobro de comisiones adicionales a la tasa de interés, y los pactos de simulación de intereses.

Elaborado con fundamento en Asobancaria.⁸⁰

Sobre este presupuesto, la tasa de usura en Colombia puede ser entendida como “*un mecanismo legal de control de precios en el sector financiero*”.⁸¹ Según la Asobancaria, la fijación de la tasa de usura genera un efecto inverso al buscado, pues en lugar de ampliar la oferta crediticia, la reduce, toda vez que al “*bajar artificialmente las tasas de interés aumenta, en efecto, la demanda de crédito, pero reduce la oferta, con lo cual el volumen efectivo de crédito en el mercado se reduce*”.⁸²

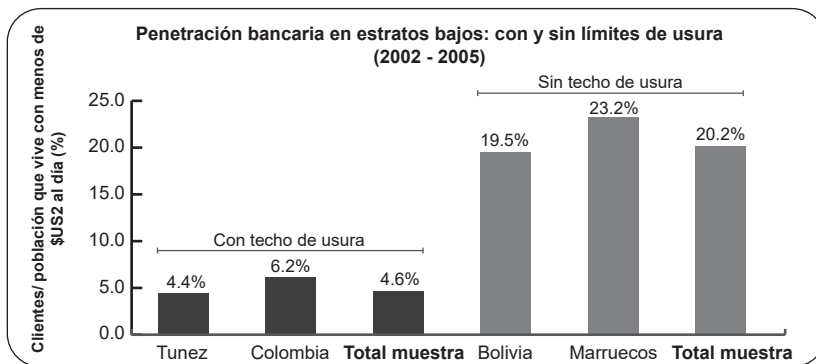
⁸⁰ “La tasa de usura en la coyuntura actual”. *Asobancaria. Semana económica*, 22 de febrero de 2010. <https://asobancaria.com/ws/semanas-economicas/741-BE.pdf>

⁸¹ “Cambios en la tasa de usura: ¿Más colombianos en el gota a gota?”. *ANIF, Informe semanal*, n.º. 1607, 20 de mayo de 2024. <https://www.anif.com.co/informe-semanal/cambios-en-la-tasa-de-usura-mas-colombianos-en-el-gota-a-gota/>

⁸² “La tasa de usura en la coyuntura actual”. *Asobancaria. Semana económica*, 22 de febrero de 2010.

A su vez, el estado del arte en esta materia ha revelado, con base en una serie de investigaciones, los efectos negativos para la inclusión financiera que produce la existencia de límites forzosos penales en relación con las tasas de intereses.⁸³ A propósito, ha de mencionarse el estudio de la Asociación de Instituciones Financieras (ANIF), que pone de presente cómo en los países donde se registra mayor bancarización, son aquellos donde no existe tasas de usura.⁸⁴ El citado estudio revela, adicionalmente, que la vigencia de la tasa de usura determina necesariamente una disminución del índice de bancarización poblacional.

En este punto se puede concluir, entonces, que los citados controles de tasa, en especial aquellos con connotación penal, tienen un efecto directo en procesos de bancarización, al reducir su alcance y limitar por ende el acceso a los servicios crediticios a sectores menos favorecidos de la población que son quienes a su vez demandan una mayor necesidad de contar con amplias opciones de modalidades crediticias.



Fuente: Febraban y Banco Central de Brasil. Gráfica tomada de ANIF⁸⁵

Un ejemplo de este escenario se registró en el año 2011, cuando la tasa de usura para los microcréditos aumentó del 33,9% al 50,18%. Esta situación condujo a que en el año 2011 las tasas de mercado para microcrédito se ubicaran en promedio entre el 34% al 36% anual, lejanas del tope de usura que sobrepasaba el 50%, todo lo cual permitió a 603.750 microempresarios

⁸³ “Tasa de usura y bancarización: la experiencia internacional”. ANIF, *Comentario económico del día*, FECHA 2009.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ *Idem*.

contar con acceso real al crédito, y para el sector financiero formal, un aumento en esta modalidad de cartera con un apreciable porcentaje de crecimiento igual al 38,8% anual.⁸⁶

En el año 2024, la ANIF⁸⁷ adelantó un estudio relacionado con el impacto la tasa de usura en Colombia. Así, en términos generales, se identificó *“la relación entre el crecimiento de la cartera ordinaria, la de consumo y la tasa de usura”*. Dentro de los resultados que arrojó dicho estudio, pudo advertirse que *“una reducción de un punto porcentual (p.p.) en la tasa de usura está relacionado con una disminución entre 0,26 p.p. y 1,1 p.p. en el crecimiento nominal anual de la cartera de crédito”*. Estas cifras ratifican lo expuesto en antecedencia, en el sentido de afirmar que, a mayor tasa de usura, menor será la inclusión financiera alcanzada, en especial, frente a los consumidores con perfil de alto riesgo crediticio, que por lo general pertenecen a sectores poblacionales de bajos recursos.

De igual manera, puede observarse que, para mayo del mismo año 2024, la tasa de usura alcanzó el porcentaje de 31,53% con una reducción considerable que se no se registraba desde junio del 2002 cuando la citada tasa se ubicó en el 30,6%. Ahora bien, esta situación aparentemente puede beneficiar a muchos consumidores, mediante tasas de interés más bajas, pero, en realidad, genera un efecto inverso, relacionado con la reducción de la oferta crediticia en el mercado, en especial hacia sectores que representen mayor riesgo, habida cuenta de que las menores tasas *“no compensan la mayor probabilidad de impago”*.⁸⁸

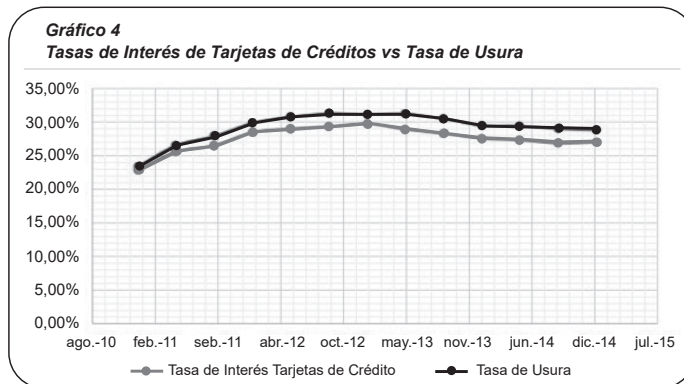
En adición a lo antes expuesto, la existencia de una tasa de usura en un contexto económico inevitablemente conduce a la aparición del llamado *“efecto murciélago”*, efecto al que no ha sido ajena nuestra nación. En estudio universitario publicado en el año 2015, y adelantado por Andrés Aparicio, se analizó el efecto de la tasa de usura en materia de tarjetas de crédito en el periodo comprendido de septiembre de 2010 a enero de 2015. Al efecto, en el estudio se procedió a comparar la tasa de usura y la tasa de interés de tarjetas de crédito que cobraban bancos. El análisis adelantado

⁸⁶ “Bancarización, tasa de usura y mercado extrabancario”. ANIF, *Comentario económico del día*, 2012.

⁸⁷ “Cambios en la tasa de usura...” ANIF.

⁸⁸ La República, “La tasa de usura ya completa un año de caídas y llega a mínimos de junio de 2022”, 1 de mayo de 2024. <https://www.larepublica.co/finanzas/expectativa-por-las-tasas-de-usura-de-banco-de-la-republica-3851365>

arrojó como principales conclusiones las siguientes: i) la tasa de usura resulta utilizada como “punto focal” para fijar por cada banco la tasa de interés en operaciones de tarjetas de crédito y, ii) evidente y conclusiva resulta la existencia de una correlación del 0,9878 entre la tasa de usura y la tasa de interés que cobran los bancos en las operaciones de tarjeta de crédito.⁸⁹ Por medio de la siguiente gráfica se acredita lo antes señalado:



Gráfica tomada de APARICIO, “Efectos colusivos de la...”.⁹⁰

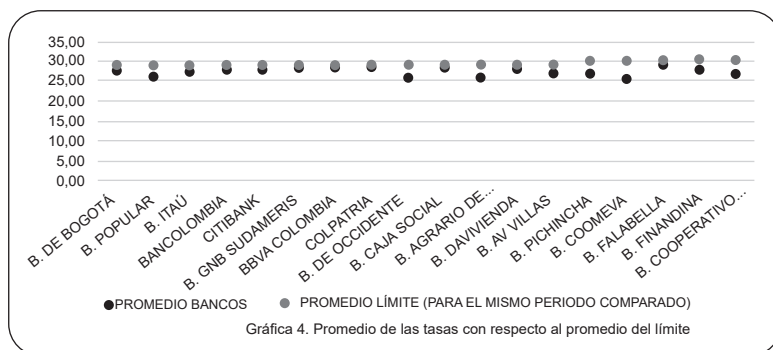
En este mismo sentido, y en otro juicioso estudio universitario adelantado por David Andrés Franco Quintero en el año 2019, se analizó desde la perspectiva económica el comportamiento de las tasas de intereses que cobraban varios establecimientos de crédito frente a tarjetas de crédito y su relación directa con el techo de la tasa de usura. En el mencionado trabajo se pone de presente que

*... todas estas muestras son aproximaciones que dan cuenta de un fenómeno: las tasas de interés se comportan de tal manera que el promedio de ellas se encuentra muy cerca de la media del límite. ¿Qué significa esto? Quiere decir que las tasas de interés están, aparte de muy relacionadas con el límite, pegadas a este último.*⁹¹

⁸⁹ Andrés APARICIO, “Efectos colusivos de la tasa de usura en el mercado financiero colombiano. Caso de estudio: tarjetas de crédito” (tesis, Universidad de los Andes, 2015). <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/06165257-290c-4f3e-894d-ea668e4f48b6/content>

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ David Andrés FRANCO QUINTERO, “¿Y si eliminamos el límite máximo a las tasas de interés en los créditos de consumo y ordinario? Una revisión de los efectos bajo el análisis económico del derecho” (tesis, Universidad Externado de Colombia, 2019). <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/8d25d6e0-4e06-400b-b335-09f0f6246913/content>



Gráfica tomada de FRANCO QUINTERO, ¿Y si eliminamos el...? ⁹²

Dentro de este contexto no huelga mencionar, además, y como aspecto relevante, que la existencia de la tasa de usura podría tener un efecto en relación con el crecimiento del fenómeno denominado “gota a gota” que tanto ha pretendido combatir pública y políticamente el Estado colombiano, debido a sus nocivas consecuencias en el tejido social.

En efecto, la oferta formal de crédito, en virtud del tope de usura, no logra alcanzar a los usuarios con mayor nivel de riesgo, quienes incluso estarían dispuestos a asumir el pago de mayores tasas, que en todo caso serían menores de las del “gota a gota”, en aplicación de la máxima popular según la cual: el dinero más costoso es aquel que no se tiene.

En aras de corroborar lo anterior, resulta pertinente traer a colación el resultado de los análisis estadísticos presentados por Datacrédito Experian, según los cuales, en Colombia uno de cada cuatro colombianos estaría acudiendo al sistema de crédito “gota a gota”. Ahora bien, según los mismos análisis, las personas que acuden a esta clase de créditos

*... se encuentran en el rango de edades entre 36 a 45 años, estrato 1, separados o en unión libre, no cuenta con una tarjeta de crédito, solicitan créditos por montos menores al millón de pesos, con plazos de uno a cinco meses y, utilizan el dinero para el pago de deudas o para compra de vestuario.*⁹³

Así las cosas, resulta posible considerar con evidencia absoluta que, de no existir la tasa de usura, este altísimo porcentaje de población colombiana que tiene un perfil de riesgo de crédito alto, podría acudir al mercado de

⁹² *Idem.*

⁹³ Indicadores de crédito en Colombia. *Datacrédito Experian n.º. 16.* <https://www.datacredito.com.co/content/dam/marketing/latam/colombia/co/assets/Newsletter-16.pdf>

crédito formal, con tasas de interés mucho más beneficiosas a las que ofrece el sórdido sistema “gota a gota”, en el que las tasas se ubican hasta en el 25% mensual, lo cual representa un inimaginable del 300% anual.⁹⁴

Por último, la existencia de la tasa de usura podría tener un efecto adverso frente al desarrollo de las llamadas plataformas tecnológicas para otorgamiento de “créditos Fintech”, por cuanto la precitada tasa podría generar una barrera de entrada a nuevos actores tecnológicos en el mercado de crédito.

Propuestas de política legislativa frente a la tasa de usura en Colombia

Por medio del presente numeral se evaluarán las diferentes alternativas que podrían existir en Colombia frente al tratamiento regulatorio de la tasa de usura, como sigue:

Eliminación de la tasa de usura

Habida cuenta de los efectos negativos de las tasas de usura en el mercado crediticio, a los cuales nos hemos referido ampliamente en anteriores apartes, se procederá a analizar cuáles son las consecuencias económicas que generaría la eliminación de la citada tasa, a saber:

El mercado establecería las tasas de interés de forma eficiente

En este punto, en materia de efectividad, la fijación de tasas de usura so pretexto de proteger a los consumidores frente cobros abusivos de tasas de interés, resulta relegando la atención formal de los consumidores de mayor riesgo en el mercado de crédito, quienes entonces solo pueden acudir a la financiación que les ofrece el mercado “extra bancario”, es decir, el “gota a gota”, caracterizado por tasas de interés claramente desorbitantes.⁹⁵

Bajo este presupuesto, la eliminación de la tasa de usura traería como consecuencia la regulación autónoma del mercado de crédito, abierto entonces a mayor competencia en beneficio de los usuarios y consumidores. En otros términos, los bancos, “no podrían cobrar tasas de interés demasiado elevados, debido a que la demanda se afectaría porque no habría en el mercado quien las pagara”.⁹⁶

⁹⁴ María GÓMEZ, “El Gobierno Nacional y su enfrentamiento a los créditos gota a gota”, Universidad de San Buenaventura, 2024.

⁹⁵ “Cambios en la tasa de usura...”, *ANIF*.

⁹⁶ *Idem*.

Lo anterior conduciría, inequívocamente a un mercado más abierto, más competitivo, a tasas diferenciales por segmento de riesgo y de comportamiento crediticio, y, definitivamente, a mayor inclusión financiera y menores tasas que las del mercado “extra bancario” para aquellos sectores poblacionales que ostentan mayor riesgo de incumplimiento.⁹⁷

Segmentación del mercado de crédito en Colombia

La eliminación de la tasa de usura tendría un efecto positivo en la oferta crediticia formal, toda vez que permitiría segmentar las tasas de interés según el perfil de riesgo crediticio de los deudores. Expresado de otra manera, las entidades financieras podrían ofrecer créditos direccionados al perfil de riesgo de cada cliente y no los trataría de forma homogénea con tasas de interés remitidas al techo de la tasa de usura.

Para comprender mejor esta premisa, se presentará el siguiente ejemplo: en materia de tarjetas de créditos, los bancos suelen establecer una tasa de interés muy cercana al límite de la tasa de usura. Dicha tasa de interés es la misma para todos los clientes de tarjetas de créditos, sin apreciar su perfil de riesgo específico, ni su comportamiento y tradición de cumplimiento, motivo por el cual, evidentemente no existe un trato equitativo para todos los deudores bajo esta modalidad de crédito.

Ahora bien, al no existir tasa de usura, los establecimientos de crédito podrían ser más competitivos y ofrecer una diversificación de tasas de interés. Así, en nuestro ejemplo, el banco otorgaría tarjetas de crédito con tasas de interés diferenciadas: i) los deudores de mayor riesgo podrían acceder al crédito a altas tasas que respondan a su perfil de crédito y de paso, se evitarían que estos accedan a financiación extra bancaria del gota a gota; ii) los deudores con menor perfil de riesgo podrían beneficiarse de tasas de interés mucho más bajas que respondan a su verdadera situación crediticia; iii) y finalmente, clasificados los anteriores, se uniría a su clasificación por segmento, el comportamiento y tradición de buen pagador de cada cliente, que indudablemente resulta determinante en el perfil de riesgo, aspecto este último que en la actualidad no merece mínima valoración.

⁹⁷ *Idem.*

Ampliación de la oferta de crédito

La eliminación de la tasa de usura podría tener un efecto directo en el aumento de la colocación de créditos por parte de las entidades financieras en Colombia. En este sentido, se podrían generar espacios de inclusión financiera tanto para clientes de alto riesgos como para las incipientes, *“micro, pequeñas y medianas empresas, las cuales representan el 98% del tejido empresarial colombiano”*.

De los estudios analizados en el punto 2.4. de este documento, resulta posible concluir que la disminución de la tasa de usura reduce el otorgamiento de créditos a microempresas y a consumidores de alto riesgo de crédito. Así, en la práctica se reduce a los bancos la posibilidad de colocar recursos a un amplio porcentaje de la población colombiana que se encuentra dentro de la situación descrita con antelación, alto riesgo de incumplimiento, todo lo cual determina que, lamentablemente, el porcentaje de acceso al crédito formal en Colombia solo alcanza el 30% de la población.

Al derogar el techo de la usura, los bancos podrían colocar recursos a un porcentaje mayor de la población, por medio de tasas de interés segmentadas que respondan a las verdaderas condiciones crediticias de los deudores. Ahora bien, esto no solo ampliaría la actividad de colocación de recursos del sector financiero, sino que conjuraría uno de los problemas más graves en materia de crédito en Colombia, el de los agiotistas.

Creación de tasas de interés que respondan a las condiciones del deudor y no a la oferta de crédito

La segmentación de los mercados generada por la eliminación de la usura habría de conducir a que los créditos se puedan colocar de forma más eficiente a partir del perfil del deudor, de manera que respondan a la capacidad de pago de los mismos, nivel patrimonial, historial crediticio, comportamiento de pago y garantías admisibles disponibles.

La anterior clasificación determinaría el reconocimiento de varias tasas de interés bancario corriente –en lugar de una– en función de la capacidad de pago de los deudores, y de las características referidas en el aparte precedente, es decir, clasificación por la estructura y condiciones del extremo pasivo de la relación obligacional y no por la oferta crediticia. Una de las formas de alcanzar este resultado sería por medio de la creación

de “bandas de riesgo” en donde se establecieran unos límites de acuerdo con el perfil de riesgo y de esta manera, establecer la tasa de interés para determinados niveles de clientes-deudores.

En el futuro, se podría plantear que dichas “bandas de riesgo” se construyan por medio del uso de inteligencia artificial y *machine learning*, a fin de obtener una calificación de riesgo crediticio, *credit scoring*, más acorde las condiciones de pago de los deudores.⁹⁸

Por otra parte, esta propuesta sería una posible solución a la problemática de uniformidad que promueve la construcción de tasas de interés a partir de la oferta. Un ejemplo es el caso del Decreto 455 de 2023,⁹⁹ acto administrativo que estableció diferentes certificaciones del interés bancario corriente según la modalidad del crédito: “i) crédito popular productivo rural; ii) crédito popular productivo urbano; iii) crédito productivo rural; iv) crédito productivo urbano; v) crédito productivo de mayor monto; vi) crédito de consumo y ordinario y; vii) crédito de consumo de bajo monto”.

La crítica que procede frente a esta metodología para calcular las tasas de interés es la de que no responde a las condiciones reales de riesgo de los deudores, sino que, desacertadamente, se estructura por una oferta genérica de crédito. Así pues, una persona con un buen perfil de riesgo de crédito –por su patrimonio y su capacidad e historial de pago– tendría que pagar una tasa de interés muy alta si accede por ejemplo a un crédito popular productivo o a un crédito productivo, cuando sus condiciones le podrían hacer merecedor de una tasa más favorable, ubicándolo así en situación de homogeneidad con la gran masa de deudores destinatarios de la misma oferta crediticia en condiciones de riesgo probablemente más acentuadas.

Reforma al delito de la usura desde la política criminal

En caso de no existir una eliminación de la tasa de usura en Colombia, se podrían generar respuestas desde el derecho penal, en donde pueden destacarse:

⁹⁸ Juler HERMITAÑO, “Aplicación de *machine learning* en la gestión de riesgo de crédito financiero: Una revisión sistemática”. *Interfases*, n.º. 12 (2022): 160-178. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Interfases/article/download/5898/5789/>

⁹⁹ Colombia. Decreto 455 de 2023 “Por el cual se modifican los artículos 11.2.5.1.1. y 11.2.5.1.2. y se adiciona el artículo 11.2.5.1.5. al Decreto 2555 de 2010 para determinar las modalidades de crédito cuyas tasas de interés deben ser certificadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, y se dictan otras disposiciones”. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestor_normativo/norma.php?i=205884

En un primer lugar, preservar el delito de usura, pero únicamente para el mercado extrabancario, como lo propuso en su momento el Centro de Investigación Económica y Social de Fedesarrollo, apoyado por el programa de políticas públicas de USAID.¹⁰⁰ Una de las principales problemáticas económicas y sociales en Colombia, se reitera, está relacionada con el llamado gota-gota, no solo por las elevadas tasas de interés que se cobran –aproximadamente el 20% o 25% efectivo mensual–,¹⁰¹ sino por los mecanismos de violencia y constreñimiento ilegal empleados frecuentemente para la recuperación de la cartera.

Por esta razón, resulta necesario contar con una respuesta punitiva por parte del Estado en donde se penalice esta conducta contraria los intereses de miles de colombianos. Bajo este argumento, la tipificación del delito de usura se estructuraría en los siguientes términos:

- ◆ La conducta habría de tipificarse respecto de todo aquel que otorgué créditos dentro del mercado extrabancario, es decir, créditos otorgados por personas jurídicas no vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o la Superintendencia de Economía Solidaria.
- ◆ Los verbos rectores habrían de precisar estrictamente las conductas de *“recibir o cobrar, directa o indirectamente”*.
- ◆ La conducta habría de materializarse estrictamente y solo en los casos de *“préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo”*.
- ◆ La aplicación “tipo penal en blanco” debería de preservarse, es decir, para la configuración del hecho punible se requiere la integración de un elemento como lo es la certificación de la Superintendencia Financiera de Colombia frente al interés bancario corriente, o a sus modalidades, según lo antes expuesto.
- ◆ Las altas condenas penales habrían de considerarse para conjurar la amenaza persistente de los agiotistas.

¹⁰⁰ Roberto Steiner y María Inés Agudelo, “Efectos y consecuencias del sistema de cálculo aplicado a las tasas de referencia y la determinación de la tasa de usura”. *Fedesarrollo - USAID*, 2012.

¹⁰¹ “¿A qué tasa de interés le presta el “gota a gota”? Banca de las oportunidades, 2020. <https://www.bancadelasoportunidades.gov.co/es/blogs/blog-de-bdo/que-tasa-de-interes-le-presta-el-gota-gota>

En segundo lugar, el evento de no resultar desregulada la usura, una modificación en la estructura del tipo penal que la regula, referida al método de certificación que aplica la Superintendencia Financiera de Colombia, resultaría conveniente, para estimular una mayor oferta crediticia, con lo cual se promovería una mayor inclusión bancaria.

En este sentido, se propone que la tasa de certificación se remita al promedio de las que registran para el periodo certificado, los llamados “*créditos ordinarios de libre asignación*” –tal y como lo consagraba el código penal de 1980– en sustitución del llamado “*interés bancario corriente que para el periodo correspondiente estén cobrando los bancos*”. La ventaja de esta propuesta radica en que de esta manera el cálculo de la tasa de usura respondería a las condiciones reales del mercado de crédito, marginada de las distorsiones que generan las tasas objeto de subsidio, redescuento o condiciones particulares de beneficio en razón de determinadas políticas públicas.

Fortalecimiento en materia de educación financiera

Finalmente, se propone fortalecer la educación financiera como una asignatura obligatoria en la educación media en Colombia, con mayor énfasis en las siguientes temáticas: i) tasas de interés simple y compuesta; ii) tasa efectiva; iii) interés de captación y de colocación; iv) interés bancario corriente, entre otros.

Conclusiones

El presente trabajo plantea, a título de conclusiones, las siguientes:

- ◆ La tasa de usura es una institución anacrónica que no responde a las necesidades del mercado de crédito colombiano en la actualidad, toda vez que no permite una adecuada segmentación del mercado y limita los procesos de formalización e inclusión financiera en materia de oferta y acceso al crédito.
- ◆ La eliminación de la tasa de usura dinamizaría el mercado de crédito colombiano, fomentando la competencia en el sector financiero, pues se ampliaría el horizonte de la oferta crediticia formal, orientándose hacia un segmento muy representativo de la población colombiana que actualmente no tiene acceso a financiación bancaria, debido a su alto perfil de riesgo.

- ♦ La política criminal debería orientarse a despenalizar la usura frente a las entidades financieras vigiladas por el Estado. Sin embargo, habría de preservarse el tipo penal frente los agiotistas del mercado extrabancario, para buscar conjurar los efectos de la problemática social y económica que incorpora tal mercado.
- ♦ La existencia de una serie de institutos y sanciones legales, orientadas a enervar las tendencias abusivas de los acreedores en materia de pacto de intereses, desde la órbita de los derechos civil, comercial, procesal, hacen innecesaria la regulación criminal.

Anima la ilusión de que algunas de estas propuestas encuentren eco en las unidades de regulación financiera del Ministerio Hacienda, de la Superintendencia Financiera y del Banco de la República, por cuanto una nueva aproximación a institución de la usura, desde las ópticas plasmadas en este trabajo, podría convertirse en una oportunidad para promover la reactivación económica, la ampliación de los horizontes de la oferta crediticia formal, habiendo de contribuir con ello a la mejora de la condición económica de las familias urbanas y rurales, al apoyo al emprendimiento, y al fortalecimiento del tejido empresarial que tanto requiere nuestra nación.

