

ANUARIO JUSTICIA Y RAZÓN 2011

COORDINADORES:

Beatriz Eugenia Suárez López
Edgar Hernán Fuentes Contreras
Adriana Rincón Villegas



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO

PROGRAMA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

ANUARIO
JUSTICIA Y RAZÓN
PROGRAMA DE DERECHO
2011



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO

Anuario justicia y razón: programa de derecho 2011 / coordinadores Beatriz Eugenia Suárez López, Edgar Hernán Fuentes Contreras, Adriana Rincón Villegas. – Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Facultad de Ciencias Sociales. Programa de Derecho, 2013.
184 páginas

1. CONTRATOS DE ADHESIÓN. 2. RESPONSABILIDAD CIVIL. 3. LEY DE VICTIMAS Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS. 4. CESIÓN DE CONTRATOS. 5. DERECHO PROBATORIO. I. Suárez López, Beatriz Eugenia, coord. II. Fuentes Contreras, Edgar Hernán, coord. III. Rincón Villegas, Adriana, coord.

CDD340.02"A636s"

Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano
Carrera 4 N° 22-61 - pbx: 242 7030 - www.utadeo.edu.co

Anuario Justicia y Razón 2011

Primera edición: 2013

Rectora: Cecilia María Vélez White

Vicerrector académico: Diógenes Campos Romero

Decano de la Facultad de Ciencias Sociales: Jorge Orlando Melo González

Decano del Programa de Derecho: Carlos Andrés Gómez González

Director editorial: Fabio Lozano Uribe

Coordinación editorial: Henry Colmenares Melgarejo

Revisión de textos: Henry Colmenares Melgarejo

Diseño de portada y diagramación: Oscar Joan Rodríguez

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin
autorización escrita de la Universidad.

Impreso en Colombia - Printed in Colombia

ANUARIO
JUSTICIA Y RAZÓN
PROGRAMA DE DERECHO
2011

COORDINADORES:

Beatriz Eugenia Suárez López
Edgar Hernán Fuentes Contreras
Adriana Rincón Villegas



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO

PROGRAMA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

CONTENIDO

	Pág.
PRÓLOGO	9
<hr/>	
CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE ADHESIÓN <i>Jorge Ernesto García Ortiz</i>	13
<hr/>	
RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LA CIRUGÍA GENERAL <i>Jessica Barrera García</i>	47
<hr/>	
LEY DE VÍCTIMAS Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS: RESPUESTA DEL ESTADO PARA LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO COLOMBIANO <i>Diana Carolina Ariza Rocha</i>	81
<hr/>	
LA CESIÓN DE CONTRATO ESTATAL EN COLOMBIA <i>Wilberth Francisco García Riveros</i>	115
<hr/>	
LOS PRINCIPIOS UNIVERSALES PROBATORIOS: LA LABOR JURISDICCIONAL EN LA CONFORMACIÓN DEL ESTADO GLOBAL <i>Semillero de Investigación: “Justicia y Razón”.</i>	151
<hr/>	

PRESENTACIÓN

El Anuario “Justicia y Razón” se estableció como un espacio de publicación, reconocimiento y estímulo para los estudiantes y los egresados del Programa de Derecho de la Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, en el marco de los lineamientos de investigación de la Facultad y del Programa y desarrollando los aspectos respectivos del modelo de investigación formativa adoptado por nuestra Universidad.

En este sentido, como medio de difusión de los resultados de investigación, se publican los artículos, ponencias y asistencias de investigación que puedan tener dicho reconocimiento, debido a su aporte a la teoría, filosofía, sociología o historia jurídica, y siendo, además, una contribución inédita.

El presente Anuario se encuentra coordinado por profesores del Programa de Derecho y egresados –que hayan demostrado excelencia investigativa–, estableciéndose como un método, un incentivo y por supuesto, un resultado de labores conjuntas, armónicas y partidarias para mantener los lazos concernientes como comunidad tadeísta y para la generación de vínculos de apropiación y discusión en el ámbito académico nacional e internacional. De este modo, y fácilmente, esta publicación se advierte, tal como lo ha entendido la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, como un proceso de comprensión y de construcción conjunta del conocimiento, que se ha querido compartir y por supuesto, que se garantiza con la frase de William Butler Yeats: *“La educación no es llenar el cubo, sino encender el fuego”*.

CARLOS ANDRÉS GÓMEZ G.

Decano Programa de Derecho
Facultad de Ciencias Sociales
Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano

ÉDGAR HERNÁN FUENTES C.

Coordinador de Semillero de Investigación
Programa de Derecho
Facultad de Ciencias Sociales
Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano

PRÓLOGO

La presente publicación, la cual tenemos el agrado de coordinar, se constituye en la segunda edición que se produce del *Anuario Justicia y Razón*, estableciéndose un mecanismo congruente e idóneo para poner en conocimiento y en discusión de la comunidad académica nacional e internacional, los aportes significativos que se originan y generan en el interior del Programa de Derecho de la Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, bajo la materialización de la investigación formativa.

De este modo, se seleccionan y compilan cuatro textos de los egresados Jorge Ernesto García Ortiz, Jessica Barrera García, Diana Carolina Ariza Rocha y Wilberth Francisco García Riveros y la ponencia realizada por los estudiantes que conforman el Semillero de Investigación “Justicia y Razón” del Programa de Derecho y participantes en el Concurso del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

El primero de ellos, desarrollado por **Jorge Ernesto García Ortiz**, presenta y dilucida aspectos de relevancia jurídica sobre un tema novedoso y de impacto social como lo es el de las cláusulas abusivas en los denominados contratos de adhesión; efectuando para ello una breve aproximación donde señala y expone las condiciones y características esenciales de dichas cláusulas, y su respectivo tratamiento jurídico a nivel comparado, con énfasis en el marco colombiano, que consigue establecer una herramienta de gran utilidad en la reconstrucción legal y jurisprudencial para la protección de quien pudiese llamarse la parte débil del contrato.

Seguidamente se cuenta con el artículo titulado “Responsabilidad civil médica en la cirugía general”, de autoría de **Jessica Barrera García**, donde presenta no solo una reconstrucción histórica de la responsabilidad civil, sino, conjuntamente, acercamientos a las nociones de culpa, responsabilidad civil contractual y extracontractual y el desarrollo sobre la responsabilidad médica y el régimen aplicable a la misma, especialmente dentro del ordenamiento jurídico colombiano, terminando dicho estudio con una propuesta de equiparación, en el caso puntual de las cirugías.

Por su parte, la asistente de investigación **Diana Carolina Ariza Rocha** nos presenta una revisión de la “Ley de Víctimas y Restitución de Tierras”, señalando cómo en ella se amplía el ámbito de protección a las víctimas con el propósito

de cumplir con los parámetros internacionales trazados por importantes organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente, indica algunos puntos críticos de la ley con el fin de llamar la atención a los organismos encargados de su aplicación, siempre con la meta de pretender una mejor cobertura a los derechos de las víctimas.

El artículo de **Wilberth Francisco García Riveros**, nominado “La cesión de contrato estatal en Colombia”, formaliza una exploración de esta figura desde el punto de vista de la administración pública en Colombia. La administración, al igual que los particulares, se vale del contrato como figura de valor económico incorporada plenamente al comercio jurídico para el cumplimiento de sus fines, pero con condiciones diferentes a las establecidas en el derecho privado. Es por esta razón que se hace necesario el estudio dogmático de la cesión de contrato en los contratos estatales, como una figura cuya utilidad radica en la posibilidad de transferir o sustituir la totalidad de derechos y obligaciones a un cesionario, bajo aceptación necesaria de la administración actuando como contratante y evitando a toda costa cualquier perjuicio al Estado, derivado de la aplicación de esta figura.

El último aporte de esta edición es la ponencia presentada al Concurso del Instituto Colombiano de Derecho Procesal en el año 2011; la misma se titula “Los principios universales probatorios: la labor jurisdiccional en la conformación del Estado global”. Dicha ponencia profundiza sobre la tendencia contemporánea a la unificación y globalización de las ciencias jurídicas; en efecto, para sus autores, en términos comparativos e históricos, es fácil insinuar que el contexto actual de los Estados contemporáneos es analógicamente equiparable con las conformaciones políticas y sociales medievales que fueron determinantes para la concepción y nacimiento del Estado moderno. Debido a ello, es apreciable que los Estados contemporáneos están en una etapa medieval, intermedia que se direcciona con ahínco a la conformación del Estado global. En este sentido, el texto muestra su relevancia generando una propuesta de formulación y análisis de aquello que señalan como “Principios universales probatorios”. Así, llevan a cabo una descripción de su uso en los sistemas internacionales jurisdiccionales y de los principios mencionados a la luz de los derechos humanos como razonamiento universal.

Con una segunda recopilación de cinco artículos, entre ponencias, asistencias de investigación y productos monográficos, de altísima calidad y con los temas más variados, se consigue un texto que seguramente va a ser referencia en los temas aludidos, pero que, además, nos permite exaltar un año completamente

acaudalado de productos y publicaciones investigativas del Programa de Derecho, y por supuesto, a la egresada y colega **Adriana Rincón Villegas**, escogida como coordinadora, igualmente de este texto, cuya contribución y apropiación al Programa ha sido muy significativa, –sin demeritar a los otros egresados postulados para dicho reconocimiento–, y que permite seguir augurándole los mayores éxitos en su desempeño investigativo y profesional.

ÉDGAR HERNÁN FUENTES C.

Docente Programa de Derecho
Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano

BEATRIZ EUGENIA SUÁREZ LÓPEZ

Docente Programa de Derecho
Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE ADHESIÓN*

Jorge Ernesto García Ortiz**

Sumario: INTRODUCCIÓN. I.- Negocio jurídico y contrato. II.- Cláusulas abusivas y su situación actual. III.- Panorama internacional de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. IV.- Las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión en Colombia. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La complejidad de las relaciones modernas y el flujo de las relaciones económicas nacidas con la proliferación de las sociedades de consumo masivas,¹ necesitaron de una forma contractual que respondiera a las necesidades propias de la actualidad, donde la velocidad de las transacciones es determinante y donde es imposible que los productores y consumidores puedan sentarse a discutir las cláusulas de todos y cada uno de los contratos celebrados.

* El presente artículo se estructura a partir de la monografía del mismo título: *“Cláusulas Abusivas en el Contrato de Adhesión”*, presentada para obtener el título de abogado en la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Dirigida por el profesor Mateo Jaramillo Vernaza y evaluada por los jurados Jairo Pulecio y José Manuel Suárez.

** Abogado egresado de la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano en el año 2010. Correo electrónico: jorgeernestotito@gmail.com. Abogado de la Oficina de Apoyo Legal en Cajanal - EICE en Liquidación - Liquidación de Contrato de Fiducia Mercantil.

1 Una sociedad masiva de consumo implica por un lado la producción masiva de bienes y servicios, y por otro lado una serie de consumidores dispuestos a obtener esa producción. *“Primitivamente, el consumo era incentivado por la necesidad de satisfacer necesidades básicas; ahora, nos encontramos frente a un consumo sofisticado, en el cual consumir implica mucho más que el abastecimiento primario, es una acción determinante del acceso a un determinado estatus. La posibilidad de acceder a algunos productos implica la saciedad de apetencias mucho más complejas que las primitivas; ahora se involucran y conjugan satisfacciones físicas, psíquicas, espirituales y sociales. Se genera un entorno que predispone para el consumo, que implica la instalación de una ‘cultura del consumo’ en la cual influyen la organización del tiempo libre para que los consumidores puedan dedicarse a consumir y la idea de estatus asociada al consumo de determinados bienes o marcas. (...) puede afirmarse entonces que, aunque parezca paradójico, la insatisfacción del consumidor moderno es el verdadero motor de la sociedad de consumo.”*. DANTE, Rusconi. *“Esencia del Derecho del Consumidor”*. En Dante Rusconi (coord.), *Manual de Derecho de Consumidor*. Buenos Aires: Abeldo Perrot, 2009, pp. 7 y 8.

Es así como nace la figura del contrato de adhesión, donde las cláusulas son impuestas de manera unilateral por la parte más fuerte,² y que claramente domina en la actualidad a los contratos negociados. A pesar de que los contratos donde están envueltas transacciones de gran magnitud son negociados, la mayoría de contratos comerciales, como la distribución y venta a consumidores, son formas estandarizadas, sobre las cuales no hay negociación, estas formas son los llamados contratos de adhesión, en el cual, una parte deja a la contraparte la posibilidad de aceptar o rechazar los términos contractuales sin que haya lugar a negociarlos.

A todas luces se evidencia que quien tiene la ventaja en el negocio es la parte que presenta la forma, pues es quien libremente puede incorporar las normas a su gusto, dejando a la contraparte con el peso de la obligatoriedad del contrato, que es ley para las partes, pues el aceptante ha consentido de manera general el contrato de adhesión. En esto precisamente consiste la desventaja, porque esta parte está obligada a todo lo allí contenido, sin importar si no lo entiende, si no lo ha leído, si está en desacuerdo o si las cláusulas lo perjudican. Estas últimas son llamadas cláusulas abusivas, que son todas aquellas establecidas en beneficio exclusivo del oferente y en perjuicio del adherente o que contenga facultades injustificadas para el oferente. Por lo que es necesario preguntarse ¿cómo ha sido el tratamiento a las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión por parte de la doctrina, la jurisprudencia, y la legislación en los diferentes sistemas jurídicos y específicamente en Colombia? Este artículo propone realizar una breve aproximación (desde diferentes perspectivas), a las condiciones y características esenciales de las cláusulas abusivas dentro del contrato de adhesión y su tratamiento en diferentes sistemas legales, con énfasis en el caso colombiano, en el cual se presenta una gran proliferación de contratación por adhesión en servicios al consumidor y en muchas ocasiones en detrimento de este, por lo que es relevante realizar una reconstrucción legal y jurisprudencial de la protección presente en el sistema colombiano, para determinar si esta es efectiva.

Se presenta entonces este artículo como una revisión bibliográfica, jurisprudencial, normativa y doctrinal de textos que provienen desde la génesis de la figura

2 “En la actualidad predominan los contratos con cláusulas predisuestas y, con estas, la posibilidad cierta y real de incorporar cláusulas abusivas, dado que el contenido del contrato es obra exclusiva y excluyente del profesional”. STIGLITZ, Rubén S. “Contrato de Consumo y Cláusulas Abusivas”. En: *Revista Contexto* de la Universidad Externado de Colombia, Nº 32, p. 33. En: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/contexto/article/viewFile/1712/1539>, (consultado: 28 oct., 2010).

del contrato de adhesión hasta textos contemporáneos que desarrollan la figura de las cláusulas abusivas en dicho contrato.

La parte I incluye las definiciones clásicas de negocio jurídico, contrato, contrato de adhesión y el análisis de su naturaleza jurídica. La parte II presenta las cláusulas abusivas y su situación actual, primero desde la perspectiva del análisis económico del derecho y a continuación, las técnicas de protección legislativa en los contratos de adhesión. La parte III examina el panorama internacional de las cláusulas abusivas dentro del contrato de adhesión, estudiando el caso norteamericano y el europeo en general. La parte IV finalmente enfatiza en las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión en Colombia, argumentando la falta de una noción clara de esta figura en la legislación.

I. NEGOCIO JURÍDICO Y CONTRATO

A. NEGOCIO JURÍDICO

Siendo la figura de la adhesión una especie particular de contrato, que a su vez es una especie de negocio jurídico, el primer acercamiento a las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión se debe hacer desde la definición de negocio jurídico.³ Se puede entender como negocio jurídico: “(...) *el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función jurídica que caracteriza su tipo (típica en este sentido)*”.⁴ Esta definición de negocio jurídico lo presenta como el acto propio del individuo, que busca tanto regular las relaciones de interés entre las partes, en el sentido de satisfacer necesidades, como también lograr que el derecho reconozca los efectos que tiene este acto de interés.

3 “(...) se observa que la autonomía privada cumple en concreto, la función de la circulación de los bienes a través de específicos instrumentos: los negocios, que ella mimica se forja, y que luego son reconocidos como idóneos para la realización de las finalidades que se propone. Se destaca, más aún –y aquí se perfila un nuevo campo para nuestro análisis– que el reconocimiento de la autonomía negocial constituye, un propio y preciso contenido, y que tomó color, por decirlo así, solo en relación con los negocios que en un determinado ambiente son efectivamente admitidos”. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Negocio Jurídico*. Lima: Editorial Grijey, 2004, p. 118.

4 BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Granada: Editorial Comares, S.L, 2000, p. 57.

B. CONTRATO

Es necesario, para el estudio de la figura del contrato, darle a este la importancia propia de un acto de carácter económico que vincule las relaciones de interés de unas personas con otras, para lograr satisfacer sus necesidades:

(...) todo acuerdo de voluntades celebrado con ánimo de crear obligaciones jurídicas, sin distinguir, ni en razón de la participación tomada efectivamente por cada una de las partes en los tratos, en la preparación de acto, ni en razón de la amplitud y persistencia de los efectos producidos por la operación”.⁵ Y su capacidad funcional inherente se manifiesta al ser (...) el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica sirviendo para satisfacer las necesidades humanas cualesquiera que sean ellas.⁶

En esta visión funcional, se presenta una idea de contrato claramente económica donde lo que se entiende como contrato es un mecanismo idóneo para lograr las finalidades de las personas en su vida en relación.

Entonces se entiende el contrato, como un acto complejo, que busca regular las relaciones del individuo con otros, relaciones que son de contenido económico. Por lo tanto, se debe anotar que el contrato tiene una función económica, un fin de satisfacción y un contenido de relaciones humanas, tal y como lo presenta el tratadista Francesco Messineo:

El contrato, cualquiera que sea su figura concreta, ejerce una función constante; el de ser el centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente opuestos, o por lo menos no coincidentes. Dichos intereses por el trámite del contrato, se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; de esto deriva, en el conjunto un incremento de utilidad, de la que participan en varias medidas cada uno de los contratantes, mientras que indirectamente se beneficia también a la sociedad. Debe agregarse, además, que —normalmente— el contrato es el instrumento que sirve para satisfacer intereses de carácter particular.⁷

5 JOSSEERAND, Luis. *Teoría General de las Obligaciones*. Bogotá: Editorial Leyer, 2007, p. 19.

6 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal- Culziona Editores, 2008, pp. 51 y 52.

7 MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, Tomo I, p. 34.

Esta definición responde a la evolución propia de la figura del contrato desde el derecho egipcio⁸ hasta nuestros días, y es a partir de esta serie de definiciones que se puede adentrar al estudio de una forma contractual muy frecuente en la vida actual, como lo es el contrato de adhesión y sus cláusulas.

i. Contrato de adhesión

Existen varias definiciones de contrato de adhesión, sin embargo, para el presente estudio se usarán dos; la primera: “(...) *los contratos mientras más difundidos en la práctica más se celebran hoy en día sobre la base de modelos predisuestos por las empresas y, por lo general, ignorados por el cliente (de modo que no pudiendo discutir el contenido, la libertad del contratante se reduce en sustancia a la de ‘tomarlo o dejarlo’)*”.⁹ Esta primera definición pone de presente la realidad de la aplicación de la figura del contrato de adhesión, donde es generalmente un ente económico el que predispone el contrato para su cliente y este únicamente tiene la facultad de elegir si adhiere o no.