Bibliografía

- ABUAMRIA, Faeyz. “El mecanismo de funcionamiento de los bancos islámicos y su tamaño en los mercados financieros”. Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2006. <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/915/16074324.pdf;jsessionid=1ECFEC039E2FAAC1052209263B23AF1E?sequence=1>
- ALBA, Miguel. “La concepción económica y financiera de la tasa de interés en una economía internacional”. Ponencia, Universidad Libre de Colombia, 2019. <https://www.unilibre.edu.co/bogota/pdfs/2019/6tosimposio/ponencias-docentes/29d.pdf>
- ANIF. “Bancarización, tasa de usura y mercado extrabancario”. *Comentario económico del día*, 20 de mayo 2012.
- ANIF. “Cambios en la tasa de usura: ¿Más colombianos en el gota a gota?”. Informe semanal n.º 1607, 20 de mayo de 2024. <https://www.anif.com.co/informe-semanal/cambios-en-la-tasa-de-usura-mas-colombianos-en-el-gota-a-gota/>
- APARICIO, Andrés. “Efectos colusivos de la tasa de usura en el mercado financiero colombiano. Caso de estudio: tarjetas de crédito”. Tesis, Universidad

- de los Andes, 2015. <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/06165257-290c-4f3e-894d-ea668e4f48b6/content>
- ASOBANCARIA. “La tasa de usura en la coyuntura actual”. *Semana económica*, 22 de febrero de 2010. <https://asobancaria.com/ws/semanas-economicas/741-BE.pdf>
- BANCA DE LAS OPORTUNIDADES. “¿A qué tasa de interés le presta el “gota a gota”?”, 19 marzo de 2020. <https://www.bancadelasoportunidades.gov.co/es/blogs/blog-de-bdo/que-tasa-de-interes-le-presta-el-gota-gota>
- BOARO, M. “Usura. Derecho intermedio”, pp. 1135-1141. En *Enciclopedia del Diritto*. Milano, Giuffrè, 1995.
- CAMPOS, Javier. “Lutero, su obra y su época”. *Servicios de publicaciones*, 2017. <https://javiercampos.com/fls/dwn/lutero-su-obra-y-su-epoca.pdf>
- CARDILLI, R. “Debito d’interessi e usura in fructu non est. Contro l’astrazione dei moderni”. En *Fondamento romano dei diritti odierni*, pp. 339-362. Torino: Giappichelli, 2023.
- CARDILLI, R. *Damnatio e oportere nell’obbligazione*. Napoli: Jovene, 2016.
- CASTRO RUIZ, M. “Economía, moral y derecho en la Europa cristiana: Justo precio, usura y capitalismo mercantil (siglos XII-XVIII)”. *Precedente*, n.º. 13 (2018): 43-79.
- CERVENCA, G. “Voz: Usura. Diritto romano”, 1125-1135. En *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1969.
- COLELLA, Pasquale. “Usura e Diritto Canonico”. *Il Foro Italiano*, 118, n.º. 10 (1995).
- BOARO, M. “Usura. Derecho intermedio”, pp.1135-1141. En *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1995.
- FRANCO, David. “¿Y si eliminamos el límite máximo a las tasas de interés en los créditos de consumo y ordinario? Una revisión de los efectos bajo el análisis económico del derecho”. Tesis, Universidad Externado de Colombia, 2019. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/8d25d6e0-4e06-400b-b335-09f0f6246913/content>
- GÓMEZ, María. “El Gobierno Nacional y su enfrentamiento a los créditos gota a gota”. Universidad de San Buenaventura, 2024.
- GÓMEZ, María y Daniela Agudelo. “La eficacia del delito de usura en el periodo 2010 – 2020 en el Departamento del Tolima”. Universidad de Ibagué, 2022. <https://repositorio.unibague.edu.co/server/api/core/bitstreams/304d87d1-12fe-4eca-8521-07456b7c6665/content>

- HERMITAÑO, Juler. “Aplicación de *machine learning* en la gestión de riesgo de crédito financiero: Una revisión sistemática”. *Interfases n.º 12* (2022): 160-178. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Interfases/article/download/5898/5789/>
- HINOJOSA, José. “Los judíos en la España Medieval. De la tolerancia a la expulsión”. En *Los marginados en el mundo medieval y moderno*, pp. 25-41, editora, M^a Desamparados Martínez San Pedro. Almería: Instituto de Estudios Almerienses, Universidad de Alicante, 2000. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2241826>
- KEYNES, John. “Teorías alternativas de la tasa de interés”. *Revista de Economía Institucional*, 19, n.º 36 (2017): 335-346. <https://www.uexternado.edu.co/facecono/economia/institucional/workingpapers/jkeynes36.pdf>
- La República*. “‘Gota a gota’ llega a tasas de interés anual entre 55% y 60% anuales, según Datacrédito”, febrero 3 de 2023. <https://www.larepublica.co/finanzas/gota-a-gota-llega-a-tasas-de-interes-anual-entre-55-y-60-anuales-segun-datacredito-3538154>
- La República*. “La tasa de usura ya completa un año de caídas y llega a mínimos de junio de 2022”, 1 de mayo de 2024. <https://www.larepublica.co/finanzas/expectativa-por-las-tasas-de-usura-de-banco-de-la-republica-3851365>
- LÉVY, J. PH. “Un Palliatif à La Prohibition de l’usure : Le « contractus Trinus » Ou « triplex »”. *Revue Historique de Droit Français et Étranger* (1922), n.º.18 (1939).
- LÓPEZ, Carmen. “Intereses de préstamos de dinero. Limitaciones legales y efectos civiles de su abusividad en el derecho romano”. *Revista Fortaleza*, 15 (2018).
- MAIN, Angelo. “La storia dell’usura nel mondo pagano e nel cristianesimo.” *Rivista Internazionale Di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*, 14, n.º. 53 (1897): 27-47.
- MARTÍNEZ, José. “La teoría del interés en una economía de endeudamiento y crisis”. *Anales de estudios económicos y empresariales n.º. 9* (1994): 411-442. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=116370>
- MASTROFINI, Marco. *Tratado de la usura*. Librería religiosa. Barcelona: Librería religiosa, 1859. http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080034704/1080034704_MA.PDF
- MOLINA ARRUBLA, Carlos. “El delito de usura y su regulación legal”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas n.º. 59* (1982):152-174. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5458>

- MURILLO, Alfonso. “Anatocismo. Historia de una prohibición”. *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º. 69 (1999): 497-518. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134803>
- NASEER, Salmaan. *Versículos seleccionados del Sagrado Corán*. La Comunidad Musulmana Ahmadía, 2018. <https://www.alislam.org/quran/selected-verses/Spanish.pdf>
- PINZÓN, Juan. “La influencia del islam en las instituciones jurídicas del derecho privado en los países de tradición musulmana”. *Revista de Derecho Privado*, n.º. 48 (2012). <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/29ecb6a0-1f37-43d2-882c-a0183e457920/content>
- ROZAS VALDÉS, Juan. “Ayer y hoy en la condena católica de la usura”. *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, n.º. 18 (2012): 27-102. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4391496.pdf>
- SALAZAR, María. “La represión penal de la usura en la república romana y su evolución”. *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, n.º. 26 (2004): 85-111. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552004002600004
- SANTO TOMÁS. *La Suma Teológica*. https://tomasdeaquino.org/suma-teologica/II_II_q78.htm
- STEINER, Roberto y María Inés Agudelo. “Efectos y consecuencias del sistema de cálculo aplicado a las tasas de referencia y la determinación de la tasa de usura”. *Fedesarrollo - USAID*, 2012.
- TALAMANCA, M. *Istituzioni di diritto romano*. Milano, Giuffrè, 1990.
- TRINCADO AZNAR, Estrella. “Tiempo y usura en los escolásticos”, *Journal of the Sociology and Theory of Religion*, n.º.14 Extra-1 (2022), 134-158.
- ZAGAL, Héctor. “El pecado de la usura en la Suma Teológica de Tomás de Aquino: la potencia del dinero. Cauriensia, XV (2020): 23-41. https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/11996/1/1886-4945_15_23.pdf

Jurisprudencia

- Decreto 100 de 1980 “Por el cual se expide el nuevo Código Penal”. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80544>
- Decreto 522 de 1971: *Artículo 9º. El que por dos o más veces compre a empleados o a obreros sueldos, salarios o prestaciones sociales, con estipulación de intereses usuarios, cualquiera que sea la forma escogida para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en arresto de uno*

- a tres años*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6944>
- Exposición de motivos de la Ley 95 de 1936: Ponente Parmenio Cárdenas
- Decreto 141 de 1980. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1031718>
- Código Civil. Artículo 2221.
- Código de Comercio. Artículo 1163.
- Corte Constitucional C-226 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-226_2009.html#1
- Corte Constitucional. Sentencia C-173 de 200. M.P. Álvaro Tafur.
- Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-333-01.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C-479 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-479_2001.html#1
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 7 de marzo de 1956. LXXXII, 393
- Decreto 4450 de 2008 “*Por el cual se adiciona el artículo 305 del Código Penal*”. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=33874>
- Decreto 455 de 2023 “*Por el cual se modifican los artículos 11.2.5.1.1. y 11.2.5.1.2. y se adiciona el artículo 11.2.5.1.5. al Decreto 2555 de 2010 para determinar las modalidades de crédito cuyas tasas de interés deben ser certificadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, y se dictan otras disposiciones*”. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=205884>
- Ley 45 de 1990: “*Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones.*” <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77540>
- Ley 510 de 1999 “*Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades*”. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0510_1999.html#1
- Ley 599 de 2000. Por el cual se expide el código penal. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html#1

Ley 95 de 1936 “Código Penal”. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1791348>

Colombia. Superintendencia Bancaria de Colombia. Concepto 94021718·1. de mayo 10 de 1994.

Concilio de Nicea- Canon 17 “a los clérigos se les prohíbe prestar a interés”. https://ec.aciprensa.com/wiki/Primer_Concilio_de_Nicea

Datacrédito Experian. Indicadores de crédito en Colombia. Edición 16. <https://www.datacredito.com.co/content/dam/marketing/latam/colombia/co/assets/Newsletter-16.pdf>

Evangelio San Lucas 6: 34-35. <https://www.churchofjesuschrist.org/study/scriptures/nt/luke/6?lang=spa>

DISCUSIONES SOBRE EL DESARROLLO DEL ARBITRAJE EN MATERIA SOCIETARIA EN COLOMBIA*

Jaime Humberto Tobar Ordóñez**
Académico correspondiente

Resumen: El arbitraje comercial es un mecanismo adecuado para la solución rápida y eficiente de adjudicación de derechos en el contexto de contratos societarios. Sin embargo, la regulación colombiana frente al arbitraje en contratos de sociedad no ha sido completamente coherente o favorable para el uso de dicha figura. A pesar de que el actual estatuto de arbitraje (Ley 1563 de 2012) ha eliminado muchas de las limitaciones relacionadas con la arbitrabilidad subjetiva y objetiva en los contratos de sociedad, aún se presentan algunas discusiones relacionadas con la aplicación de dicho estatuto a contratos que fueron acordados antes del año 2012.

Este artículo estudia el desarrollo y futuro del uso de pactos arbitrales en contratos de sociedad en Colombia. Además, compara la regulación colombiana con los estatutos de otros países. Finalmente, sugiere algunas reflexiones alrededor del futuro del arbitraje en este tipo de disputas.

* Trabajo presentado en sesión del 15 de junio de 2023 para el ingreso como “Miembro correspondiente” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Abogado egresado de la Universidad del Rosario, con especialización en Derecho Financiero y Derecho Procesal de la misma universidad, y en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales en Madrid y Máster (Primer Ciclo) de Derecho Comparado en la Universidad Complutense de Madrid. Es miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; del Colegio de Abogados Comercialistas; del Colegio de Abogados Rosaristas, del Colegio de Abogados Administrativistas, de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia y del Comité Colombiano de Arbitraje. Árbitro de la lista oficial de la Cámara de Comercio de Bogotá y de Medellín y del Centro de Arbitraje y Conciliación Empresarial de la Superintendencia de Sociedades. Es socio de la firma Tobar & Romero Abogados. Conjuez de la Sección Primera del Consejo de Estado desde el año 2017 y conjuez de la Corte Constitucional desde el año 2022.
Contacto: jaimetobar@triegel.com.co

Palabras clave: estatutos; arbitraje; estatuto arbitral colombiano; contrato de sociedad; contrato de asociación; acuerdo de accionistas.

DISCUSSIONS ON THE DEVELOPMENT OF ARBITRATION IN CORPORATE MATTERS IN COLOMBIA

Abstract: Commercial arbitration is an adequate dispute resolution mechanism to provide fast and efficient solutions to adjudicate rights to parties in partnership contracts. Nevertheless, Colombian regulation towards arbitration in corporation bylaws has not been entirely coherent and favorable to its use. Although current arbitration statute (law 1563 of 2012) has removed many limitations related to objective and subjective arbitrability in corporation bylaws, some discussions still arise related to the applicability of the mentioned statute to partnership agreement that were agreed before 2012. This article reviews the development and future of arbitration agreements' use in corporation bylaws under Colombian laws. Besides, compares Colombian regulation to other countries arbitration statutes. Finally, provides some reflections about the future of arbitration in corporation disputes.

Keywords: Bylaws; Arbitration; Colombian Arbitration Statute; Corporation Contracts; Partnership Contracts; Corporation Disputes; Shareholders Agreement.

Introducción

“El derecho está cambiando”. Esta frase podría haber sido pronunciada por el propio Luis María Isaza en una de las primeras sesiones de la Academia Nacional de Jurisprudencia, poco antes del inicio del siglo XX. Pero es tan vigente que podría ser mencionada en el periódico del día de hoy, o en *Ámbito Jurídico*. Por eso, la expresión “el derecho está cambiando” no es un enunciado sin contenido o valor.

Una institución del talante, el prestigio y la historia de la Academia Nacional de Jurisprudencia es quizá el ejemplo vivo de que el derecho es una institución humana cambiante y dinámica. En ella se albergan muchas de las características de la colectividad, se incluyen muchas de las ambiciones de una sociedad y se ventilan algunas de las vergüenzas de una comunidad que trata de sobrepasar sus adversidades.

Si el derecho está cambiando, uno de los factores que más ha producido dicha mutación es la supremacía del modelo de mercado y de la propiedad privada como estrategia para la generación de riqueza y para el sustento de las economías de las naciones. Se trata de una tendencia, que, paradójicamente, ha demostrado vivir en constante crisis, pero a la vez no parece

ceder su rol protagónico en la forma en la que se estructuran la mayoría de las sociedades modernas.

Y, dentro del mundo de las normas que regula el comercio, quizá la institución jurídica más relevante es la figura de la sociedad.

Hace unos meses, con ocasión del Congreso del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, tuve la oportunidad de escuchar a un distinguido abogado decir, en relación con la reforma tributaria, que la figura del contrato social olía a mortecino porque el legislador se estaba ocupando de hacerla cada vez menos atractiva y más compleja para el comerciante, a tal punto que la misma resultaría ser inoperativa. Quizá se trate de palabras muy severas, pero que tienen razón, por lo menos en parte.

Un ejemplo de las dificultades que ha afrontado la figura societaria es la discusión sobre la arbitrabilidad de los asuntos en materia societaria, y de manera más general, la forma en la que se han aplicado los métodos alternativos de solución de conflictos en materia de derecho societario.

La actividad comercial ha sido un actor dinamizador del derecho. Usualmente, la creatividad de los empresarios es mucho más ágil y avanzada que las normas jurídicas que la regulan, lo cual se ha traducido en que, en materia comercial, las normas jurídicas se actualizan con mucha frecuencia para responder a las nuevas necesidades de los mercados.

Soy un firme convencido de que el arbitraje es un mecanismo adecuado y efectivo para la solución de controversias en materia comercial, en general, y en materia societaria, en particular. Ahora bien, la historia reciente del derecho comercial colombiano está llena de cortapisas a esta figura en el ámbito societario. Y si bien este inconveniente no es único del caso colombiano, la tendencia internacional sí se orienta a utilizar el arbitraje para la solución de controversias. En palabras del profesor Gary Born, no hay duda de que el arbitraje constituye un mecanismo adecuado para la solución de conflictos de naturaleza societaria por ser un mecanismo célere, especializado y confidencial.¹

¹ Al respecto, es importante tener en cuenta que el carácter confidencial del arbitraje se predica con mayor rigurosidad respecto del arbitraje internacional que respecto del nacional. En tal virtud, para efectos del arbitraje nacional, se puede afirmar que este mecanismo alternativo de solución de controversias es adecuado por su carácter especializado y por su rapidez con respecto de la jurisdicción ordinaria. Gary B. BORN, *International Arbitration: Cases and Materials* [Connected eBook] (Aspen Publishing, 2021).

En el presente artículo busco responder a la pregunta: ¿cómo han avanzado las discusiones en materia de aplicación del arbitraje a las disputas de tipo societario? y también dar una respuesta al interrogante de ¿hacia dónde debería dirigirse la solución de controversias en materia societaria en el futuro?

Para tratar de resolver esas inquietudes, abordaré los temas en el siguiente orden:

En primer lugar, haré una mención sobre el desarrollo del arbitraje en materia societaria en Colombia desde la regulación del Código de Comercio hasta la actualidad. En segundo lugar, mencionaré algunos casos de derecho comparado en los que se han presentado problemas similares, y las soluciones que se han encontrado en diferentes latitudes. En tercer lugar, indicaré algunos problemas que han existido y que pueden surgir en materia de vinculación de los accionistas al pacto arbitral y, finalmente, traeré a colación algunos desarrollos y sugerencias hacia el futuro sobre el arbitraje en materia societaria.

La regulación societaria en materia arbitral establecida en el Código de Comercio y su naturaleza jurídica

El derecho societario y el arbitraje han estado estrechamente vinculados entre sí y han sido parte esencial del desarrollo de uno y otro. El arbitraje es un compañero inseparable de las sociedades mercantiles.

En Colombia, la regulación es antigua,² tanto constitucional como legalmente. Dentro de ella, podemos citar los artículos 307 a 322 de la Ley 195 de 1890; los artículos 1134 a 1150 de la Ley 103 de 1923; los artículos 1214 a 1227 de la Ley 105 de 1931; la Ley 2ª de 1938, hasta llegar a nuestro Código de Comercio que es el Decreto ley 410 de 1971 y, más recientemente, la Ley 1563 de 2012 o Estatuto Arbitral.

² El profesor Juan Pablo CÁRDENAS menciona, en el *Módulo de arbitraje nacional e internacional* editado por la Confederación de la Cámaras de Comercio en 2019, que desde la conquista ha existido la posibilidad de acudir al arbitraje, y señala las diferentes constituciones adoptadas en los primeros años de independencia en Popayán, Cundinamarca y Antioquia, y la Constitución de la República de Colombia de 1830. En el mismo sentido, el profesor Julio Benetti en su obra *Arbitraje en derecho colombiano* editado por Temis en 2001, indica que esta figura fue codificada, por primera vez, en el Código de Comercio de 1853.

En el Código de Comercio se encuentran establecidas varias normas relacionadas con el arbitraje, entre las que podemos destacar:

El artículo 110, que indica los requisitos para la constitución de una sociedad y, en el numeral undécimo, menciona la posibilidad de establecer que las diferencias entre los socios o con respecto de la sociedad se sometan a arbitraje.

En efecto, el artículo 110 establece:

La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:

1) [...]

11) *Si las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a decisión arbitral o de amigables componedores y, en caso afirmativo, la forma de hacer la designación de los árbitros o amigables componedores;*

12)...

A su vez, el artículo 137 del Código de Comercio indica:

El aportante de industria participará en las utilidades sociales; tendrá voz en la asamblea o en la junta de socios; los derechos inicialmente estipulados en su favor no podrán modificarse, desconocerse ni abolirse sin su consentimiento expreso, salvo decisión en contrario proferida judicial o arbitralmente...

En el inciso segundo del artículo 221 se establece:

En las sociedades no sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, las diferencias entre los asociados sobre la ocurrencia de una causal de disolución serán decididas por el juez del domicilio social, a solicitud del interesado, si no se ha pactado la cláusula compromisoria.

Así las cosas, no queda duda de la posibilidad legal que tienen los socios de establecer en los estatutos sociales que las diferencias que se susciten en relación con el contrato social sean dirimidas a través de arbitraje.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, se ha discutido su carácter contractual, jurisdiccional o mixto.

Contractual, por cuanto son las partes quienes mediante un contrato, en este caso de sociedad, de manera autónoma y voluntaria habilitan a los árbitros para que diriman sus controversias.

Jurisdiccional, por cuanto su trámite corresponde a un procedimiento regulado por la ley,³ que termina con un laudo arbitral que equivale a una sentencia judicial y, en esa medida, tiene alcances y efectos similares a los de un fallo, pues hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

Mixta, por cuanto no es posible adelantar un arbitraje sin la habilitación que de manera voluntaria deben realizar las partes contractualmente y la necesidad de adelantar su trámite y los efectos que produce el laudo, que corresponden a temas de naturaleza jurisdiccional.

En términos de nuestra Corte Constitucional,⁴

... la naturaleza jurídica de la institución del arbitraje puede[n] distinguirse dos (2) posturas extremas y una ecléctica. La primera extrema denominada voluntarista – contractualista: lo define como un instrumento a través del cual se resuelve una controversia, en la que tienen intereses dos o más personas y la someten al conocimiento de árbitros, que encuentran el origen de su potestad en un acuerdo privado y no en las autoridades del Estado. Para Jaime Guasp, no se puede confundir los conceptos de proceso y procedimiento, si bien el arbitraje se trata de un contrato de tracto procedimental, no por ello debe limitarse su ejecución al mundo del proceso.

Para Montoya Albertí la naturaleza privada del arbitraje se debe: a. que proviene de un acuerdo de voluntades privado; b. el vínculo entre las partes y los árbitros es privado y contractual; c. el árbitro no tiene poder de coacción; d. la obligatoriedad del laudo es la misma que la de los contratos; y e. la aprobación posterior del laudo, en aquellos Estados en los que se encuentra prevista, es un acto administrativo.

La segunda postura extrema es la que le otorga al arbitraje naturaleza de proceso, debido a que no tiene su origen en la relación o contrato existente entre las partes y el árbitro, su análisis parte de la función que estos últimos desarrollan. La forma en que los árbitros resuelven la controversia reviste las características de la función desarrollada por un juez, su decisión hace tránsito a cosa juzgada y tiene efectos de ejecutoriedad.

³ El artículo 58 de la Ley 1563 de 2012 permite que los particulares acuerden las normas de procedimiento, respetando el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes; facultad que se permite siempre y cuando una de las partes no sea el Estado o alguna de sus entidades.

⁴ Sentencia C-974 de 2014, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

A su turno, la teoría mixta se sitúa en el intermedio de los voluntaristas y los procesalistas, pues se fundamenta en el reconocimiento de que la ley es la que le otorga valor de ejecutividad al laudo arbitral y determina el procedimiento que debe utilizarse en juicio. De otro lado, es el acuerdo de voluntades privado de las partes en conflicto la que habilita la solución arbitral. Con cita de Silva Melero, el profesor Hernando Morales Molina identificó tres (3) momentos del arbitraje que describen la teoría ecléctica o mixta: i) aquel en que las partes perfeccionan el contrato privado de compromiso; ii) la generación del vínculo entre litigantes y el árbitro que se asemeja al contrato de mandato; y iii) el ejercicio por parte de los árbitros de la actividad pública de juzgar.

A través de arbitramento se han resuelto en Colombia muchas disputas de naturaleza societaria, relacionadas con innumerables temas, dentro de los cuales, a título de ejemplo, podemos citar: derecho preferencia de acciones⁵; aumentos de capital⁶; reconocimiento de ineficacia de decisiones tomadas por derecho propio⁷; incumplimiento de acuerdo de accionistas⁸; compraventa de acciones⁹; abuso del derecho por parte de los socios¹⁰; abuso de mayorías;¹¹ y conflictos de interés¹², entre muchos otros.

Sin embargo, el tema de impugnación de actas de junta ha sido controvertido desde hace mucho tiempo, no solo en Colombia sino en otros países. Y lo es, porque el artículo 194 del Código de Comercio¹³ prohibió que las acciones de impugnación de las decisiones sociales pudieran ser tramitadas mediante arbitraje, en los siguientes términos:

⁵ Ver laudos del 23 de septiembre de 2016 dentro del trámite de Crisamar SAS y otros contra Bertrand Jequier; 14 de agosto de 2018 dentro del trámite de Polyban Internacional contra Zona Franca de Cartagena y otros.

⁶ Ver laudo del 29 de abril de 2016 dentro del trámite de Inversiones Pimajua SAS contra Urbanización Marbella.

⁷ Ver laudo del 28 de marzo de 2014 dentro del trámite de la señora PBJ contra Quatro MTJ.

⁸ Ver laudo de 1996 dentro del trámite de Empresas Públicas de Medellín contra el Municipio de San Jerónimo.

⁹ Ver laudo del 1º de octubre de 2021, dentro del trámite de Amacal SAS contra Victoria Fonnegra y otros.

¹⁰ Ver los laudos de fecha 17 de marzo de 2004 dentro del trámite de Guillermo Mejía contra Lucila Acosta; 2 de octubre de 2007 dentro del trámite de Elio Sala Ceriani contra Química Antex; 22 de septiembre de 2017 dentro del trámite de Inazca y Cia. SAS contra Centro Automotor Limitada y otros.

¹¹ Ver laudo de fecha 1º de junio de 2021 dentro del trámite de Invercolsa contra Gasoriente.

¹² Ver laudo de 29 de noviembre de 2005 dentro del trámite de Germán Alfonso y Cia. Limitada contra Dataflux S.A.

¹³ Decreto 410 de 1971.

Las acciones de impugnación previstas en este Capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria, y se tramitarán como se dispone en este mismo Código y, en su defecto, en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil para los procesos abreviados.¹⁴

Esta noma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-378 de 2008,¹⁵ con fundamento en: a) el amplio margen de configuración legislativa dentro del cual se pueden regular los procedimientos; b) la imposibilidad de someter a transacción aquellos asuntos ligados con la presencia de defectos que cuestionan la validez o la legitimidad de las actuaciones por ellas suscritas y c) la garantía del acceso a la justicia de los socios que tienen derecho a controvertir la validez y legitimidad de las decisiones societarias, que redundan en beneficio de aquellas personas que no cuentan con los recursos suficientes para convocar onerosos tribunales de arbitramento. Indicó la Corte

... la cautela legal contenida en el precepto acusado persigue un fin de interés público cual es asegurar a los socios que las diferencias existentes respecto de la validez o legitimidad de las actuaciones que los vinculan sean de conocimiento de las autoridades judiciales estatales. Dada la trascendencia de las cuestiones en juego –la validez o legitimidad de los actos societarios– ha de garantizarse que las discrepancias al respecto no sean decididas de manera ad hoc –por un árbitro o centro de arbitraje – sino que sean resueltas por la justicia estatal.

En la aclaración de voto de esa sentencia¹⁶ se adujo que la Corte no mencionó, debiendo hacerlo, si la materia objeto de análisis encaja en aquello que no es transigible.

En derecho comparado podemos mencionar países con posturas favorables al arbitraje en esta materia, como Italia que permite arbitrar las disputas relacionadas con las decisiones sociales a partir de 2003¹⁷ con excepción de sociedades que se cotizan en bolsa¹⁸ y de las decisiones sociales nulas

¹⁴ Hay que indicar que el artículo 239 de la Ley 222 de 1995 y el artículo 137 de la Ley 446 de 1998 establecieron facultades para que la Superintendencia de Sociedades conozca y dirima la impugnación de actas o decisiones.

¹⁵ Sentencia C-378 del 23 de abril de 2008, M. P. Humberto Sierra Porto.

¹⁶ Salvamento de voto del doctor Mauricio Gonzalez C.

¹⁷ El decreto Legislativo 5 de 2003 permite la arbitrabilidad, salvo en las sociedades que recurren al mercado de valores.

¹⁸ En las sociedades que recurren al mercado de valores los socios son considerados como inversores y la doctrina los califica como consumidores, pues consideran que no se da el elemento del “*affectio societatis*”.

absolutamente o inexistentes;¹⁹ Francia que admitió en 1925²⁰ la cláusula arbitral en materia mercantil aceptando la impugnación de los acuerdos sociales y España²¹ que admite expresamente que en las sociedades se puedan incluir cláusulas arbitrales para resolver los conflictos societarios, con excepción de las sociedades que cotizan en bolsa.

Países menos favorables en este tema como Alemania, donde la impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje es un tema controvertido, a pesar de que a partir del año 1998²² adoptó la ley modelo de la CNUDMI como ley doméstica de arbitraje. Sin embargo, en Alemania es necesario determinar el tipo social para establecer si se puede optar o no por la vía arbitral, pues en las sociedades anónimas ello no es posible,²³ mientras que si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, sí lo es.²⁴

En nuestra opinión, afortunadamente el artículo 194 del Código de Comercio fue derogado de manera expresa por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, pues no existían razones que justificaran su prohibición y, sobre todo, el tratamiento diferencial entre la impugnación de decisiones sociales con respecto de otras acciones como la acción de abuso del derecho a voto.

En efecto, en nuestra opinión no se justifica una negativa a la arbitrabilidad de las controversias de impugnación de las decisiones sociales fundada en la existencia de elementos de orden público, ya que los árbitros, al igual que el juez ordinario, pueden y deben pronunciarse sobre las normas imperativas de orden público y hacerlas efectivas en la decisión que deben adoptar. En otras palabras, los árbitros, al resolver la decisión sometida a

¹⁹ En el derecho italiano es necesario diferenciar entre acuerdos nulos y anulables, por cuanto solo son arbitrables los acuerdos anulables, mas no los nulos. Los acuerdos nulos absolutos no se pueden subsanar o convalidar y por lo tanto se consideran que no pueden ser “disponibles” por las partes. La posibilidad de poder someter a arbitraje la impugnación de un acuerdo social radica en la disponibilidad o no del derecho tutelado.

²⁰ Francia reguló el arbitraje forzoso desde el año 1560 y hasta el año 1673, y a pesar de varias reformas, ha mantenido la autorización de someter a arbitraje los litigios relativos a las sociedades comerciales.

²¹ En España, el Real Decreto 171 del 9 de febrero de 2007 lo establece.

²² El 22 de diciembre de 1997, Alemania modificó la ley de enjuiciamiento civil y adoptó la ley modelo de Uncitral, como lo menciona Niggemann, en su artículo sobre el nuevo derecho alemán de arbitraje, en la *Revista de derecho comercial internacional*, n.º. 6 de 1998.

²³ Parágrafo 23.5 de la Ley de sociedades anónimas (AG).

²⁴ Las sociedades de responsabilidad limitada (GmbH) tienen autonomía y flexibilidad y tienen una estructura personalista, en contraste con la sociedad anónima (AG) que esta enteramente regulada por el legislador para proteger a los inversionistas y acreedores.

su consideración, no pueden derogar o abstenerse de cumplir las normas imperativas o de orden público. El árbitro, como el juez, puede sancionar la violación de las normas imperativas y debe aplicarlas, pues no le está permitido renunciar a ellas.

Tampoco es apropiado que, dado que no es extraño que en un mismo proceso se tramiten las acciones de impugnación de las decisiones sociales y otras acciones como la de abuso del derecho a voto, existan dos jueces que sean competentes para decidir sobre asuntos íntimamente relacionados entre sí, sin que exista ningún argumento diferente a la voluntad del legislador.

Por otra parte, nada impide que las partes puedan disponer o transar los temas relacionados con las discusiones que dan origen a la impugnación de las decisiones sociales, ya sea mediante mecanismos autocompositivos²⁵ o heterocompositivos,²⁶ sin que por ello se afecte el interés general.

No sobra advertir que antes de la derogatoria expresa del artículo 194 del Código de Comercio, en la Ley 1258 de 2008, por medio de la cual se creó la sociedad por acciones simplificada, el legislador colombiano comprendió las bondades del arbitraje y estableció²⁷ para estas sociedades la posibilidad de que cualquier diferencia, incluida la impugnación de actas, pueda someterse a decisión de árbitros o amigable composición.

El artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-014 de 2010²⁸ fundamentado principalmente en: a) el amplio margen de configuración legislativa en materia de competencias jurisdiccionales y resolución de conflictos y b) en que, estando pactado en los estatutos con unanimidad, se garantiza el principio de habilitación voluntaria.

²⁵ Los métodos autocompositivos son aquellos en los cuales las propias partes confrontadas resuelven sus desavenencias en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea de manera directa o asistidas por terceros que buscan soluciones al conflicto, como la conciliación, la mediación y la amigable composición.

²⁶ Los mecanismos heterocompositivos son aquellos en que las partes enfrentadas someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolverlos, como lo es el arbitraje.

²⁷ El artículo 40 de la ley 1258 de 2008 en el artículo 40 establece que *“las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos”*.

²⁸ Sentencia C-014 de enero 20 de 2010, M. P. Mauricio González.

Así las cosas, desde la expedición de la Ley 1258 de 2008, en Colombia existe la posibilidad de acudir al arbitraje para dirimir la impugnación de las decisiones sociales si se trata de una sociedad por acciones simplificada, pero no si se trata de otro tipo de sociedad.

No obstante lo mencionado, algunos doctrinantes²⁹ consideraron que el artículo 194 del Código de Comercio fue derogado tácitamente por la Ley 225 de 1995, cuando autorizó a la Superintendencia de Sociedades la creación del Centro de Arbitraje para solucionar los conflictos que surjan entre los socios o entre estos y la sociedad con ocasión y desarrollo del contrato social, y con lo establecido en el artículo 233 que “*los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral...*”.

La verdad es que solo con la derogatoria expresa del artículo 194 del Código de Comercio, mediante la expedición de la Ley 1563 de 2012, se permitió la arbitrabilidad para las diferencias relacionadas con la impugnación de las decisiones sociales.

Las discusiones por el tránsito de legislación

Con la expedición de la Ley 1563 de 2012 no queda duda alguna de la facultad que tienen las partes para acudir a un arbitraje, así se trate de una disputa relacionada con la impugnación de las decisiones sociales.

Ahora bien, la discusión doctrinal y jurisprudencial se ha centrado en determinar si a partir del 12 de octubre de 2012, fecha de la promulgación de la Ley 1563 de 2012, todos los estatutos sociales que contenían pacto arbitral pueden definir sus disputas relacionadas con la impugnación de las decisiones sociales mediante trámite arbitral o si por el contrario, solo los estatutos y/o sus modificaciones posteriores a esta fecha pueden ser susceptibles de este mecanismo de resolución de controversias.

En el desarrollo de esta discusión, se han debatido principalmente dos tesis:

A. La primera, que considera que la norma del artículo 194 del Código de Comercio debe tenerse como incorporada al estatuto social y, en consecuencia, no es posible arbitrar asuntos relacionados con la impugnación de

²⁹ Ramiro BEJARANO, *Los procesos declarativos* (Bogotá: Editorial Temis, 1998), 195; Jorge HERNÁN GIL, *Nuevo régimen societario*, II (Bogotá: Librería El Profesional, 1998), 337.

las decisiones sociales si los estatutos fueron pactados antes de la expedición de la Ley 1563 de 2012.

El argumento principal de los defensores de esta tesis se fundamenta en lo establecido en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 que indica: *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración...”*

Bajo este supuesto, dicen, se debe entender incorporada en los estatutos sociales la prohibición contenida en el artículo 194 del Código de Comercio, que impide arbitrar las impugnaciones contra las decisiones sociales si la cláusula compromisoria fue pactada antes del 12 de octubre de 2012.

Esta tesis fue acogida por la Superintendencia de Sociedades en varias decisiones durante un importante periodo de tiempo,³⁰ en igual o similar sentido, en los siguientes términos:

... antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, se encontraba la prohibición consagrada en el artículo 194 del Código de Comercio y en tal virtud, si la sociedad se había constituido con anterioridad a la vigencia de la ley, debía aplicar en forma ultra activa la regla del artículo 194 del Código de Comercio y por tanto la impugnación de decisiones sociales competía a la justicia ordinaria [...]

[Lo anterior, con fundamento en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en el que se expresa que] *“en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración...”*.

*[...] Así pues, en vista de que la cláusula compromisoria contenida en los estatutos ..., se incluyó el 1 de febrero de 2008 -esto es, durante la vigencia del artículo 194 del Código de Comercio-, este Despacho declarará no probadas las excepciones previas de falta de jurisdicción y cláusula compromisoria, pues es claro que en el aludido pacto arbitral -negocio jurídico autónomo al contrato de sociedad del cual forma parte- ha de entenderse incorporada la inarbitrabilidad de la impugnación a que refiere el artículo 194 en comento...”*³¹

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia conoció en acciones de tutela algunas de esas providencias proferidas por la Superintendencia y fueron

³⁰ Entre el año 2013 que adoptó esta tesis, hasta el año 2019, cuando volvió a la tesis diferente.

³¹ Auto 820-0009967-2016

“avaladas”, sin entrometerse en el fondo del tema³², en los siguientes términos:

*... no es absurdo predicar, entonces, que la cláusula compromisoria traída a colación por la tutelante es ineficaz, puesto que para el momento en que fue convenida, esto es, el 1° de febrero de 2008, se encontraba vigente el artículo 194 del Código de Comercio, que disponía que “las acciones de impugnación previstas en este Capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria [...], y por ende, con independencia de cualquier criterio que exista sobre los efectos de ésta clase de pactos frente a los accionistas que ingresen con posterioridad a su estipulación, resulta acertada la decisión de la Superintendencia de Sociedades, dado que, se reitera, **tal pacto nunca ha tenido validez**.”³³*
(Resaltado fuera de texto)

En otra sentencia de la misma Sala Civil de la Corte³⁴, se expresó:

En verdad el pacto arbitral objeto de litigio tuvo ocurrencia en el año 1981, época por la que en el punto imperaban las normas contenidas en los códigos premencionados; siendo así, salta a la vista que tal cláusula compromisoria debió ajustarse por completo, tanto en su formación cuanto, en sus efectos, a esas regulaciones legales, y no más que esas. En consecuencia, tales eran las normas aplicables a la convención que aquí se analiza; y lo siguen siendo, a despecho de que hubiese sobrevenido una legislación nueva que incluso derogó la anterior...

Y en Sentencia de fecha 12 de julio de 2017,³⁵ indicó la Corte:

La Superintendencia de Sociedades a efectos de establecer el infortunio del medio exceptivo invocado por la compañía accionante, estableció que

³² La Corte Suprema, como juez constitucional en las acciones de tutela verifica si se ha incurrido en violación de derechos fundamentales, en este caso, del debido proceso por una decisión judicial; y al revisar una decisión jurisdiccional, como lo es la de la Superintendencia de Sociedades, solo tutelaré si ha ocurrido una vía de hecho que implique la intervención del juez constitucional. Así, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que ni una ni otra posición (referida al tránsito de legislación) constituyen vía de hecho, independientemente de que se tome en ellas partido por una u otra.

³³ Sentencia STC-11412-2016 del 17 de agosto de 2016, dentro de la tutela formulada por Salnuvet Ltda. y otro contra Sala Civil del Tribunal de Bogotá y la Superintendencia de Sociedades, M. P. Álvaro Fernando García.

³⁴ Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 7 de junio de 1994, citada en la sentencia de fecha 12 de julio de 2017.

³⁵ Sentencia STC-10133-2017 del 12 de julio de 2017, dentro de la tutela formulada por Proyectos y Consultorías Empresariales Limitada contra Tribunal Superior de Bogotá y la Superintendencia de Sociedades, M. P. Ariel Salazar.

de acuerdo con las pretensiones de la demanda, la acción que allí se ejerce es la contenida en los artículos 190 y 191 del C. de Comercio, y en ese sentido, la (sic) atendiendo la fecha en que se pactó la cláusula compromisoria, esto es, en el 2004, la misma no podía surtir efectos dada la vigencia que en ese entonces revestía el artículo 194 de la misma codificación...

[...] aunque el Tribunal en primer grado considero que la interpretación asumida por la entidad que en este caso ejerce funciones jurisdiccionales, era inadecuada, lo cierto es que tal como se desprende de los apartes anteriores, a la misma no es posible enrostrársele yerro alguno, por lo que evidente es que la pretensión de la entidad solicitante de amparo se circunscribe, de modo exclusivo, a subjetivos disensos frente a las razones en que el fallador accionado se soportó para arribar a sus conclusiones, inconformidades que, naturalmente exceden el ámbito del sentenciador de tutela, pues constitucional y legalmente los funcionarios judiciales tienen entera libertad para realizar una libre hermenéutica de las normas, sin llegar, por supuesto, al límite de la arbitrabilidad o ilegalidad, que en el presente caso no se vislumbra.

Además, en esta primera tesis se refuerza el argumento para entender que no es posible arbitrar las impugnaciones de las decisiones sociales en los estatutos antes de la expedición de la Ley 1563 de 2012 en el supuesto de que no hay habilitación para los árbitros, pues cuando se celebró el pacto arbitral estaba prohibido y por lo tanto, no se puede entender que la intención de las partes fue la de suscribir un pacto arbitral que estaba prohibido. El sustento de este argumento adicional se basa en las múltiples decisiones de la Corte Constitucional³⁶ sobre la voluntariedad y libertad de los contratantes para poder acudir al arbitraje.

B. La segunda tesis sobre el tránsito de legislación es la que considera que, a raíz de la derogatoria del artículo 194 del Código de Comercio por la Ley 1563 de 2012, es posible someter a arbitraje las disputas relacionadas con la impugnación de las decisiones sociales, así se trate de una cláusula compromisoria pactada en los estatutos sociales antes de la promulgación de dicha ley; esto, porque se trata de una norma de naturaleza procesal y, por lo tanto, de aplicación inmediata.

³⁶ Sentencias C-242 de 1997, C-153 de 1999, C-1140 de 2009, C-330 de 2012 de la Corte Constitucional, entre otras.

El argumento principal de los defensores de esta tesis, que compartimos, se fundamenta en lo establecido en numeral primero del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, que exceptúa de manera expresa la estipulación sobre la incorporación de la ley al tiempo de su celebración, cuando correspondan a leyes “*concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato*”.

Y es que la norma derogada del artículo 194 del Código de Comercio es de naturaleza eminentemente procesal a pesar de estar incorporada en dicho código, como quiera que se trata de la forma como se debe tramitar un conflicto y la asignación de competencia del juez que debe tramitarlo.

En ese sentido, si hay un pacto arbitral contenido en unos estatutos sociales pactados antes del 12 de octubre de 2012³⁷ y la controversia societaria relacionada con la impugnación de las decisiones sociales surge con posterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, sí es posible que dicha decisión pueda ser decidida por un tribunal de arbitramento, pues la prohibición de la arbitrabilidad de esos asuntos ya se encuentra superada con la derogatoria del artículo 194 del Código de Comercio y se trata de un asunto *relacionado* con la forma de comparecer a juicio (norma procesal), que es una de las excepciones para darle validez a ese pacto.

La derogatoria del artículo 194 del Código de Comercio permite entender que las partes pactaron, sin limitación alguna, que se sometieran a arbitramento todas las controversias societarias, entre ellas, las disputas relacionadas con la impugnación de las decisiones sociales, que antes, por la prohibición, no era posible arbitrar.

Además, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887³⁸ prescribe el efecto general inmediato de las leyes procesales, al indicar que “*las leyes concernientes a*

³⁷ El 12 de octubre de 2012 se promulgó la Ley 1563 de 2012.

³⁸ Sobre la aplicación general inmediata de las leyes sobre ritualidad de procedimientos, ha indicado la Corte Constitucional en reiteradas sentencias (Corte Constitucional, Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy; Sentencia C-763 del 17 de septiembre de 2002, M. P. Jaime Araújo; Sentencia C-200 del 19 de marzo de 2002, M. P. Álvaro Tafur, que “*dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Al respecto debe tenerse en cuenta que todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto*

la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento que deben empezar a regir...”.

Por otra parte, consideramos que no existe una nulidad del pacto arbitral contenido en los estatutos sociales por haberse pactado contra expresa prohibición legal,³⁹ pues lo que se encontraba prohibido era la posibilidad de que los tribunales de arbitramento conocieran de este asunto específico.

Esta fue la posición inicial adoptada por la Superintendencia de Sociedades⁴⁰ en los siguientes términos:

En este orden de ideas, resulta obvio en concepto de este Despacho que al haberse derogado de manera expresa el artículo 194 del Código de Comercio, la Ley 1563 de 2012, que por demás responde a la moderna filosofía de desjudicialización en las normas actuales, dejó sin efectos la previsión legal contenida en el precepto mencionado, razón por la cual y, atendiendo las reglas que en materia de derogatoria consagra el artículo 71 del Código Civil, es dable colegir categóricamente, que a partir del 12 de octubre de 2012 cuando la reciente ley entró en vigencia, la cláusula compromisoria es válida para someter a la justicia arbitral las acciones de impugnación contra los actos de asambleas, juntas de socios y juntas directivas.

Y mal podría afirmarse que sea otra la consecuencia tratándose incluso de las cláusulas o los pactos arbitrales suscritos antes de la vigencia de la señalada Ley, pues como ha quedado visto, la prohibición que impedía someter a dicho medio alternativo las acciones de impugnación de las determinaciones de los órganos sociales mencionados, en ningún modo derivaba de la voluntad de los asociados expresada en el contrato social, sino que obedecía a los límites que en tal sentido imponía el artículo 194 del Estatuto Mercantil, ahora derogado.

De ahí que si en los estatutos se ha pactado con anterioridad cláusula compromisoria de conformidad con lo dispuesto en el Núm. 11º, Artículo 110 del Código de Comercio, se deberá entender entonces en opinión de este Despacho, que salvo estipulación en contrario, es voluntad de los asociados dirimir todos los conflictos societarios por la vía arbitral, abs-

entran en vigor, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme.”

³⁹ El artículo 6º de la Ley 53 de 1887 establece que en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley.

⁴⁰ Posición adoptada por la Superintendencia de Sociedades desde 2014 hasta 2016.

*tracción hecha de la cortapisa al arbitraje establecida a antes en la norma legal tantas veces señalada...*⁴¹

Recientemente, la Superintendencia modificó su postura de considerar la imposibilidad de someter a arbitraje las decisiones sobre impugnación de las decisiones sociales y volvió a la postura inicial, como se puso de presente en la providencia (auto) de fecha 25 de septiembre de 2019⁴² donde indicó:

Pues bien, revisados las diferentes tesis y sus correspondientes argumentos, este Despacho adoptará la posición según la cual es posible declarar la excepción previa de cláusula compromisoria aun cuando la misma haya surgido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012.

Ciertamente, el derogado artículo 194 del Código de Comercio no se instituye como una norma de carácter sustancial que pueda interpretarse como incorporada al momento de la suscripción de la cláusula compromisoria, en tanto que la misma regulaba, en estricto sentido, la forma en la que podía reclamarse en juicio la impugnación de decisiones sociales, esto es, a través de la jurisdicción ordinaria o a través de la justicia arbitral, aspecto eminentemente procesal frente a la impugnación de decisiones sociales.

La anterior postura, además, posee coherencia sistemática con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, en el cual se establece que “[las] leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir...”.

De esta forma, el Despacho considera que, en términos generales, si una cláusula compromisoria dispone someter todas las controversias originadas con ocasión al desarrollo del contrato social a la justicia arbitral, hoy por hoy, ésta incluye las controversias originadas con ocasión de la impugnación de decisiones sociales, incluso si la misma fue suscrita con anterioridad a la vigencia de la Ley 1563 de 2012. Por supuesto, el análisis debe hacerse para cada caso concreto, puesto que, en algunos, la cláusula puede excluir ciertas situaciones y, en ese caso, no sería viable una interpretación que sobreseyera los efectos de la excepción al pacto arbitral.

⁴¹ Oficio 220-039887 del 18 de marzo de 2014.

⁴² Superintendencia de Sociedades, auto del 25 de septiembre de 2019 que resolvió las excepciones previas dentro del proceso de Arquitectos e Ingenieros Civiles S.A.S. contra Compañía Energética del Tolima S.A. ESP.

Adicionalmente, en la misma providencia citada, la superintendencia argumentó que *“por virtud del principio Kompetenz-Kompetenz, corresponde al tribunal arbitral que se designe por los interesados establecer su propia competencia y determinar si son ellos los competentes o no en el presente evento, puesto que no existe una circunstancia que evidentemente excluya la mencionada competencia, sino posibles interpretaciones diferentes”*.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 16 de diciembre de 2020,⁴³ reiterando lo expresado en varias providencias,⁴⁴ indicó:

La primera norma en cita derogó expresamente el artículo 194 del Código de Comercio y el canon 38 de la Ley 153 de 1887, si bien establece que «en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración», lo cierto es que seguidamente dispuso sus exclusiones, entre ellas «las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato».

De lo anterior deviene que, si bien la cláusula compromisoria se adoptó en los estatutos de la sociedad en vigencia del artículo 194 del Código de Comercio, este último es una norma procesal y, por tanto, no resulta aplicable al pacto arbitral a voces del canon 38 de la ley 153 de 1887, pues dicha normatividad, además de haber sido derogada, se trata de una prescripción adjetiva, sujeta al principio de vigencia inmediata de la ley.

El linaje procesal del artículo 194 del Código de Comercio refulge de su literalidad, pues esta norma se limita a gobernar la autoridad competente para conocer de los juicios sobre impugnación de actos de asambleas o juntas de accionistas, así como el procedimiento por el cual deben surtirse este tipo de reclamaciones; sin duda, la distribución de la jurisdicción en concreto frente a las autoridades jurisdiccionales, así como la ritualidad de los litigios, son materias que atañen al aspecto adjetivo, con independencia de que se encuentren ubicados en codificaciones sustanciales.

Ahora bien, es cierto que este canon prohibía la inclusión de estas controversias dentro de un pacto arbitral; pero esta restricción carece de la condición de sustancialidad que le atribuyó el Tribunal criticado, pues simplemente está gobernando la autoridad que puede conocer de los litigios mencionados.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC-11746-2020, M. P. Aroldo Quiroz, proferida dentro de la tutela instaurada por la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. ESP Triple A S.A. vs. Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

⁴⁴ Ver sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia STC-7425 de 2020, STC-2685 de 2019 y STC-9526-2020, entre otras.

Así, la tesis hoy imperante y más favorable al arbitraje es la expuesta actualmente por la Superintendencia de Sociedades y por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que la cláusula compromisoria es válida para someter a la justicia arbitral las acciones de impugnación de las decisiones sociales de cláusulas o pactos arbitrales suscritos antes del 12 de octubre de 2012. Y ello es así, pues la prohibición solo obedecía a los límites de arbitrabilidad que establecía el artículo 194 del Código de Comercio y no a la voluntad de los asociados expresada en los estatutos sociales.

Las mayorías en las reformas sociales de la cláusula compromisoria y la extensión del pacto arbitral a los socios no signatarios

Otra de las discusiones que se ha suscitado frente a las cláusulas compromisorias pactadas en los estatutos sociales es la referente a las mayorías sociales y a las reformas para modificar la cláusula compromisoria.

En cuanto al tema de las mayorías, cierta parte de la doctrina⁴⁵ considera que cualquier modificación que se haga de la cláusula compromisoria requiere su aprobación por el 100% de los socios o accionistas. Esto, pues el pacto arbitral no se rige por las leyes que establecen el contrato de sociedad y su modificación, sino que dada la autonomía e independencia del pacto arbitral respecto del contrato social, cualquier modificación o inclusión que se haga debe ser expresada por todas las partes involucradas en el pacto arbitral. Además, indican que la cláusula compromisoria modificada por mayoría de votos no se extiende a los ausentes y disidentes, pues en el pacto arbitral siempre se requiere la voluntariedad.

En ese sentido, el profesor Martínez Neira, indica:

Resulta grosero apelar al derecho de sociedades para que unas mayorías deroguen respecto de todas las partes los efectos de una cláusula compromisoria” y que “[...] constituye un verdadero yerro jurídico la popular afirmación según la cual, en materia de sociedades, la cláusula compromisoria puede o no constar en los estatutos sociales, pero constando en ellos, se modifica, deroga o establece siguiendo las reglas generales relativas a las reformas estatutarias. Tal aserto se lleva por la calle de en medio la

⁴⁵ Ver *Catedra de sociedades. Régimen comercial y bursátil* de Néstor Humberto MARTÍNEZ de Editorial Legis, 2020, en página 780, de Enrique DÍAZ RAMÍREZ, *La extensión del contrato de arbitraje*, publicado por Universidad del Rosario y Editorial Legis en 2005.

*autonomía de la cláusula arbitral y desconoce ontológicamente el concepto del contrato de sociedad y sus reformas...*⁴⁶

Esta tesis fue acogida por el Tribunal Superior de Bogotá,⁴⁷ al resolver una apelación de la decisión adoptada por la Superintendencia de Sociedades el 7 de junio de 2012, que había considerado válida la modificación de la cláusula compromisoria a pesar de que su decisión no había sido unánime. Al revocar la decisión de la Superintendencia, el Tribunal dijo:

Del anterior lineamiento jurisprudencial se corrobora con mayor vigor que la cláusula compromisoria es un negocio jurídico autónomo y privado, por ende, no puede predicarse que su reforma o extinción respecto del contrato social pueda surtirse por la voluntad de una mayoría social, sino que, por el contrario, se requiere para tal propósito de la voluntad unánime de las partes que lo celebraron o adhirieron...

Así las cosas –contrario a lo considerado por el sentenciador de primera instancia– aflora de por sí que la reforma del artículo 58 de los estatutos de la sociedad Metal-Tek, atinente a eliminar la cláusula compromisoria respecto a un Tribunal de Arbitramento de carácter internacional, no podía efectuarse con el voto favorable de los socios que representen la mayoría de las acciones tal como se hizo, toda vez que conforme a los lineamientos jurisprudenciales y doctrinales anotados al inicio de estos considerandos ello solo era posible con el consentimiento unánime de todos los accionistas.

La Superintendencia de Sociedades ha tenido distintas posiciones sobre el tema. Inicialmente,⁴⁸ consideró que el pacto arbitral no podía modificarse siguiendo las mayorías de los estatutos sociales, dado que la cláusula compromisoria no está sujeta a las normas que regulan la constitución y el funcionamiento de las personas jurídicas y en ese sentido, indicó:

... los efectos vinculantes de una cláusula compromisoria dependen necesariamente de una manifestación expresa de voluntad en el sentido de acudir a la justicia arbitral'. Es decir que en ningún caso será posible forzar a un asociado a acudir ante esa jurisdicción especial, a menos que tal persona hubiere consentido expresamente en ello. Según se explica a

⁴⁶ *Ibid.* 782.

⁴⁷ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, sentencia del 5 de diciembre de 2012 dentro del proceso promovido por Rudy Kerckhaert contra la sociedad Metal Tek S.A., que revocó la sentencia de fecha 7 de junio de 2012 proferida por la Superintendencia de Sociedades.

⁴⁸ Auto de fecha 10 de agosto de 2015, dentro del proceso de María Victoria Solarte Daza contra CSS Constructores S.A., Rad. 2015-800-14.

continuación, esta postura encuentra fundamento tanto en el principio de habilitación que rige el funcionamiento del arbitraje, como en la naturaleza de la cláusula compromisoria en los tipos sociales que contempla el Código de Comercio...,

[y] en los tipos sociales regulados en el Código de Comercio, la cláusula compromisoria no está sujeta a las normas que regulan la constitución y el funcionamiento de personas jurídicas societarias. Ello se debe a que, como lo ha explicado la doctrina más autorizada, el pacto arbitral no constituye un elemento accesorio del contrato de sociedad, sino, más bien, un negocio jurídico autónomo.

La jurisprudencia mayoritaria y otra parte de la doctrina,⁴⁹ por el contrario, considera que el pacto arbitral establecido en los estatutos puede modificarse siguiendo las mayorías establecidas en el contrato social, pues a pesar de la autonomía e independencia del pacto arbitral, no se llega a una desvinculación respecto de los estatutos sociales.

La Superintendencia de Sociedades cambió su posición inicial, y viene aceptando que se modifique el pacto arbitral mediante la mayoría social pactada en los estatutos sociales. En efecto, ha dicho la Superintendencia:⁵⁰

En esta medida, si los accionistas demandantes forman parte de la sociedad, han aceptado expresamente sus estatutos y la forma de reformarlos, de lo contrario, tendríamos que las reglas sociales, como la cláusula compromisoria pactada en este caso, aplican a unos sí y a otros no, en detrimento del derecho de igualdad de los socios ante las normas societarias. De no estar de acuerdo con ello, han debido abstenerse de formar parte de la sociedad o requerir una cláusula de unanimidad para la reforma del pacto arbitral...

En algunas ocasiones, dicha autoridad ha hecho la distinción entre las sociedades reguladas de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio, de las Sociedades por Acciones Simplificadas, distinción que se sustenta en la diferencia de tratamiento legal que existe entre ellas.

⁴⁹ Ver lo expresado por el doctor Julio BENETTI SALGAR en el *Arbitraje en el derecho colombiano* de Editorial Temis, 2001 en la página 97 y Juan Pablo LIÉVANO en la *Revista Arbitrio*, no. 2 (julio 2919), en un artículo denominado “El pacto arbitral en el contrato societario”; Comparativo jurisprudencial, elaborado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

⁵⁰ Superintendencia de Sociedades, auto 2020.01-113341 de marzo de 2020.

La Corte Constitucional, en sentencia C-014 de 2010 citada anteriormente, ha indicado lo siguiente sobre la decisión mayoritaria respecto a la cláusula compromisoria:

En el régimen de las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio no se estipula una mayoría calificada o un requisito agravado para incorporar en los estatutos la cláusula compromisoria. Esto permite que una mayoría coyuntural o precaria, en perjuicio de los demás socios, pueda pactarla, incluirla en los estatutos, y hacerla obligatoria para todos los socios [...]

En cambio, para las SAS el legislador previó una cautela igualmente eficaz, pero distinta. En el artículo 41 de la Ley 1258 se estableció que la cláusula compromisoria solo puede ser incluida o modificada en los estatutos mediante la determinación de los titulares del ciento por ciento de las acciones suscritas.

En el derecho comparado⁵¹ también se han presentado discusiones similares a las nuestras. En efecto, en el derecho español se encuentran posiciones disímiles en cuanto a la mayoría exigida para su adopción o la necesidad de que la cláusula sea aprobada por unanimidad. Algunos consideran que para incluir una cláusula arbitral en los estatutos se requiere de un acuerdo unánime, porque, en su concepto, la cláusula arbitral no puede ser valorada como una mera modificación estatutaria. Otros, de manera mayoritaria, consideran que la unanimidad no es necesaria, ya que las sociedades de capital se rigen por órganos colegiados en los que las decisiones se toman por mayoría.

En Francia, la cláusula compromisoria puede ser pactada o modificada siguiendo las mayorías establecidas en los estatutos de la sociedad, como cualquier otra cláusula de dichos estatutos. Así, la unanimidad no es necesaria.

En Italia, para pactar o modificar una cláusula compromisoria en los estatutos, es necesario contar con una mayoría calificada de 2/3 partes del capital social y los socios ausentes o disidentes pueden ejercer el derecho de separación o retiro de la sociedad.

⁵¹ Ver citas en el libro *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, de María Inmaculada RODRÍGUEZ (Madrid: Ed. Bosh, 2010).

En el proyecto de ley de arbitraje que se discute en Colombia,⁵² se ha propuesto regular lo relacionado con conflictos que se generen entre asociados, sociedad, administradores y revisor fiscal, mediante la inclusión de un párrafo que modifica el artículo 35 del Estatuto Arbitral, así:

PARÁGRAFO 2°. Todas las diferencias que ocurran en la formación, desarrollo y terminación del negocio jurídico de sociedad entre los asociados, la sociedad, los administradores y el revisor fiscal, podrán someterse a decisión arbitral en virtud de una cláusula compromisoria o compromiso o al conocimiento de amigables componedores. Cuando el pacto arbitral o de amigable composición se incluya en los estatutos sociales, el mismo vinculará a los asociados actuales y futuros. Igualmente, incluirá a los administradores y al revisor fiscal si así se pacta expresamente en los estatutos.

Una vez consignado en los estatutos, bien sea a partir de la constitución de la sociedad o de la aprobación de la reforma correspondiente, se entenderá que dicho pacto arbitral o de amigable composición incluye todas las diferencias que ocurran en la formación, desarrollo y terminación del negocio jurídico de sociedad, salvo estipulación expresa en contrario.

La inclusión, supresión o modificación de un pacto arbitral o de amigable composición en los estatutos sociales requerirá el voto favorable de un número plural de socios que represente por lo menos el setenta y ocho por ciento (78%) del capital suscrito en el caso de las sociedades por acciones, o de las cuotas sociales o partes de interés en las demás sociedades.

Cuando la inclusión, supresión o modificación del pacto arbitral o de amigable composición en los estatutos sociales afecte a los administradores, al revisor fiscal o a los accionistas sin derecho de voto se requerirá su consentimiento para que dichas decisiones les sean oponibles.

No obstante lo anterior, los asociados ausentes o disidentes no quedarán vinculados por la modificación, inclusión o supresión del pacto arbitral en lo que se refiera a controversias que dichos asociados hayan planteado por escrito a su contraparte, judicial o extrajudicialmente, con copia a la sociedad, con anterioridad a la aprobación de la modificación, inclusión o supresión, o cuando lo hagan de la misma forma dentro de los dos (2) meses siguientes a la inscripción de la respectiva reforma estatutaria en el registro mercantil.

⁵² Proyecto de Ley 009 de 2021, mediante el cual se modifica la Ley 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional o Internacional “Estatuto de Arbitraje”.

Cuando al proceso que se adelante como consecuencia de la controversia planteada deban ser citadas otras personas como litisconsortes necesarios, los mismos no podrán invocar la modificación, inclusión o supresión del pacto.