Con la primera definición de contrato presentada, la segunda, que complementa la anterior, es: “*El contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas sin poder modificarlas (...)*”.¹⁰ Se puede derivar de esta definición de contrato de adhesión, que es una especie particular dentro del género de los contratos, caracterizado porque una de las partes ofrece a su contraparte unas cláusulas que no están sujetas a modificaciones y esta última solo tiene la posibilidad de decidir si adhiere o no. Este contrato se puede presentar de muchas maneras, una de estas la expone el profesor Guillermo Borda así: “*el caso del contrato de transporte celebrado por una empresa de servicio público,*

8 En el capítulo llamado “*Contrato, Magia y Esoterismo*”, P.G. Monateri realiza la reconstrucción histórica de dos sistemas jurídicos que convivieron al mismo tiempo, el romano y el egipcio, desde la óptica del contrato, abordando en primer lugar la *stipulatio* romana como el ejemplo máximo y evidente de la “*magia y lo esotérico*” imperante en las relaciones contractuales romanas, y en segundo lugar, nos expone una figura de contrato egipcia mucho más moderna, donde se determina de manera clara y evidente la reciprocidad sin ningún misticismo. De esta forma el autor determina que la forma más parecida a lo que se entiende en los sistemas actuales como contrato, es la forma de contratación egipcia. MONATERI, P.G. *La Invención Del Derecho Privado*. Bogotá: Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 2006, p. 164 y sig.

9 BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Tomo I, Volumen II, 1995, p. 614.

10 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Contratos*, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, Tomo I, 2004, p. 140.

que fija el precio del pasaje, el horario, las comodidades que se brindan al pasajero, etc.; este solo puede adquirir o no el boleto”.¹¹ Estos contratos se suscriben por diferentes razones, generalmente por la superioridad económica del oferente¹² o son también producto de “(...) la complejidad comercial y económica (...)”.¹³

El contrato de adhesión supone el rompimiento del paradigma de la concepción clásica de contrato, donde las cláusulas son producto de la negociación de las partes para el cumplimiento de fines y satisfacción de sus necesidades, dicha negociación se imposibilita debido a las exigencias inherentes en la vida moderna.¹⁴

ii. Naturaleza jurídica del contrato de adhesión

Tres escuelas han buscado explicar la naturaleza jurídica del contrato de adhesión. La primera, “La clásica o contractualista”,¹⁵ que defienden entre otros Georges Dereux¹⁶ y Manuel García Amigo,¹⁷ la cual propende por la idea de que el contrato de adhesión sí es un contrato, por dos razones básicas, en primer lugar, el contrato de adhesión produce los mismos efectos prácticos y jurídicos

11 BORDA, Guillermo. *Manual de Contratos*. Bogotá: Editorial Perrot, Ed. 16ª, 1993, p. 18.

12 La jurisprudencia constitucional, al establecer el alcance de esta disposición, ha señalado que “La Constitución ordena la existencia de un campo de protección a favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas”. Concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio N°. 05063562 de 2006. En RUBIO ESCOBAR, Jairo. *Derecho de los Mercados*. Bogotá: Legis S.A., 2007, pp. 473 y 474. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1141/2000. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. República de Colombia, Bogotá D.C., 30 de agosto de 2000.

13 OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, Ed. 7ª, 2005, p. 68.

14 “Debe reconocerse que las exigencias de la vida moderna y, en especial, las de la prestación en masa de los servicios, imponen, casi forzosamente la necesidad para quien ofrece el servicio masivo de preelaborar un modelo contractual y someterlo así a la consideración de sus potenciales clientes. Dada la multiplicidad de relaciones que se perfeccionan o surgen todos los días no sería posible, en la práctica, discutir con cada uno de los interesados las distintas circunstancias o particularidades que puedan corresponder a un contrato determinado”. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos Bancarios*, Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, pp. 115 y 116.

15 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 147.

16 DEREUX, George. “De la Nature Juridique des Contrats D’adhésion”. En: *Receu Trimestrielle de Droit Civil, 1910*. Citado en MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 148.

17 GARCÍA AMIGO, Manuel. “Consideraciones en Torno a la Teoría de las Condiciones Generales de los Contratos y los Contratos de Adhesión”. En *Revista de Derecho Español y Americano*, año X, 2ª época, Madrid, 1965. Citado en Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 148.

que los otros tipos de contrato y, en segundo lugar, que no existe ningún tipo de imposición que violente el consentimiento, ya que es el Estado el único que puede imponerse a terceros sin su consentimiento. La segunda tesis, “La tesis anticontractualista”,¹⁸ que defienden entre otros Raymond Saleilles¹⁹ y León Duguit,²⁰ que afirma que esta figura no puede ser considerada como contrato, y que resume su tesis en que la adhesión no es más sino una imposición unilateral que puede beneficiar o no al que se vincule a esta. Y la tercera y última, “La tesis intermedia”,²¹ que defienden entre otros, los Hermanos Mazeud²² y Jorge Mosset Iturraspe, entiende el contrato de adhesión como un acto de contratación con tintes reglamentarios; esta escuela intermedia reconoce la adhesión, y a su vez reconoce la existencia de un acto de un particular, que busca reglamentar el actuar de otro; sin embargo, el adherente debe tener una protección que se manifiesta en la ley, que es la encargada de proteger a la parte débil de posibles extralimitaciones en las cláusulas de la contratación.

Partiendo de las concepciones anteriores, se acepta que esta figura es en realidad un contrato, en donde una de las partes, por sus condiciones especiales, superioridad económica o posición dominante, le presenta a su contraparte un contrato sobre el cual no hay discusión de cláusulas, y, por lo tanto, lo único que se espera de esta es su aceptación o rechazo.

18 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 149.

19 SALEILLES, Raymond. *La Déclaration de Volonte*, París, 1901. Citado en: Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 150.

20 DUGUIT, León. *L'Etat, le Droit objectif et Loi Positive*. Bosch, Barcelona 1949. Citado en Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 148.

21 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 151.

22 “Ciertos autores presentan una tercera categoría de actos jurídicos bilaterales, que estaría a mitad de camino entre el contrato y la institución; es lo que denominan el contrato de adhesión. Cuando un individuo aislado contrata con un establecimiento poderoso —empresa de transportes, grandes almacenes, compañía de seguros, etc.—, no le cabe discutir las condiciones del contrato de igual a igual: ¡no se regatea el precio de un billete del ferrocarril! Uno de los contratantes, pues, impone su voluntad al otro; sin duda, el más débil tiene la posibilidad de no contratar; pero si contrata, sufre la ley del más fuerte, se adhiere a las normas que si han sido fijadas por el legislador, lo son desde luego por su otro contratante. Esta observación ha conducido al legislador a intervenir para asegurar la protección del contratante aislado contra la empresa más fuerte. Así fija tarifas o prohíbe los entendimientos entre productores cuando tienen por objeto suprimir la libre competencia. Así, del contrato de adhesión, y a causa de la intervención del legislador, se pasa al acto-condición”. MAZEUD, Henri, MAZEUD, León y MAZEUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1ª Parte, Volumen I, 1959, pp. 401 y 402.

II. CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU SITUACIÓN ACTUAL

Ahora bien, con el panorama inicial definido, se debe continuar con el estudio propio de las cláusulas en la contratación. Se puede entender como cláusula: “(...) *aquellos convenios concretos que hacen parte (por ello se le llaman ‘cláusulas’) del cuerpo de un negocio o contrato o que posteriormente lo adicionan (...)*”.²³ Es claro entonces que estas son el producto de la negociación apoyada en el consentimiento²⁴ de las partes que buscan con estas cláusulas satisfacer intereses comunes en el momento de la celebración del contrato; pero siendo el contrato de adhesión un contrato donde una persona acepta o rechaza las cláusulas, sin posibilidad de negociarlas, toma particular trascendencia lo que puede ser entendido como insoportable para el adherente, y cuáles deben ser los límites a los que las cláusulas en el contrato de adhesión deberán atender, o de lo contrario se entenderán como abusivas.

El tratadista Rubén Stiglitz define como abusiva toda “*Cláusula cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometan el principio de la mayor reciprocidad de intereses o que contengan la renuncia por el consumidor de facultades, sin fundamentos declarados que lo justifiquen*”.²⁵ En esta definición se plantean los principios del no abuso del derecho, la buena fe contractual y la reciprocidad contractual, que no deben ser violados sin justificación, pues de lo contrario, las cláusulas se entenderán como abusivas.

A. PERSPECTIVA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Una forma de abordar este tema es desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, la cual es una escuela de pensamiento jurídico, que busca analizar los fenómenos jurídicos desde la óptica de la microeconomía con respecto a los principios de bienestar y utilidad, como fines esenciales del derecho, haciéndolo una técnica meramente analítica.²⁶

23 LAFONT PIANETTA, Pedro. *Manual de Contratos. Panorama de la Negociación y Contratación Contemporánea*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, Tomo I, 2001, p. 252.

24 “(...) El acuerdo libre de la voluntad de las partes”. PLANIOL, Marcelo y RIPPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Habana: Cultural S.A., 1936, Tomo XI, p. 25.

25 A. M. MORELLO Y R. S. STIGLITZ. En ponencia presentada en las *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, celebradas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata en el año 1981 (*Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, N° 41, p. 228). En STIGLITZ, Rubén S. *Op. cit.*, pp. 34 y 35.

26 “Ante todo, cabe señalar que el Análisis Económico del Derecho es un método de evaluación de los casos particulares y de las instituciones jurídicas, siguiendo criterios económicos. Así

Esta escuela de pensamiento encuentra como uno de sus mayores exponentes a Richard Posner, el cual realizó un estudio correspondiente a las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión. Para Posner el problema de las cláusulas se presenta en la manifestación de competencia en un mercado,

(...) si un vendedor ofrece condiciones poco atractivas, un vendedor rival, deseando ganarse las ventas, ofrecerá condiciones más atractivas. El proceso continuará hasta que las condiciones sean óptimas. Todas las empresas de un ramo industrial pueden advertir que les resultan usar machotes de contratos, de modo que se niegan a negociar con los compradores. No obstante, la importancia no es que haya regateo en cada transacción, sino que la competencia obligue a los vendedores a incluir en sus contratos condiciones que protejan a los compradores.²⁷

De esta forma, para Posner, lo que debe determinar las cláusulas en los contratos de adhesión es la competencia en el mercado, que es la que fija las condiciones generales de los adherentes, de tal manera que le otorga toda la responsabilidad a la competencia del mercado para que sea esta la que defina cuáles son las condiciones óptimas en la contratación por adhesión.

Por lo tanto, serán los adherentes los que escojan las condiciones que mejor les parezcan, estimulando la competencia de los vendedores, para garantizar la venta de sus productos. En esta posición, la competencia es la llamada a solventar los posibles abusos que se puedan presentar en los contratos de adhesión, sin necesidad de factores diferentes a los que imponga la libre competencia.

mismo, se aleja de cualquier discusión dogmática sobre la Teoría General del Derecho, es decir, respecto del debe ser y la 'pureza' de las normas jurídicas, como de la controversia enraizada en torno a la discrecionalidad que disponga y convenga a las Cortes, de crear o 'descubrir' el Derecho. En dicha medida, para el Análisis Económico la dogmatización del Derecho pierde sentido cuando los conceptos y teorías jurídicas se quedan en el discurso y no satisfacen el objetivo real del Derecho, como lo es la eficiencia, que a su vez representa el ser y la esencia de los procesos económicos. Para este movimiento (Law & Economics) la eterna disputa cazada entre positivistas y jusnaturalistas resulta irrelevante, cuando en casos particulares se encuentra en discusión la equitativa y justa distribución de los recursos económicos, así como la maximización de los mismos. Por esta razón, la metodología de este movimiento se basa en una perspectiva eminentemente analítica". TRUJILLO CABRERA, Juan. "Aproximación al Análisis Económico del Derecho de Algunas Instituciones del Sistema Jurídico Colombiano". En *Derecho y Economía* de la Corporación Universitaria Republicana. En: http://www.redsociojuridica.org/ponencias_2006/analisis_economico.pdf; (consultado: 22 feb., 2011).

27 POSNER, Richard. *El Análisis Económico Del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 113.

Lo anterior, sumado a que Posner propone que, aunque se encuentren sometidos a un monopolio, sean los consumidores los llamados a solucionar el abuso a través de abstenerse de generar relaciones económicas con el productor por no estar de acuerdo con su oferta:

Por el contrario, dado que un producto monopolizado alcanzará un precio mayor que el que tendría bajo la competencia, los compradores potenciales invertirían más, no menos, en la búsqueda; y una forma de la búsqueda del consumidor es la lectura cuidadosa de los términos de un contrato. (...) El hecho de que un producto esté monopolizado no lo convierte en un bien indispensable para la vida. (...) el efecto del monopolio es la reducción de la demanda de un producto, lo que significa que algunos consumidores prefieren prescindir de él antes que pagar el precio monopolístico. Por tanto, el consumidor que afronta un mercado monopolizado hace una elección real y deseará que sea una elección informada. Dicho de otro modo desde el punto de vista de la protección de un consumidor el monopolista también es una empresa competitiva.²⁸

Son entonces, para Richard Posner, los consumidores, tanto en la libre competencia como en el monopolio, los que en últimas definen las cláusulas que le son ofrecidas al aceptarlas o no, buscando opciones diferentes, a partir de un estudio real de la relación contractual impuesta.

A pesar de las afirmaciones anteriores, para Todd D. Rakoff los adherentes en realidad pocas veces entienden qué es lo que se les ofrece, es más, a veces ni siquiera lo saben,²⁹ entonces, si generalmente no se conocen las cláusulas, no es posible llegar a la optimización de las condiciones del contrato que propone Posner, ya que generalmente el adherente no tiene el conocimiento de lo que se le ofrece o firma. En términos económicos lo que implica la figura del poco conocimiento o desconocimiento es la imposibilidad de elegir el contrato óptimo.³⁰

28 *Ibidem*, p. 114.

29 "(...) la parte adherente, en la realidad, difícilmente suele leer los términos del contrato antes de firmar el contrato, y de no ser así, difícilmente los suele entender". RAKOFF, Todd D. "Contratos de adhesión: Una Reconstrucción Teórica". En revista *Derecho Privado* de la Universidad de Los Andes N° 37, 2006, p. 62.

30 "Pero generalmente los adherentes no cuentan con toda la información necesaria para escoger el contrato óptimo y con ello asegurar que el mercado elimine la posibilidad de que los predisponentes ofrezcan contratos subóptimos.". SALAZAR, Diego F. "Asimetrías de Información y Análisis Económico de los Contratos de Adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad

B. TÉCNICAS DE PROTECCIÓN LEGISLATIVA EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Para lograr una protección del adherente o consumidor, es necesario acompañar la libre competencia con límites generales a las cláusulas que le son impuestas dentro del contrato de adhesión. El límite superior es la ley,³¹ la cual debe contener y respetar los términos de equidad,³² de las limitaciones al abuso del derecho,³³ de la buena fe contractual,³⁴ y de los límites a la excesiva onerosidad sobreviniente.³⁵

El panorama mundial en cuanto a la adopción de los límites a las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión en la legislación, se ve caracterizado por sistemas

contractual". En revista *Derecho Privado*. De la Universidad de Los Andes Nº 37, 2006, p. 21.

31 Ley en sentido amplio incluye también, decisiones judiciales, directivas, leyes y demás mecanismos idóneos para reglar la vida de las personas.

32 "(...) la equidad se mantiene dentro de la obediencia al orden positivo; empero, es creadora o integradora de la norma legal en el trance de elaboración, por el juez, de la norma concreta en individualizada destinada a decidir la controversia. Ignora la norma genérica abstracta con un 'rico complejo de valoraciones sobre lo singular'". MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Interpretación Económica de los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzione Editores, 1994, p. 49.

33 "(...) acontece cuando se incluyen las denominadas cláusulas 'leonicas' o vejatorias, por medio de las cuales se fortalece la posición del contratante que prerredacta y se debilita la de la contraparte; cuando se incluyen cláusulas acordadas con otras empresas del mismo ramo, con el objeto de integrar un frente único ante el consumidor; cuando se incluyen cláusulas equívocas, oscuras o redactadas maliciosamente; cuando las estipulaciones imponen a la parte 'débil' renuncias, admisión de exoneración de responsabilidad, prórrogas de jurisdicción y otras trabas al libre ejercicio de las acciones. Pensamos que semejante ejercicio irregular de la potestad de predisponer acarrea la nulidad de tales cláusulas y, en caso de incidir la invalidez de lo accesorio o de la parcialidad sobre lo principal o el todo, la nulidad del contrato". *Ibidem*, p. 136.

34 El autor nos presenta diferentes nociones de buena fe en el momento de formación de contrato, llegando a la conclusión de que la buena fe se manifiesta, en esta etapa, en cuatro formas, a saber: 1. Deber de comunicación "Las partes sopesan cuidadosamente la correspondencia entre resultados prácticos que pretenden conseguir y aquel que han de lograr, de llegarse a un acuerdo sobre el contenido del contrato en gestación"; 2. Deber de aviso "Este segundo deber alude específicamente a la comunicación o noticia relativa a los vicios que puedan afectar el derecho o la cosa que se trasmite; tiende a impedir que un sujeto confíe inútilmente en la validez eficacia de un contrato"; 3. Deber de secreto: "Se concreta en la obligación de no divulgar los hechos que han sido conocidos a causa y no simplemente en ocasión de las tratativas, y cuya difusión puede ser perjudicial para la contraparte"; 4. Deber de custodia: "Alude a la guarda y conservación de los bienes que uno de los tratantes, o intervinientes en la gestación del contrato, ha entregado al otro, sea para su observación, su ensayo o prueba". *Ibidem*, pp. 203-207.

35 "Al desequilibrio sobreviviente antes recordado, que crea una situación que repugna a la justicia conmutativa, se suma una alteración de las circunstancias en que las partes fundaron su decisión de contratar, que hacen inadmisibles el mantenimiento inalterados de 'la palabra empeñada', del acuerdo tal como se convino en otras circunstancias". *Ibidem*, p. 286.

que buscan lograr la sistematización de los fines expuestos en el párrafo anterior de manera diferente.

Es así que se presentan dos técnicas legislativas para abordar el tema correspondiente a las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión: *“Por un lado, el criterio de la norma abierta, basado en la definición de estándares generales de calificación que permitan albergar la mayor cantidad posible de estipulaciones contractuales, frente a ello, el método casuístico, que propone la nominación de determinados tipos clausulares particularizados”*.³⁶ El sistema de estándares generales nos delimita una serie de medidas que se han de tener en cuenta en el momento de la realización de un contrato por adhesión, es decir, unas directrices que no se pueden violar con la contratación por adhesión, mientras que el otro sistema propone la creación de estándares tipo para la contratación por adhesión.

Los sistemas de técnica legislativa sobre las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión, presentan problemas, cada uno caracterizado por la naturaleza propia del mismo: *“El amplio margen de apreciación que confiere al intérprete un sistema exclusivamente abierto podría aparejar la consecuencia de distintos criterios judiciales sobre una misma cláusula. A su turno, la múltiple fisonomía que puede asumir la estipulación vejatoria relativiza las bondades del método casuístico puro, al revelar las lagunas del sistema”*.³⁷ Por su naturaleza, el sistema de estándares generales permite al intérprete judicial la apreciación de diferentes consecuencias posibles en el acto de estudio de las cláusulas, pero imposibilita su concreción al ser una interpretación que se basa en principios tan amplios que llegan a ser abstractos; y a su vez, el método de consagrar todas las situaciones posibles en la legislación, supone la probabilidad de no lograr abarcar la totalidad de casos en los cuales pueda llegar a existir la vulneración al adherente, con las cláusulas del contrato de adhesión.

Entonces sería necesario lograr la consolidación de un sistema que permita utilizar, tanto los principios generales para la contratación por adhesión, como los de un catálogo preestablecido³⁸ para lograr la consolidación de una mayor protección del consumidor o adherente, dejando un rango suficiente para que no se vean modificadas las relaciones comerciales en las cuales el contrato de adhesión es protagonista.

36 ZENTNER, Diego H. “Los Contratos de Consumo”. En Dante Rusconi (coord.), *Manual de Derecho de Consumidor*. Buenos Aires: Abeldo Perrot, 2009, p. 334.

37 *Idem*.

38 *Idem*.

III. PANORAMA INTERNACIONAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Corresponde ahora estudiar cómo estos límites se plasman en algunos sistemas jurídicos en el mundo y cómo abordan la problemática que presentan las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

A. CASO NORTEAMERICANO

La Evolución de los contratos de adhesión en Estados Unidos inició con el caso *Lewis vs. Great Western Railway* de 1860,³⁹ que crea la llamada doctrina tradicional⁴⁰ sobre los contratos de adhesión, y que tiene como puntos básicos los siguientes:

1) La firma del adherente en documento que es claramente de naturaleza contractual, que tuvo la oportunidad de leer, será tomado como su consentimiento y por lo tanto consistirá en la base de su obligatoriedad. (2) Es jurídicamente irrelevante si en efecto el adherente leyó el documento, entendió su contenido o consintió a los términos expuestos en el de manera tácita. (3) El consentimiento del adherente incluye todos los términos del documento, y no solo aquellos que fueron propuestos para la ocasión específica o aquellos que fueron discutidos. (4) Las excepciones a los principios anteriores son particularmente limitadas. En particular, que la parte oferente no menciona o explica los términos del contrato no constituye una excusa para su cumplimiento por parte del adherente. En cambio, frente a circunstancias excepcionales, el adherente puede excusarse de cumplir solo al señalar que la participación activa de la parte oferente llevó a malentendidos sobre el texto.⁴¹

Esta doctrina tradicional presenta una serie de problemas evidentes para el adherente, haciéndole casi imposible protegerse frente a un abuso del proponente, porque a través de su firma está bajo el sometimiento, prácticamente absoluto, de las cláusulas del contrato con el solo hecho de plasmar su firma, sin importar siquiera si sabe lo que está firmando. Es entonces la doctrina clásica en el contrato de adhesión en los Estados Unidos, una teoría que lleva consigo

39 RAKOFF, Todd D. *Op. cit.*, p. 65.

40 *Idem.*

41 *Ibidem*, p. 66.

el total y absoluto provecho para el proponente frente a su adherente, dándole la posibilidad al oferente de abusar de las cláusulas en el momento de contratar con el adherente.

Frente al problema de ser una doctrina muy restrictiva en materia contractual, se desarrolla la llamada Doctrina Moderna,⁴² que busca lograr cierta protección al adherente de unas cláusulas abusivas que se puedan presentar en los contratos de adhesión. Para el profesor Todd D. Rakoof, el ejemplo básico de la doctrina moderna se ve plasmado en la sección 221 de la recapitulación de contratos de los Estados Unidos,⁴³ que dice:

(1) Excepto por lo señalado en la sub-sección 3a, cuando una parte firma o manifiesta su consentimiento sobre un escrito..., adopta lo escrito como un acuerdo integral con respecto a los términos incluidos en lo escrito.

(2) Tal escrito debe ser interpretado, de manera razonable, como aplicable a todas las partes que se encuentren en situaciones similares por igual, independientemente de su conocimiento o entendimiento de las cláusulas estandarizadas del documento.

(3) Cuando la parte oferente tenga razones para creer que la parte adherente manifiesta su consentimiento, no haría tal cosa si conociera el contenido de una cláusula particularmente relevante del contrato. Dicha cláusula no hará parte del acuerdo.⁴⁴

Estos principios plantean un límite a la obligatoriedad que impone la mera firma en el contrato de adhesión, ya que el numeral tercero trae una excepción que responde al principio de la buena fe contractual en el entendido de que limita la actuación del oferente, que no puede actuar de mala fe, al saber que el adherente

42 *Ibidem*, p. 68.

43 *Idem*.

44 "(1) Except as stated in Subsection (3), where a party to an agreement signs or otherwise manifests assent to a writing and has reason to believe that like writings are regularly used to embody terms of agreements of the same type, he adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing.

(2) Such a writing is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard terms of the writing.

(3) Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement". Recapitulación de Contratos de Estados Unidos, Sección 221.

En: http://www.lexinter.net/LOTWVers4/standardized_agreements.htm; (consultado: 22 oct., 2010).

no aceptaría dicha cláusula, si supiera de qué se trata. Es entonces a partir de estos principios, que se establece uno de los límites generales principales a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, a través de la figura de la buena fe.

Según esta exposición se puede concluir que en Estados Unidos se le da gran relevancia al solo hecho de la firma del contrato, la cual obliga al adherente a todas y cada una de las cláusulas que pueda llegar a tener el contrato de adhesión, pero por su parte, esta figura en Estados Unidos, también logra consolidar una manifiesta protección legal al adherente a través de la figura de la buena fe. Es por lo tanto el sistema de los Estados Unidos, un sistema que favorece la técnica de principios generales para la contratación por adhesión, dejando un gran rango de interpretación legislativa al juez tendiente a la protección del adherente, al exponer un sistema donde son los principios como el de buena fe los que logran la consolidación de la defensa contra las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

B. CASO EUROPEO

En Europa, las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, encontraron sus primeros límites a partir de la Directiva 93/13 expedida en 1993 por la Comunidad Económica Europea, en la que se define lo que se considera como una cláusula abusiva:

Artículo 3.1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.⁴⁵

A partir del artículo tercero de esta Directiva, se consolida la intención de la Unión Europea de crear una defensa del adherente o consumidor, partiendo de los principios de la buena fe y equilibrio contractual, pero sin dejar de lado la necesidad de un listado sobre las cláusulas que se consideraran como abusivas, una lista negra, que limita la posibilidad de imposición abusiva por parte del proponente o productor.

⁴⁵ Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión Europea, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Dicha lista se encuentra en el anexo de la directiva en estudio, y aunque es una lista indicativa y no exhaustiva,⁴⁶ la Directiva busca cesar con las prácticas abusivas en las relaciones entre productores y consumidores, donde la forma de contratación común es la del contrato de adhesión. En dicho anexo están consagrados los límites a las cláusulas que

(...) excluyan la responsabilidad o limiten la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor, las que excluyan o limiten los derechos del consumidor con respecto al profesional, las que supediten el cumplimiento de prestaciones del profesional a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad, las que impongan al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, una indemnización desproporcionadamente alta, etcétera.⁴⁷

Posteriormente, la Unión Europea expide la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de mayo de 2005,⁴⁸ donde se establecen una serie de actuaciones que están prohibidas para las empresas, en sus actividades de promoción y contratación por adhesión.

La directiva delimita entonces, una serie de actividades que divide en tres grupos: prácticas comerciales desleales; prácticas comerciales engañosas; y prácticas comerciales agresivas.⁴⁹ El artículo 5º de la Directiva, prohíbe las prácticas comerciales desleales y establece los casos en que una práctica comercial es desleal, así: en primer lugar si resulta contraria a los requisitos de la diligencia profesional, en segundo lugar, si distorsiona o puede distorsionar sustancialmente el comportamiento económico del consumidor, así como aquellas que sean engañosas según los artículos 6 y 7, y las que sean agresivas según los artículos 8 y 9 de la misma Directiva.⁵⁰

46 *Ibidem*, Artículo 3, Numeral 3.

47 RUSCONI, Dante D. "Fuentes Legales de la Protección del Consumidor". En Dante Rusconi (coord.), *Manual de Derecho de Consumidor*. Buenos Aires: Abeldo Perrot, 2009 p. 38.

48 Relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»).

49 Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo, capítulo 2.

50 El Anexo Nº 1 de la Directiva, es una lista de prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia.

En cuanto a las prácticas comerciales engañosas, la Directiva distingue entre acciones y omisiones engañosas. En el artículo 6º trae a colación las acciones, que serán engañosas cuando contengan información falsa, cuando induzcan o puedan inducir a error al consumidor, aun cuando la información difundida sea correcta, cuando la comercialización de un producto cree confusión con un producto de otro competidor y, cuando se presente el incumplimiento por parte del comerciante de Códigos de Conducta que este se haya comprometido a cumplir,⁵¹ y que, en cualquiera de los cuatro casos, le haga o pueda hacerle tomar una decisión al consumidor, que de otra forma no hubiera tomado.

Y las omisiones, consagradas en el artículo 7º, se presentan cuando se omita información sustancial que necesite el consumidor para tomar una decisión sobre una transacción, o cuando se le ofrezca dicha información ininteligible, poco clara, ambigua o en un momento inadecuado y cuando no se dé a conocer el propósito de la práctica comercial, siempre y cuando en cualquiera de los casos anteriores, le haga o pueda hacerle tomar una decisión al consumidor, que de otra forma no hubiera tomado.⁵²

Por último, en cuanto a las prácticas comerciales agresivas, el artículo 8º de la Directiva se refiere a todas aquellas actitudes que coarten o puedan coartar la libertad de elección del consumidor, bien sea por acoso, coacción, fuerza o influencia indebida y que, haga o pueda hacer que el consumidor tome una decisión que de otra forma no tomaría.⁵³

51 Este último requisito siempre y cuando: “i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo, sino que sea firme y pueda ser verificado, y ii) el comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por el código”. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo, artículo 6.

52 La Directiva, considera como sustancial la siguiente información: a) las características principales del producto, b) la dirección e identidad del comerciante, c) el precio del producto, incluido el IVA y demás gastos que incluya o la manera como se determina el precio, d) los procedimientos de pago, entrega, funcionamiento y reclamos y, e) la existencia del derecho de revocación o cancelación, si es el caso. Así mismo, “Se considerarán sustanciales los requisitos establecidos por el Derecho Comunitario en materia de información relacionados con las comunicaciones comerciales, con inclusión de la publicidad o de la comercialización (...)”. El anexo Nº 2 contiene la lista no taxativa de dichos requisitos. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo, artículo 7.

53 Los aspectos a tener en cuenta para determinar si se presenta o no el acoso, la coacción, la fuerza o la indebida influencia son: a) el momento y lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia; b) el empleo de lenguaje o comportamiento amenazador o insultante; c) la explotación por parte del comerciante de cualquier infortunio lo suficientemente grave para disminuirla capacidad de discernimiento del consumidor, o influir en su decisión; d) que el comerciante ponga obstáculos cuando el consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato; e) amenazar con ejercer una acción que, legalmente, no pueda ejercerse.

IV. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE ADHESIÓN EN COLOMBIA

El sistema colombiano no contempla en el Código Civil ni en el Código de Comercio, un capítulo específico sobre el contrato de adhesión, pero sí se encuentran en ellos figuras contractuales que se identifican con este como el contrato de transporte y el contrato de seguros. Pese a lo anterior, en dichos códigos se cuenta con una serie de principios que pueden llegar a utilizarse en cualquiera de las relaciones contractuales de la actualidad, y que han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.⁵⁴

Uno de los primeros antecedentes de la figura del contrato de adhesión en la jurisprudencia colombiana, se encuentra en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, proferida el 29 de agosto de 1980, magistrado ponente Dr. Humberto Murcia Ballén, en donde uno de los problemas jurídicos, y el relevante para este estudio, fue determinar si las cláusulas de exclusión de responsabilidad a favor de una aseguradora son abusivas o no. La Corte consideró que, en el caso concreto, no son abusivas, pero realizó un estudio de la figura del contrato de adhesión y sus cláusulas. En primer lugar, resalta los principios de la legislación colombiana en materia contractual⁵⁵ y hace particular hincapié en la facultad que tienen los jueces de interpretar los contratos, siempre y cuando estos tengan cláusulas que sean particularmente ambiguas arbitrarias u oscuras, pues en caso de que las cláusulas sean claras y terminantes⁵⁶ el juez no puede entrar a interpretarlas.

Con el panorama claro en cuanto a la facultad hermenéutica⁵⁷ del juez y sus

54 Como ejemplo de estos principios, se puede encontrar el de buena fe en el art. 1603 C.C. y el del no abuso del derecho en el art. 830 C. Co.

55 “(...) las normas que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando éstos, al celebrarlos, acatan las prescripciones legales y respetan el orden público y las buenas costumbres.” “(...) legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes (...)” “Cuando por disenso de las partes en el punto se discuten judicialmente la naturaleza y el alcance de las obligaciones surgidas de la relación material por ellas acordada, corresponde al juzgador, a fin de determinar las prestaciones cuyo cumplimiento debe asegurar interpretar el contrato, o sea investigar el significado efectivo del negocio jurídico.”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. 29 ago. 1980, e2407, H. Murcia.

56 *Idem*.

57 “A pesar de que el propio significado de interpretación jurídica ha sido discutido en la doctrina especializada porque, entre otras cosas, inmediatamente remite al debate de si interpretar una norma jurídica implica determinar el alcance de todos los textos legales o sólo los oscuros, lo cierto es que, en su sentido más obvio y elemental, interpretar es explicar, declarar, orientar algo, comprender las circunstancias, aprehender, entender los momentos de la vida social y atribuir un significado a un signo lingüístico. En fin, como lo advierten Gadamer^[32] y Husserl^[33],

límites, pasa la Corte a definir ¿qué es un contrato de adhesión? En contraposición a lo que se entiende como contrato de libre y previa negociación lo define así: “*aquel que una de las partes ha preparado de antemano su oferta inmodificable, que la otra parte se limita a aceptar o rechazar sin posibilidad de hacer contrapropuesta*”.⁵⁸ A partir de esta definición, la Corte determina un límite a los contratos de adhesión, las interpretaciones judiciales que, “*inspiradas en la equidad, jurisprudencia y doctrina han sostenido que estos contratos deben ser interpretados a favor de la parte que ha dado su consentimiento por adhesión*”.⁵⁹

Se deduce pues, que el límite que impone la Corte en esta sentencia se expresa a través de una protección interpretativa a favor del adherente, la Corte considera que este principio, aunque importante, no es absoluto, pues a este únicamente se puede recurrir en los casos en que “*por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos, pero no cuando las estipulaciones que trae la pólizas son claras, terminantes y precisas*”.⁶⁰ En esta primera etapa, fue claro para la Corte que la interpretación a favor del adherente solo se puede realizar cuando las cláusulas sobre las que trata el contrato son abusivas, ambiguas u oscuras; y cuando estas se presentan dentro del contrato de adhesión, es el juez el llamado a solucionar la situación de las cláusulas abusivas, interpretándolas de manera favorable para el adherente (interpretación *pro consumatore*) y en contra de quien las redacta.⁶¹

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de octubre de 1994, crea una figura de protección a las relaciones contractuales privadas, a partir de principios generales de la contratación. Entra la Corte a responder, ¿qué se considera como un comportamiento irregular dentro de la figura del contrato de adhesión?

la interpretación está directamente ligada con la comprensión y el lenguaje, de tal forma que, al referirnos a la hermenéutica jurídica, la entendemos como la actividad dirigida a encontrar la solución al conflicto o al problema jurídico que se somete a estudio del intérprete”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-820/2006. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. República de Colombia, Bogotá D.C., 4 de octubre de 2006.

58 *Idem*.

59 *Idem*.

60 *Idem*.

61 CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. Justicia y Abuso Contractual. En Varios Autores. *Los Contratos en el Derecho Privado*. Directores Académicos: Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco. Bogotá: Legis S.A., 2007, p. 679. Ver también CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. 30 jun. 2005, e7569, P. Munar y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. 4 nov. 2009, e11001-3103-024-1998-4175-01, P. Munar.

(...) Un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado “poder de negociación” por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación (...).⁶²

Se concluye que, la Corte considera que se presenta un abuso cuando quien se encuentra en posición dominante, aprovechándose de dicha posición, crea las cláusulas que generan un desequilibrio económico que le beneficia por hacer uso de su poder de negociación, pues no solamente domina absolutamente la redacción de las cláusulas, sino que controla completamente la fase de ejecución y cumplimiento del contrato.

Así mismo, continúa con el siguiente argumento, como no existe en realidad en el sistema jurídico colombiano la definición de abuso,⁶³ para la Corte es también el juez el llamado a determinar cuándo se presenta ese abuso,⁶⁴ estudio que deberá hacer a la luz de los principios consagrados en la legislación⁶⁵ a falta de

62 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. 19, Oct. 1994, e3972, C. Jaramillo.

63 “En sistemas como el colombiano donde no se cuenta con una definición legal del ‘abuso’, su existencia debe ser apreciada por los jueces en cada caso, en función de los objetivos de la regla de derecho frente a la cual esa figura adquiere relevancia.”. Idem.

64 “(...) la labor heurística del juez en la órbita de las instancias comprende apreciar las cláusulas con la debida ponderación, gobernado en esa labor intelectual por los postulados de la razón, las reglas de la experiencia y los principios de la lógica; de modo que mientras observe tales reglas universales, el resultado de su deliberación interna queda confiado a su discreta autonomía o (...) a la cordura, perspicacia y pericia del juzgador”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. 28 jun. 2005, e68001-34-03-001-1998-0226-01, E. Villamil.