Una vez consignado en los estatutos, se entenderá que dicho pacto arbitral o de amigable composición incluye todas las diferencias que ocurran en la formación, desarrollo y terminación del negocio jurídico de sociedad, salvo estipulación expresa en contrario.

En nuestra opinión, a pesar de la autonomía que tiene el pacto arbitral, no se puede hacer un examen separado entre estatutos y cláusula compromisoria. En ese sentido, consideramos que si en los estatutos se encuentra pactada la cláusula compromisoria, para su modificación se deben seguir las mayorías establecidas por los socios en los estatutos sociales o las mayorías que prevea la ley y que, una vez aprobadas, tales decisiones resultan obligatorias para ausentes y disidentes. La cláusula compromisoria pactada en los estatutos sociales, a pesar de su autonomía, tiene una conexidad inseparable, pues el derecho de acción al que se refiere la cláusula compromisoria es el que corresponde a los derechos sustanciales del contrato social.

Por otra parte, hoy resulta muy frecuente que en una relación contractual originalmente pactada entre socios se presenten conflictos que involucran a otros socios que no fueron signatarios del convenio arbitral. Nos referimos a socios que adquirieron sus acciones mediante cesión, o a título hereditario, o mediante compraventa.

En Colombia, la ley arbitral no tiene una norma específica que regule la extensión del convenio arbitral, como sí existe en Perú, en el artículo 14⁵³ de la Ley general de arbitraje.⁵⁴ Sin embargo, ello no significa que se puedan extender los efectos del pacto arbitral a personas que no lo han suscrito. Y no nos referimos en este caso a terceros que pueden involucrarse en un trámite arbitral, conforme lo establece el artículo 37⁵⁵ de la Ley 1563

⁵³ Artículo 14 de la ley peruana establece que “*el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos*”.

⁵⁴ Decreto Legislativo 1071 de 2008.

⁵⁵ El artículo 37 de la Ley 1563 de 2012 establece: “*INTERVENCIÓN DE OTRAS PARTES Y TERCEROS.* La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas

de 2012. Nos referimos a un socio, parte en el contrato, a quien se hace extensivo el pacto arbitral establecido sin que lo haya suscrito de manera expresa, pues el solo hecho de no firmarlo no significa que no se vea obligado por sus efectos.

En efecto, somos de la opinión⁵⁶ de que las cesiones de las acciones o cuotas de interés que se realicen a cualquier título (compraventa, herencia, etc.) obligan a los cesionarios a cumplir con los estatutos sociales y con la cláusula compromisoria pactada, sin que sea necesario una aceptación expresa en tal sentido. El cesionario se ubica en la posición del cedente, y adquiere todos los derechos y obligaciones de este, incluyendo el pacto arbitral. Y no debemos olvidar que el pacto arbitral no es *intuitu personae*, sino que forma parte sustancial y procesal del contrato cedido.

Como lo menciona el profesor Roque Caivano,⁵⁷ “... es mayoritaria la tendencia a considerar que la cláusula arbitral se transmite, junto con el resto de las estipulaciones del contrato, cuando los derechos y las obligaciones nacidas de éste han sido cedidas.”

que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad adicional a su cargo por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición. La suma correspondiente deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes. Tratándose de interviniente excluyente que no haya suscrito el pacto arbitral, su demanda implica la adhesión al pacto suscrito entre las partes iniciales. En caso de que el interviniente excluyente que haya suscrito pacto arbitral o que haya adherido a él, no consigne oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27. Cuando el llamado en garantía o denunciado en el pleito, que ha suscrito el pacto arbitral o ha adherido a él, no consigna oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27. En los casos de llamamiento en garantía y de denuncia del pleito, la existencia del pacto arbitral también podrá probarse conforme a lo previsto en el párrafo del artículo 3°. Si se trata de coadyuvante o llamado de oficio, su intervención se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil para esta clase de terceros. En este caso, el tribunal le dará aplicación al inciso primero de esta norma y el no pago hará improcedente su intervención”.

⁵⁶ Este es otro de los temas que generan discusión en el derecho comparado: tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado de manera ambivalente sobre el tema. Entre otros, Argentina, Chile, España, admiten la cesión del pacto arbitral que se ha realizado de manera general en un contrato. Italia, por el contrario, considera que la cláusula arbitral no se transfiere del cedente al cesionario, pues no hay un consentimiento claro e indubitable de someterse al arbitraje.

⁵⁷ Roque CAIVANO, “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene”, *Revista de Derecho Privado*, Edición Especial (2012: 41).

Así también lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia⁵⁸ que, después de varias decisiones contradictorias, en sentencia de fecha 15 de febrero de 2016, indicó: “... a través de la presente decisión se define el criterio de esta Corporación sobre el tópico, para dejar sentado que la causahabencia es un principio que se sobrepone a la habilitación especial que un sector de la Doctrina reclama frente a la cláusula arbitral para exigir en forma expresa la adhesión de todos los cesionarios a ella”.

En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Bogotá⁵⁹ expresó:

... las circunstancias que rodean el caso objeto de controversia no pueden fundamentarse en el hecho en que la señora SOLARTE DAZA no hubiera expresado libremente su voluntad de pactar la cláusula compromisoria en el contrato de sociedad de la empresa CSS Construcciones S.A., por haberse asignado las acciones sociales a través de la adjudicación en un proceso de sucesión, toda vez que independientemente de esa situación, su padre, de quien heredó las acciones, en el momento en que se creó la sociedad sí lo hizo, pacto de voluntad que consta en el artículo 64 de los estatutos sociales; de manera que como a ella se le transmitieron las acciones, por el modo de adquirir el dominio de la sucesión, tiene la titularidad de esa acciones en las condiciones del causante.

Consideramos que la cláusula compromisoria es vinculante para todos los socios, tanto para los que participaron en el acto de constitución, como para aquellos que se incorporan después a la sociedad. En ese sentido, a un accionista en un contrato social le es oponible el pacto arbitral pactado en los estatutos, independientemente que haya participado expresamente o no. En efecto, podríamos considerar que a los socios que no han firmado de manera expresa un pacto arbitral se le extienden los efectos del pacto arbitral y es parte de ese pacto arbitral.

En términos del profesor Michael Daly,

... un cesionario o sucesor de cualquier contrato que contenga una cláusula arbitral tiene el deber de arbitrar cualquier controversia que surja de dicho convenio pese a nunca haber firmado este último. La doctrina está basada en la creencia de que debería estar prohibido a un no signatario, cesionario o sucesor, recibir un beneficio contractual dejado atrás

⁵⁸ Sentencia del 15 de febrero de 2016, M. P. Álvaro Fernando García.

⁵⁹ Sentencia del 4 de diciembre de 2015, M. P. Martha Patricia Guzmán.

*por el signatario predecesor sin tener que respetar la cláusula arbitral del contrato.*⁶⁰

El consentimiento puede ser expreso, pero también puede ser implícito. Ese consentimiento implícito o tácito se da cuando la voluntad se infiere de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia, como cuando se decide ser parte de una sociedad y se aceptan íntegramente sus estatutos sociales.

Otro evento en el cual pueden producirse controversias en cuanto a la aplicación de los pactos arbitrales en contextos societarios se da cuando hay operaciones de fusiones y adquisiciones. Este tipo de negocios con frecuencia revisten de un alto nivel de complejidad que implica la suscripción de varios contratos, así como acuerdos multipartes, ambas situaciones complejas desde el punto de vista de la arbitrabilidad de las eventuales controversias que lleguen a surgir.

La existencia de varios contratos abre el camino a las discusiones sobre la acumulación de pactos arbitrales o de arbitrajes. En principio, si media la voluntad de las partes, la acumulación de pactos o de procedimientos no tiene gran complejidad. Sin embargo, usualmente en el contexto de una disputa es poco probable que sea del interés de ambas partes llegar a un acuerdo sobre el procedimiento. Este riesgo, en todo caso, puede ser mitigado en la medida en que se anticipe desde el comienzo dicha posibilidad y se celebren cláusulas compromisorias que sean compatibles entre ellas en términos de i) autoridad administradora del arbitraje; ii) procedimiento por el cual se lleve cada uno de los arbitrajes; iii) número de árbitros; y iv) sede del arbitraje si se trata de un arbitraje internacional.

Otro asunto relevante es detectar cuáles serían las normas aplicables en materia de acumulación de procesos en el evento de un arbitraje multipartes en materia societaria. Si el arbitraje es doméstico, las reglas llamadas a aplicar serán aquellas fijadas en el artículo 147 del Código General del Proceso o en el artículo 2.40 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá o las del centro de arbitraje que corresponda. Si el arbitraje es de naturaleza internacional, dependerá de las reglas que para el efecto haya fijado cada uno de los

⁶⁰ Michael DALY, “Come One, Come All: The New and Developing World of Nonsignatory Arbitration and Class Arbitration”, *U Miami Law Review*, 62, n° 1 (2007).

procedimientos al que se hayan sometido. Quizá, a modo de ejemplo, para sensibilizar al lector sobre la relevancia de estas normas está el caso del reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, cuya versión del año 2014 solamente permitía la acumulación de procesos cuando estos se adelantaban entre las mismas partes, mientras que en su versión del año 2020 adicionó la posibilidad de acumular cuando los pactos arbitrales surgen de la misma transacción o de una serie de transacciones relacionadas entre sí.⁶¹

Por su parte, los arbitrajes multipartes consisten en un fenómeno en el que se enfrentan más de dos partes con intereses contrapuestos, según la Cámara de Comercio Internacional.⁶² Dicho fenómeno ha generado grandes retos en la constitución de Tribunales Arbitrales, dada la complejidad que existe para conciliar intereses contrarios entre más de dos partes. El artículo 2.25 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá indica una serie de lineamientos a seguir que mitigan el riesgo de que el Tribunal no se constituya:

Artículo 2.25. Arbitraje multipartes. Cuando hayan de nombrarse tres (3) árbitros y exista pluralidad de demandantes o de demandados, los integrantes de cada parte actuarán conjuntamente, en su condición de demandantes o demandados, para el nombramiento de los árbitros, a menos que se haya convenido otro método para el efecto.

En caso de que una de las partes, con pluralidad de demandantes o demandados no logre ponerse de acuerdo en la designación de los árbitros, o no concurra a las reuniones de designación de árbitros a la que ha sido convocados por el Centro, el Centro procederá con el nombramiento de los árbitros, a solicitud de cualquiera de las partes.

Las anteriores situaciones marcan dificultades y riesgos existentes en la manifestación de la voluntad por parte de un socio al suscribir el pacto arbitral.

Por otra parte, la autonomía del pacto arbitral que se encuentra en los estatutos sociales no significa que las decisiones sobre el pacto arbitral deban ser autónomas e independientes de las demás cláusulas del contrato social. La autonomía significa que el Tribunal Arbitral es competente para

⁶¹ Ver artículos 22.7(ii) del reglamento de 2020 en oposición al artículo 22.1 (X) de la versión de 2014.

⁶² INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, “Final Report on Multi-party Arbitrations”, ICC ICArb. Bull., 6 (1995): 26-27.

juzgar sobre todas las disputas referentes a la existencia o validez del contrato principal, siempre y cuando el pacto arbitral no adolezca de una causal de nulidad. En otras palabras, la cláusula arbitral debe ser respetada si ella implica la voluntad de las partes para confiar en un Tribunal Arbitral la responsabilidad de decidir si el contrato principal es válido o nulo.

Conclusiones

Después de haber comentado algunos de los cambios más importantes en materia de arbitrabilidad de las controversias en el contrato societario y de los cambios legislativos en la materia, la sensación que queda es agrí dulce. Sin lugar a dudas, nos encontramos en un momento altamente favorable para el arbitraje societario, en gran parte, porque las interpretaciones anteriores, que hacían prácticamente inviable tramitar disputas entre accionistas por medio de métodos alternativos de solución de controversias, han sido removidas. Sin embargo, los cambios han sido todos de estirpe jurisprudencial, lo cual despierta la pregunta ¿cuánto durará esta bonanza?

Creemos que la tendencia tanto mundial como nacional es que la voluntad de las partes de integrar un pacto arbitral pueda extraerse no solamente de manifestaciones expresas de la voluntad, sino sobre todo, de la actuación de las partes, por ejemplo derivada del hecho de que se adquiera una participación societaria en una sociedad que contenga un pacto arbitral dentro de sus estatutos.

De igual manera, esperamos que en el futuro se acoja la posición según la cual el pacto arbitral en los estatutos también vincule a los demás actores que se relacionan con la sociedad, en calidades diferentes que las de accionistas, como puede ser el caso de los administradores.

Estoy convencido que la seguridad jurídica es uno de los valores que más propicia el desarrollo económico. En el presente asunto, la inseguridad en materia del tratamiento a las cláusulas de solución de controversias genera una incertidumbre que debería ser solucionada por medio de una legislación que clarifique las discusiones que hemos presentado. En esa medida, la incertidumbre no cesará hasta tanto no se adelante una modificación legislativa que zanje de forma definitiva las controversias que he expuesto.

Pero más allá de evitar que se retroceda, el camino que se debe seguir es la innovación en medios más rápidos, más sencillos y especializados

para solucionar las controversias en materia societaria, conociendo sus particularidades y respondiendo siempre a las necesidades del comerciante. No se me ocurre un mejor escenario para pensar en nuevas opciones que esta importante academia.

Bibliografía

- BEJARANO, Ramiro. *Los procesos declarativos*. Bogotá: Editorial Temis, 1998.
- BENETTI SALGAR, Julio. *Arbitraje en el derecho colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 2001.
- BORN, Gary B. *International Arbitration: Cases and Materials* [Connected eBook]. Aspen Publishing, 2021.
- CAIVANO, Roque. “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene”, *Revista de Derecho Privado*, Edición Especial (2012).
- CÁRDENAS, Juan Pablo. *Módulo de arbitraje nacional e internacional*. Bogotá: Editorial Confederación de la Cámaras de Comercio, 2019.
- DALY, Michael. “Come One, Come All: The New and Developing World of Nonsignatory Arbitration and Class Arbitration”, *U. Miami Law Review*, 62, n°. 1 (2007).
- DÍAZ RAMÍREZ, Enrique. *La extensión del contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario, Editorial Legis, 2005.
- GIL, Jorge Hernán. *Nuevo régimen societario*, II. Bogotá: Librería El Profesional, 1998.
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, “Final Report on Multiparty Arbitrations”, ICC IC Arb. Bull., 6 (1995).
- LIÉVANO, Juan Pablo. “El pacto arbitral en el contrato societario”, *Revista Arbitrio*, n°. 2 (julio 2019): 60.
- MARTÍNEZ, Néstor Humberto. *Catedra de sociedades, Régimen comercial y bursátil*. Bogotá: Editorial Legis, 2020.
- RODRÍGUEZ, María Inmaculada. *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*. Madrid: Editorial Bosh, 2010.

Corte Constitucional

Sentencia C- 974 de 2014, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Sentencia C-378 de 23 de abril de 2008, M. P. Humberto Sierra Porto.

Sentencia C-014 de 20 enero de 2010, M. P. Mauricio González.

Sentencia C-242 de 20 de mayo de 1997, M. P. Hernando Herrera.

Sentencia C-153 de 10 de marzo de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes.

Sentencia C-330 de 9 de mayo de 2012, M. P. Humberto Sierra Porto.

Corte Suprema de Justicia

Sentencia STC-11412-2016 del 17 de agosto de 2016, dentro de la tutela formulada por Salnuvet Ltda. y otro contra Sala Civil del Tribunal de Bogotá y la Superintendencia de Sociedades, M. P. Álvaro Fernando García.

Sentencia STC-10133-2017 del 12 de julio de 2017, dentro de la tutela formulada por Proyectos y Consultorías Empresariales Limitada contra Tribunal Superior de Bogotá y la Superintendencia de Sociedades, M. P. Ariel Salazar.

Sentencia STC-11746-2020, M. P. Aroldo Quiroz, proferida dentro de la tutela instaurada por la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. ESP Triple A S.A. vs. Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

Tribunal Superior

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 5 de diciembre de 2012 dentro del proceso promovido por Rudy Kerckhaert contra la sociedad Metal Tek S.A.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 4 de diciembre de 2015, M. P. Martha Patricia Guzmán.

Laudos arbitrales

Laudo de 23 de septiembre de 2016 dentro del trámite de Crisamar SAS y otros contra Bertrand Jequier.

Laudo de 14 de agosto de 2018 dentro del trámite de Polyban Internacional contra Zona Franca de Cartagena y otros.

Laudo del 29 de abril de 2016 dentro del trámite de Inversiones Pimajua SAS contra Urbanización Marbella.

Laudo del 28 de marzo de 2014 dentro del trámite de la señora P.B.J. contra Quatro MTJ.

Laudo de 1996 dentro del trámite de Empresas Públicas de Medellín contra el Municipio de San Jerónimo.

Laudo del 1º de octubre de 2021, dentro del trámite de Amacal SAS contra Victoria Fonnegra y otros.

Laudo de fecha 17 de marzo de 2004 dentro del trámite de Guillermo Mejía contra Lucila Acosta, 2 de octubre de 2007 dentro del trámite de Elio Sala Ceriani contra Química Antex; 22 de septiembre de 2017 dentro del trámite de Inazca y Cia. SAS contra Centro Automotor Limitada y otros.

Laudo de fecha 1º de junio de 2021 dentro del trámite de Invercolsa contra Gasorienté.

Laudo de 29 de noviembre de 2005 dentro del trámite de Germán Alfonso y Cia. Limitada contra Dataflux S.A.

Superintendencia de Sociedades

Auto del 25 de septiembre de 2019 dentro del proceso de Arquitectos e Ingenieros Civiles S.A.S. contra Compañía Energética del Tolima S.A. E.S.P.

Auto de fecha 10 de agosto de 2015, dentro del proceso de María Victoria Solarte Daza contra CSS Constructores S.A., Rad. 2015-800-14.

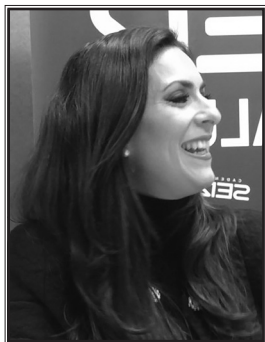
Auto 2020-01-113341 de marzo de 2020.

Oficio 220-039887 del 18 de marzo de 2014.

Tercera parte

Vida Académica

PRESENTACIÓN DEL LIBRO
“EL MUNDO JURÍDICO COLOMBIANO DEL SIGLO XIX:
DE LAS LEGISLACIONES CASTELLANA E INDIANA A
LOS CÓDIGOS DE 1887” * DE RODRIGO PUYO VASCO



María José Collantes de la Hera**
*Directora del Departamento de Historia
del Derecho, Universidad Pablo de Olavide
(Sevilla, España)*

Buenos días. Hoy tenemos la suerte de contar con la presencia del Dr. Rodrigo Puyo Vasco, que ha venido desde Colombia para presentarnos su libro *El mundo jurídico colombiano del siglo XIX*.

El Dr. Puyo es Abogado por la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín (Colombia) y ha realizado un doctorado en la UPO. Es consultor jurídico independiente en el área de derecho privado y de la contratación. Miembro del Colegio de Abogados de Medellín y miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Es Miembro fundador del Instituto Colombiano de Historia del Derecho, consultor permanente del Área Jurídica de la Cámara de Comercio de Medellín, columnista de prensa y ha sido docente en varias universidades. Es autor de una gran cantidad de publicaciones,

* Palabras con motivo de la presentación de la obra del Dr. Rodrigo Puyo Vasco.

** Directora del Departamento de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España).
Contacto: mjcollantes@upo.es

entre ellas me voy a permitir citar una cuyo título le va a resultar muy familiar a los alumnos de Historia del Derecho que hoy nos acompañan porque ha sido objeto de su estudio recientemente, *Instituciones indianas y la fórmula “se obedece, pero no se cumple”*.

Se le reconoce como una autoridad en el estudio del Derecho y la sociedad colombiana del siglo XIX, y su trabajo es valorado por su rigor académico y su aporte al entendimiento de la evolución del sistema legal colombiano.

El Dr. Puyo nos visita hoy para presentarnos su último libro, *El Mundo jurídico colombiano del siglo XIX. De las legislaciones castellana e indiana a los códigos de 1887*, publicado por la editorial Tiran lo Blanch en 2023.

En el mismo se ofrece una visión detallada y contextualizada del sistema jurídico colombiano en un momento crucial de su historia, examinando cómo las leyes y las decisiones judiciales afectaron a diferentes segmentos sociales de la sociedad colombiana, desde la élite política y económica hasta las clases populares y los grupos marginados.

Desde mi punto de vista, el libro cuenta con todos los elementos necesarios de los que debe constar una investigación histórico-jurídica:

- La oportunidad del tema resulta evidente pues, salvo alguna contada excepción, no existen trabajos integrales que examinen o den a conocer el universo jurídico del primer siglo republicano colombiano, en el cual se constituye su personalidad institucional y legal.
- Un objetivo claro, como es revisar, e intentar conocer ese pasado nacional, presentando una visión de lo jurídico del siglo XIX en la que se tiene en cuenta que la cultura y los principios de esa época histórica difieren de los del presente, para evitar hacer una crítica del pasado con los valores que hoy son imperantes.
- Una metodología y estructura, muy adecuadas para el estudio del tema. Dividido en ocho secciones o capítulos, se abordan primero cuestiones generales relacionadas con la materia, las influencias externas que recibió el mundo jurídico colombiano del XIX, o las relaciones entre la Iglesia y el Estado y sus incidencias en el mundo normativo, cuestiones todas ellas que le permiten al autor entrar de lleno en el análisis del objeto de su trabajo, dedicándose a las principales legislaciones, poniendo especial énfasis en la

civil, que es la de mayor relevancia en el periodo y en el constitucionalismo nacional, para terminar ocupándose de los actores del mundo jurídico decimonónico (los juristas y sus obras, abogados, reformas en los estudios de derecho, etc.).

- Claridad y coherencia en la presentación de los temas, que facilita la comprensión incluso para aquellos que no son expertos en derecho o historia.
- También, las fuentes que utiliza el autor son las apropiadas, pues complementa el análisis de la legislación con la doctrina y la jurisprudencia, acudiendo además a las gacetas oficiales y al Archivo General de la Nación. Al igual que la bibliografía citada, que se compone de textos sobre historia del derecho de autores especializados.
- Con todo ello, el autor llega a unos resultados o conclusiones importantes, y también valientes, pues no duda en revisar afirmaciones y mitos, que se han venido estableciendo como verdades irrefutables. Y cito algunos ejemplos:

El autor se aleja de la concepción de quienes, llevados por un fanático anti-colonialismo, han querido presentar las normas liberales dictadas a mitad del siglo como un gran salto cualitativo que borraba la anterior fundamentación normativa.

Otro descubrimiento del autor es el hecho de que el derecho nacional no es totalmente propio e independiente, pues es notoria la influencia que la herencia ibérica permeaba, al igual que las influencias externas de la atractiva democracia naciente de los Estados Unidos, los mensajes de la Revolución francesa de finales del siglo XVIII y de sus movimientos sociales del XIX, y los trasplantes jurídicos de otros países hispanoamericanos.

Uno de sus logros fundamentales radica, desde luego, en una rotunda rectificación de la creencia en que el siglo XIX estuvo dedicado a las guerras civiles en lo político y al derecho público en lo jurídico. El autor demuestra que el siglo XIX fue también fundamental para el desarrollo del derecho privado colombiano.

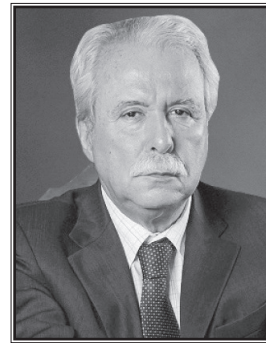
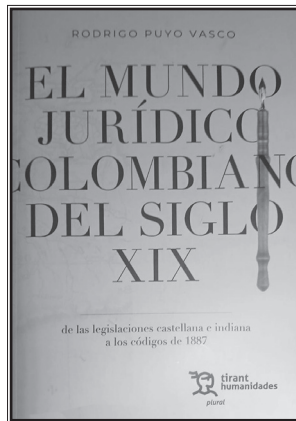
Igualmente, insiste en que la evolución del derecho constitucional colombiano estuvo también vinculada a lo que fue la evolución del derecho civil en el siglo XIX. Y cómo, en relación al derecho civil, primero se dio el

proceso de adopción de la legislación civil española y después cómo se comenzó a prescindir del aparataje jurídico heredado de la Colonia.

Por todo ello, considero que el libro es una contribución significativa al campo de la historia jurídica colombiana, ofreciendo nuevos conocimientos y perspectivas para investigadores, estudiantes y profesionales del derecho. A ello contribuye, evidentemente, que el libro haya sido publicado por Tiran lo Blanch, una de las editoriales de mayor prestigio en el ámbito del derecho y de las humanidades.

Y les dejo con lo realmente interesante, que es, lógicamente, escuchar al autor del libro.

PALABRAS DEL AUTOR



Rodrigo Puyo Vasco*
Académico de número

Después de largos años de trasegar entre códigos, leyes y, en general, en asuntos jurídicos como alumno, abogado litigante o consultor, como docente o investigador, en fin, como interesado permanente en los temas de la justicia y de las normas, este es uno de los actos de mayor emoción en esta larga experiencia de vida. El presentar este estudio en la universidad que me albergó en la madurez y me abrió una nueva etapa de conocimientos y de reflexión, concita sentimientos de gran alegría y de obligada humildad.

* Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho y Mercado de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España) y Doctor (Ph.D) en Derecho de la misma universidad. Es consultor y litigante en el área de Derecho Privado desde 1970. Ha ejercido como profesor de pregrado y postgrado en la Universidad de Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana. Es árbitro del Colegio de Abogados de Medellín, de la Cámara de Comercio de Medellín y de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Ha sido miembro de las juntas asesoras de la Superintendencia de Industria

Inicio estas palabras con una transcripción de unos apartes del libro que se presenta y que intenta explicar *el porqué* y *el para qué* del mismo.

A comienzos del presente siglo, el autor de este escrito tuvo la oportunidad de completar su formación jurídica en la Universidad Pablo de Olavide, en Sevilla, España, centro educativo que le otorgó su grado de doctor en Derecho. En cumplimiento de los requisitos curriculares, preparó una tesina para la aprobación del tercer ciclo académico, que denominó “Independencia tardía. Transición normativa mercantil al momento de la Independencia de la Nueva Granada [prologado en su publicación en forma espléndida por el profesor Julián Ruíz Rivera].

Este ensayo fue el comienzo para interesarse en describir el proceso histórico jurídico del siglo XIX desde el fascinante inicio de la andadura legal del nuevo Estado americano. Al poco caminar, se empezaba a revelar la continuidad de la herencia hispánica, las influencias de otros países y los aspectos locales, en unos tiempos de gran transformación en el pensamiento político y normativo occidental, como lo fueron los inicios de ese siglo.

En este tránsito, cada vez más sorprendente, aparecieron evidencias de la ausencia de estudios de aliento en el análisis jurídico del periodo diferentes al del derecho público, salvo algunos formidables esfuerzos académicos individuales. Igualmente, surgían muestras de una gran riqueza jurídica, bastante desconocidas y que habían tenido buen suceso en estos albores del Estado que sustituiría al Virreinato de la Nueva Granada, conocido inicialmente como Colombia, posteriormente como República de la Nueva Granada, después como la Confederación Granadina, a la que sucedió la denominación de Estados Unidos de Colombia, en el fervor federalista, para retornar al nombre de República de Colombia, que aún perdura.

En este recorrido se desmoronaban las falsas creencias y fábulas que han hecho de este siglo una leyenda negra nacional, con evidente desprecio de sus elaboraciones jurídico-políticas y de sus actores. Claro que era evidente la fiebre constitucionalista y el apego nacional a estos estatutos fundamentales que forman parte de su ser.

Dentro de la primera gran Constitución, expedida en 1821, aparecía como gran estrategia jurídica de los primeros gobernantes la adopción de una fórmula de

y Comercio y de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera. Es delegado del Presidente de la República en la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia desde 1982 y es presidente de su Comité Jurídico y del Comité Asesor del Centro de Arbitraje y Conciliación. Es miembro actual, y en varias ocasiones presidente, del Colegio de Abogados de Medellín. Es miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Ha sido y es miembro de diferentes juntas directivas de entidades públicas y privadas.
Contacto: rodrigopuyo@rpuyoabogados.com.co

transición entre el antiguo y el nuevo régimen legal, que con inteligencia y sentido práctico incorporaba la legislación de la Corona, las cédulas, las pragmáticas, las Recopilaciones Indianas, las Compilaciones Castellanas, las Siete Partidas de don Alfonso X, El Sabio, a las leyes del nuevo Estado, siempre que no entraran en contradicción con los postulados de libertad, de propiedad, de seguridad jurídica y de origen de la soberanía de la naciente república.

Con esta inteligente fórmula de transición se iniciaba un proceso gradual de apropiación, de modificación, de creación de un sistema jurídico, lejos de la concepción de quienes, llevados por un fanático anticolonialismo, han querido presentar las normas liberales dictadas a mitad del siglo como un gran salto cualitativo que borraba la anterior fundamentación normativa. Otro descubrimiento del análisis de este tiempo fue el hecho de no ser tan aislado el país jurídico nacional, pues era notorio cómo la herencia ibérica lo permeaba, al igual que las influencias externas de la atractiva democracia naciente de los Estados Unidos de Norteamérica, los mensajes de la Revolución francesa de finales del siglo XVIII y de sus movimientos sociales del siglo XIX, y los trasplantes jurídicos de otros países hispanoamericanos, particularmente de la estudiosa República de Chile.