65 “En sistemas como el colombiano donde no se cuenta con una definición legal del ‘abuso’, su existencia debe ser apreciada por los jueces en cada caso, en función de los objetivos de la regla de derecho frente a la cual esa figura adquiere relevancia (...) se requerirá en el autor la intención de perjudicar o bastará la culpa más o menos grave y aun la simple ausencia de un interés o utilidad, mientras que ante situaciones de otra naturaleza habrá por necesidad que acudir, para no entregar la vigencia integral del principio a los riesgos siempre latentes de la prueba de las intenciones subjetivas, a la finalidad de la institución del derecho de cuyo ejercicio se trata e, incluso, a las buenas costumbres reinantes en la correspondiente actividad; (...) los tribunales sabrán en cada caso hacer uso del saludable poder moderador que consigo lleva la sanción de

la generación de un catálogo que pueda retomar la mayoría de nociones que se puedan configurar como abusivas, como lo hay en la Comunidad Europea.

La Corte considera que son

(...) características arquetípicas de las cláusulas abusivas -primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad-, y c) que generen un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.

En el punto a), la Corte consolida la figura de la falta de negociación individual, ya se sabe que por la naturaleza del contrato de adhesión y las relaciones económicas modernas se dificulta la posibilidad de que las cláusulas sean negociadas individualmente. También cabe resaltar que se reconocen principios estudiados anteriormente, como los de la buena fe y el desequilibrio de las cargas contractuales, precisando que su vulneración genera como consecuencia que la cláusula sea abusiva.

A su vez, a partir de estas consideraciones jurisprudenciales se presentó la Ley 142 de 1994, que aunque solamente trata de servicios públicos domiciliarios, es importante porque "(...) *adopta un sistema de lista de cláusulas prohibidas, de manera indicativa y no taxativa, y adicionalmente se consideran abusivas*".⁶⁶ Dicha ley aborda el problema de las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión de una manera similar a la que adopta la Comunidad Europea.⁶⁷ Esta ley recurre

los actos abusivos en los términos de notable amplitud en que la consagran preceptos como el artículo 830 del Código de Comercio, tomando en consideración que esa ilicitud originada por el 'abuso' puede manifestarse de manera subjetiva -cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo.". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. 19, oct. 1994, e3972, C. Jaramillo.

66 BERNAL FANDINO, Mariana y VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. "Problemas de la Contratación Moderna y las Protección al consumidor en tecnologías de información y comunicación". En: Scientific Electronic Library Online SciELO Colombia, *Vniversitas*, Bogotá Julio/Diciembre 2008, N° 117, p.p. 135-170. http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602008000300006&lng=en&nrm=iso; (consultado: 22 oct., 2010).

67 Este tratamiento es similar al de la Directiva 93/13 expedida en 1993 por la Comunidad Económica Europea para proteger al consumidor, la cual establece un catálogo de cláusulas consideradas abusivas, además de una cláusula general de buena fe que impida afectar el equilibrio

a la creación de un listado que limita la posibilidad de que el proponente, dentro del contrato de adhesión, pueda abusar de su posición con respecto al adherente, y aunque la ley trate de servicios públicos, la interpretación por analogía de las leyes sirve para lograr su aplicación en casos distintos.

De la misma manera, la ley consagra como consecuencia de la vulneración de la norma, la nulidad de la cláusula, pero las demás cláusulas que no se encuentren dentro de las causales y principios de dicha ley, es decir, las que no son abusivas, conservarán su validez⁶⁸ y el contrato seguirá vigente en el mundo jurídico, siempre y cuando la cláusula considerada como nula por ser abusiva, no sea determinante para la consolidación del contrato.

Por su parte, la Corte Constitucional ha tenido en cuenta otro factor en el momento de determinar cuándo una cláusula es abusiva, que consiste en defender las expectativas de los contratantes al momento de la celebración del contrato, esto es, que durante la ejecución del contrato, la parte proponente no puede modificar las condiciones ofrecidas inicialmente.⁶⁹

Desde el año de 1994, en Colombia, existe un sistema que fusiona las dos técnicas legislativas estudiadas previamente, tanto la de la consagración de los principios de contratación general en la ley, como la de un catálogo de cláusulas consideradas como abusivas dentro del contrato de adhesión, y que mediante interpretación analógica es posible aplicar en casos diferentes a los que trata la ley.

El desarrollo jurisprudencial de la figura del contrato de adhesión y sus cláusulas, continúa en la sentencia del 2 de febrero de 2001, de la Corte Suprema de Justicia. En dicha sentencia la Corte hace un repaso de cómo ha sido el desarrollo de las llamadas listas negras en Europa y Colombia, reiterando la imposibilidad de que una cláusula predispuesta viole reglas imperativas como en el caso concreto, y no solo eso, sino que hace una interpretación constitucional del derecho civil, que responde a la ductilidad del derecho,⁷⁰ al disponer que desde este de-

contractual: "Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". *Idem*.

68 "Si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción". *Idem*.

69 "Es evidente que lo expuesto elimina toda posibilidad de que, ya en el curso del contrato, la compañía modifique, en contra del usuario, las reglas de juego pactadas (...) Tal comportamiento resulta altamente lesivo del principio de la buena fe (...)". C. Const., T-307/1997, J. Hernández.

70 Se hace referencia a la idea del derecho dúctil, donde se entiende todas las ramas del derecho como una unidad latente, que se consolida en la Constitución como fuente de unidad e

recho es que inicia el andamiaje de protección al consumidor desde la teoría del abuso del derecho.⁷¹

La sentencia continúa haciendo alusión a que no solamente la protección se da a partir de los principios constitucionales, como el no abuso del derecho, sino que también, es aplicable a dichos contratos, la figura contenida en el artículo 830 del Código de Comercio, que es la consolidación en materia de derecho privado de lo que se entiende como abuso de derecho,⁷² y la lógica inherente en la relación contractual de adhesión en la cual el proponente es el llamado a responder por la posible vulneración que se pueda generar a partir de las cláusulas que él impone al adherente.

En el mismo año, la Corte, interpretando el principio de la buena fe y su aplicación en el contrato de seguro, considera que no solamente es un principio que debe estar latente en el momento de redactar las cláusulas, sino que debe estar presente durante toda la ejecución contractual.⁷³

interpretación funcional a todas y cada una de las ramas del derecho. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2002.

71 “De ahí que la doctrina especializada haya calificado como abusiva –y de indiscutida inclusión en las llamadas ‘listas negras’, contentivas de las estipulaciones que, *in radice*, se estiman vejatorias–, aquella cláusula que ‘favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente’, entre las cuales se encuentra ‘La limitación indebida de los medios de prueba o los pactos que modifiquen la distribución de la carga de la prueba conforme al derecho aplicable’ (se subraya), (...) lo que significa, lisa y llanamente, que a través de esa aludida –y cuestionada– cláusula, se modificó un precepto de carácter imperativo, en perjuicio del asegurado-beneficiario, lo cual tampoco resulta de recibo en el ordenamiento colombiano, no solo desde el punto de vista legal, como ha quedado expuesto, sino también desde una perspectiva constitucional, si se tiene en cuenta que es deber de toda persona no abusar de sus derechos (nral.1º inc. 2º art. 95 C. Pol.); que el Estado debe evitar o controlar ‘cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional’ (inc. 4º art. 333 ib.), e igualmente velar por los derechos de los consumidores (art. 78 *ib.*)”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. 02, feb. 2001, e5670, C. Jaramillo.

72 “Por eso la Sala ya ha puesto de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales reseñadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, que en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de “las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas”, ejemplo prototípico de las cuales “lo suministra el ejercicio del llamado ‘poder de negociación’ (...)”. *Idem*.

73 “Y al mismo tiempo es bipolar, en razón de que ambas partes deben observarla, sin que sea predicable, a modo de *unicum*, respecto de una sola de ellas, v.gr.: el tomador del seguro, ya que el asegurador predisponente, entre otras conductas a su cargo (positivas y negativas), debe abstenerse de introducir en el clausulado –que someterá a consideración de su cocontratante– cláusulas abusivas (cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp: 5670) y, en general, llegado el momento respectivo, honrar la palabra empeñada, cumpliendo para dicho fin la prestación asegurada, lo que supone estricto apego al postulado en referencia, en su vertiente objetiva (*Vid*: cas. civ. de 19 de abril de

En sentencia del 13 de diciembre de 2002, la Corte al analizar el caso de una cláusula que exige de responsabilidad al proponente en el contrato de *leasing*, dispone que aunque una cláusula se encuentre en un contrato de adhesión, no por eso se debe entender como abusiva, y es más, existen tipos contractuales que por su naturaleza pueden contener cláusulas que no serían aceptadas en otras relaciones contractuales,⁷⁴ pero que en ciertos tipos de contratos son necesarias para su concreción como en el caso del *leasing* financiero, es para la Corte necesario entonces analizar el problema de las cláusulas abusivas en cada caso contractual concreto.

La Corte continúa con el desarrollo jurisprudencial de la figura de las cláusulas abusivas en sentencia de 2005, en la cual después de desarrollar la concepción de lo que se entiende como consumidor, a través de un estudio de derecho comparado, donde resalta las leyes de protección al consumidor en diferentes sistemas, concluye que las personas jurídicas pueden ser consumidores, y por lo tanto pueden estar sometidas a cláusulas abusivas.⁷⁵

1999; exp: 4929, en la cual la Sala preconizó que la buena fe es ‘un postulado de doble vía... que se expresa –entre otros supuestos– en una información recíproca’. De igual modo, particularmente por su inescindible conexidad con el asunto específico sometido a escrutinio de la Corte, importa subrayar que el instituto de la buena fe, en lo que atañe al campo negocial, incluido el seguro, es plurifásico, como quiera que se proyecta a lo largo de las diferentes fases que, articuladas, conforman el plexo contractual –en un sentido amplio–: la atinente a la formación del negocio jurídico, *lato sensu* (fase formativa o genética), la relativa a su celebración (fase de concreción o de perfeccionamiento) y la referente a su desenvolvimiento, una vez perfeccionado (fase ejecutiva; de consumación o post-contratual). Desde esta perspectiva, un sector de la moderna doctrina concibe al contrato como un típico ‘proceso’, integrado por varias etapas que, a su turno, admiten sendas subdivisiones, en las que también se enseña el postulado de la buena fe, de amplia proyección”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. 2 ago. 2001, e6146, C. Jaramillo. Ver también. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. 19 abr. 1999, e4929.

74 “En el caso de la supraindicada cláusula, es claro que ella no puede ser descalificada –o estigmatizada– por la única y escueta razón de estar incluida en un contrato de contenido predispuesto –en sí mismo válido, a la par que legitimado por el ordenamiento preceptivo y por la jurisprudencia, sin perjuicio de los correctivos que, *in casu*, la doctrina ha delineado para mantener el adecuado equilibrio negocial–, sin parar mientes en la arquitectura misma del negocio jurídico del que hace parte, como se refirió en párrafos precedentes. De allí que ella señale, en apoyo de la propia jurisprudencia, que por ser el *leasing* un ‘modo de financiamiento’, ello es toral, se ‘justifican ciertas cláusulas excéntricas respecto al modelo de contrato’, las cuales aparejan algunos ‘sacrificios’ para el usuario,¹⁹¹ por las razones antedichas. En tal virtud, no se puede afirmar que la exclusión de responsabilidad de la sociedad de *leasing*, así concebida, traduce un desequilibrio manifiesto en el contrato, habida cuenta que, en esos términos, no genera ‘una ventaja significativa sobre el consumidor, sin contrapartida o fundamento que lo justifique’, ni ‘compromete el principio de la máxima reciprocidad de intereses’”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. 13 Dic. 2002, e6462, C. Jaramillo.

75 “(...) por los diversos aspectos examinados, es claro que, en el caso concreto, Servicio Aéreo del

Por su parte, en la sentencia del 4 de noviembre de 2009, se presentan una serie de elementos innovadores en el tratamiento jurisprudencial de las cláusulas en el contrato de adhesión.

En primer lugar, la Corte desarrolla la diferencia entre dos tipos de cláusulas, una individualizada que se caracteriza por contener los elementos esenciales del negocio y otra, general y abstracta.⁷⁶

En segundo lugar, y tratándose de la interpretación que debe hacer el juez de las cláusulas, hace énfasis en que se debe descartar el estudio de los criterios subjetivos de interpretación, consagrados en el artículo 1618 del Código Civil, puesto que resultaría ilógico cuando es claro que son el producto de la voluntad única del proponente, pero sí le da relevancia a los criterios objetivos, consagrados en el artículo 1624 del mismo código, especialmente la llamada regla *contra proferentem*, que consiste en interpretar la cláusula ambigua en contra de quien la ha redactado.

En tercer lugar, recoge los principios contenidos en la Directiva 29 del 11 de mayo de 2005 de la Unión Europea, en cuanto a los deberes de información, lealtad, claridad, publicidad, entre otros, que deben ser tenidos en cuenta por el proponente al momento de la creación de las cláusulas del contrato.

En el año 2007, la Corte reitera que la autonomía de la voluntad es un fundamento esencial de las relaciones negociales, pero que encuentra sus límites, entre otros, en las cláusulas abusivas por lo que resulta necesario que dicha autonomía respete tanto la ley, como la buena fe.⁷⁷

Vaupés-Selva Ltda.- no actuó como consumidor, sin que se descarte la posibilidad de que una persona jurídica pueda serlo, como tampoco entabló 'relación de consumo' alguna, lo que equivale a decir que al no poder acogerse a las normas propias de dicha categoría, ellas definitivamente no resultan aplicables a la situación litigiosa, y, por ende, mal podría señalarse su falta de aplicación, toda vez que el Estatuto del Consumidor no estaba llamado a regir el asunto." CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. 3 may. 2005, e5000131030011999-04421-01, C. Valencia.

76 "(...) la coexistencia de dos tipos de clausulado, uno necesariamente individualizado, que suele recoger los elementos esenciales de la relación; y el otro, el reglamentado en forma de condiciones generales, caracterizado por ser general y abstracto". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. 4 nov. 2009, e11001 3103 024 1998 4175 01, P. Munar.

77 "Empero, tal dinámica, esto es, el propósito delineado por los interesados, encuentra evidentes limitantes derivadas de aspectos o circunstancias que de una u otra forma abrevan en principios de mayor trascendencia, relacionados, *vr. gr.*, con la causa, las condiciones de inferioridad de alguna de las partes, debilidad económica, imprevisión, aspectos de orden público, servicios o bienes colectivos o públicos, etc. Justamente, por todo esto, ha de precisarse que la libertad contractual no significa, en términos absolutos, que las partes pueden convenir sin ningún obstáculo ni límite, pues de ordinario sus pareceres pueden restringirse por normas y principios de

Aunque se encuentra una protección sólida desde la jurisprudencia y desde las posiciones legales que incorporan en cierta manera la Directiva 93/13/CEE a la legislación colombiana, está también en trámite actualmente en el Congreso colombiano el Proyecto de Ley N° 89, del 9 de septiembre de 2010,⁷⁸ que incluye un aparte específico sobre las cláusulas abusivas, que busca reglamentar de manera más clara y expresa las citadas cláusulas en la relación entre productor y consumidor.

De la exposición de motivos, se deduce que el proyecto de ley mencionado, busca actualizar el Decreto 3466 de 1982, dotando al consumidor de herramientas que sirvan para la defensa de sus derechos e intereses frente a los productores. Para el presente artículo interesa el aparte de las cláusulas abusivas en las relaciones entre consumidor y productor.

En el artículo 42 del proyecto de ley se define lo que se entenderá como cláusula abusiva:

ARTÍCULO 42.- CONCEPTO Y PROHIBICIÓN. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza. Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. En caso de ser incluidas serán nulas absolutamente.⁷⁹

diverso temperamento, e inclusive, puede acontecer que el contrato sea permeado por otros actos o negocios jurídicos. La anterior perspectiva es ilustrada a partir, entre otros, de ejemplos tales como la prohibición de la renuncia, en el mismo contrato, ya a instancia del vendedor ora del comprador, de invocar la lesión enorme (art. 1950 C. C.); la prohibición de ceder el derecho de retroventa (art. 1942 C. C.), transacción respecto de derechos laborales; prohibición de pactar cláusulas abusivas; ventas respecto de bienes fuera de comercio, de bienes públicos, etc. (arts. 1521 y 1866 C. C.). En fin, un conjunto de factores que circunscriben los pactos privados dentro de un contexto de moralidad, corrección, respeto de ordenamientos superiores, buena fe, entre otros." CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. 9 ago. 2007, e08001 31 03 004 2000 00254 01, P. Munar. Ver También CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. 30 ago. 2010, 11001-3103-041-2001-01023-01, R. Díaz.

78 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Oficina de Regulación, Informe Mensual. *Proyectos Nuevos Radicados desde el 20 de Julio de 2010*. p. 12. En: http://www.sic.gov.co/archivo_descarga.php?idcategoria=646; (consultado: 26 oct., 2010).

79 Proyecto de ley 89 del 9 de septiembre de 2010, Art. 42.

Esta definición de cláusulas abusivas recoge los principios de abuso del derecho por parte del productor, del desequilibrio económico, la buena fe y la imposibilidad de que el productor limite los derechos del consumidor. Implica lo anterior que el análisis de la vulneración a los derechos se debe hacer desde cada transacción particular, es decir, las cláusulas se deben estudiar de manera concreta en cada relación contractual entre productores y consumidores.

En cuanto a sus efectos, el proyecto de ley dispone que las cláusulas que se consideren como abusivas y que hagan parte de una relación contractual de adhesión, serán consideradas absolutamente nulas, como lo venía planteando la Corte.

En el artículo 43⁸⁰ del proyecto de ley se relaciona una lista de cláusulas que se consideran como ineficaces, dicha lista recoge apartes de lo que se considera como abusivo en la Directiva 93/13/CEE. Esta lista delimita la facultad del productor de ejercer conductas que generen detrimento de los principios constitucionales y legales con los que cuenta el consumidor, como son la buena fe contractual, el límite legal de la relación contractual y el no abuso del derecho.

Finalmente, los efectos para las cláusulas que se consideren abusivas según esta ley, son la ineficacia y la nulidad, pero solo de las cláusulas⁸¹ abusivas, pues el contrato puede subsistir siempre y cuando lo pueda hacer sin la inclusión de las cláusulas

80 "ARTÍCULO 43.- CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que: 1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden; 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden; 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; 4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor; 5. Establezcan que el productor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado; 6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor no cumpla sus obligaciones; 7. Concedan al productor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo; 8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor, salvo en el caso del arrendamiento financiero; 9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de ésta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo; 10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal. 11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando éstas existan; 12. Obligue al consumidor a acudir a la justicia arbitral. 13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente Ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.". *Idem*.

81 "ARTÍCULO 44.- EFECTOS DE LA NULIDAD O DE LA INEFICACIA. La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que éste pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces. Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente". *Idem*.

sulas abusivas, es decir que estas últimas no sean determinantes en la decisión de las partes de contratar, esto en búsqueda de que las relaciones contractuales puedan subsistir, consagrar y respetar tanto la autonomía contractual, como los principios de las relaciones contractuales de adhesión.