Sin duda, un tema de gran profundidad desde las primeras meditaciones sobre el periodo fue la pugna y la cercanía en las relaciones Iglesia y Estado, que muchas veces se confundían en un solo cuerpo.

En igual forma, era evidente la ausencia de la mujer como partícipe del pensamiento y era sobrecogedor, por expresarlo de manera amable, su condición asimétrica en lo jurídico y político en relación con el hombre.

Estos hechos de la realidad obligaban a repensar la exposición y análisis que buscaba, más que una crítica del pasado con los valores que hoy son imperantes, presentar una visión de lo jurídico del siglo XIX, a sabiendas de que la cultura y los principios de esa época histórica difieren de los del presente. Esta inicial motivación de revisar, conocer e intentar comprender ese pasado nacional fue *el porqué*, el interés de llevar a cabo estas reflexiones.

De otro lado, al repasar los trabajos académicos escritos sobre la historia jurídica del siglo XIX, con la notable excepción de la obra de Fernando Vélez B. *Datos para la historia del derecho nacional*, publicada en 1891, y algunos aportes de Miguel Aguilera en *La historia extensa de Colombia*, editada en 1965, no existen trabajos integrales que examinen o den a conocer el universo jurídico del periodo, lo cual llevó, sin jactancia o vanidad, a darle *un para qué* a la elaboración de estas someras anotaciones que buscan contribuir a un mayor conocimiento de esta etapa jurídica de nuestro primer siglo republicano, en el cual se construye nuestra personalidad institucional y legal.

En este contexto he considerado de interés resaltar las múltiples relaciones de los mundos jurídicos del siglo XIX, hispánico y de Colombia, anteriormente Nueva Granada y que están descritas en el libro cuya generosa presentación auspicia la Universidad y la editorial Tirant lo Blanch.

La lengua y el derecho

Dentro de los legados hispanos, la lengua ha sido uno de los más significativos y perdurables. Se destaca cómo al momento del encuentro de estos dos mundos, el americano tenía una dispersión de lenguas que dificultaba la comunicación y el desarrollo. En su iluminante ensayo denominado “Vestigios”, don Santiago Muñoz Machado, presidente de la Real Academia de la Lengua, cita al cronista jurídico colonial Juan de Solórzano Pereira, quien reseñó la existencia de unas setecientas lenguas en el territorio de las Indias. En sentido similar se expresó, en su última aparición literaria, el Nobel Mario Vargas Llosa.

En la legislación Indiana se hacía referencia a esta realidad y al desiderátum o mejor, a la gran pregunta sobre el equilibrio colonial entre evangelizar y castellanizar o castellanizar y evangelizar.

Era evidente como las leyes o mandatos, los juicios, los tratados jurídicos y la organización estatal, estaban unidos a la lengua de castilla. Ya lo había expresado don Antonio de Nebrija “la lengua es la compañera del imperio”.

Al momento de la independencia algunos americanos como los argentinos Alberdi y Sarmiento desearon sustituir la lengua hispana por el francés y, en la Nueva Granada, surgió, en parte de las élites, una anglomanía y una tendencia al idioma inglés. Nada de esto progresó y la lógica natural se impuso y tuvo como abanderado al filólogo y jurista Andrés Bello, el más connotado pensador jurídico americano de la época.

Recuerda esta unión, el trasiego durante siglos del latín en compañía del derecho romano y del francés con los derechos del ciudadano, y la codificación napoleónica, como lo anotó con sabiduría, en este último caso, el profesor García de Enterría, al ingresar a la Real Academia de la Lengua Española.

Antecedentes normativos

La nueva Granada al igual que la América hispana tuvo un doble marco normativo, pues si bien es cierto inicialmente no hubo diferencia, al poco andar fue evidente la necesidad de leyes especiales que consultaran la realidad de los pueblos y territorios que se integraban a la Corona.

Resultado de estas preocupaciones fue la llamada *Recopilación de las Leyes de Indias*. Este texto legal, en nueve amplios capítulos recogía las reglas sobre la Iglesia católica y su relación con el Estado, el gobierno indiano, la jurisdicción real, la organización local, las autoridades menores, el Estatuto de la Protección de la Población Indígena, el derecho policivo y criminal y las autoridades de los indios.

En el resto de la vida social, en particular en lo que hoy hace parte de las leyes civiles, continuaban vigentes las normas castellanas. En el tema mercantil regían las Ordenanzas de Bilbao de 1737, el gran Código de Comercio, que también rigió el consulado de Cartagena de Indias, erigido en 1795. Las disposiciones del Comercio Atlántico, administrativas, mercantiles sobre la población fueron dictadas por la Casa de Contratación de esta ilustre Villa de Sevilla.

En aspectos mineros las viejas Ordenanzas de Castilla y las elaboradas de la Nueva España fueron la base de las leyes de la materia.

En el singular esfuerzo legislativo de la *Recopilación de las Leyes de Indias* se ratificaba la política del Reino, de ejercer una protección a la población aborigen. Lejos estaba de ser un tratado de tierra arrasada; por el contrario y como caso excepcional, en sucesos de conquista y de colonización se expidieron leyes seguramente incumplidas parcialmente, destinadas a custodiar y a defender los derechos de los indígenas.

Bien podría decirse como lo manifestó don Aniceto Alcalá Zamora sobre estas leyes que fueron “una misión cumplida”, del Reino.

Los tratadistas como Juan de Hevia Bolaño y su *Curia Philipica*, Febrero Bermúdez, el Conde de la Cañada, hacían parte de la doctrina jurídica en América, al igual que José María Álvarez y su *Tratado de Instituciones del Derecho Real de España*.

Ruptura y transición

Esas normativas coloniales, en gran parte subsistieron al momento de la ruptura ocasionada por la independencia. Se reitera en el estudio el acierto de la primera Constitución republicana de 1821, que ideó una fórmula jurídica de transición que evitaba un salto al vacío normativo. Esta sabia regla, similar a las que se adoptaron en Chile y en México, declaraba con fuerza y vigor las leyes que habían regido (las españolas), que no se opusieran a la Constitución y a las leyes y decretos que expidiera la República. La fecha

hasta la cual regían las leyes españolas era el 18 de marzo de 1808, fecha de la abdicación real en Bayona ante Napoleón.

Esta norma superior tuvo su primer desarrollo en la Ley de 13 de mayo de 1825, que estableció el orden jerárquico de las leyes así: primero las dictadas por el poder legislativo, posteriormente las pragmáticas cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Estado español, expedidas hasta la mencionada fecha del 18 de marzo de 1808, después se acudía a la Recopilación de Indias, a la Nueva Recopilación de Castilla y por último a las Siete Partidas de don Alfonso X, El Sabio.

En esta forma se le daba cuerpo a lo que Hans Kelsen denominó plenitud hermética del orden jurídico, evitando lagunas normativas.

En 1887, se expidió una norma nacional que daba fin a cualquier regla jurídica española. Fue larga esta transición.

Algunas normas especiales de la transición

Se recuerda la vigencia legal ya mencionada de las leyes indianas y castellanas, sin embargo, por parecer de gran interés se presentan algunas normas especiales referidas a esta transición, entre ellas:

Las procedimentales de Castilla, que fueron de aplicación entre nosotros y que aparecen mencionadas en los archivos judiciales republicanos, en compañía de algunas referencias a los tratadistas Juan de Hevia Bolaño y Juan Acedo, el Conde de la Cañada. En una de nuestras primeras legislaciones dictadas en el interregno federalista, el Estado de Cundinamarca expidió en 1859 un estatuto trasplantado totalmente de la Ley de Enjuiciamiento Española de 1855, estatuto que después fue adoptado como norma nacional en 1887.

En materia penal las antiguas y draconianas normas de Castilla fueron reemplazadas por el primer código dictado en 1837, según los doctrinantes muy cercano al Código español de 1822, reconocido en sus aspectos de modernización que intentaba superar la anacrónica legislación del antiguo régimen.

También, las normas administrativas españolas, en mucha parte fueron asumidas en la transición. Hasta hace poco se había mitificado la total influencia francesa en esta materia, por la presencia institucional del Consejo de Estado, no obstante, una reciente corriente doctrinal ha reconocido

los aspectos hispanos heredados de la legislación de los Austrias y de la misma Indiana.

Es interesante recordar cómo las primeras constituciones colombianas, las de Cundinamarca y de Antioquia, preceden a la de Cádiz, pero esta, posteriormente influyó en delicados temas, tales como la abolición de la tortura y de la inquisición y la Ley de Imprenta hoy de Prensa, consagradas en posteriores textos constitucionales nacionales.

Justos títulos e indígenas. *Manos muertas*, J. Bentham

En el origen de las instituciones coloniales surgió el interrogante sobre la legitimidad de la autoridad del Reino sobre los nuevos territorios y sobre el estatuto jurídico de la población. Lo anterior dio lugar a grandes debates, en especial en la escuela de Salamanca en cabeza de los destacados filósofos Suárez y Victoria, que desconocieron la autoridad pontificia en la adjudicación de los territorios descubiertos. También tuvo lugar la discusión promovida por la Corona, que llevó a proteger a los aborígenes desde las Leyes de Burgos de 1512, y a reconocerles su dignidad y capacidad como personas. Hace honor a España el que haya habido una gran controversia sobre esta materia como la que tuvo lugar entre el fraile Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda.

No existe antecedente ni circunstancias similares en procesos de conquista y colonia en que se hayan ventilado o cuestionado los fundamentos del mismo Estado, y mucho más en una época dominada aún por el dogma del origen divino de la autoridad.

De esta cercanía Iglesia – Estado surgió el Patronato Real, institución por la cual la Iglesia católica otorgaba privilegios a la Corona por su lucha contra el islam y por la evangelización cristiana de las Indias. Al momento de la independencia, los líderes republicanos de todas las tendencias se negaron a renunciar a estos derechos que no obedecían a una legítima herencia constitucional, seguramente por ser una importante herramienta de control social, y solo a mitad de siglo, al progresar la secularización y la división Iglesia-Estado, terminó el Patronato.

No puede olvidarse las similitudes, en los dos territorios, de los procesos de desamortización de los bienes eclesiásticos. Los emprendidos en la península se iniciaron en el reinado de Carlos III y fueron concluidos en

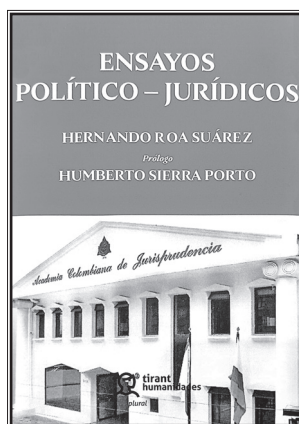
el siglo XIX con las leyes de ministro Mendizábal, dicho sea de paso, en parte origen del museo del Prado. Entre nosotros se dictaron normas sobre los bienes, llamados de “manos muertas”, copiando las normas de México impulsadas por el ministro y presidente Sebastián Lerdo, leyes que se basaban en claros antecedentes españoles.

En el ensayo que se presenta se hace referencia al jurista inglés Jeremías Bentham, autor de los renombrados *Tratados de Legislación Penal y Civil*, apóstol de la codificación, que participó en la Constitución de 1812 de Cádiz, la Pepa, donde fue distinguido por los constituyentes. En la Nueva Granada, Colombia, el debate sobre Bentham fue permanente en el siglo XIX, al atacarse sus mensajes utilitaristas por los defensores de la tradición escolástica; pero, este pensador, solo influyó en los autores de la Ley de mayo 26 de 1835, que derogó una ley española: el Auto Acordado 16, Título 21, libro 5° de la Recopilación Castellana, que prohibía, casi totalmente, siguiendo los postulados de la Iglesia, la remuneración del dinero, discusión de la que no estuvo exenta la península, y que era materia fundamental para la aparición de la era capitalista.

Para concluir estas anotaciones acerca de los mundos jurídicos hispánico o granadino, se hace una referencia vinculada a las tierras de donde provengo, Antioquia, Colombia, pues allí, al comienzo del siglo XIX, se encuentra el primer intento de una reforma agraria colonial, promovida por el adelantado Juan Antonio Mon y Velarde, asturiano de origen, que seguía las orientaciones intelectuales de los ilustrados el Conde de Aranda y Melchor Gaspar de Jovellanos, inspiradores de la propuesta de reforma agraria en Andalucía, que encabezó el español americano, y que en buena hora dio el nombre a este claustro, “Don Pablo de Olavide”.

Reitero mi agradecimiento emocionado a la Universidad a la cual llegué de las manos del exrector Agustín Madrid y donde tuve la siempre útil y amistosa colaboración del hoy, en buena hora, decano de la Facultad de Derecho, don César Hornero, y, por último, mi reconocimiento a la distinguida profesora María José Collantes de Terán, por su juiciosa y amable presentación.

PRESENTACIÓN DEL LIBRO “ENSAYOS POLÍTICO-JURÍDICOS” DE HERNANDO ROA SUÁREZ



Hernando Roa Suárez*
Académico de número

Muy buenas tardes para cada una y cada uno de los asistentes presentes y en línea.

Señores miembros honorarios de la Academia, Cesáreo Rocha Ochoa y Augusto Trujillo Muñoz.

Señor presidente y miembro honorario de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Juan Rafael Bravo Arteaga.

Señor Doctor Humberto Sierra Porto, expresidente de la Corte Interamericana de Justicia.

Señor presidente de Tirant lo Blanch Iberoamericana, Doctor Salvador Vives López y doctora Tatiana Dangón Aguancha, directora de Tirant lo Blanch Colombia.

* Abogado y socio-economista de la Pontificia Universidad Javeriana; especialista en Ciencia Política, Alta dirección del Estado y Derecho laboral; Magister en Desarrollo Económico Latinoamericano. Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Ha sido director del Programa de Ciencia Política de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, decano de la Facultad de Administración de Empresas de la Universidad de La Salle,

Vicepresidentes de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Saúl Sotomonte Sotomonte y Lucy Cruz de Quiñonez.

Señor secretario general, José Celestino Hernández Rueda.

Señora tesorera, Sandra Morelli Rico.

Señora directora de la Revista, Yadira Alarcón Palacio.

Señor expresidente de Compensar, Germán Collazos y señora.

Queridos compañeros javerianos, Carlos Holguín Sardi y Jorge Cubides Camacho.

Apreciados colegas académicos

Maestros Alfredo Sarmiento Gómez, Benjamín Ardila Duarte, Alberto Gómez Cruz y Martha Rocío Velasco de Gómez

Egresados de la primera promoción de Alto Gobierno, de la Escuela Superior de Administración Pública e invitados especiales.

Rosa Margarita, Hernando José; Mario, Margarita y Jerónimo; Santiago, Juli, Luciano y Emiliano, y Lorenzo Toro Moreno

Señoras y señores

decano de Posgrados y director del Instituto de Estudios Internacionales Alberto Lleras de la Escuela Superior de Administración Pública, secretario privado de la Gobernación de Boyacá, asesor del rector de la Universidad Pedagógica Nacional y Director Nacional de la Escuela Superior de Administración Pública, cofundador de la Escuela de Alto Gobierno de Colombia, profesor universitario, periodista de opinión, ensayista y conferencista internacional. Asesor y consultor.

Son sus últimas publicaciones: *Construir Democracia: 50 años de periodismo analítico*, 3 Tomos. Prólogo de Luis Alfredo Sarmiento Gómez (Bogotá: Editorial Tirant Lo Blanch, 2020); *La política arte y ciencia: Aplicaciones a Colombia*, Presentación de Eduardo Cifuentes Muñoz (Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2019); *Periodismo para la democracia*, Presentación de Fernando Carrillo Flórez y Augusto Trujillo Muñoz (Bogotá: Procuraduría General de la Nación-Academia Colombiana de Jurisprudencia-Compensar-CPB y otros, Grupo Editorial Ibáñez, 2018); *El liderazgo político: Análisis de casos*, 5a. ed. Prólogo de Fernando Carrillo Flórez (Bogotá: Procuraduría General de la Nación-Academia Colombiana de Jurisprudencia-Compensar-CPB y otros, Grupo Editorial Ibáñez, 2017); *Dario Echandía, colombiano ejemplar*; Prólogos de Fernando Dejanón y Carlos G. Cano (Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia-Universidad Libre- Panamericana, 2012); *Colombia Política. Ensayos y escritos*. Presentación de Francisco De Roux y Carlos I. Jaramillo (Bogotá: Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, 2012); “¿Cómo construir paz y democracia en América Latina?: Aportes a su debate y concreción”. Entrevista a Johan Galtung. *Revista Análisis Político*, n.º. 75. Contacto: roasuares@yaho.com

Introducción

Los colombianos conscientes estamos ahitos de la politiquería; ella ha contribuido, de manera significativa, a la corrupción de la política.

Después del incisivo y original Prólogo de Humberto Sierra Porto, que acabamos de escuchar, el libro que hoy presentamos está integrado por *Ensayos político-jurídicos* que condensan dimensiones importantes de mis reflexiones académicas, en el intervalo 1964-2024. Por tanto, la exposición que pondré a su consideración es político-jurídica.

Esta obra que es una contribución, desde la Academia Colombiana de Jurisprudencia –con motivo de sus 130 años– busca fortalecer el surgimiento de juristas, de líderes políticos y de estadistas, capaces de contribuir, eficiente y eficazmente, al fortalecimiento de la democracia participativa; la construcción del Estado Social de Derecho; la institucionalización de la paz; la gobernabilidad democrática y el proceso de desarrollo sostenible.

Como bien sabemos, históricamente lo político y lo jurídico han estado imbricados; en nuestros días, y en virtud de la interdisciplinariedad vigente en las ciencias sociales, esa relación se ha perfeccionado. Un útil ejercicio hoy, puede ser establecer correlaciones múltiples existentes entre ellos.

Para los miembros de la Corporación y los estudiantes de las facultades de derecho, he preparado una bibliografía especializada, que desea contribuir a la consolidación de la Academia y de nuestras facultades de jurisprudencia con futuras publicaciones sistemáticas y creativas.

Las conclusiones, que presentaré más adelante, son la quinta esencia de los planteamientos formulados a lo largo de toda la publicación y facilita, desde luego, la presentación interdisciplinaria del texto.

La política como arte y ciencia

Como nos lo acaba de recordar Huberto Sierra, la política como arte y ciencia –ejercida éticamente– es la más bella de las vocaciones y de las profesiones. Prescindir de ella, significa abrir las puertas a los regímenes de

facto y dictatoriales, frente a los cuales los colombianos hemos demostrado positiva resistencia.¹

Hoy entiendo por ciencia política la disciplina social que tiene por objeto el estudio sistemático del Estado; de la problemática de la legitimidad; de la estructura del poder; de la composición de las clases y estratos sociales; de la organización de los partidos políticos y de los movimientos sociales; de los procesos electorales; del funcionamiento de los grupos de presión; del proceso de la toma de las decisiones; de los medios de comunicación; de la paz y la solución de conflictos; de la problemática ambiental; de la gobernabilidad, y de la problemática del liderazgo, en espacios y tiempos determinados.

Es conveniente develar el debate presentado entre la política y la antipolítica, evitando que el empleo de la politiquería desvirtúe el papel sustantivo que ella debe desempeñar en nuestros días: ser fuente de prácticas solidarias e instituciones democráticas, justas y cocreativas.

Los estudios de las dictaduras, desarrollados en América Latina, a lo largo de los siglos XX y XXI, nos indican que ellas han contribuido –en forma eficaz– a impedir técnicamente, la unión de América Latina, para que, actuando políticamente unidos, podamos emprender estrategias significantes en defensa de los intereses mayoritarios de su ciudadanía.

Sobre el Estado

Los análisis empíricos realizados en distintas formaciones sociales (Estados Unidos y Francia, 1929; Colombia, 1930, 1968, 1991, 2008, 2016 y 2021), demuestran que el equilibrio espontáneo, nacido del libre juego de las leyes económicas (Adam Smith), no se mantiene por sí mismo; es necesaria la intervención del Estado para institucionalizar la justicia social.

Serios estudios realizados sobre Colombia, indican que es conveniente fortalecer el Estado, impulsar la democracia participativa e institucionalizar el desarrollo sostenible. Un ejemplo pedagógico y técnico de ellos, es el texto de Guillermo Perry Rubio, *Decidí contarlo*. Esta obra, en unión con los trabajos sobre la *Distribución del ingreso en Colombia*, de Miguel Urrutia, son ejemplos específicos de tecnócratas indispensables para consolidar la

¹ Hernando ROA SUÁREZ, “Reflexiones político-democráticas”, II. *El Espectador*, 9 de octubre de 2013, <https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/hernando-roa-suarez/reflexiones-politico-democraticas-ii-column-451369/>

democracia en Colombia y en América Latina. También, ténganse en cuenta los estudios sistemáticos de José Antonio Ocampo, publicados por el Fondo de Cultura Económica de México.

Hoy tengo claro: sin tecnócratas y burócratas, muy bien formados, será imposible consolidar nuestra democracia. Por tanto, es recomendable estar muy atentos al desarrollo del pensamiento de los sectores académicos, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales. Hay que abrir la democracia, con dimensión de profundidad y visión internacional. Regresar a Adam Smith, es volver a un pasado que ha sido superado, teórica y prácticamente. Estúdiese la obra de Keynes: *La teoría general del empleo, el interés y el dinero y los aportes postkeynesianos*. Allí se encuentran las fundamentaciones teórico- prácticas de esta afirmación. Ahora, nos vamos a ocupar de algunas reflexiones vinculadas a la problemática del Estado contemporáneo.

La intervención del Estado

Los análisis empíricos realizados en distintas formaciones sociales, a las que ya me referí, demuestran que es necesaria la intervención del Estado para institucionalizar la justicia social y el desarrollo sostenible.

La Oficina del Presidente

Debe ser organizada, de tal manera, que le permita, al Jefe del Estado, gobernar con eficiencia y eficacia.² Es indispensable que se organice, tecnopolíticamente, el proceso de la toma de las decisiones.³

La Escuela Superior de Administración Pública de Colombia

La ESAP es una institución de educación superior integrada por educandos, educadores, investigadores, egresados y personal administrativo, que están en función permanente de innovar y orientar la vida social, en el campo específico de la administración pública.

² Véase el texto del autor, Gabriel ELORRIAGA PISARIK, Arthur Leycester-Scott Coltman, Gary Philip Hughes y otros. *La Oficina del Presidente* (Bogotá: Presidencia de la República, Departamento Administrativo de la Función Pública y Escuela Superior de Administración Pública, 1997).

³ ¿Tendría que presentar ejemplos sobre los billones de pesos que le ha costado a Colombia la designación que se ha tenido al respecto? ¿Por qué se han nombrado ineptos e incapaces, amigos de los Presidentes, para asesorar el régimen presidencial colombiano? ¿Por qué se ha ignorado sistemáticamente el papel fundamental que los burócratas y tecnócratas tienen en la gestión del Presidente?

Gracias a cuarenta años de aportes del Estado colombiano (1958-1998) la ESAP fue reconocida internacionalmente (Cartagena, 1998), como una de las tres escuelas iberoamericanas más importantes en su género. ¿En qué puesto se encuentra hoy? ¿Qué eventos internacionales significantes se han organizado a partir de 1998?

La Escuela de Alto Gobierno

La EAG es la primera institución colombiana que, estando adscrita a la Esap, tiene como objetivo el estudio sistemático del Estado y la formación –al más alto nivel educativo– de los funcionarios al servicio del Estado.⁴ Ella fue fundada en 1997 con presencia de: el Presidente de la República; los ministros de Defensa, Justicia y Obras públicas; el cuerpo diplomático más importante, adscrito a Colombia; el director del Departamento Administrativo de la Función Pública; el director de la ESAP; rectores universitarios de públicas y privadas, y la comunidad académica de la ESAP.

Servir con calidad

Servir con calidad al interior de las organizaciones estatales, es tener sentido de la historia; saber que se están administrando bienes públicos y que se está trabajando con personas, no con objetos intercambiables y desechables.

La administración pública y los nuevos administradores públicos y estadistas tendrán sentido histórico en Latinoamérica, en la medida en que contribuyan a formar nuevos políticos; nuevos administradores públicos, y nuevos estadistas.

La transparencia, eficiencia y eficacia futuras de las administraciones públicas latinoamericanas, estarán en función directa de la consolidación institucional de las Escuelas e Institutos de Administración Pública, y de las Escuelas de Alto Gobierno.

⁴ Nótese cuidadosamente que *el sistema educativo de la ESAP*, gracias a 40 años de inversiones del Estado colombiano, es único en su género. Especialistas en administración pública, vinieron a la ESAP, entre 1996-98 a estudiar cómo se había estructurado este sistema original, fruto de la consagrada labor de profesores, investigadores y asesores nacionales e internacionales, durante 40 años. Dicho sistema fue presentado exitosamente en París, en 1998.

Condensando, es de esperarse que, a partir de 2026, los gobiernos estén atentos para **fortalecer** los procesos formativos, investigativos y de extensión interactivos de la Escuela de Alto Gobierno, adscrita a la ESAP.⁵

Sobre los estadistas

Parte fundamental de estas *conclusiones* son mis reflexiones a propósito de los estadistas. Con ellas, deseo hacer explícita mi comprensión teórico-práctica, sobre lo que necesitamos los colombianos para los próximos decenios. Reflexionemos cuidadosamente los siguientes planteamientos, ellos son fruto de mi labor profesional, académica, política, económica y ambiental.

Los colombianos demócratas queremos *presidentes civilistas*, respetuosos de los derechos humanos y del fuero de los militares, que ejerzan legítimamente como comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, como corresponde a un régimen presidencial democrático.⁶

Queremos presidentes *con conocimiento de las tres ramas del poder público*. Que conozcan el funcionamiento complementario de las tres ramas y que, consecuentes con las tendencias del último decenio en América Latina y el mundo, gobiernen organizando estructuralmente el sistema de pesos y contrapesos; impidan la concentración del poder en el ejecutivo, y que se realicen artimañas, argucias e interceptaciones, contra la respetabilidad de los magistrados de nuestras Cortes.

Estadistas constructores del proceso de paz. Confiamos tener Jefes de Estado que sean capaces de conducir y definir los procesos de paz, no solo con la acción represiva, sino mediante acuerdos y la definición de políticas públicas encaminadas a enfrentar las causas de la inequidad e injusticia social.⁷

⁵ El desvirtuar la misión y la visión de la Escuela de Administración Pública y de la Escuela de Alto Gobierno, en el intervalo 1999-2024, ha sido contraproducente para la formación de burócratas, líderes políticos democráticos y estadistas, así como de investigadores consagrados a la problemática pública.

⁶ Muy gratos recuerdos poseo de la consagración y profesionalismos de nuestros generales, en el curso de Altos Estudios Militares, impartido en Bogotá en 1968. También, fue de una gran utilidad la reforma impartida en la Escuela Superior de Guerra, durante mi gestión como Decano de los postgrados de la ESAP (1982-84). Así mismo, ejemplos específicos de cursos responsables en el CAEM, fueron los dictados posteriormente, en el intervalo 1996-98...

⁷ Véase y sígase estudiando el *Acuerdo del Colón, firmado entre las FARC-EP y el Estado colombiano* (Gobierno Santos, 2016). Aquí se encuentran elaboraciones que son muy útiles para los próximos tres decenios y la construcción de la paz en Colombia.

Ser constructores de paz, consiste en que esta sea una tarea prioritaria para nuestros futuros estadistas y la mayoría de la ciudadanía. Con precisión sostuvo Bobbio: “*El problema de la paz es un problema de fondo: la paz es el bien absoluto, condición necesaria para la realización de todos los demás valores*”.

Según nuestra Constitución: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”.

La comprensión de las características de la complejidad de la guerra contemporánea en Colombia (2018-2024), es de vital importancia para la conservación de la democracia.

Nótese que en el intervalo (2018-2022) faltó voluntad política⁸ para cristalizar la implementación del Acuerdo de Paz, firmado en el Teatro Colón⁹ (2016).

Como constructores de paz, vale la pena batallar por la institucionalización de la justicia social y de la equidad, fundadas en los designios superiores de los presupuestos democráticos constitucionales, como lo hemos sostenido.

Esperamos tener presidentes que sean *fortalecedores de las relaciones internacionales con el resto del mundo*; que fortalezcan las relaciones de Colombia con todas las naciones, y con los latinoamericanos en particular; y que sepan ampliar nuestros mercados promoviendo las exportaciones, aprovechando las excepcionales riquezas nacionales, incluyendo la industria y el conocimiento. Así mismo, que promuevan alternativas actualizadas para fortalecer nuestras *zonas fronterizas*...

Impulsadores de la ciencia, la tecnología, el arte, la cultura, la innovación y la inteligencia artificial. Queremos Jefes de Estado que estén dispuestos a articular la ciencia, la tecnología, el arte, la cultura, la innovación y la inteligencia artificial, y que comprendan el gran poder que ellas tienen como fuerzas dinamizadoras de nuestra sociedad.

Necesitamos estadistas que preserven la libertad en los medios de comunicación, para que agencien una política, de tal manera que, estando abiertos a los avances del mundo, profundicen los valores nacionales con

⁸ Véase el artículo del autor: “Cibernética y política”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º. 373 (2021): 357-381.

⁹ Estúdiense los Informes de Naciones Unidas y la Unión Europea al respecto, en el intervalo 2006-2023.

conciencia latinoamericana e impulsen nuestra identidad múltiple, como nación progresista, equitativa, multiétnica y pluricultural.

Los medios de comunicación y las redes sociales deben desempeñar –preservando los preceptos constitucionales– un papel fundamental para contribuir a la cristalización de la Paz.

Necesitamos gobernantes con gran capacidad de diálogo. Los demócratas colombianos –con positiva conciencia política– sugerimos adelantar, bajo la dirección de los presidentes, diálogos entre diversos partidos y movimientos que faciliten concretar políticas en torno a: la reducción de la pobreza y la miseria, con un enfoque de equidad; la implementación del proceso de paz; la defensa de la democracia y del Estado Social de Derecho; el impulso a las reformas de la salud, la educación y la laboral; la erradicación de la corrupción y la politiquería; la reconstrucción de la ética ciudadana;¹⁰ la preparación para enfrentar el cambio climático; la recuperación del desarrollo económico mundial; la amenaza del proteccionismo en el comercio internacional; la lucha mundial contra el narcotráfico, la minería ilegal, el paramilitarismo; así como el respeto a los derechos humanos.¹¹

Esperamos estadistas que sean promotores de una nueva cultura política. Ante los desafíos que nos presenta la complejidad de la realidad, es necesario contar con promotores de una nueva *cultura política*, en torno a temas como la democratización, la regionalización, la planeación democrática participativa, la descentralización y la implementación de la paz en Colombia.¹²

Necesitamos gobernantes constructores de justicia social y equidad. El destino de Colombia debe encausarse por los caminos de la democracia participativa –con componentes socialdemócratas– que nos permitan

¹⁰ Véase el consagrado prólogo del exprocurador Fernando CARRILLO FLÓREZ, al texto: *El liderazgo político. Análisis de casos, 6ª ed.* (Bogotá: Tirant Lo Blanch - Universidad Externado de Colombia, 2024).

¹¹ Para una ampliación de las características que deben tener los futuros estadistas colombianos, véase la columna del autor: “Necesitamos un Presidente estadista”, *El Espectador*. Opinión, 23 de marzo de 2010, y el magnífico texto de Uniandinos: *Desigualdad Colombia*, páginas 311-555.

¹² Revítese el texto del autor: “A propósito de la gobernabilidad democrática y la paz”, inserto en estos ensayos (Capítulo V).

enfrentar creativamente la injusticia social, la inequidad y las distintas manifestaciones de violencias.¹³

Hacia una nueva cultura constitucional. Necesitamos presidentes que promuevan, ante las autoridades educativas, un proyecto que permita organizar una *nueva cultura constitucional*, y una nueva pedagogía que nos facilite conocer, respetar y creer en los principios y valores que están consagrados en nuestra Constitución.¹⁴

En gran síntesis: necesitamos formar nuevos liderazgos políticos y estadistas para construir una sociedad democrática real, participante, activa, justa (con estructuras que organicen la equidad ante el poder); pacífica (con ausencia de violencia abierta, estructural y cultural); libre (sin sometimiento a potencia mundial alguna e interrelacionada con todas las naciones); con conciencia latinoamericana (en lo político, económico, social, ambiental, cultural, ecológico y antropológico), y con posibilidad de organizar un proceso de desarrollo sostenible.¹⁵

Cuando un líder político democrático, en nuestros días, gobierna con el conocimiento teórico-práctico de estos parámetros, es reconocido como un *estadista*.

Agradecimientos

Para culminar esta exposición, unas palabras finales y los agradecimientos.

Queridos y respetados asistentes presentes y en línea. Mil gracias señor presidente por su presencia y participación.

Doctores Salvador Vives, Tatiana Dangón y Fabio Rodríguez, a ustedes, mil gracias por sus palabras y cooperación. Tirant lo Blanch se ha lucido y su labor ha sido fundamental para culminar esta obra.

Doctor Fabio Rodríguez, mil gracias y felicitaciones por su consagrado trabajo a lo largo de las 266 páginas que hemos recorrido, una a una, con dedicación.

¹³ Es sabido por estadísticas internacionales confiables, que Colombia es uno de los países más inequitativos del contexto iberoamericano y del mundo.

¹⁴ Revísense los aportes en esta materia, en las *Reflexiones* de Humberto Sierra Porto.

¹⁵ La utilización cuidadosa de las bibliografías *generales* y *especiales*, insertas en los ensayos, permiten ampliar y complementar –de manera pluralista– los planteamientos aquí consagrados y facilita la formulación de *nuevas reflexiones, cuestionamientos, investigaciones, ensayos y tesis de grado*. Se acompaña a esta exposición una selección bibliográfica paginada.

Apreciado Salvador, cuán grato tenerlo a usted entre nosotros. Qué honor celebrar la labor creativa iniciada por sus padres, al servicio de los valores democráticos. ¡Cuánto por hacer en Iberoamérica y en el Occidente, para profundizar la consolidación de nuestras facultades de derecho y jurisprudencia, así como nuestras democracias, hoy! Es evidente que existen signos de perturbación y desestabilización. Estamos invitados a contribuir a su estabilidad creativa.

Querida Tatiana, usted es un ejemplo de las nuevas promociones caribes, que tanto han honrado históricamente a Colombia. Anhele que continúe su calificada formación, para cristalizar futuras labores superiores, que usted merece.

Estimado y respetado doctor Humberto Sierra Porto, para el suscrito es inolvidable el 26 de febrero de 2010, cuando la Corte Constitucional de Colombia emitió la Sentencia C-141, por la cual se declara inexecutable la Ley 1354 de 2009, que convocaba a un referendo de reelección presidencial del señor presidente Álvaro Uribe Vélez. A la hora de los noticieros, apareció en la televisión su colega Mauricio González Cuervo y nos dio la buena nueva que había sido aprobada por la Corte, pero preparada responsablemente por usted.

La opinión pública democrática de la nación, no debe olvidar el alcance de esta sentencia al impedir, por los cauces constitucionales, el desquiciamiento de nuestra Constitución.

Usted ha continuado su fecunda labor como profesor titular de Derecho Público y Derecho Constitucional desde el 2006; ha producido textos jurídicos significantes y, amén de director del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, se ha lucido como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Séame permitido entonces comentar que, por sus merecimientos, Colombia y el Externado anhelan para usted, grandes éxitos como académico y como gobernante. Nuestra nación necesita líderes políticos y juristas con su estructura y eticidad.

Mil gracias a Rosa Margarita; Hernando José; Mario, Margarita y Jerónimo; Santiago, Juli, Luciano y Emiliano y a Lorenzo Toro Moreno por su acompañamiento.

Y a todos los asistentes, mil gracias por su presencia y solidaridad.

Bibliografía especializada

- ADRIANZEN M., Alberto. “Gobernabilidad, democracia y espacios locales”. *Perfiles latinoamericanos*. Año 3, n.º 5 (1994): 37-61.
- ALMOND, Gabriel y Verba Sydney. *The Civic Culture*. New Jersey: Princeton, 1963, páginas 161-257.
- ALMOND, Gabriel y James Coleman. *The Politics of Developing Areas*. New Jersey: Princeton University Press, 1960, páginas 3-64; 455-531.
- APEL, Karl-Otto y otros. *Ética comunicativa y democracia*. Barcelona: Crítica, 1990, páginas 132-163; 209-218.
- ARCHILA, Mauricio y otros. *25 años de luchas sociales en Colombia 1975-2000*. Bogotá: Cinep, 2002, páginas 11-43; 205-253.
- ARISTÓTELES. *Política*. Madrid: Alianza Editorial, 1986, páginas 41-66.
- ATTENBOROUGH, Richard. *Gandhi. Las propuestas sobre la vida, el amor y la paz*. Barcelona: Editorial Amat, 2004, páginas 13-106.
- BACHELARD, Gastón. *El derecho de soñar*. Bogotá: FCE, 1994, páginas 189-194.
- BACHELARD, Gastón. *El compromiso racionalista*. México D.F.: Siglo XXI, 1973, páginas 35-43; 129-142.
- BALANDIER, Georges. *Antropología política*. Barcelona: Editorial, 1969, páginas 61-141.
- BENDIX, Reinhard. *Max Weber*. Buenos Aires: Amorrortu, 1970, páginas 273-428.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Paidós, 1993, páginas 70-79; 117-123.
- BOBBIO, Norberto. *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*. México, D. F.: FCE, 1986, páginas 7-145; 182-191; 233-240.
- BUNGE, Mario. “Hacia una nueva conciencia científica en América Latina”. Entrevista concedida a Hernando Roa. *Revista Ciencia, Tecnología y Desarrollo*, n.º. 1-4, 13. (1989): 79-89.
- BUNGE, Mario. *La investigación científica*. Barcelona: Ariel, 1972, 19-73; 561-624.
- BUZZI, R. La teoría política de Antonio Gramsci. Barcelona: Fontanela, 1969, páginas 114-126; 148-190.
- CHAPARRO, Fernando, “De la sociedad de la información a la sociedad del conocimiento”. En *¿Para dónde va Colombia?* 252-258. Bogotá: Tercer Mundo-Colciencias, 1999.

- CASTELLS, Manuel. *La ciudad y las masas*. Madrid: Alianza, 1986, páginas 245-453.
- CHERNICK, Marc *Acuerdo posible. Solución negociada al conflicto armado colombiano. Seis décadas de violencia veinticinco años de procesos de paz*. Bogotá: Ediciones Aurora, 2008, páginas 11-53; 187-244.
- CORNU, August. *Carlos Marx y Federico Engels*. Buenos Aires: Platina, 1965, páginas 20-51.
- DE LA CUADRA, Mario. *La idea del Estado*. México: FCE, 1996, páginas 85-124; 141-202.
- DEUTSCH, K. *Los nervios del gobierno*. Buenos Aires: Paidós, 1969, páginas 188-204; 260-271.
- EASTON, David, *Política moderna*. México: Letras, 1968, páginas 93-154.
- EBENSTEIN, William. *Los grandes pensadores políticos*. Madrid: Revista de Occidente, 1965, páginas 339-417; 658-723.
- EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA. “En guardia por Colombia”. *El Tiempo*, 28 de mayo de 2017, páginas 4 y 5.
- EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA. “En guardia por Colombia. Plan Victoria, en marcha”. *El Tiempo*, 25 de junio de 2017, páginas 6 y 7.
- FERREIRO, Emilia. *Cultura escrita y educación*. México: FCE, 1999, páginas 79-98; 191-205.
- FISAS, Vicenç. *Cultura de paz y gestión de conflictos*. Barcelona: Unesco, 2006, páginas 17-64; 117-140.
- GALTUNG, Johan. “Construyamos paz y democracia en América Latina: aportes a su debate y concreción”. Entrevista concedida a Hernando Roa. *Revista Análisis Político*, n.º. 75 (2012): 139-153.
- GARAY, Luis Jorge. *Repensar Colombia*. Bogotá: PNUD, 2002, páginas 25-65; 67-129; 330-331.
- GONZÁLEZ SALAS, Edgar (Comp.). *La reforma al Estado y a la administración pública en América Latina*. Bogotá: Presidencia de la República, DAFP-ESAP, 1997, páginas 11-37; 49-94.
- HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1992, páginas 11-15; 397- 433.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Cátedra. Vol. I., 1979, páginas 82-99; 136-146; Vol. II, 1979, páginas 169-215; 527-573.

- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, I. Madrid: Taurus, 1987, páginas 110–249; 439-465.
- HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. México: FCE, 1977, páginas 19-82; 141-298.
- HICKS, D. (Comp.). *Educación para la paz*. Madrid: Ediciones Morata- Ministerio de Educación y Cultura, 1999, páginas 279-292.
- HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo. *Derechos humanos, ética y moral*. En *Escuela de Liderazgo Democrático*. Viva la ciudadanía. Bogotá: Fundación Social/ Universidad Pedagógica Nacional, 1994.
- HOYOS, Guillermo, “Nuevas relaciones entre la universidad, el Estado y la sociedad”. En *Educación Superior. Sociedad e Investigación*, 149-201. Bogotá: Colciencias – Ascun - Servigraphic, 2002.
- HUNTINGTON, Samuel, P. *El orden político de las sociedades en cambio*. Buenos Aires: Paidós, 1972, páginas 13-92.
- LA PALOMBARA, Joseph y Weiner, Myron. *Political Parties and Political Development*. New Jersey: Princeton University Press, 1966, páginas 3-106; 137-176; 331-367.
- LEAL BUITRAGO, Francisco. *En la encrucijada*. Bogotá: Norma, 2006, páginas 11-24; 513-544.
- LEAL, Francisco. *Estado y política en Colombia*. Bogotá: Siglo XXI, 1989, páginas 41-65; 187-337.
- LÓPEZ, Claudia ...y refundaron la patria. Bogotá: Debate, 2010, páginas 79-213.
- LÓPEZ DE LA ROCHE, Fabio. *La ficción del poder*. Bogotá: IEPRI-Debate, 2014, páginas 37-299; 543-567.
- MATURANA, Humberto. *El sentido de lo humano*. Santiago de Chile: Dolmen Ediciones, 1996, páginas 39-87; 295-334.
- MILMANIENE, José E. *El Holocausto. Una lectura psicoanalítica*. Buenos Aires: Paidós, 1996, páginas 59-90; 131-148.
- MORIN, Edgar. *Unir los conocimientos*. La Paz: Plural Editores, 2003, páginas 5-16.
- MORIN, Edgar. *Siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Bogotá: MEN-Unesco, 2000.
- MORALES BENÍTEZ, Otto. *Periodismo, ética y paz*. Cali: Programa editorial Universidad del Valle, 2007, 33-60; 69-102; 103-123; 181-201; 247-285.
- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Temis, 1997, páginas 149-243.

- PRATS, Joan. “Gobernabilidad y globalización”. En *La investigación en administración pública, hoy*. 39-68. Bogotá: Imprenta Nacional, 1998.
- POPPER, Karl R. *El desarrollo del conocimiento científico*. Buenos Aires: Paidós, 1967, páginas 434-442.
- RADKAU, Joachin. *Max Weber. La pasión del pensamiento*. México, D. F.: FCE, 2005, páginas 21-61; 578- 624; 865-972.
- Revista Análisis Político*. (2000-2024) Iepri-Universidad Nacional. Bogotá.
- Revistas, Semana y Cambio*, en el intervalo comprendido entre enero 2001 – octubre 2019.
- RÍOS, José Noé y García Peña, Daniel. *Construir la paz en Colombia. Una estrategia para la reconciliación*. Bogotá: Presidencia de la República, 1998.
- ROA SUÁREZ, Hernando. *El liderazgo político. Análisis de casos*. 6ª ed. Prólogo Fernando Carrillo F. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, Tirant lo Blanch, 2018, páginas 13-17.
- ROA SUÁREZ, Hernando. *Construir democracia. 45 años de periodismo de opinión*. Bogotá: Universidad Nacional, IEPRI, Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Reunipaz, Domopaz, Grupo Editorial Ibáñez, 2016, páginas 17-35; 47-53; 62-75; 225-237; 249-259; 443-447.
- ROA SUÁREZ, Hernando. “El liderazgo del maestro y la construcción de la paz en Colombia”. *Revista Universitas*, n° 108 (2005): 891-920.
- ROA SUÁREZ, Hernando. *Estado y gobernabilidad*. Bogotá: Fescol, 1999, páginas 13-17; 24-36.
- ROA SUÁREZ, Hernando y otros. *La investigación en administración pública, hoy. Casos exitosos*. Bogotá: Imprenta Nacional, 1998, páginas 21-27.
- ROA SUÁREZ, Hernando. *La Reforma del Estado y la gobernabilidad*. Bogotá: Editora Guadalupe, 1997, páginas 35-120; 120-135.
- ROASUÁREZ, Hernando. “Ciencia e investigación”. En *Reflexiones Universitarias*. Bogotá: Presencia.
- ROA SUÁREZ, Hernando (ed.). *La investigación científica en Colombia, hoy*. Bogotá: Guadalupe, 1979, páginas 17-20.
- RAWLS, Jhon. *Sobre las libertades*. Barcelona: Paidós, 1991, páginas 33-122.
- TORRES, Edelberto. “América Latina: gobernabilidad y democracia en sociedades en crisis”, *Nueva Sociedad*, n° 128 (1993).

- ROJAS, Fernando. “La necesidad de gobernabilidad y la calidad de gobierno”. En *Colombia. Fundamentos económicos de la paz*, Giugale, Marcelo M. y otros (Eds.) 93-104. Bogotá: Banco Mundial, 2003.
- SANTANA, Pedro. *Los movimientos sociales en Colombia*. Bogotá: Ediciones Foro Nacional por Colombia, 1989, páginas 153-172; 198-223.
- SIERRA PORTO, Humberto. *Análisis de la Sentencia C-141*, 2010
- SUN, Tzu. *Los trece artículos sobre el arte de la guerra*. Madrid: Ministerio de Defensa de España, 198, páginas 69-125.
- VALENCIA, León. *Mis años de guerra*. Bogotá: Aguilar, 2014, páginas 15-23; 147-286.
- VALENCIA, León. *Miserias de la guerra, esperanzas de la paz*. Bogotá: Intermedio, 2003, páginas 11-62; 167-269.
- VALLEJO, César. *¿Para dónde va Colombia?* Bogotá: Tercer Mundo, 1999, páginas 114-118.
- VARGAS, Ricardo. (Comp.) *Drogas, poder y región en Colombia. Impactos locales y conflictos*. Bogotá: Cinep, 1995, páginas 191-282; 315-343.
- VARGAS VELÁSQUEZ, Alejo. (Comp.) *Guerra, violencia y terrorismo*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1999 páginas 201-265.
- VARGAS VELÁSQUEZ, Alejo. *Ensayos de paz en medio de una sociedad polarizada*. Bogotá: Almudena Editores, 1998, páginas 9-81; 203-233.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*. Bogotá: Legis, 1996, páginas 27-36; 91-102; 155-181; 365-366.
- VON CLAUSEWITZ, Karl. *De la guerra*. Barcelona: Labor, 1988, páginas 83-153; 157-229.
- WEBER, Max. *Ensayo sobre metodología sociológica*. Buenos Aires: Amorrortu, 1973, páginas 39-101; 222-269 y la seria Introducción de Pietro Rossi, en páginas 9-37.
- WIESNER, Eduardo. *Colombia: descentralización y federalismo fiscal*, 1992 y 1995. *La profundización de la descentralización y la eficiencia del gasto social en Colombia*. Bogotá Editorial, 1992, páginas 45-88; 373-383; 386-392.
- YOUNES, Diego. *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Jurídicas, 1995, páginas 73-94; 103-107; 219-222.

PRÓLOGO “ENSAYOS POLÍTICO-JURÍDICOS”



Humberto Sierra Porto*
Académico correspondiente

Prólogo

La gentil invitación del Dr. Hernando Roa Suárez supone un gran honor y, por supuesto, una correspondiente gran responsabilidad en la elaboración de este escrito introductorio. Desde antes de mi ingreso a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en varias ocasiones en las que estuve presente, se dio la oportunidad de conocer y entablar frecuentes y animadas conversaciones con el autor. La diversidad de preocupaciones del autor son tan variadas temática y apasionantemente, como la conceptualización misma de la ciencia

* Nació en Cartagena, el 15 de marzo de 1996. Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia, donde es profesor titular de Derecho Público y Derecho Constitucional desde el año 2006. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Magistrado de la Corte Constitucional Colombiana en el periodo 2004-2012 y presidente en el año 2008-2009. Director de los posgrados en Derecho Constitucional; Derecho Parlamentario; Derecho Público, y Ciencia y Sociología Política. Es autor de múltiples publicaciones en las áreas de Justicia Constitucional, Fuentes

política, que él se ha encargado de remarcar en diferentes ocasiones y, por cierto, también en esta obra.

Parafraseando, la ciencia política debe entenderse como:

La disciplina social que se ocupa del estudio sistemático del Estado; de la legitimidad; de la estructura del poder; de la gobernabilidad; de la composición de las clases y estratos sociales; de la organización de los partidos y movimientos políticos y sociales; de los procesos electorales; del funcionamiento de los grupos de presión; de la paz y la solución de conflictos; de la problemática ambiental; del proceso de la toma de las decisiones; y de la problemática del liderazgo, en espacios y tiempos determinados.

Muchas de esas aristas de la ciencia política han sido de mi interés, aunque desde mi más estrecha perspectiva de *ius publicista*, la coincidencia con énfasis diferentes, ha generado una cierta confraternidad académica de la cual esta presentación es el resultado.

La elaboración de un prólogo siempre conlleva una serie de propósitos. El fundamental es el de compartir con el lector unas reflexiones que sean producto de la interacción, o mejor, del diálogo con la obra misma, de tal manera, que sirva de orientación al público. Se trata, por cierto, de aportes que expresan la comprensión del prologuista y no pueden ser considerados como una especie de interpretación auténtica, la cual solo la tiene el autor.

Un instrumento para guiar a los lectores de una obra, consiste en conocer el recorrido y la manera como se ha moldeado vital y profesionalmente el autor. En este caso, la riqueza y profundidad de la formación académica y profesional del Dr. Hernando Roa Suárez, es por sí sola suficiente incentivo para su lectura y estudio: “Abogado especializado en socioeconomía y derecho laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en ciencia política y alta dirección del Estado. Magíster en desarrollo económico de América Latina de la Universidad Internacional de Andalucía. Profesor titular en la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) y docente en las Universidades Javeriana, Andes, Externado, Rosario, Santo Tomás, Cartagena, Del Norte, La Salle, Pedagógica Nacional, Del Valle, Medellín, Nariño, Escuela Superior de Guerra (CAEM). Instituto Nacional de Administración Pública (INAP-México), Carlos III (Madrid).

de Derecho y Derecho Parlamentario. Actualmente, es director del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia y juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde fue su presidente en el periodo 2014-2015.

Secretario Privado del Gobernador de Boyacá, Vargas Rubiano. Asesor de Rectoría de la Universidad Pedagógica Nacional. Director del Programa de Ciencia Política de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Decano de la Facultad de Administración de Empresas de la Universidad de la Salle. Decano fundador, del Instituto de Investigaciones de la Universidad La Gran Colombia. Decano de Postgrados; Director del Instituto de Estudios Internacionales Alberto Lleras, Cofundador de la Escuela de Alto Gobierno de Colombia y Director Nacional de la ESAP”.

El propósito de plantear algunas de las ideas-enseñanzas que se extraen de la obra, nos lleva a presentar las ideas-fuerza que atraviesan los distintos capítulos y temáticas que, con gran inteligencia e insisto, no exenta de una gran claridad expositiva, nos comparte el Dr. Roa Suárez. Ideas-fuerza que hablan de sus preocupaciones como ciudadano ilustrado y experimentado en las relaciones de poder, y en el buen hacer indispensable para realizar una política “buena”.

El presente libro es una recopilación de diversos trabajos elaborados en distintos momentos sobre temas que tienen una estructura y contenido específicos, pero al mismo tiempo fáciles de comprender. Invita a hacer del estudio de la política colombiana una actividad cada vez más seria, más científica, en el sentido de estar fundamentada en conocimientos históricos y técnicos (no en el de hacer análisis complejos e inaccesibles) y a la necesidad de formar líderes políticos que sean capaces de hacer política y no politiquería.

Una primera idea-fuerza es que la comprensión de la política, en nuestro país, se ha caracterizado, en buena parte, por realizarse desde el ingenio, desde la astucia de los formadores de opinión, esencialmente por columnistas. El proceso de comprender cuáles son las dinámicas de comportamiento de nuestros sujetos de poder; cuáles son las variables fácticas, sociológicas, psicológicas e históricas que determinan ese comportamiento en nuestra vida pública, así como las perspectivas, las alternativas y los escenarios posibles que se nos presentan como cauce de actuación, no se hace, por lo menos de manera general, con unos presupuestos teóricos, técnicos o científicos mínimos.

Si bien es cierto, esta dinámica de aproximación está siendo superada por una academia cada vez más “adecuada” y se están creando algunos medios de comunicación conscientes de la necesidad de realizar análisis científicos,

las tendencias generales de improvisación y la sensación de sentirnos superados por la velocidad y la ausencia de estudios de lo que nos sucede coyunturalmente, sigue siendo la regla general en nuestra política.

Esta obra de Hernando Roa nos pone de manifiesto la necesidad de trabajar la política colombiana con preparación adecuada, con formación académica y, por supuesto, con dedicación. La educación, la formación en historia de las ideas políticas, en análisis estadístico y en cibernética, nos lo explica. Es esencial, para garantizar un futuro estable, que evolucione de manera racional y progresiva, siempre en beneficio de nuestros ciudadanos. Máxima vieja, pero no por eso menos importante, según la cual desconocer la historia, y no tomar conciencia de lo que nos ha sucedido, nos puede condenar a repetir, a manera de bucle temporal, los errores del pasado.

La segunda idea-fuerza que se contiene en todos los capítulos, pero que encuentra su desarrollo principal en el aparte dedicado a la vida, obra y significado del maestro Darío Echandía, es la de la importancia central, para el buen hacer de la política, de las personas que la protagonizan. Los líderes sociales, su vida, su formación y lo que no es menos, su carácter y compromiso, no son irrelevantes; por el contrario, son centrales en el devenir político de un país.

La historia en general y la colombiana en particular, nos muestran líderes con formación, compromiso y coherencia entre su comportamiento político y sus ideas; personas poseedoras de claridad de miras, sobre los propósitos compartidos de la organización política, que son esenciales para el éxito de nuestro Estado y sociedad.

El texto nos recuerda y ratifica que la historia de la política colombiana está determinada –en buena parte– por esa lucha constante entre política y antipolítica. Entre líderes probos, comprometidos con ideas, ajenos en su actuar al provecho egoísta, y los dedicados a políticas banales, que utilizan y entienden el servicio público como un instrumento para beneficio individual que, en el mejor de los casos, es el de perpetuarse en el poder.

El interés del autor por profundizar el estudio de la política colombiana y la necesidad de formar y contar con líderes políticos capaces, son una constante que se expresa en la presentación de los cinco grandes temas de esta obra: La política como arte y ciencia; la Constitución y la construcción de la paz; Darío Echandía Olaya; gobernabilidad democrática y paz, y, finalmente, cibernética y política.

Una primera aproximación, que se limite a ver el índice de la obra, puede generar una percepción errada: el lector puede pensar que se trata de reflexiones sueltas que se recogen en un libro sin mayores pretensiones que el de ser compilatorio. Sin embargo, cuando nos adentramos en la lectura completa de los numerosos contenidos que desarrolla este trabajo, se nos hace evidente la existencia de una línea clara de articulación, o si se quiere, de un orden o metodología que explica la pluralidad y el carácter variopinto de los temas que trata.

Este libro expresa preocupaciones y aspiraciones altruistas del autor (unas recomendaciones ilustradas y generadas por la experiencia, una especie de conocimiento o saber intuitivo) producto de un análisis serio de la manera como funciona y debería estructurarse y organizarse nuestra administración pública.

Las propuestas, que reflejan las preocupaciones del autor, poseen una interesante combinación en su estructuración: (i) conceptualizaciones (como punto de partida para establecer unos mínimos de comunicación); (ii) análisis de los distintos tópicos de la política como arte y ciencia; la gobernabilidad y la paz como un presupuesto para lograr una estabilidad política, soñada por todos nosotros, y (iii) presentación de propuestas que son producto del análisis y enseñanzas del Dr. Hernando, así como de sus experiencias personales como protagonista y como observador, en una carrera profesional extensa, prolífica y rica, dedicada, entre otros aspectos, al estudio y reflexión de cómo y por qué la dinámica y el comportamiento de la política colombiana es –en muchas ocasiones– disfuncional y plagada de sobresaltos.

El libro plantea y se aventura en definiciones conceptuales para comprender cada uno de los temas centrales estudiados en los cinco grandes capítulos temáticos; desarrolla y expresa experiencias, elabora ideas y ejemplifica con referencias coyunturales (que hoy bien podrían considerarse como citas históricas), y también con propuestas para el buen hacer; para superar y mejorar el *statu quo*. En este sentido, las alternativas y los temas que identifica como objeto de especial atención y desarrollo, hacen relación a aspectos que deben transformarse en nuestra administración pública, y que deben *hacerse efectivos* para que la política y su estudio sean serios, consistentes y científicos.

Es en este contexto metodológico, que el autor se interroga, *verbi gratia*, por la contribución que deben hacer las universidades para propiciar y

consolidar un proyecto de pacificación y por los presupuestos que se deben identificar y construir para que se pueda lograr la paz en nuestro país.

La enunciación de estas propuestas puntuales, representa en sí mismas, un aporte invaluable, pues son una invitación a la investigación para los estudiosos de las ciencias sociales, y un necesario referente para quienes ejercen la política, y para quienes son espectadores reflexivos de la realidad nacional.