CONCLUSIONES

Los contratos de adhesión son una realidad de la actualidad, en estos, una de las partes predispone las cláusulas y su contraparte únicamente tiene la facultad de decidir si adhiere o si rechaza el contrato con todas sus cláusulas, a las cuales, una vez aceptado, se obliga por completo.

Como quien redacta las cláusulas es únicamente una de las partes, constituye una ventaja para esta y puede resultar en un detrimento para el adherente, por lo que estas cláusulas que el proponente predispone deben respetar los principios generales de la contratación, como lo son la buena fe contractual, el no abuso del derecho, la equidad y la no excesiva onerosidad sobreviniente, principios consagrados como límites a la creación de las cláusulas.

En Colombia, el primer acercamiento a las cláusulas abusivas se realizó a través de los principios generales de contratación, que fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia y que se resume así, se entenderá como abusiva una cláusula cuando quien se encuentra en posición dominante, aprovechándose de dicha posición, crea las cláusulas que generan un desequilibrio económico que le beneficia por hacer uso de su poder de negociación, pues no solamente domina absolutamente la redacción de las cláusulas, sino que controla completamente la fase de ejecución y cumplimiento del contrato. Y a partir del año 1994 se crea en el país una legislación que establece una serie de actuaciones que serán consideradas como abusivas, al estilo del modelo europeo.

Para la Corte existen sobretodo tres características para identificar una cláusula abusiva, la primera es la redacción del contrato por una de las partes, sin la intervención de la otra; la segunda, que objetivamente hablando, se violen los requerimientos de buena fe negocial y; la tercera que se genere un desequilibrio significativo frente a los derechos y obligaciones de las partes.

En el mundo se conocen tres métodos para afrontar el tema de legislar sobre las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión, en primer lugar una serie de principios generales de contratación que sirven para que el juez interprete las cláusulas

las dentro de la relación contractual de adhesión; en segundo lugar, mediante la consolidación de un listado que delimite las conductas que se entenderán como abusivas; y en tercer lugar, a través de la combinación del listado de conductas consideradas como abusivas y los principios generales de contratación.

En Colombia se ha adoptado el sistema mixto, de acuerdo al cual, frente a las cláusulas abusivas existe tanto el catálogo de actividades que se consideran como abusivas, como un desarrollo jurisprudencial de los lineamientos generales que se deben seguir en los contratos de adhesión, a la luz de los principios generales de la contratación.

Desde los primeros acercamientos sobre el tema, no ha habido dudas acerca de quién debe interpretar la existencia del abuso, (esto debido a la falta de una definición legal o jurisprudencial de abuso) la Corte ha señalado al juez como el encargado de esta misión, pero únicamente cuando las cláusulas sobre las que trata el contrato de adhesión son abusivas, ambiguas u oscuras. Sin embargo, es solo hasta el 2006 que descarta el criterio subjetivo de interpretación, aquel que reza que se debe estudiar la voluntad de las partes, pues es claro que aquí solamente media la voluntad del proponente, por lo que, siguiendo el Código Civil, ordena que es el criterio objetivo el escogido para que el juez se guíe, por lo que deberá aplicar el principio de la interpretación pro consumatore, esto es, de manera favorable para el adherente y en contra de quien las redacta.

La sanción que se aplica cuando de cláusulas abusivas se trata, es la de la nulidad de la misma, pero lo particular del caso, es que el legislador consideró que la nulidad de la cláusula no acarrea la nulidad del contrato en su totalidad, siempre y cuando dicha cláusula no sea necesaria para la celebración del contrato, es decir, que no haya sido determinante para la decisión de las partes de firmarlo.

Sin embargo, en Colombia, hasta el momento no existe una noción precisa y objetiva de lo que se considera como abusivo, aspecto contemplado en el Proyecto de Ley número 89, del 9 de septiembre de 2010, que se encuentra en trámite en el Congreso y que contiene una definición de cláusula abusiva, que deberá constituir un avance en la protección del adherente, en la relación que se establece a través del contrato de adhesión.

Por lo anterior, la recomendación sería que dicha definición no se quede en el papel, pues de su aplicación se logrará evitar en mayor medida el abuso del proponente y, de presentarse se le dará mayores herramientas al juez para que restablezca el equilibrio del contrato, todo esto de la mano de las características ya descritas que permiten identificar la presencia de dichas cláusulas.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL FANDINO, Mariana y VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. “Problemas de la Contratación Moderna y las Protección al consumidor en tecnologías de Información y comunicación”. En: Scientific Electronic Library Online SciELO Colombia, *Vniversitas*, Bogotá Julio/Diciembre 2008, Nº 117, p.p. 135-170. http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602008000300006&lng=en&nrm=iso, (consultado: 22 oct., 2010).
- BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Granada: Editorial Comares, S.L, 2000.
- BIGLIAZZI, Lina; UMBERTO, Breccia; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil, Bogotá*: Universidad Externado de Colombia, Tomo I, Volumen II, 1995.
- BORDA, Guillermo. *Manual de Contratos*. Bogotá: Editorial Perrot, Ed. 16ª, 1993.
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “Justicia y Abuso Contractual”. En Varios Autores. *Los Contratos en el Derecho Privado*. Directores Académicos Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco. Bogotá: Legis S.A., 2007.
- DANTE D’, Rusconi. “Fuentes Legales de la Protección del Consumidor”. DANTE D’, Rusconi En Dante Rusconi (coord.), *Manual de Derecho de Consumidor*. Buenos Aires. Abeldo Perrot. 2009.
- _____. “Esencia del Derecho del Consumidor”. En Dante Rusconi (coord.), *Manual de Derecho de Consumidor*. Buenos Aires: Abeldo Perrot, 2009.
- JOSSERAND, Luis. *Teoría General de las Obligaciones*. Bogotá: Editorial Leyer, 2007.
- LAFONT PIANETTA, Pedro. *Manual de Contratos*. Panorama de la Negociación y Contratación *Contemporánea, Bogotá*: Editorial Ediciones Librería del Profesional, Tomo I, 2001.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Contratos*, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, Tomo I, 2004.
- MAZEUD, Henri; MAZEUD, León y MAZEUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil, Buenos Aires*, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1ª Parte, Volumen I, 1959.
- MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, Tomo I.

- MONATERI, P.G. *La Invención Del Derecho Privado*. Bogotá: Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 2006.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzione Editores, 2008.
- _____. *Interpretación Económica de los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzione Editores, 1994.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, Ed. 7ª, 2005.
- PLANIOL, Marcelo y RIPPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Habana: Cultural S.A, Tomo XI, 1936.
- POSNER, Richard. *El Análisis Económico Del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, 1998.
- RAKOFF, Todd D. *Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica*. En revista "Derecho Privado" de la Universidad de Los Andes N° 37, 2006.
- RECAPITULACIÓN DE CONTRATOS DE ESTADOS UNIDOS, Sección 221. En: http://www.lexinter.net/LOTWVers4/standardized_agreements.htm, (consultado: 22 oct., 2010).
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos Bancarios, Bogotá*: Legis S.A., 2005.
- RUBIO ESCOBAR, Jairo. *Derecho de los Mercados*. Bogotá: Legis S.A., 2007.
- SALAZAR, Diego F. "Asimetrías de Información y Análisis Económico de los Contratos de Adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual". En revista *Derecho Privado*. *De la Universidad* de Los Andes N° 37, 2006.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Negocio Jurídico*. Lima: Editorial Grijey, 2004.
- STIGLITZ, Rubén S. "Contrato de Consumo y Cláusulas Abusivas". En *Revista Contexto* de la Universidad Externado de Colombia, N° 32, p. 33. En: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/contexto/article/viewFile/1712/1539>, (consultado: 28 oct., 2010).
- TRUJILLO CABRERA, Juan. "Aproximación al Análisis Económico del Derecho de Algunas Instituciones del Sistema Jurídico Colombiano". En *Derecho y Economía* de la Corporación Universitaria Republicana. En: http://www.redsociojuridica.org/ponencias_2006/analisis_economico.pdf, (consultado: 22 feb., 2011).

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2002.

ZENTNER, Diego H. "Los Contratos de Consumo". En Dante Rusconi (coord.), *Manual de Derecho de Consumidor*. Buenos Aires: Abeldo Perrot, 2009.

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL, T-307/1997, J. Hernández.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e6462 de 2002. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. República de Colombia, Bogotá D.C., 13 de diciembre de 2002.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e3972 de 2004. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. República de Colombia, Bogotá D.C., 19 octubre de 1994.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e6146 de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. República de Colombia, Bogotá D.C., 2 de agosto de 2001.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e5670 de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. República de Colombia, Bogotá D.C., 2 de febrero de 2001.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e2407 de 1980. Magistrado Ponente: Humberto Murcia Ballén. República de Colombia, Bogotá D.C., 29 de agosto de 1980.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e50001-3103-001-1999-04421-01 de 2005. Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete. República de Colombia, Bogotá D.C., 3 de mayo de 2005.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e11001-3103-041-2001-01023-01 de 2010. Magistrado Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda. República de Colombia, Bogotá D.C., 30 de agosto de 2010.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e08001-31-03-004-2000-00254-01 de 2007. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena. República de Colombia, Bogotá D.C., 9 de agosto de 2007.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e4929 de 1999. Magistrado Ponente: Jorge Antonio Castillo Rugeles. República de Colombia, Bogotá D.C., 19 de abril de 1999.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e68001-34-03-001-1998-0226-01 de 2005. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla. República de Colombia, Bogotá D.C., 28 de junio de 2005.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e7569 de 2005. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena. República de Colombia, Bogotá D.C., 30 de junio de 2005.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e11001-3103-024-1998-4175-01 de 2009. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena. República de Colombia, Bogotá D.C., 4 de noviembre de 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1141/2000. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. República de Colombia, Bogotá D.C. 30 de agosto de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-820/2006. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. República de Colombia, Bogotá D.C. 04 de octubre de 2006.

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005.

Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Oficina de Regulación, Informe Mensual. *Proyectos Nuevos Radicados desde el 20 de Julio de 2010*. p. 12. En: http://www.sic.gov.co/archivo_descarga.php?idcategoria=646, (consultado: 26 oct., 2010).

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LA CIRUGÍA GENERAL*

Jessica Barrera García**

Sumario: INTRODUCCIÓN. I.- Reconstrucción histórica de ‘responsabilidad’. II.- Cambio en el paradigma de la culpa. III.- El caso colombiano. IV.- Responsabilidad civil médica. V.- Cirugía general. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de las profesiones liberales en la actualidad necesita de una figura clara de responsabilidad, sobre todo en las actuaciones que desbordan la esfera personal y que potencialmente tienen la facultad de afectar a otras personas o a la comunidad en general. Una de las profesiones que tiene gran influencia en la vida de las personas es la medicina y toma particular importancia la rama de la cirugía general, por el especial grado de cuidado con el que debe actuar el profesional al enfrentarse a un procedimiento invasivo en otra persona.

El presente escrito pretende una aproximación al tema de la responsabilidad médica de la siguiente manera: i) se parte de una reconstrucción histórica de la figura de responsabilidad civil a partir de 3 conceptos circulantes; ii) posteriormente se hará un análisis de la transformación de la concepción de culpa; iii) nos centraremos en el caso colombiano, estableciendo cuál es el régimen de responsabilidad existente en el país, si estamos frente al sistema contractual o extracontractual y qué clase de obligación recae sobre el médico frente a su paciente, si de medio o de resultado; iv) como cuarto punto se busca explicar la responsabilidad civil médica, su origen histórico, las clases y su régimen actual en Colombia; v) terminaremos con el estudio de la cirugía general, su historia y el régimen de responsabilidad aplicable a esta y; vi) por último trataremos de plantear unas conclusiones.

* El presente artículo se estructura a partir de la monografía del mismo título: *“Responsabilidad Civil Médica en la Cirugía General”* presentada para obtener el título de abogado en la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, dirigida por el profesor Mateo Jaramillo Vernaza y evaluada por los jurados Nicolás Polanía Tello y Mateo Sánchez.

** Abogada egresada de la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano en el año 2010. Correo electrónico: jessicabarreragarcia@gmail.com. Asistente Legal del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura.

I. RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE RESPONSABILIDAD

Explican los tratadistas Mazeaud y Tunc,¹ que en tiempos primitivos,² ningún instrumento jurídico se ocupaba de reparar el daño causado a las personas, de tal forma que se aplicaba la venganza entre los mismos particulares. Por costumbre, se fue introduciendo en el mundo jurídico esta práctica y se le otorgó el derecho a la víctima de exigir la reparación del daño, aplicando lo que se conoce como la Ley del Talión,³ que funcionaba causándole a quien ocasionó el daño, un daño igual al sufrido.

Con el tiempo, la víctima descubre que le es más provechoso reparar el daño que se le ha infligido acudiendo al patrimonio del victimario y no vengándose personalmente de él, por lo que el perdón de la víctima le costará al victimario una suma de dinero, en algunos casos pactada por ellos mismos de común acuerdo y en otros por el magistrado.⁴ Sumado a lo anterior, estaba prevista la prohibición expresa de la Ley *Poetelia Papiria*⁵ de “dar muerte a los deudores insolventes, que habían garantizado con su propio cuerpo el pago o cumplimiento (...)”⁶ de la deuda, ordenando que el deudor, antes de entrar voluntariamente en insolvencia, esto es, antes de ponerse en posición de no poder responder con su patrimonio, por falta de bienes, los debía dejar a disposición de su acreedor.

Una vez consolidada esta práctica, la ley buscó hacerla obligatoria incorporando una nueva regla, que consistió en que quien fijaba ahora la cuota a pagar era la

1 MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Vol. 1, Tomo I, 1993, pp. 36 y 37.

2 Se puede asimilar al período arcaico: “Si se considera el derecho privado de los romanos desde el punto de vista de su desenvolvimiento, después de la fundación de Roma hasta el reinado de Justiniano, se pueden distinguir cuatro períodos. 1º De la fundación de Roma a la ley de las XII tablas (1 a 304 de Roma) (...)”. PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México D.F.: Porrúa, 2007, p. 27.

3 Ley del Talión: “Se haya (sic) en Código de Hammurabi, y sobre todo en el hebreo, y se expresa en la fórmula ‘ojo por ojo y diente por diente’. De esta manera la venganza encuentra una regulación, de modo que no se puede pasar, en la relación, más allá del mal que causó la ofensa”. ROMERO SOTO, Luis Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Temis S.A., Volumen I, 1969, p. 60.

4 PETIT, Eugene. *Op. cit.*, pp. 464 y 465.

5 *Lex Poetelia Papiria*, del año 326, que elimina la *manus iniectio* por deudas, procedimiento que consistió en tomar por su propia cuenta al deudor como esclavo y hasta venderlo, para pagar su acreencia. MEDELLÍN, Carlos J. y MEDELLÍN F., Carlos. *Lecciones de Derecho Romano*. Bogotá: Temis S.A. Ed. 20. 1995, p. 7.

6 GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *Manual de Derecho Romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 31.

autoridad, pues la víctima ya no podía hacer justicia por sí misma. En este orden de ideas, como la autoridad era quien intervenía en los conflictos entre particulares, esta advirtió que existían agresores directos contra ella y, posteriormente notó la existencia de agresores indirectos,⁷ dividiendo la responsabilidad en pública y privada, en donde en esta última intervenía únicamente para evitar los conflictos y fijar, lo que hoy llamamos, indemnización pecuniaria y, en la primera, actuaba para reprimir los delitos.

Debido a que el Estado era el único legitimado para “*penar*”, el papel de la víctima se redujo a solicitar la indemnización, que ya no se trataba de represalia sino de reparación.⁸ Sin embargo, “*A lo largo de la evolución no se llegó a perder el carácter de penal, pues el mismo criterio del múltiplo revela el fin afflictivo propio de la reacción penal y excede del reparatorio; ya que la utilidad exorbitante, concedida al perjudicado, es un reflejo de la realización de tal fin afflictivo (punitivo)*”.⁹

En virtud de esta evolución histórica, el tratadista Jorge Mosset Iturraspe ha reconocido tres concepciones de la responsabilidad civil a lo largo de la misma:

- “1) La clásica, adoptada por los juristas romanos, que, sintéticamente expresada, ve en el daño la ruptura del equilibrio entre las personas, y, en su reparación, la vuelta a la justicia;
- 2) la moderna, desarrollada a través de los siglos XVII, XVIII y XIX, receptada por el *Code Civil* y que, en pocas palabras, incorpora pautas moralistas con base en la idea de culpa, y
- 3) la actual, expuesta en los últimos cincuenta años, la de fines del segundo milenio, caracterizada por la atipicidad de los supuestos y la variedad de los factores de imputación”.¹⁰

7 Las agresiones indirectas se refieren a aquellas conductas que por no estar, en principio, dirigidas contra ella, no son consideradas directas, pero que aun así la afectan, como las acciones dirigidas contra particulares que a su vez, afectan el orden público, como el delito de homicidio.

8 MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André. *Op. cit.*, pp. 36 y 37.

9 El profesor Adriano De Cupis se refiere con “el múltiplo” al criterio utilizado para determinar el monto de la indemnización cuando se adoptó el sistema de la composición pecuniaria. DE CUPIS, Adriano. *El Daño. Teoría de la Responsabilidad Civil*. Barcelona: Bosh Casa Editorial S.A., 2^{da} ed., 1975, p. 749.

10 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños. Parte General*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, Tomo I, 2004, pp. 13 y 14.

La concepción clásica tiene lugar en Roma, en donde ya desde el siglo V a.C., en la época de las XII Tablas, se hablaba de injuria¹¹ y se distinguía entre daños públicos y daños privados, pero en donde aún el Estado no se ocupaba de imponer todos los castigos, por ello “(...) *el derecho romano del tiempo de las XII Tablas representa [una época de transición] entre la fase de la composición voluntaria y la de la composición legal obligatoria (...)*”,¹² con todo y, como ya se dijo, la cuota impuesta al deudor bajo el régimen de la composición legal, sigue siendo el precio de la venganza y así seguirá siendo en toda la vida del Derecho Romano. Continúan los profesores Mazeaud y Tunc explicando que aunque Justiniano distingue entre “(...) *acciones reipersecutorias, las acciones penales propiamente dichas y las acciones mixtas (...)*” la distinción permaneció siempre confusa.¹³

De lo anterior se desprende que el legislador romano pensó: “(...) *uno por uno, los delitos, a medida que las quejas suscitadas por su reparación le iban llamando la atención; no procedió jamás sino por casos especiales, decidiendo que quien hubiere sufrido tal o cual daño podría exigir esta o aquella suma*”.¹⁴

El principal intento de los jurisconsultos por mejorar la insuficiencia de este sistema fue la Ley Aquilia,¹⁵ porque logró, a su manera, ampliar el catálogo de daños y establecer un régimen un poco más general; aun quedándose corta, fueron el pretor y los jurisconsultos los que lograron aplicar la Ley Aquilia a casos no contemplados en ella y, sumado a esto, hicieron un gran aporte, el de diferenciar el daño del perjuicio, pues a diferencia de la ley, entendieron que lo que daba lugar a la reparación era el perjuicio sufrido a causa del daño, por lo que podría presentarse el caso en el que habiendo daño no se tendría derecho a la reparación por no existir perjuicio alguno. Desafortunadamente, esta importante distinción se quedó en la teoría debido a la imposibilidad de aplicarla, principalmente por dos razones, la primera, que la Ley Aquilia únicamente tenía en cuenta casos

11 Injuria: “(...) tomada en sentido lato, significa todo acto contrario a derecho (V. n.º 456, b). Pero en una acepción más restringida, designa el ataque a la persona, mientras que el *damnum injuria datum*, reprimido por la Ley Aquilia, es un daño causado injustamente a la cosa ajena (I, pr., ht.). Los caracteres y efecto del delito de injuria han variado según las épocas. Fijados primero por la ley de las XII tablas, se han modificado poco a poco bajo la influencia de la costumbre y del pretor”. PETIT, Eugene. *Op. cit.*, p. 464.