La lectura de la obra genera sentimientos, sensaciones y enseñanzas (aunque dudo que en ella se puedan diferenciar estos tres conceptos). Un primer efecto, es el que se deriva de conocer los distintos momentos de las experiencias vitales y reflexiones personales que comparte el profesor Roa, así como de las referencias históricas y propuestas que se realizan en los diferentes capítulos. El lector (y el prologuista, en mi caso) mejora su conocimiento y percepción de las grandes preguntas: “¿Por qué funciona como funciona la política colombiana? ¿Por qué somos como somos?” Sin duda, la excelente combinación de análisis político, reflexiones y cuestionamientos constitucionales, condimentados con experiencias personales de la historia reciente del país, contadas por una persona que, como el Dr. Hernando Roa Suárez, ha estado atento al devenir de la política colombiana a lo largo de décadas, bien como analista y formador de opinión pública, bien como profesor y científico, generan esa percepción de satisfacción por las enseñanzas que transmite, saberes útiles y necesarios, mucho más, cuando el tiempo pasa y la velocidad de la dinámica política hace que no seamos capaces de asimilarla. Todo pasa tan rápido que no podemos digerir y establecer enseñanzas que impidan que se repitan errores, y, también, evita que se potencien los aciertos, como se reitera explícita e implícitamente en esta obra.

Un segundo efecto virtuoso que se genera con la lectura y el estudio de la obra hace relación a la claridad en la redacción en cada uno de los capítulos, así como a la inteligencia y la cantidad de ideas y propuestas que se presentan, las cuales propician –y de hecho generan– un *permanente diálogo intelectual* con las descripciones. Pero, también con los análisis y con las propuestas que se ofrecen en distintos apartes del libro.

Es fácil el diálogo con esta obra, cuando se exponen las propuestas para mejorar la administración pública y para la formulación y ejecución de

políticas públicas, o también, cuando se estudian las reflexiones del capítulo sobre la política como “arte y ciencia”, por señalar solo unos de los aspectos más sugerentes.

La sensación de complicidad en algunos casos, y los sentimientos de admiración y respeto por el autor y por sus ideas, así como por los matices o contrapuntos que surgen como respuesta intelectual del lector frente a sus construcciones argumentativas y propuestas, hacen que sea de gran provecho su lectura y estudio.

Uno, entre muchos puntos de reflexión que pueden ejemplificar la idea de diálogo constante que genera el autor, podría ser las referencias a la importancia del nacionalismo y el papel que debe tener para el buen hacer en la política y su valor como norte de actuación colectiva e individual, en los actuales contextos de evolución de la humanidad. Este es uno, entre muchos otros temas, que se plantean como una invitación implícita de diálogo con las construcciones intelectuales que se exponen en este trabajo.

Aunque parece de Perogrullo, es importante que las nuevas generaciones sepan y conozcan de primera mano, la mentalidad y los esfuerzos que han realizado las generaciones de colombianos que han tenido responsabilidades de gobierno. Las actitudes “adanistas” o “revolucionarias” de los colombianos son inveteradas y recurrentes. Es extraño ver cómo es una constante en nuestros líderes políticos las propuestas de “lanzarse al abismo”, las lecturas políticas desoladoras, sin salida, que nos invitan a hacer *tabula rasa*. Esto es particularmente cierto en los temas que aquí se estudian, especialmente en la temática de reformas institucionales y de políticas públicas.

Esta actitud colombiana requiere un importante acto de responsabilidad para con las generaciones venideras y particularmente para con la juventud. El Dr. Hernando Roa Suárez nos invita entre líneas, y en ocasiones de manera implícita, a las nuevas generaciones de colombianos, a conocer y estudiar nuestra historia política, así como nuestra coyuntura, pues solo de esta forma podremos construir y consolidar un mejor país. El profesor Roa nos envía un mensaje: es indispensable conocer y valorar lo construido, y el esfuerzo que ha significado para quienes nos han precedido.

En este orden de ideas, esta es una obra profundamente optimista, de aliento; llena de buenos auspicios para una sociedad que es profundamente crítica

y en algunos casos con tendencia al desaliento. La enseñanza-sensación de la cual están impregnados los análisis que son traídos por el autor, es la invitación a ser optimistas.

Se respira esperanza, confianza en la capacidad de resiliencia y en la imaginación eficaz de los colombianos. Él nos muestra que, a pesar de que muchos de los hitos de nuestra historia son hechos de violencia, situaciones de cambio abrupto e incluso de estallidos sociales, los colombianos hemos sido capaces de superar los problemas que se nos han presentado o que hemos propiciado.

No importa la relevancia e impacto de las circunstancias. A pesar de situaciones tan graves como la violencia sistemática en la mayor parte del siglo pasado; las confrontaciones partidistas que han caracterizado nuestra historia y constitucionalismo; el problema aun insoluto y no agotado del narcotráfico, y la dinámica de los grupos armados al margen de la ley, guerrillas y paramilitares, siempre hemos conservado nuestra institucionalidad y la capacidad para superarlos.

La adversidad nos ha fortalecido, como lo muestra la historia y lo dice, de diversas formas, el Dr. Hernando Roa Suárez. Una mirada desde la distancia, con una perspectiva general, nos muestra cómo hemos sido capaces de construir paulatinamente una mejor sociedad. La adversidad y los retrocesos no nos ha permitido ser más eficaces en la búsqueda del desarrollo y bienestar general, pero esos hechos o circunstancias difíciles, si bien son una convocatoria al trabajo y de rechazo al desaliento, también, y como otra cara de la moneda, son una invitación al trabajo fuerte y dedicado. Ello debe ser realizado bajo el presupuesto de valorar y no desperdiciar lo que hemos construido.

El optimismo, el reconocimiento de nuestra capacidad colectiva para superar problemas, debe seguir siendo el norte de nuestra conducta en el ámbito público, en las políticas públicas y en general en el desenvolvimiento de nuestras relaciones de poder. El amor por el país, la mística y por qué no, un sano nacionalismo, que respete y tenga en cuenta las grandes problemáticas globales, como lo plantea el Dr. Roa, debe ser sin duda un factor de cohesión y un *telos* para avanzar en un futuro político exitoso.

REFLEXIONES SOBRE LA VIDA Y OBRA DE UN PROFESOR*



Sergio Rodríguez Azuero**
Académico de número

Llegué a la Universidad con la más profunda ilusión de ser un buen abogado. Mi profesora Clementina Suárez Casas, al entrar al Centro Infantil Moderno a los 7 años, le dijo a mi mamá: “Cecilia, Sergio será abogado o escritor”. Y lo que entonces no entendía y me pareció un anuncio sin sentido, comenzaba a hacerse realidad. Tenía, además, el compromiso de apoyar a mi mamá y mis hermanos pues mi padre, un brillante médico, había fallecido dejando cuatro hijos, el mayor de los cuales era yo con apenas 6 años de edad.

* Palabras pronunciadas por el doctor Sergio Rodríguez-Azuero con motivo de la ceremonia organizada por la Universidad del Rosario para celebrarle su obra y vida, el 30 de mayo de 2024, en la cual se le otorgó la “Orden del Fundador Fray Cristóbal de Torres”.

** Abogado y profesor emérito y honorario de la Universidad del Rosario. Profesor de Contratos Bancarios y director de la especialización en Derecho financiero. Autor de *Contratos bancarios y Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*. Socio fundador de CMS Rodríguez-Azuero. Profesor invitado en las Universidades Carlos III y Comillas de Madrid y en la Universidad Panteón - Assaz, París II, Miembro de The International

Tuve el privilegio de contar con un excelente grupo de compañeros y excepcionales profesores incluyendo a Alberto Casas, Hernán Fabio López, Álvaro Tafur, Omar Rodríguez, Jaime Arteaga, Alberto Hernández, José Joaquín Díaz, Gladys García, Alejandro Martínez Caballero, Denise Duviau, Beatriz Leyva y Matilde Parra, los primeros, y Álvaro Copete Lizarralde, Humberto Murcia Ballén, Guillermo Ospina Fernández, Andrés Holguín, Antonio Montaña, Antonio José Villegas, Luis Carlos Sáchica, Jaime Vidal Perdomo y Leopoldo Uprimny, los profesores, para mencionar algunos, en ambos casos.

Al recibir emocionado la invitación de la Universidad para celebrar generosamente mi vida y obra, he decidido hacerlo con la benevolencia del auditorio y referirme a algunos hitos que, sin duda, las han signado.

Derecho financiero

Mi formación profesional se inclinó en el último año de la carrera por el que hoy llamaríamos Derecho financiero. Y surgió de una forma curiosa: levanté los ojos, luego de recibir el resultado de una prueba que nos había encomendado, y el profesor me dijo: *“Me mira porque se pregunta por qué no le puse 5. Su trabajo es muy bueno, pero puede hacerlo mejor”*. Naturalmente, fue un desafío que acepté sacando la mejor nota en las pruebas del resto del año. Como resultado y poco antes de iniciar los exámenes finales acepté la invitación que me formuló el profesor de Instituciones financieras Álvaro Mendoza Ramírez para trabajar en el Banco de Bogotá, donde era secretario general. Por esa vía, se convirtió en mi jefe y más tarde en presidente de la tesis de grado que escribí sobre las secciones fiduciarias de los bancos. Guardo por él la más profunda gratitud.

Poco tiempo después, recibí una llamada de Jorge Cubides Camacho, gerente de la Asociación Bancaria de Colombia, quien me ofreció la Secretaría General de la entidad. ¡Imagínense ustedes mi entusiasmo, y la decepción que sufrí, cuando me informó que el doctor Jorge Mejía Salazar,¹ presidente del banco y de la Junta Directiva de la Asociación,

Academy of Estate and Trust Law, de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y del Instituto Internacional de Banca y Finanzas. Caballero de la Legión de Honor y miembro de la Orden del Fundador de la Universidad del Rosario. Visiting Scholar en la Universidad de Columbia en Nueva York en 2013-2014. Contacto: sergio.rodriguez@cms-ra.com

¹ No confundir con Jorge Mejía Salazar, presidente del Banco de Bogotá, ya citado.

le había manifestado que no permitía que me retirara de la entidad! Reaccioné indignado, y pregunté cómo podía impedirlo. Pero Jorge, con su tradicional bonhomía, me anotó que eso solo sería positivo en mi carrera. Lo acepté a regañadientes, pues ya había hecho mis cuentas como nuevo consumidor y comenzado a soñar como la lechera, pues en el banco ganaba \$3.000 y en la Asociación iba a ganar \$5.000. No sé si fue por compensarme, pero pocos días después me nombraron jefe de personal del banco que, por aquel entonces, tenía más de 3.500 empleados y me subieron el sueldo a \$3.500!!!

Pero mi destino era la Asociación. El nuevo gerente, Guillermo Núñez Vergara, me ofreció abrir el Departamento Jurídico y esta vez ingresé en 1968. Tal vez menos de un año después fue designado Carlos Albán Holguín alcalde de Bogotá y lo nombró como su secretario de Hacienda. Y de repente, y sin imaginarlo siquiera, el presidente de la Asociación Jorge Mejía Palacio, quien había sido ministro de Hacienda y embajador en Washington, me designó en su reemplazo. Con 24 años y a partir de entonces durante un poco más de cinco años desempeñé el cargo participando en el proceso de transformar la entidad para convertirla en la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras; ampliamos todas las áreas de servicios; organicé y dirigí las convenciones de todos los años, que eran normalmente en Cartagena, creamos el Comité del Mercado de Capitales e hicimos eventos de altísimo nivel académico. Fortalecí los estudios jurídicos en torno al Código de Comercio, que estaba por expedirse, frente a cuyo proyecto logramos que se sustituyera la parte relativa a los “Títulos de crédito” por el proyecto sobre “Títulos-valores” del profesor mejicano Raúl Cervantes Ahumada, prohijado por el Intal.

Fue una época muy importante en la transformación del sistema bancario colombiano. Como secretario de la Junta “bebí” de las enseñanzas de los presidentes de los principales bancos del país y de la aparición de nuevas entidades que a partir de los años cincuenta habían venido ocupando espacios en el sector, como las corporaciones financieras. Viví experiencias tan impactantes en ese momento como la famosa reunión de la Junta Directiva en que no se designó como presidente a Jaime Michelsen Uribe y se constituyó en el antecedente de la creación de ANIF, cuyo primer presidente fue Belisario Betancur, a quien sucedió Ernesto Samper Pizano, evento de enorme significación en el mundo bancario de la época.

Una mañana me llamó Eduardo Soto Pombo, presidente del Banco de Colombia y distinguido abogado rosarista, con quien había surgido una excelente relación profesional, pues trabajábamos en el Comité Jurídico que yo había creado y que él presidía. Me contó que el decano de Jurisprudencia del Rosario lo había invitado para atender la cátedra de Instituciones Financieras porque se había creado un segundo curso, pero que había declinado por sus compromisos al frente del banco. Pero que, a cambio, le había propuesto el mejor candidato que era yo. Traté de resistirme un tanto atemorizado por la responsabilidad, pero me insistió afectuosamente y acepté el encargo. Me parece que mi primer grupo fueron los alumnos de último año de 1972.

Pasado el tiempo de una insuperable experiencia en la Asociación, bajo la influencia de saber que mi padre había vivido 12 años en Francia donde estudió su carrera de medicina, tomé la decisión de viajar al exterior junto con mi esposa Adelaida Bravo Barragán y el chiquitín Juan Camilo y terminé aceptando la invitación coordinada por el Ministerio de Finanzas de Francia para visitar tres bancos: el Banco Francés e Italiano para la América del Sur, Sudameris; el Banco de Francia, y el Banco Nacional de París. Fueron casi dos años maravillosos en que me metí, por así decirlo, en la operación de los dos bancos comerciales y en el área jurídica del Banco Central. Pero, además, aprendí francés no solo por la práctica en la vida cotidiana sino tomando una disciplinada decisión: durante nueve meses renuncié a mi almuerzo y asistí a la Alianza Francesa en el Boulevard Raspail de doce a dos de la tarde, hasta obtener mi diploma.

Al regresar a Colombia, prácticamente cambié de avión para asistir a la Convención Bancaria en Cartagena, invitado gentilmente por Juan Claudio Morales, quien ocupaba mi cargo como gerente. Allí me encontré con Fernando Londoño Hoyos, secretario general de Felabán, quien me comentó que el consejo de gobernadores había decidido iniciar la biblioteca jurídica latinoamericana con un libro sobre “Contratos Bancarios”. Y que los gobernadores de México y Argentina se disputaban el privilegio de que un jurista de su nacionalidad lo escribiera y que él quería que fuera yo el autor. Acepté sin vacilarlo, ignorando los desvelos que me esperaban, y di el paso más importante en mi vida profesional y el más enriquecedor para mi labor como profesor. La primera edición apareció en 1977 y se convirtió en la mejor tarjeta de presentación. En torno al libro, que conoce hoy la séptima

edición, he recorrido prácticamente toda la América Latina y varios países europeos. La circunstancia de haberlo revisado cuidadosa e integralmente a lo largo de estos 45 años ha sido la garantía de mi actualidad como profesor, pues me ha obligado a estar siempre al día en todos los temas. Y lo fue particularmente al saber, como lo supe siempre, que la banca contemporánea es tecnología. Para preparar la 5ª. edición, trabajé durante casi seis meses con ingenieros, porque entendí que si no asimilaba conceptos básicos en la materia, el libro se quedaría en el siglo XX y no pasaría al XXI. Hoy tiene alrededor de 1000 páginas, 100 de las cuales bajo el acápite de “Banca electrónica” en el que aborda en distintos niveles temas que van desde las empresas que llamamos Fintech hasta la Inteligencia Artificial. Desde luego, hay que saber que es materia que cambia a cada instante, pero, como lo he expresado, es necesario evitar que “los árboles tapen el bosque”. Hay que mirar los cambios a distancia y con perspectiva, para entenderlos sin dejarse confundir por el casuismo transformador que generan.

Al regresar, recibí la invitación de volver a la Asociación Bancaria y me ofrecieron, además, la vicepresidencia jurídica de una importante entidad, pero opté por aceptar la invitación a ocupar una vicepresidencia de un banco de tamaño intermedio, el Banco Colpatria y de la Costa en aquel entonces, pues me había propuesto tener una experiencia como banquero. Estudiar los riesgos del negocio, ponderarlo y otorgar crédito, así tuviera que imaginar, en algún caso, ojalá excepcional, tener que castigarlo.

Y, en efecto, durante cinco años ocupé todas las vicepresidencias hasta la que llamaríamos ejecutiva, mientras el presidente, mi querido amigo José Román Fernández, abría una operación en los Estados Unidos. Mi carrera concluyó voluntariamente cuando rechacé la generosa oferta de Carlos Pacheco Devia, fundador del grupo para presidir una de sus compañías. Con pesar, pero con absoluta convicción, le expliqué que mi vocación era la de ser consultor jurídico, para lo cual ya había comprado una oficina en el edificio de la sociedad Colombiana de Arquitectos, frente a la plaza de toros, donde inicié mi práctica en 1980 hasta pasarme, muchos años después, a la 75 con 4ª.

En el gobierno del presidente Betancur hice parte de la comisión de expertos integrada para formular recomendaciones en punto a la legislación bancaria, parte de las cuales me sirvieron de fuente en el trabajo de preparación de la

que fue la Ley 45 de 1990 en cuyo estudio participé con Rudolf Hommes y Néstor Humberto Martínez.

Mi carrera como abogado que, con el paso de los años, me ha brindado la alegría de fungir como socio fundador de CMS Rodríguez-Azuero, en compañía de un entrañable grupo de socios y amigos, incluidos mis dos hijos mayores, pudo haberse alterado por una designación honrosísima que me hizo el presidente Virgilio Barco Vargas como Superintendente Bancario. Haberla declinado me significó un enorme sacrificio pues, de alguna manera, me había preparado toda la vida para ocupar ese cargo. Pero uno no es dueño de su destino y tuve la necesidad de explicarle a César Gaviria Trujillo, ministro de Hacienda, quien me llamó en nombre del presidente, las razones por las cuales no podía aceptar. Él, con gentileza que rechacé, insistió sin embargo en ir personalmente a mi oficina de la 26, y allí le expliqué que había asesorado a dos importantes grupos financieros en años recientes, los cuales, para superar la difícil situación que afrontaban, habían asumido compromisos de ajustes que debían hacerse por varios años, y cuyo cumplimiento tendría que verificar como supervisor, lo que me colocaba en un evidente conflicto. Y, para colmo de males, había dado un reciente concepto conjunto para la Asobancaria y Fasecolda, en el cual concluía que la cuota cobrada por la Superintendencia tenía una porción inaceptable, pues estaba destinada indirectamente a financiar la construcción del edificio que hoy ocupa y que estaba terminándose.

Me recluí al día siguiente en mi casa y solo salí para visitar a Luis Carlos Galán, con quien me unía una absoluta identidad política, como que fui más tarde uno de los 29 coordinadores de los grupos de estudio creados para soportar el programa de gobierno que pensaba implementar y que el magnicidio frustró para vergüenza y tristeza del país. Y lo hice también con el expresidente Carlos Lleras Restrepo quien me había expresado una particular admiración al dar un concepto en un delicado tema cambiario para el banco Sudameris cuya Junta Directiva presidía. Ambos me insistieron en que aceptara, pero ambos entendieron que tenía respetables razones para no hacerlo.

El exministro Abdón Espinosa Valderrama, quien por años mantuvo una importante columna en El Tiempo, dijo:

... las anteriores consideraciones vienen a cuento con motivo de la provisión del cargo de Superintendente Bancario. El doctor Sergio Rodríguez

Azuero, de altísima idoneidad técnica y experiencia financiera, hubo de excusarse de aceptar el cargo por considerar que –no obstante su versación– sus vínculos con los establecimientos bancarios y las gestiones adelantadas en su nombre lo inhabilitaban para ejercerlo. Es una actitud que lo honra y abona su carrera meritísima. No debía haber, en su conducta de funcionario ni la sombra de una sospecha de favoritismo. La incompatibilidad era evidente.²

El tema que evoco, con no poca nostalgia, me dejó una sabrosa anécdota familiar. Como las conversaciones con el ministro se prolongaron hasta entrada la noche, él no tuvo tiempo de compartir mi decisión y salió el decreto de nombramiento. Los noticieros vespertinos destacaron en televisión la noticia pues había una gran expectativa por saber quién ocuparía el cargo. Entonces, a la mañana siguiente, nuestra casa comenzó a llenarse de arreglos florales que llegaron durante toda la jornada hasta quedar inundada. En el desayuno del siguiente día, en la intimidad del hogar, le compartí a mi señora y a mis hijos la decisión que había tomado y Daniel, abriendo los ojos, en pijama y aterrado, me preguntó: “Papi, ¿y qué hacemos entonces con los de las flores?”

Mis aportes al pensamiento jurídico

He publicado decenas de trabajos en diferentes revistas especializadas a lo largo de la región y participado en numerosos libros colectivos. He dictado probablemente más de un centenar de conferencias a lo largo de la vida. Tengo el honor de haber sido citado en numerosas investigaciones académicas y en fallos de las Cortes de distintos países, incluido el nuestro. Publiqué en 1997 bajo el título “La responsabilidad del fiduciario” el trabajo que presenté a la Academia de Jurisprudencia al ser designado Académico Correspondiente, junto con otros dos sobre la “Convención de la Haya sobre el *trust*” y sobre “El proyecto de ley francesa sobre fiducia”. Pero los aportes más destacados, sin duda, son los libros *Contratos Bancarios y Negocios fiduciarios*, ambos seguidos del subtítulo “Su significación en América Latina” que han conocido una enorme divulgación en el mundo y en particular en la región. Ellos son mi mejor legado intelectual y tengo la ilusión de poder crear un *endowment*, ojalá a través de un negocio fiduciario, para asegurar en el futuro el apoyo a los temas a los que me he dedicado.

² *El Tiempo*, septiembre 4 de 1986, página 5-A.

Pero quiero referirme en particular a un evento y una publicación que rescato en mayúsculas en este repaso de vida.

El primero. Viajé a París en marzo de 2007 invitado por el profesor Christian Larroumet con el propósito de dictarle una charla a sus alumnos del DEA, como el año anterior, y de participar en un seminario al que estaban invitados todos los profesores de Derecho Civil y Comercial de Paris I y Paris II (antigua Sorbona) con el propósito de hacer una presentación sobre el proyecto de ley de fiducia que cursaba en el Parlamento. Con tan buena noticia, que un mes antes de mi llegada el proyecto se convirtió en ley y el seminario fue la primera reunión de la academia en Francia para analizar el nuevo contrato.

En la mesa principal de una sala colmada, intervino primero el senador Philippe Marini, ponente del proyecto, quien habló sobre su trámite en el Parlamento; lo hizo enseguida el profesor Larroumet, quien se refirió al *trust* anglosajón; luego, habló el profesor Crocq sobre los impuestos y, finalmente, me pidieron que explicara al auditorio la noción y el alcance de la nueva ley. ¡Lo hice, pues la conocía bien, pero no pude dejar de emocionarme pensando cómo un jurista colombiano podía estar explicándole una institución jurídica a lo más granado del derecho privado francés, cerca de 200 profesores, cuando nosotros habíamos bebido de sus enseñanzas los últimos doscientos años! Mi intervención se publicó en uno de los boletines especializados del foro jurídico³, y el presidente de *The International Academy of Estate and Trust Law* me invitó a ingresar a la institución, de la cual hacen parte los más destacados especialistas anglo-norteamericanos en la materia, un importante número de juristas europeos y un mínimo número de juristas de otros países, no más de 5 latinoamericanos.

Y la publicación anunciada fue la hecha por Oxford Business Law Blog, una de las más prestigiosas del mundo, bajo el título “The Anglo-Saxon Origins of the Latin American Fideicomiso (Trust): Reasons and Implications”⁴ que produjo como resultado de mi estancia durante el año académico 2013-2014

³ *Petites Affiches*, n°. 157 (7 de agosto, 2007).

⁴ Sergio RODRÍGUEZ-AZUERO, “The anglo-american origin of the Latin American fideicomiso (Trust): Reasons and implications”, julio 31 de 2017. Instituto Iberoamericano de Derecho Finanzas (IIDF). *Working Paper Series 3/2017*. <https://ssrn.com/abstract=3011613> <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3011613>

como “visiting scholar” en Columbia University, Nueva York. Ello fue posible gracias al año sabático que me autorizó la Universidad del Rosario. Allí tuve contacto con los más importantes profesores norteamericanos de la materia, y validé en la fuente las afirmaciones que había hecho acerca de los orígenes de la fiducia desde que comencé a escribir sobre el tema. Y que sostuve y profundicé durante los 10 años en que tuve el honor de ser presidente de la Asociación de Fiduciarias en Colombia.

En ella pongo en evidencia el origen anglo-norteamericano de la fiducia y las novedades frente al modelo, especialmente al haber profesionalizado la función del fiduciario asignándosela a una entidad financiera vigilada. Dicha circunstancia, sumada a su consagración como contrato comercial, esto es, con ánimo de lucro, ha conducido al enorme desarrollo de figuras mercantiles a través de las cuales se hacen negocios, en contraste con el *trust* anglosajón que en su manifestación histórica más importante se ha vinculado a la planeación patrimonial y al manejo testamentario, muy utilizado en su cultura jurídica al no existir un régimen de herederos forzosos.

Tres menciones adicionales para cerrar este capítulo. El primero, la presentación de mis obras jurídicas que hice, por obligante invitación de la Universidad de Comillas de Madrid en 2006, ante un destacado grupo de profesores, donde recuerdo especialmente la aguda intervención del profesor Fernando Zunzunegui, con quien hemos mantenido, desde entonces, una cordial amistad. Luego, la designación que recibí como “Profesor Honorario” por parte de la Pontificia Universidad Católica de Guayaquil, en la que participé muchos años como profesor invitado por el director de la maestría, mi apreciado amigo Marcelo Andrade.⁵ Y, por último, la invitación a hacer parte del Instituto Iberoamericano de Banca y Finanzas, dirigido por mi buen amigo Aurelio Gurrea, con quien tuve ocasión de compartir gratos momentos en Columbia University, en Nueva York.⁶

Francia

Mi relación con Francia fue rica en resultados. Al regresar me vinculé a los pocos meses a la Cámara Colombo Francesa de Comercio e Industria, la Cámara binacional más antigua de Colombia, pues fue creada en 1917. Fui vicepresidente y luego, rompiendo la tradición, fui elegido como pri-

⁵ En 2012.

⁶ En el primer semestre de 2014.

mer presidente colombiano después de casi 70 años de tener presidentes franceses. Durante mi gestión la Cámara se transformó. Adquirimos una sede propia y realizamos dos misiones de hombres de empresa a Francia. Una de ellas, conjuntamente con la Cámara de Comercio de Bogotá, cuyo presidente era Mario Suárez Melo, años después rector del Rosario. En ella invitamos como presidente de honor al ex presidente de la República, Alfonso López Michelsen.⁷ Mi paso por la Cámara originó mi designación como “Caballero de la Legión de Honor”, distinción que porto con el mayor orgullo. Con Elvira Cuervo de Jaramillo quien fuera ministra de Cultura y la inmensa mayoría de los decorados constituimos la Asociación en 2008, de la cual ella fue su presidente hasta el 2012, y yo he ocupado desde entonces ese cargo, durante más tiempo del que me hubiera imaginado.

Esa dignidad me permite estar en contacto permanente con el embajador de Francia, hoy nuestro apreciado amigo Frédéric Doré,⁸ y organizar periódicos eventos con sus miembros. De la totalidad de los 25, 7 son mujeres. Hay 9 ex ministros de Estado y una ex viceministra e historiadores, médicos, investigadores, directores de teatro, sacerdotes, militares empresarios, intelectuales y profesores universitarios como yo.

Hemos creado una red americana de presidentes de secciones nacionales de la Legión de Honor, y con la convocatoria de nuestro buen amigo Armando Barriguete, de México, llevamos a cabo una interesante actividad académica presencial con Francia en el área de salud pública, en torno a la obesidad y a los problemas derivados en los tres países, en la cual intervino con gran fortuna nuestro querido rector encargado Gustavo Quintero, en aquel momento decano de la Facultad de Medicina.

Mi ejercicio profesional

Desde 1980, abrí mi oficina de abogado. He combinado durante este tiempo mi ejercicio con la actividad académica. Hace seis años nos integramos como socios de CMS, destacada organización de abogados presente en 45 países y con más de 6.000 abogados, que tomó la decisión de venir a América Latina y se encuentra presente en México, Colombia, Perú, Chile y Brasil.

⁷ El párrafo, entre “Durante ... y Michelsen” no hizo parte del texto leído en la ceremonia.

⁸ Al publicarse este trabajo en la revista de la Academia, el señor Sylvain Itté desempeña esa honrosa posición.

No hay lugar a envanecerse por ejercer la profesión de manera proba y dedicada. Eso es lo que la comunidad espera de sus miembros y de un profesional, en quienes ella deposita su confianza. La hemos recibido de centenares de clientes al paso de los años, y participado en muy importantes operaciones especialmente en el mundo del derecho empresarial y la actividad financiera.

Pero quisiera destacar entre muchos logros, unos que se produjeron por haberme llamado no como penalista, que naturalmente no lo soy, sino como especialista en derecho financiero, para representar víctimas de captaciones ilegales, cuyos exitosos resultados nos han dado un reconocimiento en la materia y han puesto en evidencia que el derecho, antes que nada, es justicia. Defendimos con éxito a un número significativo de víctimas del Fondo Premium de Interbolsa y logramos recuperar, hasta ahora, el 100% del capital. Y obtuvimos un logro internacional muy importante. Los únicos inversionistas de Stanford en el mundo y los había de muchos países, que recuperarán la totalidad de su capital y sus intereses, luego de esta sonada defraudación montada en los Estados Unidos y Antigua, serán los que representamos a lo largo de 14 años, hasta obtener un fallo favorable, incluyendo la casación a la que tuvimos que acudir.

La relación con los alumnos

Nada ha sido más grato en mi vida. No puede ser de otra manera cuando uno pasa 50 años enseñando. Ha sido fácil, fluida y llena de entusiasmo. Mi alegría es la cátedra. Todos los alumnos participan en su desarrollo. Las nociones básicas las buscamos y construimos en equipo. La discusión inteligente hace parte del ADN de la clase. En los últimos años me ha dado por comenzar la clase jugando con la letra “C”, con la que comienzan Conocimiento y Creatividad. Porque creo que a ellas se llega con otras “C” prodigiosas. La primera es la de la curiosidad; pienso que es obligación del profesor y compromiso del alumno estimularla en todas sus formas: levantarse cada mañana pensando que habrá algo nuevo por descubrir; saber que habrá la oportunidad de maravillarse ante lo desconocido; actuar con la apetencia de aprender cada día algo distinto. La segunda es la de la Crítica. Deben escucharse las lecciones sabiendo que el profesor transmite sus lecciones tratando de compartir con acierto sus conocimientos. Pero con el respeto mutuo que se impone en la relación, hay que escucharlo en

actitud crítica para preguntarse si lo que dice es realmente convincente, si no podría mirarse de otra forma, si no cabría llegar a diferentes conclusiones. Y, la tercera C es mágica y surge de las anteriores. La combinación de curiosidad y crítica genera criterio, criterio jurídico, en este caso, que será el verdadero y mejor instrumento que adquirirán en su paso por la universidad para manejar su carrera profesional.

Al comenzar la clase y señalar algunas sencillas reglas de juego, que incluyen el que ofrezca la palabra para que así podamos oírnos, les recuerdo que llevar muchos años enseñando no implica *a fortiori* que sepa mucho más, pero sí que tengo más historias para contar. Y es que uno de los valores de los profesores que en la universidad llamamos de hora cátedra es ser una especie de puente entre la academia y la praxis, entre la teoría y la realidad. Es poder compartir con los alumnos las vivencias que deja el ejercicio del derecho, y que se enriquecen, más allá de los fallos o las investigaciones, con los hechos circunstanciales y las consideraciones metajurídicas que suelen acompañarlas.

Uno de los privilegios que otorga el paso del tiempo es la posibilidad creciente de compartir con los alumnos reflexiones sencillas que suelen entrañar profundas enseñanzas y que, de alguna manera, van transformado al profesor en un maestro de sus alumnos. Son muchas las que les formulo, y la última sesión del año procura dedicarse a compartirlas a manera de despedida. Para no abusar de la generosidad del auditorio, me limito a citar algunas.

La primera, es un consejo para la vida: “miren siempre lejos y adelante”. Ese era la recomendación que el gran campeón de automovilismo Juan Manuel Fangio daba a los jóvenes pilotos que preparaba en su escuela. Hacerlo es anticiparse a los obstáculos que presenta el camino, y permite planear la mejor forma de recorrer la ruta. Pero esta aplicada a la vida, es tener la posibilidad de señalarse metas ambiciosas y aplicar uno de los principios determinantes del éxito en cualquier campo, y es el de la persistencia.

Adicionalmente, los invito a tomar posiciones, en todos los campos, comenzando por el intelectual y, naturalmente, en las materias jurídicas sometidas a su consideración. A hacerlo con ponderación y en actitud equilibrada, sin soberbia ni desafíos. Pero cuando, luego de estudiar cuidadosa y profundamente un tema, llegan a una conclusión, los invito a explicarla y defenderla, a dar testimonio. Porque me inquieta mucho encontrar en la

vida numerosos partícipes sin carácter que, de alguna manera, buscan acomodarse sin defender una posición propia, dejando que otros asuman los riesgos y las consecuencias. Como si hicieran parte de aquellos para quienes resulta más conveniente lavarse las manos o actuar con una ceguera acomodaticia frente al mundo que los rodea. No existen valores que deban defenderse porque hacerlo les genera riesgos y es mejor tratar de quedar bien con todo el mundo, como coloquialmente se dice.

Y ante los riesgos naturales de ejercer la profesión en un mundo donde las prácticas corruptas pretenden permear todos los resultados, les recuerdo que pueden y deben actuar en forma honesta, viviendo los valores que practicamos y por osmosis se transmiten en el Rosario: en actitud socrática; comportándose bien, no por la búsqueda de la recompensa o el temor al castigo, sino por la satisfacción de actuar en forma correcta frente a la comunidad en la que viven. Y para agregar un argumento pragmático, de contenido económico, anoto, aplicando la ley de oferta y demanda, que, si la honestidad es tan escasa, la actuación honesta debe poder cobrarse a muy buen precio.

Les recuerdo que en el mundo tendrán que interactuar con mucha gente y aprender a trabajar en equipo. Confieso, al efecto, que soy gregario y adicionalmente a lo narrado, fui presidente de la Cámara Junior, del club Rosarista, del Metropolitan Club del que hago parte con especial afecto, pues luego de mi gestión me hicieron socio honorario. Fui miembro de la Corte de Arbitraje de la CCB, y me haría interminable citando juntas y comités. Pero lo que les destaco es una fórmula que me ha funcionado a lo largo de los años. Partiendo de que todos tenemos virtudes y defectos, he descubierto que la clave para el manejo de las relaciones humanas es minimizar los defectos y maximizar las virtudes de los demás. Y el grupo funciona.

Y una más, de alguna forma ligada a la primera, y es: nunca dejen de soñar. Con los pies puestos sobre la tierra, desde luego, pero dense siempre la posibilidad de hacerlo, y entiendan que no existen sueños imposibles. Basta normalmente tomar la decisión de alcanzarlos para que las energías fluyan y apuntalen la posibilidad de obtenerlos.

Una digresión final en este capítulo: como mis hijos nacieron sin imaginación los tres son abogados. Juan Camilo y Daniel, rosaristas, son socios de la oficina. Sebastián, javeriano, es independiente, como lo ha sido desde que nació. Además, José Miguel, hijo mayor de Pilarica, también es abogado

rosarista.⁹ Pues bien, tuve el gusto de dictarle la cátedra a los cuatro, lo que me produjo gran satisfacción. Para todos, la única carga fue que tuvieron que presentar sus exámenes con otro profesor. Espero que les haya ido bien.

Mi visión de la Universidad

La educación superior. ¿Qué significa? ¿Cuál es su capacidad de respuesta en el mundo en que nos encontramos? ¿Qué esperan los jóvenes alumnos que han de tomar un camino y qué están encontrando en los programas universitarios? Estas y otras preguntas gravitan permanentemente para quienes tienen que definir las políticas públicas y para quienes en distintos grados nos encontramos vinculados a la responsabilidad de educar.

Son muchas las variables globales que están impactando fuertemente el modelo educativo. En primer término, el desarrollo tecnológico. Su evolución debe ser enriquecedora, pero es intrusiva y perturbadora por la forma masiva y la rapidez vertiginosa de los cambios que introduce. Ellos se producen en línea como diríamos en materia de comunicaciones. No dan tiempo de asimilarlos cuando mutan y lo hacen cada vez con mayor rapidez. En el mundo del derecho financiero lo hemos vivido de manera impactante, y en la consultoría jurídica todo está cambiando. Nuestra firma, CMS, tiene uno de los programas más robustos en investigación y aplicación de Inteligencia Artificial por lo que seguimos de cerca todo lo que surge y lo que está por venir.

Otra muy importante es el cambio climático. Contra el escepticismo de algunos, la realidad muestra que se está produciendo con mayor rapidez de lo esperado. Como diría el filósofo: “los hechos son tozudos”. Los efectos de las manifestaciones cada vez más extremas pueden producir en los próximos años transformaciones profundas en variadas materias. Ciudades costeras tenderán a desaparecer por inundación, reservas de agua se extinguirán, regiones productivas podrán tornarse eriales como ocurrirá con algunos productos de arraigo regional no cultivables, fácilmente, en distintos lugares. Este proceso constituye uno de los más grandes desafíos de la humanidad, e implica cuestionarnos sobre si habrá suficiente espacio habitable en el futuro, pues la contaminación y la deforestación contribuyen, además, al ciclo negativo del deterioro ambiental.

⁹ Por una feliz coincidencia la Universidad Javeriana, me invitó a dictar la materia en el semestre en que debía ser cursada por mi hijo Sebastián.

Una tercera variable, que ya está impactando todos los países del mundo, es la transformación demográfica. El fenómeno, que se traduce en una mayor longevidad y una menor tasa de nacimientos, está comprometiendo la estabilidad fiscal del mundo organizado. Los regímenes de pensiones se perturban, ante la aparición de un número cada vez mayor de jubilados y un menor número de jóvenes potencialmente trabajadores y aportantes a la seguridad social, pero con severas consecuencias colaterales en materia de salud y seguridad social, pues los sistemas asistenciales deben ocuparse de un mayor número de personas que, al haber llegado a una edad no productiva, demandan atención más costosa y tienen menos para aportar.

De hecho y descendiendo a nuestra realidad y a la situación de las universidades, estudios hechos hace menos de treinta años proyectaban un crecimiento superior en Bogotá a la demanda agregada de plazas universitarias, que fallaron, pues no tuvieron en cuenta la baja en la tasa de natalidad y un comportamiento que ha producido un éxodo no calculado de antiguos habitantes de la ciudad hacia poblaciones de la región o hacia ciudades intermedias con costos y condiciones de vida mejores que los de la capital. Por consiguiente, se está produciendo un déficit en las solicitudes de inscripción, por esta sola circunstancia, que, desde luego, debe analizarse juntamente con otras.

Pero, naturalmente, estas y otras variables fundamentales incluyen, en sí mismas, amplias posibilidades de ser aprovechadas, como especialmente se avizora con la tecnología. Y si algunas entrañan verdaderos riesgos, no las menciono como una premonición apocalíptica ni menos como una invitación para bajar los brazos y echarnos a morir como se diría coloquialmente. Solo que, de su reconocimiento y de los desafíos que generan, tiene que surgir un esfuerzo colectivo de adaptación y de respuestas para superarlas, pues en su formulación resulta prioritario definir qué clase de educación vamos a ofrecer.

He tenido el honor de ser dos veces consiliario de la Universidad y, en la segunda ocasión, tuve oportunidad de revisar la forma como se han definido los currículos en las carreras que ofrecemos. Mi primera idea ha sido pensar que con carreras más cortas deberíamos estructurar un programa de dos años comunes para todas ellas, donde pudiéramos combinar el humanismo con la tecnología, ambos vitales para domeñar el mundo que nos tocó vivir. Y que en los dos años siguientes pudiesen encontrar

los alumnos los programas de un sinnúmero de posibilidades por las que pudieran optar, incluyendo las que los profundicen en ciencias básicas, en arte, en ingeniería, en relaciones internacionales, en ciencias y técnicas de la administración, en ciencias de la salud, en programación y en ciencias jurídicas, para citar algunas, pero sabiendo que su mundo será polifuncional, que seguramente a lo largo de sus vidas estos fundamentos tendrán que servir para adaptarse a quehaceres diversos, y que más allá de muchos conocimientos la universidad le debe brindar instrumentos para manejar la vida y las responsabilidades que cada uno deba asumir. Tal vez, si me permiten volver a mis juegos con la letra C del Conocimiento y la Creatividad, pienso que al final lo más importante es el Criterio. La capacidad de analizar, evaluar y decidir, para poder conocer la verdad actuando con juicio y discernimiento, como acertadamente lo define el Diccionario de la Lengua Española.

Y en ambas consiliaturas perdí una batalla sobre un tema en el que me volví monotemático: la necesidad de fortalecer el estudio del inglés. De que nuestros egresados fueran bilingües a lo largo de la carrera y que al salir pudieran perfeccionar el conocimiento de otros idiomas. De entender que, como se sabe hace muchísimos años, el 90 por ciento de la ciencia y la tecnología están escritos en inglés. Que quizás una de las más valiosas experiencias del programa Erasmus en las universidades europeas ha sido formar profesionales multilingües para un mundo que, más allá de las circunstancias temporales que alteren las relaciones entre los países, debe considerarse como un “mundo ancho y ajeno” como diría Ciro Alegría. Que manejar otros idiomas es una forma de integrarse a ese mundo y no quedar limitado por el entorno parroquial.

Pero en verdad, fue una lucha romántica tratando de emular al ilustre rector Antonio Rocha Alvira, uno de los más visionarios que la Universidad ha tenido en los últimos cincuenta años. Multifacético con una brillante carrera como jurista y hombre público, el doctor Rocha ejerció la Rectoría cuando ya frisaba los 70 años de edad. De una inteligencia prodigiosa y un fascinante trato de diplomático y hombre de Estado, era persona de recio carácter, pero de un excelente sentido del humor. Creó la Escuela de Traducción simultánea lo que trajo al frío y formal ambiente de la época la asistencia de alumnas de los mejores colegios bilingües de Bogotá, lo cual revolucionó la vida en el patio del claustro. La vestimenta color-

da, elegante e informal, al mismo tiempo, contrastó de inmediato con la acartonada vestimenta de los alumnos y produjo una especie de alboroto permanente generado por el desfile de las nuevas alumnas hacia y desde sus aulas.

Para completar el proceso que buscaba transformar el Colegio Mayor y convertirlo en una universidad moderna, dictó un decreto rectoral estableciendo el estudio obligatorio del inglés y la exigencia de evidenciar su dominio como requisito de grado. ¡Quién dijo miedo! Los estudiantes, en particular los de jurisprudencia que constituían la inmensa mayoría, protestaron en diversas formas. ¿Cómo era posible, dijeron, que se les impusieran condiciones que no existían cuando ingresaron a la universidad? Como buenos abogados, arguyeron que en esa forma se desconocían derechos adquiridos, y declararon la huelga. El doctor Rocha, hombre corajudo y que no eludía el debate, descendió al primer piso e ingresó al Refectorio donde se habían agrupado los querellantes, se quitó el saco, se subió a una mesa y trató de hacerles entender la bondad e importancia de la decisión. Al salir subió a su despacho y expresó en un monólogo su tremenda frustración, como vine a conocerlo en detalle años después, al tener la fortuna de casarme con María del Pilar Salazar Camacho, una de las más brillantes estudiantes de su generación, colegial de número y electora del Rector, de quien fue su secretaria privada mientras estuvo en la universidad. El doctor Rocha se sentó en su silla y le dijo:

María del Pilar, tenemos que derogar el Decreto. Les di mis mejores argumentos para que entendieran la importancia de hablar inglés. Los ilustré sobre lo que ello significaría en su ejercicio profesional y en sus posibilidades de crecimiento. Traté de persuadirlos en todas las formas de las ventajas que tendrían, pero fue inútil. ¡Qué pesar! [Guardó luego unos segundos de silencio y concluyó:] Qué podemos hacer... ¡Que facturen en pesos!

Quisiera invitar a todos los rosaristas a que adoptemos una actitud como la del ilustre e inolvidable rector. Creativa, ambiciosa y visionaria, para que, sin renunciar a nuestras tradiciones, esté dispuesta a cambiar y revisar lo que resulte necesario para avanzar en el fortalecimiento de nuestra identidad histórica frente a una nueva realidad.

En semanas recientes la Universidad y sus instituciones han sido sometidas a prueba. Una situación de enorme tensión se produjo ante los reclamos coincidentes de diferentes grupos de interés, incluidos alumnos, profesores,

asociaciones de egresados, antiguos colegiales y ex consiliarios. La reacción institucional se produjo con rapidez por una decisión de la conciliatoria, animada sin duda por la recomendación de cuatro ex rectores, incluidos los dos últimos, un médico, un abogado, un economista y un administrador de empresas, y una vicerrectora economista que suscribió el comunicado, recomendando la solución. La oportuna decisión ha abierto las puertas a un proceso que, con el enriquecimiento que resulte conveniente ante circunstancias distintas y sobrevinientes, conducirá a la designación de un nuevo rector. Será un nuevo desafío que superaremos, sin duda, como lo hemos hecho a lo largo de cerca de cuatro siglos construyendo la historia de la República.

Esta tarea tiene que desarrollarse en paralelo, y en lo que he denominado el frente externo, en un cuidadoso estudio y toma de posición sobre el proyecto de reforma de la educación y la particular condición de la Universidad, cuya autonomía, como la de todas las entidades de su género, es fundamental para poder seguir jugando el papel protagónico que le corresponde. En esta tarea el apoyo del Colegio de Abogados Rosaristas y el de los miembros de la Academia de Jurisprudencia, será fundamental.

Señor Rector, señora vicerrectora y decana de la Facultad de Jurisprudencia, señor exrector, señores exconsiliarios y demás miembros de la mesa de honor, apreciados funcionarios a cuyo cargo estuvo la organización de este evento, queridos colegiales y alumnos, queridos compañeros, familiares y amigos que han tenido la gentileza de acompañarnos:

La vida generosa me ha permitido celebrar este onomástico con el entusiasmo y la energía con los que he vivido a lo largo de los años, con la alegría de haber logrado el sueño de enseñar y aprender cada mañana. No tengo nada que agregar. Quizás, apenas decir con el poeta Amado Nervo:

“Amé, fui amado, el sol acarició mi faz. ¡Vida, nada me debes! ¡Vida, estamos en paz!”



Membresía

NOVEDADES DE LA MEMBRESÍA

ASCENSOS ACADÉMICO HONORARIO				
No.	NOMBRES ACADÉMICOS	FECHA DE POSESIÓN ACADÉMICO CORRESPONDIENTE	FECHA DE POSESIÓN ACADÉMICO DE NÚMERO	FECHA DE POSESIÓN ACADÉMICO HONORARIO
1.	TRUJILLO MUÑOZ AUGUSTO	ACTA No. 03, SESIÓN SOLEMNE, NOVIEMBRE 7 DE 1997.	ACTA No. 07, SESIÓN SOLEMNE, AGOSTO 26 DE 2005.	ACTA No. 013, SESIÓN SOLEMNE, AGOSTO 1 DE 2024.

ASCENSOS ACADÉMICOS DE NÚMERO				
	NOMBRES DE ACADÉMICOS	FECHA DE POSESIÓN ACADÉMICO CORRESPONDIENTE (DD/MM/AA n.º ACTA)	FECHA DE POSESIÓN ACADÉMICO DE NÚMERO (DD/MM/AA n.º ACTA)	FECHA DE POSESIÓN ACADÉMICO HONORARIO (DD/MM/AA n.º ACTA)
1.	BEJARANO GUZMÁN RAMIRO	ACTA No. 632, SESIÓN ORDINARIA, MARZO 10 DE 1993.	ACTA No. 016, SESIÓN SOLEMNE, SEPTIEMBRE 19 DE 2024.	
2.	ABELLO GALVIS RICARDO	ACTA No. 005, SESIÓN SOLEMNE, OCTUBRE 4 DE 2017.	ACTA No. 025, SESIÓN SOLEMNE, NOVIEMBRE 28 DE 2024.	

INGRESO ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES		
NOMBRES ACADÉMICOS	ACADÉMICO CORRESPONDIENTE (DD/MM/AA n.º ACTA)	
1.	OVIEDO ALBÁN JORGE	ACTA No. 012, SESIÓN SOLEMNE, JULIO 25 DE 2024.
2.	PAZ MARTHA CECILIA	ACTA No. 014, SESIÓN SOLEMNE, AGOSTO 15 DE 2024.
3.	RODRÍGUEZ TAMAYO MAURICIO	ACTA No. 015, SESIÓN SOLEMNE, SEPTIEMBRE 5 DE 2024.
4.	EXPÓSITO VÉLEZ JUAN CARLOS	ACTA No. 017, SESIÓN SOLEMNE, SEPTIEMBRE 26 DE 2024.
5.	FONTALVO RESTREPO JORGE	ACTA No. 018, SESIÓN SOLEMNE, OCTUBRE 3 DE 2024.
6.	BULA ESCOBAR GERMÁN ALBERTO	ACTA No. 019, SESIÓN SOLEMNE, OCTUBRE 10 DE 2024.
7.	BELTRÁN SIERRA ALFREDO	ACTA No. 020, SESIÓN SOLEMNE, OCTUBRE 17 DE 2024.
8.	FAJARDO GÓMEZ MAURICIO	ACTA No. 021, SESIÓN SOLEMNE, OCTUBRE 31 DE 2024.
9.	CHARRY URUEÑA JUAN MANUEL	ACTA No. 022, SESIÓN SOLEMNE, NOVIEMBRE 7 DE 2024.
10.	ORTÍZ GUTIÉRREZ JULIO CÉSAR	ACTA No. 023, SESIÓN SOLEMNE, NOVIEMBRE 14 DE 2024.
11.	BOTERO NAVIA JUAN CARLOS	ACTA No. 024, SESIÓN SOLEMNE, NOVIEMBRE 21 DE 2024.

INGRESO ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS		
NOMBRE DEL ACADÉMICO	PAÍS	FECHA DE POSESIÓN ACADÉMICOS EXTRANJEROS
190	VICIANO PASTOR ROBERTO	ACTA No. 022, SESIÓN SOLEMNE, NOVIEMBRE 7 DE 2024

AG: ACADÉMICO CORRESPONDIENTE / AN: ACADÉMICO DE NÚMERO / AH: ACADÉMICO HONORARIO / PH: PRESIDENTE HONORARIO

SILLONES	
SILLONES	POSESIONES
SILLÓN 61	
BEJARANO GUZMÁN RAMIRO	ACTA NO. 632, SESIÓN ORDINARIA, MARZO 10 DE 1993 SE POSESIONÓ COMO ACADÉMICO CORRESPONDIENTE. ACTA No. 015, SESIÓN SOLEMNE, SEPTIEMBRE 19 DE 2024 SE POSESIONÓ COMO ACADÉMICO DE NÚMERO.
SILLÓN 62	
ABELLO GALVIS RICARDO	ACTA No. 005, SESIÓN SOLEMNE, OCTUBRE 4 DE 2017 SE POSESIONÓ COMO ACADÉMICO CORRESPONDIENTE. ACTA No. 025, SESIÓN SOLEMNE, NOVIEMBRE 28 DE 2024 SE POSESIONÓ COMO ACADÉMICO DE NÚMERO.

FALLECIDOS			
	POSESIONES		FALLECIMIENTO
CUEVAS CUEVAS EURÍPIDES DE JESÚS	ACTA No. 05, SESIÓN SOLEMNE, OCTUBRE 15 DE 1997 (ACADÉMICO CORRESPONDIENTE).	ACTA No. 01, SESIÓN SOLEMNE, JULIO 17 DE 2008 (ACADÉMICO DE NÚMERO).	FALLECIMIENTO 4 DE AGOSTO DE 2024.
FERNÁNDEZ SANDOVAL HERACLIO	ACTA No. 05, SESIÓN SOLEMNE, AGOSTO 4 DE 2005 (ACADÉMICO CORRESPONDIENTE).	ACTA No. 04, SESIÓN SOLEMNE, AGOSTO 13 DE 2012 (ACADÉMICO DE NÚMERO)	FALLECIMIENTO 23 DE OCTUBRE DE 2024.



Reseña
Revista de la
Academia Colombiana
de Jurisprudencia

BREVE RESEÑA DE LA REVISTA DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA

Hernán Alejandro Olano García*
Académico de número

La Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia podría decirse que es la publicación jurídica de más largo aliento en la nación.

Su andadura comenzó casi paralela a la fundación de la Corporación (en 1894), pues la publicación, que inicialmente se llamó “Anales de Jurisprudencia”, fue publicada en los Talleres de la Casa Editorial de J. & L. Pérez, encomendada a la Comisión de Publicaciones, integrada por los académicos Teodoro Valenzuela, Edmond Champeau, Guillermo Uribe, Diego Mendoza y Eduardo Posada y actuando como suplentes Manuel M. Fajardo, Ramón González, Enrique Gamboa, Alejo de la Torre y Adolfo León Gómez, quien fue el primer director.

En el primer editorial de los Anales, el director fijó el derrotero de esta revista:

* Abogado con especializaciones en Derechos Humanos, Bioética, Derecho Constitucional y Ciencias Políticas, Derecho Canónico, Liderazgo Estratégico Militar, Gerencia de la Gestión Ambiental y, Pedagogía y Docencia Universitaria; maestrías en Derecho Canónico, en Relaciones Internacionales y en Educación; doctor en Derecho Canónico con estancias de investigación posdoctoral en Derecho Constitucional y en Historia. Miembro de número, sillón n.º 14 de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Actualmente es el rector de la Institución Universitaria Colegios de Colombia (Unicoc). Contacto: hernanolano@gmail.com y rector@unicoc.edu.co

No se trata, pues, de un periódico político, ni de combate, como los que a menudo aparecen y desaparecen para dar testimonio de la ardentía de nuestras pasiones, de la mutua intolerancia de los partidos y de la necesidad que tenemos de fundar algo serio en materia de prensa, que pueda salvar nuestras fronteras y hacernos conocer ya que no como hombres de ciencia, al menos como aspirantes a poseerla y a fundar en ella nuestras esperanzas para el porvenir.

En 1898, la revista pasó a editarse en la Imprenta de La Luz cuando cambió su director, ocupando esa misión Miguel S. Uribe Holguín y fungiendo como redactores Adolfo León Gómez y Fernando Garavito Armero. Esos “Anales de Jurisprudencia”, por medio de la carta # 539 del 16 de marzo de 1896 del subsecretario de Gobierno, encargado del despacho del Ministro de Gobierno, don Antonio W. Robayo, obtuvieron permiso para ser vendidos al público.

En 1899, los suscriptores de los “Anales de Jurisprudencia” recibieron como ñapa a la publicación de ese año, el Directorio General de Abogados de Colombia, que editó la imprenta y librería de Medardo Rivas.

La Revista, con motivo de la Guerra de los Mil Días, dejó de publicarse entre 1900 y 1902 y reapareció en 1903 bajo la coordinación del académico Vicente Olarte Camacho. Desde esa época, hace ya 117 años, ha seguido editándose bajo el nombre de “Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia”, emblema publicitario de la doctrina escrita por los académicos de la Corporación, habiéndose publicado hasta ahora 380 números.

Como curiosidad, vale la pena anotar que nunca se publicaron las revistas numeradas 179-180 (se editaban de a dos números por tomo), lo cual se hace constar en la Revista 181, por los inconvenientes que la Academia tuvo al declarar ilegítimo el Gobierno del general Rojas Pinilla.



Carta a los autores

PAUTAS DE REDACCIÓN DE LA REVISTA DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA

En desarrollo de la misión de la Academia Colombiana de Jurisprudencia de contribuir al análisis y solución de los diversos problemas jurídicos de relevancia nacional e internacional, la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia aporta, durante cada año, valiosos insumos académicos, doctrinarios y dogmáticos, con miras a fortalecer el mundo del derecho y garantizar una transformación institucional, constitucional y legal, necesaria para un ejercicio del derecho que se distinga por su carácter ético, virtuoso y liderazgo de altísimas calidades académicas y humanas.

Para efectos de publicación, los requisitos de forma y de fondo (indispensables para garantizar la calidad académica y editorial de la publicación) son los siguientes:

1. Los artículos deben ser inéditos y, preferiblemente, resultado de una reflexión sistemática-doctrinaria o de un proyecto de investigación. Esto, puesto que la Revista es sometida a evaluación de pares académicos en aras de certificar que es fruto de un proceso de investigación.
2. Los artículos deben remitirse al correo de la Dra. Yadira Alarcón Palacio, directora de la Revista.
Contacto: revista@academiacolombianadejurisprudencia.com.co
3. Los artículos deben presentarse en letra *times new roman* 12, a espacio y medio.
4. La extensión del artículo no podrá superar veinte páginas. Lo anterior, para efectos de lectura, síntesis, arbitraje y calidad editorial.

5. Título del artículo (en español y en inglés) debidamente relacionado con el contenido.
 - 5.1 Los académicos vinculados con universidades, por medio de cita al pie, deben precisar el nombre del proyecto de investigación al cual está adscrito el autor del artículo junto con la correspondiente afiliación institucional.
 6. Nombre del autor (con cita al pie en la que se detalle, de manera concisa, el perfil académico y profesional del autor del artículo, el correo electrónico y los datos del contacto).
 7. Resumen del artículo (en español y en inglés. Máximo 120 palabras).
 8. Palabras clave (en español y en inglés. Máximo 5 palabras).
 9. Introducción (máximo 600 palabras).
 10. Desarrollo del artículo.
 11. Bibliografía.
 12. El artículo deberá ser presentado con normas Chicago-DEUSTO (6^{ta} edición).
- * Esta revista es divulgada tanto en forma impresa como en formato digital a texto abierto.

*Esta publicación se ha financiado mediante la
transferencia de recursos del Gobierno Nacional
a través del Ministerio de Educación, a la
Academia Colombiana de Jurisprudencia.
El Ministerio de Educación Nacional no es responsable
de las opiniones aquí expresadas.*