12 MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André. *Op. cit.*, p. 38.

13 Acciones mixtas, son las penales y reipersecutorias a la vez, las reipersecutorias son acciones civiles por daños y perjuicios, y las penales propiamente dichas conducen a una pena privada.

14 MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André. *Op. cit.*, p. 38.

15 Ley Aquilia: sobre daño causado injustamente. Cuando una persona causa, sin derecho, un perjuicio a otra, atacando su propiedad, la equidad quiere que haya reparación en provecho de la víctima. MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Bogotá: Temis S.A., 1991, pp. 512 y 513.

particulares y, la segunda, que no sancionaba el daño en todos los casos sino que para que pudiera repararse exigía que este cumpliera con algunos requisitos.¹⁶

Por su parte, y como se anotó previamente, la concepción moderna de la responsabilidad civil inicia en el siglo XVII, donde esta pierde completamente su carácter de penal.¹⁷ Durante este período, la tendencia es a entender que el objeto propio del daño causado, es la restitución en cabeza del deudor, pensamiento que se encontraba resumido ya en el derecho canónico.¹⁸ *“También en Francia y en Bélgica, se cumplió, lo mismo que en Italia, el proceso (...) que llevó a la Ley Aquilia a perder su carácter penal, y a establecer así una distinción entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal (...)”*.¹⁹ El profesor Jorge Peirano explica que la escuela que terminó este proceso fue la natural, porque pretendieron alejarse completamente del Derecho Romano para encontrar los fundamentos de todas las instituciones en el derecho natural.²⁰

Pese a la importante evolución expuesta, fue con el derecho francés que se empezó a manejar propiamente la palabra *“responsabilidad”*, *“(...) recién comienza a emplearse en Francia con un sentido jurídico por los filósofos y escritores del siglo XVIII (...)”*.²¹ El mayor exponente de esta corriente fue Domat, quien tuvo en

16 Los requisitos exigidos por la Ley Aquilia para sancionar el daño son: a) que el dueño de la cosa dañada sea ciudadano romano y; b) que en el daño sea *corpore corpori datum*, esto es, contacto físico entre la cosa dañada y el autor del daño. MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André. *Op. cit.*, p. 38.

17 Es con el derecho común que, apoyado en el derecho romano por gozar este de un gran prestigio, se presenta un completo desarrollo de las diferenciaciones entre lo civil y lo penal. Debido a la fuerte influencia romana, la gran limitación que tuvo el avance de esta distinción fue que de uno u otro modo siempre se buscó hacer coincidir las nuevas tesis con las fuentes romanas ya existentes. PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá: Temis S.A., 2004, pp. 119 y 120.

18 Recogido por el derecho canónico y enseñado por los moralistas y teólogos de la época como Santo Tomás y Gregorio Magno, quienes afirmaban que con solo restituir lo dañado se restablecía la equidad. Con el restablecimiento del equilibrio patrimonial, se descartaba completamente el carácter penal. Ver PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, pp. 120 y 121.

19 *Ibidem*, p. 122.

20 La escuela natural plantea una armonía del hombre entre fuerzas e impulsos dispares, entre espíritu, animal y razón, donde el alma es parte sustancial del ser, alma y cuerpo son una unidad sustancial que busca la verdad. Así mismo, los naturalistas reconocen la existencia de derecho positivo, pero de derecho natural también, que *“vale por sí mismo y es intrínsecamente justo”*. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Bogotá: Ediciones Esquilo, 2003, p. 40. CORTS GRAU, José. *Curso de Derecho Natural*. Madrid: Editora Nacional, 5ª ed., 1974, p. 237 y 238.

21 Ver PEIRANO FACIO, Jorge. *Op. cit.*, p. 19.

cuenta conceptos como la negligencia y la imprudencia, esto es, “*la culpa*”,²² y el considerar casos concretos de esta lo lleva a plantear un principio general de reparación de daños:

Todas las pérdidas y todos los daños que se pueden ocasionar por el hecho de alguna persona, sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que debe saber, u otras culpas semejantes, por más ligeras que ellas puedan ser, deben repararse por aquel que ha dado lugar a la imprudencia o a otra culpa; pues es una injuria que él ha hecho, aun cuando él no haya tenido intención de perjudicar (...).²³

Fue tal su influencia que, al momento de la expedición del Código Civil de Napoleón, la responsabilidad civil tenía como elemento esencial la culpa,²⁴ descompuesta en dos condiciones, la primera se refiere a la imputabilidad, que consiste en hacer responsable a un hombre únicamente si está en la capacidad de comprender sus propios actos.

*“Solo hay responsabilidad allí donde hay facultad de razonamiento. El individuo privado de razón es irresponsable, no solamente desde el punto de vista moral, sino también desde el punto de vista civil”.*²⁵

Y la segunda, es la culpa propiamente dicha, que no fue definida en el Código de Napoleón,²⁶ y que por tal razón presentó un problema cuando quisieron aplicar la definición tradicional de culpa a la esfera extracontractual. Pese a ello, los tratadistas COLIN y CAPITANT concluyeron que el criterio que se debe tener en cuenta en ambas materias, es el del “*hombre diligente*”.

En cuanto al tema probatorio, determinaron que: a) no basta probar la culpa, sino que es necesario probar el nexo de causalidad, y b) que si bien se ha probado la culpa y el nexo, puede la contraparte probar que ha existido un hecho de

22 LE TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil*. Colombia: Legis Editores S.A., 2004, p. 27.

23 DOMAT, Jean. *Les loix civiles Dans leur ordre naturel*. Secc. 2ª, §1, t. 1, en la edición de 1735, pág. 180, 2ª col. Citado en PEIRANO FACIO, Jorge. Op. Cit. p. 127.

24 LE TOURNEAU, Philippe. *Op. cit.*, p. 27.

25 COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry, *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid: Reus S.A. Tomo III, 1924, p. 745.

26 Se excluyó del Código de Napoleón, por considerarse que la definición de culpa era bastante obvia, de tal manera que quien escuchara que un hombre era culpable, entendía de inmediato que aquel sujeto no actuó de la manera en que debía hacerlo. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry. *Op. cit.*, p. 749.

la víctima.²⁷ Frente a esto el profesor Chironi considera que esta concepción de culpa (la psicológica, es decir, que proviene de un estado anímico reprochable de un sujeto, que por ser antijurídico requiere la reacción del Estado)²⁸ es la parte subjetiva de la injuria.²⁹ No obstante, se puede afirmar que la reparación se presenta por la exigencia de la culpa como género (responsabilidad civil), mientras que el estado anímico nos sirve para diferenciar entre el dolo y la culpa, esta última como especie.

La última concepción mencionada por el profesor Jorge Mosset es la actual, que se desarrolla en el siglo XX y que es una versión actualizada de la moderna, pues a partir de sus bases agrega figuras que la amplían. Ahora se

(...) estima que la culpa más insignificante, (...) puede dar origen a responsabilidad cuasi delictual civil; que el ejercicio abusivo de un derecho puede constituir un delito o cuasidelito civil, y que hay culpa en no ponerse a tono con el progreso, en no dotar a una máquina o instrumento susceptible de causar accidentes, de los aparatos que la ciencia o la industria han inventado o descubierto para evitarlos.³⁰

27 Conocido actualmente como Culpa Exclusiva de la Víctima o Culpa de la Víctima, como su nombre lo indica, se presenta cuando “a la actividad de la víctima se le puede considerar como causa exclusiva del daño (...) poco importa que el hecho de la víctima sea culposo o no; en este caso ese hecho constituye una fuerza mayor (...)”. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Temis S.A., Tomo III, 1999, p. 128. Esta figura se asimila a la fuerza mayor y para que por aquella sea exonerado el demandado, es necesario que cumpla los mismos requisitos de esta. HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones. Concepto, Estructura Vicisitudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Tomo I, 3ª ed., 2003, pp. 777-779. Véase también C.C. artículo 2357, que hoy consagra la culpa compartida, esto es, que la víctima haya contribuido en parte y no en todo a la generación del daño, hecho que le causa a la víctima una reducción de la indemnización.

28 TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Op. cit.*, p. 128.

29 Según el profesor Mosset Iturraspe la injuria es la violación de un derecho de otro sin justificación alguna y que causa un daño al titular del derecho. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, pp. 22 y 23. Ahora bien, el tratadista Chironi explica que la culpa psicológica, “como defecto imputable de la diligencia impuesta al agente, determina la violación, con efecto jurídico, del derecho ajeno siendo la razón principal por el cual el hecho ilícito es hecho jurídico”, esto es, la injuria. CHIRONI, Giampietro, *La Culpa en el Derecho Civil Moderno*. Tomo I. Editorial Reus S.A. Madrid 1960, pág. 8. En SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de Responsabilidad Civil*. Bogotá: Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Tomo I, 1996, p. 16.

30 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De La Responsabilidad Extracontractual en El Derecho Civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal, Tomo I, 1987, p. 111.

Pero aún más novedosas son las variadas figuras que hoy toman nombre propio y que son generadoras de responsabilidad, como el derecho a la intimidad y a la vida de relación, así como la responsabilidad de los profesionales.

II. CAMBIO DEL PARADIGMA DE LA CULPA

Esta concepción está perfectamente resumida por el profesor Jorge Mosset, con la siguiente afirmación: *“Si la responsabilidad que culmina su proceso constructivo en el siglo XIX puede calificarse como ‘la de la culpa’, esta, la del siglo XX, es la ‘del daño’. Aquella se edificó a partir de la imputación culposa; esta se edifica partiendo del detrimento, menoscabo o perjuicio”*.³¹ Y continúa explicando que, conjuntamente, ya no se trata de castigar al victimario, sino de reparar a la víctima y, en conclusión, menciona las siguientes características principales de esta concepción a) se responde por los hechos involuntarios también; b) introducción de las causas extrañas: hecho de un tercero y hecho del Estado; c) a la antijuridicidad formal se le suma la material y a la subjetiva, la objetiva; d) se amplía el enfoque, pues no se ciñen los casos a la ley únicamente, sino que es el juez el encargado de calificar todo daño, jurídico y de hecho; e) se incluyen causas de justificación del Derecho Penal;³² f) se acepta la imputación objetiva, con base en la obligación de garantía o el riesgo creado; g) reconocimiento del daño moral como un daño indemnizable; h) se introduce la responsabilidad colectiva; i) tendencia a la prevención o evitación de los daños mediante mecanismo especiales y generales.

No es de extrañar que los precursores del Derecho Canónico se hayan ocupado de la culpa, pues para ellos era una cuestión de imputación moral, en donde se exige una intromisión en la psiquis y en las condiciones anímicas de las personas para determinar la intención de sus acciones, pese a ello, para cuando sobrevino la secularización del derecho, se apartó lo moral para descubrir lo útil o justo

31 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 37.

32 Causales de justificación en Derecho Penal: el estricto cumplimiento de un deber legal, cumplimiento de orden legítimo de autoridad competente, legítimo ejercicio de un derecho subjetivo, legítimo ejercicio de una actividad lícita, legítimo ejercicio de un cargo público, legítima defensa, el estado de necesidad justificante. VELÁSQUEZ V., Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Ed. Comlibros, 4ª ed, 2009, pp. 716 - 786. Así como, caso fortuito y fuerza mayor, consentimiento del titular del bien jurídico, insuperable coacción ajena, miedo insuperable y error invencible. DUQUE GÓMEZ, José. *Las causales de Justificación en el Derecho Penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas de Colombia, 2009. Ver también C.P. artículo 32.

para las víctimas, pues se empezaron a analizar casos en donde no era imputable la culpa al autor del daño, pero donde sí existía la víctima que debía cargar con todo el peso del daño, sin que este le fuera reparado, y entonces se introducen teorías como la de la responsabilidad por las cosas o las actividades riesgosas.³³

III. EL CASO COLOMBIANO

Para adentrarse en el tema central, se debe identificar qué régimen de responsabilidad se aplica en Colombia, y de haber varios, cuál se debe aplicar a la responsabilidad médica. Por mucho tiempo, en el ordenamiento jurídico colombiano subsistieron dos regímenes, el objetivo y el subjetivo;³⁴ la presencia de este último indica que la teoría de la culpa había sobrevivido y aún hoy está incluida en el ordenamiento mediante su clasificación, en grave, leve y levísima del Código Civil, en la primera clase de culpa se incurre cuando no se manejan los negocio ajenos con aquel cuidado que aún una persona negligente o de poca prudencia emplea en los suyos propios; la leve consiste en el descuido que se emplea normalmente en los negocios propios, cuando no se actúa como un buen padre de familia y; la última es la falta de la diligencia que un hombre juicioso emplea en sus negocios más importantes.³⁵

En materia de responsabilidad contractual, la culpa “(...) *consiste en el dolo, la imprudencia, la impericia, la negligencia o la violación de reglamentos que le impiden al deudor cumplir correctamente su obligación (...)*”³⁶ y se gradúa dentro de las tres clases mencionadas, según sea el beneficio que reporte el contrato para las partes así: el deudor responderá únicamente por culpa grave en los contratos que por su naturaleza solamente son útiles al acreedor; responderá por culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio de ambas partes y; por culpa levísima en aquellos contratos en que el deudor es el único que reporta

33 ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Responsabilidad Civil*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995, pp. 156 y 157.

34 Régimen de responsabilidad objetivo: “el mero incumplimiento de una obligación contractual origina la necesidad jurídica de reparar el daño causado, sin hacer ninguna valoración de la conducta o del comportamiento del deudor”. SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Bogotá: Legis, Tomo I, 2ª ed., 2003, p. 281. En contraposición al régimen subjetivo, donde sí se evalúa la conducta.

35 Ver C.C. artículo 63.

36 TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Op. cit.*, p. 284.

beneficio.³⁷

Este sistema presenta grandes inconvenientes, el primero, es que en la práctica no se utiliza.³⁸ Los criterios que definen en qué grado de culpa se ha incurrido son subjetivos, como lo es el de “*un buen padre de familia*” y además, dentro del ordenamiento jurídico no existe una definición para esta clase de conceptos; el segundo inconveniente que presenta esta graduación de culpa, es que parece confundir la noción de contrato con la de obligación puesto que “(...) dentro de un mismo contrato puede haber múltiples obligaciones que, por esencia, imponen una carga probatoria distinta”,³⁹ esto es, reportan beneficios distintos dentro de un mismo contrato, por lo que lo lógico sería determinar primero qué clase de obligaciones están inmersas en el contrato para saber qué grado de culpa se debe exigir al deudor.

Y por último, el tercer inconveniente, aún mayor, es que la ley establece que ante el incumplimiento contractual se presume la culpa, lo que resulta injusto si se analiza que esto significaría que en el primer evento, el de la culpa grave, como solamente reporta beneficio el acreedor, se le exige al deudor el grado más grande de negligencia, es decir, que puede descuidarse de manera ostensible, pero se le presume el grado de culpa más grave, culpa que, asimismo, el artículo 63 del Código Civil equipara al dolo, y si se tiene en cuenta que en los eventos en que se actúa con dolo se debe responder hasta por los perjuicios no previstos,⁴⁰ en caso de que el deudor incurra en culpa grave, aun exigiéndosele el mayor grado de negligencia, será castigado con mayor gravedad, al tal punto de hacerlo responsable hasta por los perjuicios no previstos, lo cual no resulta lógico pues el dolo es voluntario,⁴¹ mientras que la culpa no, y deben ser castigados con diferente intensidad.

37 Ver C.C. artículo 1604.

38 “Pero hay todavía otros casos en los que, a nuestro entender, no es aplicable la graduación de las culpas y, por lo tanto, cualquiera sea el grado de culpa del deudor, su responsabilidad se compromete.

En efecto, ya hemos dicho (supra, núm. 40) que en múltiples oportunidades nuestro Código Civil establece la responsabilidad civil contractual del deudor que actúa con culpa. Es decir, la ley para nada cualifica esa conducta culposa del deudor. Desde que la culpa se establezca, el deudor es responsable. En tales circunstancias creemos que tampoco la graduación de las culpas del art. 1604 tiene aplicación, y en consecuencia ese principio general de la citada norma queda cada vez más con un menor contenido”. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Culpa Contractual*. Bogotá: Temis S.A., 1990, p. 96.

39 TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil*. Op. cit., p. 310.

40 Ver C.C. artículo 1616.

41 LARROUMET, Christian. *Teoría General del Contrato*. Bogotá: Temis S.A., Vol. II, 1993, p. 56.

Actualmente se está pasando a una concepción de culpa objetivada, “*expresiones tales como ‘derecho de daños’, ‘protagonismo del daño’, ‘daño injustamente sufrido antes que daño injustamente causado’ reflejan una objetivación que adelgaza el papel de la culpa (...)*”,⁴² de esto se colige que se deja de lado el reproche moral, y se reduce la culpa a la mera comparación entre la conducta del sujeto y lo que una persona diligente debió hacer en las mismas circunstancias.⁴³ Como se deduce de la afirmación anterior, la culpa estará supeditada a la actividad que realice el agente o a las circunstancias en las que se encuentre, así por ejemplo, “*(...) cuando se trata de un profesional, la culpa se concretiza de una cierta manera, puesto que el modelo de referencia cambia (...). El hombre avisado es remplazado por el buen profesional en un oficio determinado, y de los medios de que dispone o habría debido disponer (...)*”.⁴⁴

El sistema de responsabilidad se pondrá en marcha una vez se haya causado un perjuicio, y posteriormente se procederá a determinar quién debe indemnizar, pero ahora se queda corta la costumbre de buscar una causa para señalar como culpable solamente a la persona que produjo el daño por su culpa, debido a la “*complejidad causal que plantean la tecnificación y la masividad*”,⁴⁵ es por ello que “*Las nociones objetivas surgen entonces para complementar aquella imputación: debe responder aquel que ha creado el riesgo o aquel que está en mejores condiciones para evitarlo*”.⁴⁶

42 LORENZETTI, Ricardo Luis. “Responsabilidad Civil del Médico y Establecimientos Asistenciales”. En *Derecho de Daños*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1° Parte, 2000, p. 510. En el mismo sentido, los doctrinantes Fernando Hinestrosa y Juan Carlos Henao, consideran que es el daño la razón de ser de la responsabilidad, por lo que debe ser estudiado como primer elemento, lo anterior tiene total sentido si analizamos que sin daño no hay lugar a estudiar los demás elementos, pues es a partir de la existencia del mismo que se pone en marcha el aparato judicial para determinar luego quién causó el daño y, posteriormente, valorar la conducta del sujeto, tema del que se encarga la culpabilidad. HINESTROSA, Fernando. *Estudios Jurídicos*. En *Escritos Varios*. Bogotá: Umaña Trujillo Impresores, 1983, pp. 680 y 681. HENAO, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 35-37.

43 PICASSO, Sebastián. “Error y Culpa Médica”. En *Responsabilidad Civil*. Directora: Aída Kemelmaier de Carlucci. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2007, p. 268.

44 LE TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil Profesional*. Colombia: Legis Editores S.A., 2006, pp. 10 y 11. Hoy en día, la Corte Suprema de Justicia ha exigido que “*(...) la diligencia debida ha de ser la adecuada a la prestación de los servicios médicos requeridos, medida por la *lex artis ad hoc*, esto es, juzgada según aspectos como los riesgos usuales, el estado del conocimiento, los protocolos aconsejados por la buena práctica*”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA LABORAL. Radicado e30621 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Adolfo López Villegas, República de Colombia, Bogotá D.C., 22 de enero de 2008.

45 LORENZETTI, Ricardo Luis. “Responsabilidad Civil del Médico y Establecimientos Asistenciales”. En *Derecho de Daños*. *Op. cit.*, 510.

46 *Idem*.

Pese a estas dificultades, en la práctica, la culpa sigue jugando un papel muy importante a la hora de determinar la responsabilidad civil, pero no siempre es un elemento necesario e importante para que exista responsabilidad contractual, pues habrá casos en que esta se presente con culpa y casos en los que se presente sin ella, esto es, los casos de responsabilidad objetiva.⁴⁷ Para determinar cuáles son esos casos, debemos recurrir a la diferenciación entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, no sin antes dejar claro que los regímenes de la graduación de la culpa y el de la división en obligaciones de medio y resultado, divergen en cuanto a la presunción de la culpa y a la forma en que el deudor se exonera de responsabilidad, lo que hace imposible su aplicación simultánea, sin embargo, el que se aplique el segundo régimen no obsta para que se deje de lado el concepto de culpa, como se verá más adelante.

Tratándose de las obligaciones de medio y de resultado, el profesor Tamayo Jaramillo ha dicho que *“El derecho colombiano no ha sido ajeno a esta influencia, pero el artículo 1604 del Código Civil, que consagra la graduación tripartita de la culpa, parece ser un gran obstáculo para la adopción de la teoría”*.⁴⁸ Al respecto ha dicho la Corte:

(...) en materia de responsabilidad civil contractual, la división clásica en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, y la posterior a esta, en obligaciones positivas y negativas, no proporcionan un método para la solución de los problemas referentes a la culpa y a la carga de su prueba. Débese a la clasificación introducida por Demogue, en obligaciones de resultado y en obligaciones de medio, el que se haya logrado superar la mayor parte de las dificultades que ambos respectos suelen presentarse.⁴⁹

A renglón seguido la Corte advierte que cualquier obligación puede tener como objeto, o bien la obtención de un resultado determinado, o bien aportar toda la diligencia posible para llegar a un resultado, sin garantizarlo.

47 “(...) podemos afirmar que en algunos casos, mas no en todos, la culpa es fundamento necesario de la responsabilidad contractual; que esa culpa jamás puede definirse como el simple incumplimiento de una obligación preexistente, pues dicho incumplimiento solo se produce a veces, por culpa del deudor, mientras que en otros casos el incumplimiento obedece a causas distintas de la culpa del deudor (...)”. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil. Op. cit.*, p. 287.

48 TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil. Op. cit.*, p. 288.

49 CSJ Civil, 31 may. 1938. GJ: XLVI. En TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil. Op. cit.*, p. 288.

Mientras que en las obligaciones de medio o también llamadas de prudencia y cuidado, “(...) *el deber del deudor consiste solamente en ser diligente, advertido, cuidadoso, entendido, y emplear los medio idóneos, conforme a las circunstancias, para alcanzar un determinado resultado útil para el acreedor y que este apetece, pero sin asegurarlo (...)*”,⁵⁰ de lo que se deduce que la exigencia que se le hace al deudor es un determinado comportamiento, diligente y cuidadoso, y no, como algunos han entendido, el mero hecho de tratar;⁵¹ en las obligaciones de resultado o específicas, “(...) *el deudor se compromete a obtener el resultado prevenido a favor del acreedor (...)*”,⁵² “(...) *a cumplir un propósito específico o a llegar a un resultado dado, el cual garantiza, de manera que no le basta al obligado con tomar las medidas enderezadas a lograr el resultado, sino que efectivamente debe lograrlo*”.⁵³

Ahora bien,

El incumplimiento de una obligación específica hace al deudor incurso en culpa contractual; esta resulta automáticamente (...) de la inejecución, y el juzgador no tiene por qué apreciar la conducta del deudor. En cambio, cuando se trate de una obligación general de prudencia y diligencia (obligación de medio), (...) debe el juez investigar la conducta del deudor y ver si (...) dicho deudor hubiera incurrido en el tipo de culpa correspondiente, por no haber empleado la diligencia y cuidado a que estaba obligado.⁵⁴

De lo anterior se colige que “(...) *la obligación de resultado, cuando no se ejecuta, se sanciona con una responsabilidad objetiva, mientras que la inejecución de una obligación de medios se sanciona con una responsabilidad subjetiva*”,⁵⁵ habrá que tener en cuenta además, como lo explica el profesor Christian Larroumet, que el régimen de responsabilidad que rige un contrato, puede ser modificado y hasta suprimido convencionalmente por las partes.⁵⁶

50 HINESTROSA, Fernando. *Op. cit.*, p. 241.

51 “(...) aún en las obligaciones de medio existe un mínimo resultado, el cual es el de realizar la conducta con la cual el deudor pretende lograr el beneficio mediato buscado por el acreedor (...) no ha tratar de hacerlo”. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil*. Op. Cit. p. 291.

52 HINESTROSA, Fernando. *Op. cit.*, p. 243.

53 SUESCÚN MELO, Jorge. *Op. cit.*, p. 358.

54 PÉREZ VIVES, Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Vol. II, 1ª Parte, 1951, pp. 240 y 241.

55 LARROUMET, Christian. *Op. cit.*, p. 23.

56 Ver también C.C. artículo 1604, último inciso.

Sumado a todo lo anterior, lo que en la práctica nos permite caracterizar esta división de las obligaciones, es que en las de resultado, el deudor muchas veces no tiene forma de librarse de la responsabilidad y otras veces solo lo puede hacer demostrando una causa extraña y, en las de medio muchas veces al deudor se le presume la culpa, y desvirtuarla implica demostrar su diligencia y cuidado, y otras veces la víctima o acreedor debe demostrar la culpa del deudor.⁵⁷

Para identificar cuándo se está frente a una obligación de medio o un resultado, los Principios Unidroit⁵⁸ en el artículo 5.5, señalan los siguientes criterios: “a) los términos en los que se describe la prestación en el contrato; b) el precio y otros términos del contrato; c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado; d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación”.

Parece que aquí únicamente se ocupan de las obligaciones que nacen del contrato celebrado entre las partes, mientras que el profesor Tamayo Jaramillo además de esta, nos habla de las que surgen de la decisión expresa del legislador y las que se desprenden de la naturaleza de la obligación.⁵⁹

A pesar de la vigencia del régimen de la graduación de la culpa en el ordenamiento jurídico, es esta clasificación de las obligaciones la que ha adoptado y

57 TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Culpa Contractual*. Op. cit., p. 185.

58 INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO.

59 Estamos en presencia de las obligaciones de medio y resultado por decisión expresa del legislador, (no significa que el legislador mencione textualmente la división de obligaciones de medio y resultado, que las denomine de esa manera, pues en la legislación, tal división no existe) cuando este establece un determinado régimen probatorio de culpa, serán de resultado, si el deudor no se exonera de responsabilidad o si solo se puede exonerar demostrando una causa extraña; y serán de medio cuando el legislador prevea que se debe demostrar la culpa del deudor o cuando, de presumirse la culpa, esta pueda ser desvirtuada probando diligencia y cuidado. Las obligaciones de medio o de resultado por voluntad de las partes son posibles gracias a la libertad contractual y a la autorización expresa para ello consagrada en el artículo 1604 del C.C., sin embargo, existen límites a esta libertad, sobretodo en el caso de disminuir o eliminar la responsabilidad de una de las partes y algunas menos estrictas, en cuanto al aumento de la misma, en todo caso se deberá estudiar cada caso particular. La última se refiere a las obligaciones que por su naturaleza son, o de medio o de resultado, esto es, cuando ni el legislador ni las partes lo han determinado, para el profesor Tamayo, el criterio que se debe seguir es el de la “la mayor o menor probabilidad que tenga el deudor de alcanzar el objetivo último buscado por el acreedor al celebrar el contrato.”, entonces serán de medio si la probabilidad es muy lejana, y serán de resultado si existe mayor probabilidad de alcanzar el objetivo, que de no alcanzarlo. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Culpa Contractual*. Op. cit., pp. 186-201. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA. Radicado e10.530. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. República de Colombia, Bogotá D.C., 24 de junio de 1998.

constantemente aplicado la jurisprudencia colombiana a partir de los años 30,⁶⁰ pero tal distinción poco ha servido en la práctica y se ha convertido en una clasificación más de las obligaciones. Sin embargo, “*La materia de las obligaciones de medios y resultado cobró importancia y repercusiones mayores, y por supuesto, conflictividad, al proyectarse sobre lo relacionado con las obligaciones del profesional, particularmente del médico, y su consiguiente responsabilidad (...)*”.⁶¹

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

A pesar de que la medicina ha sido practicada desde el período prehistórico, en principio con un método empírico y científico después,⁶² es desde el año 2050 a.C. que la responsabilidad civil médica existe, las tablas sumerias del rey Ur-Nammu establecían un rango de precios que se debía pagar si se demostraban daños en el ejercicio médico; posteriormente, con el Código de Hammurabi⁶³ se hacía pagar hasta con la vida las faltas médicas, pero es en 1250 a.C., en el oriente del mundo, donde cobra importancia la actividad médica como una obligación de medios, pues existían formularios médicos oficiales a los cuales los galenos debían ceñirse, de lo contrario incurrían en falta profesional y, en algunos casos, podían ser sancionados hasta con la pena de muerte, pero si sus acciones se sujetaban a los formularios, “*El profesional no tenía ninguna responsabilidad (...) así los resultados fuesen adversos*”.⁶⁴ Así mismo, en Roma, a pesar de que dicha profesión no tenía retribución alguna por considerarse que tal oficio no tenía ningún precio en dinero, los médicos respondían ante la ley y eran juzgados por su impericia o falta de conocimientos y no por la muerte del paciente,⁶⁵ pues sus faltas eran consideradas delitos.⁶⁶

60 TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil*. Op. cit., pp. 363-365.

61 HINESTROSA, Fernando. Op. cit., p. 250.

62 CASAS SÁNCHEZ, Juan de Dios y RODRÍGUEZ ALBARRÁN, María Soledad, *Manual de Medicina Legal y Forense*. Madrid: Colex, Tomo I, 2000, p. 47.

63 Año 1760 a.C.

64 CHACÓN PINZÓN, Antonio José. *Fundamentos de la Responsabilidad Médica*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. 2004, p. 28.

65 Digesto. 1, 18, 6, 7.

66 En la Ley Aquilia, en Diodoro de Sicilia, en Plutarco, en la legislación de los visigodos, en el Derecho Canónico, egipcio, etc. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños. Parte General*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, Tomo VIII, 2004, p. 256.

No obstante lo anterior, la responsabilidad civil médica ha sido muy permisiva, a tal punto de imperar la irresponsabilidad, “(...) *la que se estimaba, racional y bien fundada, a pretexto que el paciente debía asumir los riesgos y vicisitudes del acto médico. Al fin y al cabo, se argumentaba, el galeno era una especie de salvador (...)*”.⁶⁷

Para el tratadista Jorge Mosset son varios los motivos por los que la responsabilidad galénica era casi nula, un momento importante fue una decisión de la Academia de Medicina de París de 1829, que pregonó que la única responsabilidad que pesaba sobre los médicos era la moral, lo que significó que podían ser juzgados solamente por culpa material, es decir, la culpa en la que un hombre regular incurre y no un hombre prestador del servicio de salud, atendiendo a sus especiales características, conocimientos y labor; como también implicó que los daños causados en el ejercicio de la medicina fueran excusables “(...) *por las dificultades existentes en el ejercicio de la medicina, y como sacrificio exigido a todos en aras de su progreso*”,⁶⁸ es decir, que los daños no eran imputables al médico por ser el riesgo que los pacientes debían correr, pues en el futuro, eran ellos los que se beneficiarían del progreso médico, mientras que si castigaban al doctor, se estancaría la medicina, porque los demás médicos se negarían a realizar el mismo procedimiento.⁶⁹

Afirma el profesor Carlos Ignacio Jaramillo, que una vez superada esta tesis (la de la irresponsabilidad), la responsabilidad fue admitida a través de la figura de

67 JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *Responsabilidad Civil Médica*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2ª reimpresión, 2006, p. 44.

68 MOSSET ITURRASPE, Jorge. Tomo VIII, *Op. cit.*, pp. 256 y 257.

69 “El célebre cirujano francés Velpeau, en ocasión de actuar como perito en una causa por responsabilidad médica, expresó: ‘Vos tenéis, señor presidente del tribunal, en vuestras manos, el porvenir entero de la cirugía; la cuestión interesa al público más que al médico. Si vos condenáis al cirujano que ha dado cloroformo, ninguno de nosotros consentirá en adelante en usarlo; depende de vos, pues, el mantener la abolición o la existencia del dolor en nuestra cirugía’. Ante semejante argumentación —una especie de amenaza de paro o huelga— el presidente se levantó, y deteniendo al abogado de la parte demandante que pretendía alegar, expresó: ‘El asunto ha terminado’. Los dos médicos acusados fueron absueltos”. *Ibidem*. “(...) *no puede temerse que por no incurrir en responsabilidad los médicos se vean impedidos de emplear los tratamientos nuevos (...)*”. PLANIOL, Marcelo Y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Habana: Cultural S.A., Tomo VI, 1936, p. 724. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia colombiana estableció que “La responsabilidad médica no puede pues tomarse ni interpretarse en un sentido riguroso y estricto, pues de ser así quedaría cohibido el facultativo en el ejercicio profesional por el temor a las responsabilidades excesivas que se hicieran pasar sobre él, con grave perjuicio no sólo para el mismo médico sino para el paciente.”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial XLIX. Magistrado Ponente: Dr. Liborio Escallón. República de Colombia, Bogotá D.C., 5 de marzo de 1940.

la responsabilidad extracontractual,⁷⁰ y sumado a eso, no se logró por medio de consagración legal sino que fue la jurisprudencia la encargada de desarrollarla; como ejemplo principal de lo anterior, presenta el Código de Napoleón de 1804, el cual dejó de lado el tema.

Hoy, estos dos aspectos han cambiado, ahora se considera que los médicos sí responden por los daños ocasionados en ejercicio de su actividad profesional, y que dicha responsabilidad no es extracontractual, sino generalmente contractual.⁷¹

Sin embargo, existen varias clases de responsabilidad que los médicos deben observar, cada una sancionada de manera diferente: la responsabilidad moral, la social y la jurídica, esta última se divide en civil y penal. Como la que interesa en esta oportunidad es la responsabilidad civil, se repasarán rápidamente las demás, sin detenerse en un estudio profundo de la moral, la social y la penal.

La responsabilidad moral del médico es la directriz de la actividad humana y se refiere a la calidad que como profesional lo caracteriza, abarca el advertir el dolor y el sentir compasión, en contraposición a habituarse a ello por estar en contacto con esto todos los días, así como el deber de atender a otra persona en cualquier lugar y circunstancia, de existir urgencia y ser el único médico disponible en ese momento, y de la misma manera, implica el seguimiento de la enfermedad de sus pacientes. Para la vigilancia del cumplimiento de la obligación moral, existen los códigos de ética y los tribunales de ética, que exigen del galeno la buena fe, moralidad, buena voluntad, honor y honradez.⁷²

La responsabilidad social,⁷³ por su parte, hace referencia a los deberes que el médico tiene frente a la sociedad, y encuentra su justificación en el servicio que le presta a la comunidad, que exige del médico humanización y ascetismo, esto es, una condición de amabilidad, respeto y accesibilidad sin discriminación alguna.⁷⁴

Por último, la responsabilidad jurídica es la consagrada en la legislación de cada país y que en caso de incumplimiento acarrea dos clases de sanciones, las repre-

70 Por motivos probatorios, pues en la contractual se presumía la culpa. JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *Op. cit.*, p. 44.

71 Se estudiará más adelante en qué eventos la responsabilidad civil médica puede ser extracontractual y cuándo es contractual.

72 CHACÓN PINZÓN, Antonio José. *Op. cit.*, p. 117. L. 23/1981 sobre Ética Médica.

73 El objeto de la profesión médica es cumplir una función social. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial MMCDXXIII. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Gómez Otálora. República de Colombia, Bogotá D.C., 26 de noviembre de 1986.

74 GIFFORD AGUIRRE, Andrés. *El Médico y su responsabilidad*. Bogotá: Temis S.A., 1993, pp. 10-12.

sivas y las reparadoras, siendo las primeras, impuestas por el Derecho Penal y que pretenden castigar y ejemplarizar al autor del daño; y las segundas, impuestas por el Derecho Civil, que en lugar de castigar, buscan resarcir a la víctima. Cabe aclarar que estas responsabilidades no se excluyen, un médico puede ser juzgado penal y civilmente por el mismo hecho.⁷⁵

Ahora bien, debemos responder a la pregunta ¿qué clase de responsabilidad es la médica, contractual o extracontractual? Como ya se había anunciado, las primeras concepciones de responsabilidad médica fueron a través de la responsabilidad extracontractual, tesis que tuvo acogida dentro de la Escuela de la Exégesis⁷⁶ pues afirmaban que en sí mismas, profesiones científicas, literarias o artísticas, no podían ser objeto de un contrato, en el caso del médico, porque la inejecución de la obligación que asume, la de tratar a un paciente, no puede ser objeto de una reclamación por daños y perjuicios, en razón de su misma naturaleza; dicha teoría fue también defendida por el penalista Francesco Ferrara argumentando que era ilegal todo contrato que recayera de cualquier forma sobre el cuerpo humano.

Otro argumento que defendieron Mignon, Nast y Peytel es el de que sí existe responsabilidad médica, pero que no surge de una relación contractual, sino del incumplimiento de los deberes legales o reglas profesionales.⁷⁷

Estas teorías anticontractualistas perdieron su vigencia en 1936 con el fallo de la Corte de Casación francesa, en el cual se afirma que de la relación entre el médico y el paciente surge una relación contractual que genera, como es natural, una obligación contractual y que tiene todas las acciones contractuales del caso, sin dejar de aclarar que dicha responsabilidad puede volverse extracontractual.⁷⁸

De la misma manera, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia, en el año de 1940 consideró que la relación médico-paciente es contractual: "*La responsabilidad del médico es contractual, no solo en la convención ordinaria, en donde los ciudadanos se dan mediante una prestación de honorarios, sino también en los contratos resultantes de las relaciones de confraternidad o cortesía donde los ciudadanos se dan sin contraprestación de dinero*".⁷⁹

75 *Ibidem*, pp. 248-253.

76 Francia, siglo XIX.

77 JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *Op. cit.*, pp. 96 y 97.

78 *Ibidem*. pp. 97 y 98.

79 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial XLIX. Magistrado Ponente: Dr. Liborio Escallón. República de Colombia, Bogotá D.C., 5 de marzo de 1940.

Y en el mismo sentido, años más tarde determinó que “*Es verdad incuestionable que la responsabilidad de los médicos es contractual, cuando las obligaciones de ellos asumen frente a sus pacientes se originan en el contrato de servicios profesionales (...)*”,⁸⁰ en otros términos, que también deja abierta la posibilidad de que sea extracontractual⁸¹ en aquellos casos en que no media un contrato en la relación médico-paciente, como la atención de urgencias, incluyendo cirugías y aquellas actividades que despliega el médico en cumplimiento del deber moral, esto es, atender a otra persona en cualquier lugar y circunstancia, de ser necesario.

En todo caso, bien sea que se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, el galeno está “*obligado a poner la misma diligencia*”⁸² y en repetidas ocasiones la Corte Suprema ha considerado que es necesaria la demostración de la culpa del médico para que exista responsabilidad y, en consecuencia, el pago de la indemnización por parte del mismo, siempre teniendo en cuenta el sistema de la carga dinámica de la prueba.⁸³

Claro está que la Corte llegó a esta conclusión, no sin antes haber considerado cosa contraria: en sentencia de “*(...) 1959 (G.J. N° 2217, pág. 759 y s.s.), inmotivadamente se sostuvo como principio general que a la responsabilidad extracontractual del médico era ‘aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas*”⁸⁴ y sentencia previa del

80 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial MMCDXXIII. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Gómez Otálora. República de Colombia, Bogotá D.C., 26 de noviembre de 1986.

81 “La responsabilidad no contractual proviene de la ley y se manifiesta en un deber susceptible de violación y en que quien lo viola queda bajo el imperio de la legislación social vigente donde comete o incurre en la falta. Es la coacción social, expresada en forma de Ley, según los autores, de donde dimana esta responsabilidad y entonces las disposiciones aplicables son las que regulan la culpa extracontractual, artículos 2341 y siguientes del Código Civil”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial: XLIX. Magistrado Ponente: Dr. Liborio Escallón. República de Colombia, Bogotá D.C., 5 de marzo de 1940.

82 PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Op. cit.*, p. 724.

83 “(...) en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas (...)”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e5507 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. República de Colombia, Bogotá D.C., 30 de enero de 2001.

84 La actividad peligrosa es aquella que, por sí, o por la naturaleza de los medios empleados para desarrollarla, puede, o es más probable que cause un daño que las demás actividades sociales.

(...) 14 de marzo de 1942, donde examinando un caso de responsabilidad civil extracontractual, (...) remató su estudio diciendo ‘el error de diagnóstico o de tratamiento puede disminuir y aún excluir la culpa y la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trate de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica, más no, así en aquellos que, (...) la ciencia médica tiene ya suficientemente estudiados y conocidos (...).’⁸⁵

En esa oportunidad, la Corte determinó que la relación que media entre un médico y su paciente es contractual, sin embargo, se debe preguntar, qué clase de contrato es el que rige dicha relación. Pues bien, varios autores consideran que es un contrato innominado que debe llamarse “*contrato de asistencia médica*” o “*contrato de servicios médicos*”,⁸⁶ puesto que está claro que el legislador colombiano no lo consagró en ningún código y además, esta figura podría compartir características de varios de los contratos que sí fueron tipificados por el legislador; a pesar de que el profesor Jorge Mosset no adhiere a esta teoría, sí nos ilustra el argumento principal que se utiliza para defender el tema del contrato innominado: “(...) *no es una locación de servicios, porque esta más bien se refiere a servicios materiales; no es un mandato, porque este tiene por objeto actos jurídicos; tampoco es un contrato de obra, porque lo que está en juego es la actividad intelectual del profesional*”.⁸⁷

Actividades como el manejo de armas de fuego, utilización de gasolina o electricidad, actividades deportivas, entre otras, pueden ser calificadas como peligrosas. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, Tomo VI, 1971. p. 530 y 531. SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Op. cit.*, p. 159 y 160. “Ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no sólo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el artículo 95 de la Constitución, sino particularmente, por las ‘implicaciones humanísticas que le son inherentes’, al ejercicio de la medicina, como especialmente lo consagra el artículo 1º párrafo 1º de la Ley 23 de 1981”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e5507 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. República de Colombia, Bogotá D.C., 30 de enero de 2001. Ver también C.C. art. 2356.

85 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e5507 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. República de Colombia, Bogotá D.C., 30 de enero de 2001.

86 JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *Op. cit.*, pp. 125-129.

87 MOSSET ITURRASPE, Jorge. Tomo VIII, *Op. cit.*, p. 288.

Contrario a lo que la doctrina y jurisprudencia nacionales han considerado últimamente, el trato que nuestro Código Civil le da al particular es diferente, el artículo 2144 trata de la extensión de las reglas del contrato de mandato a profesiones y carreras, señalando que: *“Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”*. Y como estos servicios no consisten en algo material, se rigen además por el artículo 2063, que se refiere a los trabajos intelectuales de la siguiente manera: *“Las obras inmateriales o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso, se sujetan a las disposiciones especiales de los artículos 2054, 2055, 2056 y 2059”*.⁸⁸

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, ha tenido varios cambios en su línea jurisprudencial a través de los años,⁸⁹ en principio optó por calificar al contrato médico como un contrato de arrendamiento de servicios,⁹⁰ que consiste en que *“(…) una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”*.⁹¹ Posteriormente, en el año de 1923, consideró que el régimen que se le debía aplicar era el del contrato de mandato,⁹² y después de 1930 cambió su postura al considerarlo como un contrato de obra o de locación

88 C.C. Art. 2054.- Si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos. Art. 2055.- Si se ha convenido en dar a un tercero la facultad de fijar el precio, y muriere éste antes de procederse a la ejecución de la obra, será nulo el contrato; si después de haberse procedido a ejecutar la obra, se fijará el precio por peritos. Art. 2056.- Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución. Por consiguiente, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra. Art. 2059.- Si el que encargó la obra alegare no haberse ejecutado debidamente, se nombrarán por las dos partes peritos que decidan. Siendo fundada la alegación del que encargó la obra, el artífice podrá ser obligado, a elección del que encargó la obra, a hacerla de nuevo o a la indemnización de perjuicios. La restitución de los materiales podrá hacerse con otros de igual calidad o en dinero.

89 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e5507 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. República de Colombia, Bogotá D.C., 30 de enero de 2001.

90 CSJ Civil, 30 Oct. 1915. GJ: MCCLXXXII. En RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. *“La Responsabilidad Civil Médica”*. En *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y el Seguro de la Responsabilidad Civil*. Memorias XXIV Encuentro Nacional de Acoldece, Seminario: La valoración del Daño Patrimonial y Extrapatrimonial. Bogotá: Editora Guadalupe Ltda., Parte I, 2005, p. 82.

91 BUSTO LAGO, José Manuel. *“El Contrato de Arrendamiento de Servicios”*. En *Tratado de Contratos*. Director: Rodríguez-Cano, Rodrigo Bercovitz. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 2876. Ver también C.C. artículos 2063 a 2069.

92 CSJ Civil, 29 Mar. 1923. GJ: XXX. En Ramírez Gómez, José Fernando. *Op. cit.*, p. 82.

de obra. En 1986, en sentencia mencionada anteriormente, la Corte enunció que sería un contrato de prestación de servicios, pero sin entrar en los pormenores de su regulación;⁹³ y para el año 2001 “(...) atribuyó al referido contrato la calificación jurídica de ‘multiforme’ o ‘proteiforme’ o ‘variable’, según la distinta terminología utilizada por la doctrina, es decir, un contrato que en abstracto no es dable clasificar, dada la falta de específica regulación del mismo”.⁹⁴

Hoy en día parece haberse acogido la tesis del contrato de prestación de servicios profesionales médicos;⁹⁵ y a pesar de que se ha entendido que todo lo que tiene que ver con la prestación de servicios debe ser regulado por el derecho laboral, existen materias de la prestación de servicios que no son regidos por este, precisamente, los servicios “(...) llamados ‘inmateriales’ o en los que ‘...predomina la inteligencia sobre la obra de mano’, a términos del artículo 2063 del régimen civil”,⁹⁶ dentro de los que encontramos los servicios médicos.

Pues bien, otra cuestión a resolver es qué clase de obligación comporta dicho contrato. Actualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han concluido que es una obligación de medios; ya desde el histórico caso de 1940 la Corte Suprema de Justicia dijo lo propio:

93 “(...) Como en general, la responsabilidad civil médica nace de un acto jurídico, o sea en un contrato de prestación de servicios”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial MMCDXXIII. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Gómez Otálora. República de Colombia, Bogotá D.C., 26 de noviembre de 1986.

94 RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. *Op. cit.*, p. 82. El contrato que debe regir la relación médico-paciente, debe tener la cualidad de poder abarcar tanto actos jurídicos, como actos materiales. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Contratos. Parte Especial*. Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores, Tomo II., 2004. p. 30.

95 RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. *Op. cit.* JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *Op. cit.* En Argentina, ya se ha tipificado el contrato de servicios profesionales, a través del decreto 468 de 1992, “(...) que debe ser celebrado por personas que reúnan la calidad de profesional (art. 1214) cuyas prestaciones deben ser ejecutadas ‘personalmente’ (art. 1217) (...)”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Contratos. Parte Especial. Op. cit.*, p. 32. y 52. De la misma manera lo maneja, en Colombia, la Corte Suprema: “El 20 de octubre de 1975 Mary Cielo Marín Penagos y Alfredo Nicolás Chain Igha celebraron un contrato de servicios profesionales, mediante el cual este se obligó con aquella a practicarle en el rostro la intervención quirúrgica antes referida”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial MMCDXXIII. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Gómez Otálora. República de Colombia, Bogotá D.C., 26 de noviembre de 1986.

96 JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *Op. cit.*, p. 140 y 141. “No supone lo anterior que todo tema de responsabilidad médica cae bajo la órbita de los jueces laborales y de la seguridad social; también son jueces naturales los de la jurisdicción civil cuando los servicios prestados tienen su origen en la médica particular, o los administrativos cuando entidades públicas prestan servicios de salud a quienes no están afiliados o vinculados al sistema”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA LABORAL. Radicado e30621. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Adolfo López Villegas. República de Colombia, Bogotá D.C., 22 de enero de 2008.

La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este”,⁹⁷ “(...) sin que, como es lógico, pueda garantizar al enfermo su curación ya que esta no siempre depende de la acción que desarrolla el galeno pues pueden sobrevenir circunstancias negativas imposibles de prever. Por tal razón, la jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por el acuerdo es de medio y no de resultado.”⁹⁸

De la misma manera, la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones se ha pronunciado, un ejemplo de ello es una tutela de 1995, donde consideró que *“La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando su curación es una prestación de servicios que produce obligaciones de medio y no de resultado (...)”*.⁹⁹

Con todo, la Corte Suprema también prevé la posibilidad de que la obligación del médico para con el paciente sea de resultado, *“Puede haber casos en que el médico asuma una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos”*,¹⁰⁰ pero en fallo del año 1986 aclara que en este caso se pueden presentar muchas variables, por lo que es necesario acudir al contrato para determinar a qué se obligó el médico,

(...) deberá establecerse cuál fue la obligación que contrajo el cirujano con su paciente, para deducir si el fracaso de su operación le hace o no responsable. Cuando en el contrato hubiera asegurado un determinado resultado, si no lo obtiene será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima, salvo que se den los casos de exoneración previamente mencionados de fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada.

97 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial XLIX 5. Magistrado Ponente: Dr. Liborio Escallón. República de Colombia, Bogotá D.C., 5 de marzo de 1940.

98 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial MMCDXXIII. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Gómez Otálora. República de Colombia, Bogotá D.C., 26 de noviembre de 1986. *“La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades (...)”* Código de Ética Médica, L. 23/1981, Art. 1.

99 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-65087 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. República de Colombia, Bogotá D.C., 20 de abril de 1995.

100 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial XLIX. Magistrado Ponente: Dr. Liborio Escallón. República de Colombia, Bogotá D.C., 5 de marzo de 1940.

Pero, si tal resultado no se ha asegurado expresamente, cuando no se alcanza, el médico quedará sujeto a las reglas generales sobre la culpa o ausencia de esta.¹⁰¹

Esta tesis de la obligación de resultado ha sido largamente cuestionada, arguyéndose que, aun en esos eventos, la medicina siempre conlleva un alea,¹⁰² la de la reacción al tratamiento o intervención, que se presenta de diferente manera en cada paciente, pues está claro que ningún ser humano es igual a otro. En Francia, por ejemplo, la Corte de Casación ha considerado que la obligación del cirujano estético no difiere de la de cualquier otro médico “(...) *en razón del alea inherente a toda operación quirúrgica, aspecto que convierte la obligación en una obligación de medios*”,¹⁰³ de tal afirmación, el profesor Jorge Suescún Melo colige que la obligación de resultado procede en los casos exentos de alea, como los exámenes de laboratorio o radiológicos, la elaboración de prótesis y los casos en que quien pide el resarcimiento del daño no es el paciente, sino otra persona, por ejemplo, un familiar perjudicado.¹⁰⁴

V. CIRUGÍA GENERAL

La cirugía general es la parte de la medicina que tiene por objeto curar o tratar las enfermedades, o corregir un defecto o deformidad, por medio de una intervención manual o procedimiento operatorio.¹⁰⁵ De lo que lógicamente se desprende que, debido al riesgo que conlleva dicho procedimiento, el

101 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial MMCDXXIII. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Gómez Otálora. República de Colombia, Bogotá D.C., 26 de noviembre de 1986.

102 Se ha entendido que alea son los “(...) *imprevistos que van más allá del riesgo permitido (...), o sea lo relativo a lo incierto, lo fortuito, lo inesperado*.” CHACÓN PINZÓN, Antonio José. *Op. cit.*, p. 130.

103 SUESCÚN MELO, Jorge. *Op. cit.*, pp. 367 y 368. “*La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto*.” D. 3380/1981, Art. 11, 12, reglamentario de la L. 23/81 Código de Ética Médica.

104 SUESCÚN MELO, Jorge. *Op. cit.*, pp. 368 y 370. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e7304. Gaceta Judicial CCLXXXIV. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. República de Colombia, Bogotá D.C., 12 de agosto de 2003.

105 PORTAL DE MEDICINA. En: <http://www.medicina.org.ar/angiologia-y-cirugia-vascular/371-cirugia-definicion.html>; (consultado: 26 oct., 2010). Véase también: Pequeño Diccionario Médico Etimológico. En: <http://booksmedicos.blogspot.com/2010/01/diccionarios-diccionario-medico.html>; (consultado: 26 oct., 2010).

profesional de la salud debe emplear toda su diligencia, cuidado y conocimientos al momento de realizar la intervención quirúrgica.

La primera evidencia de la existencia de la cirugía, se encontró en India, en el segundo milenio antes de Cristo, y hacía el siglo V d.C., cirujanos como Charaka y Susruta, ya habían realizado procedimientos como incisión y drenaje de abscesos, resección de tumores, extracción de cuerpos extraños, y, en particular, dos, reconstrucción quirúrgica de la nariz, tras ser amputada como castigo y la incisión del perineo para la extracción de cálculos.¹⁰⁶

Parece que a la par de los indios, los griegos tuvieron grandes avances quirúrgicos, el texto de Hipócrates,¹⁰⁷ compuesto por 72 libros, acepta recurrir a la cirugía únicamente en casos de urgencia. Por su parte, en Roma, el médico más famoso fue Galeno de Pérgamo, reconocido por sus experimentos quirúrgicos en animales; durante esta época, la cirugía cobró gran importancia, sobre todo por la organización de la cirugía militar. Después de la caída del Imperio, la cirugía en Europa entró en retroceso, por considerarse que las enfermedades eran un castigo divino, cuya curación se presentaría a través de oraciones, creencia que duró hasta la baja Edad Media.¹⁰⁸

Durante lo que resta de la Edad Media la medicina se caracterizó por la diferencia entre Oriente y Occidente, la primera se dividió en bizantina, del año 300 a 1300 y árabe del 700 al 1400 y; la occidental se dividió en monacal, del 400 al 1130 y, escolástica, del 1130 al 1500.¹⁰⁹

Oriente se caracterizó por recoger lo hecho por Galeno, de tal forma que su avance en materia quirúrgica fue muy grande, y además influyó en Europa en el siglo XII, en la creación de cátedras y lo que más adelante serían las universidades, por ejemplo, la Universidad de Salamanca en España, fundada en 1254. De esa época y en adelante son publicados una gran inmensidad de libros por cirujanos, hasta mediados de 1500, cuando se autoriza por parte del papa Sixto IV a experimentar con cadáveres y empieza la creación de anfiteatros. Ya en la época de la Ilustración, la medicina cobra más relevancia con publicaciones de

106 ARCHUNDIA GARCÍA, Abel. *Cirugía 1. Educación Quirúrgica*. México: Mc. Graw Hill, 3ª ed., 2008, p. 1 - 3.

107 Año 460 a 356 a.C.

108 ARCHUNDIA GARCÍA, Abel. *Op. cit.*, pp. 1-3.

109 AA.VV. *Cirugía. Para el Estudiante y el Médico General*. México D.F.: Méndez Editores, Tomo I, 2004, p. 8.

cirujanos de todos los países europeos, y creación de facultades de medicina y academias de cirugía.¹¹⁰

La cirugía es tal vez la rama de la medicina más cuestionada en cuanto al tema de las obligaciones de medio y de resultado, sobretodo la cirugía plástica, “Entre otras razones, porque la causa por la cual el paciente acude al médico no es exactamente un quebranto de salud, sino en ocasiones razones de orden estético, como la rinoplastia”.¹¹¹ Contrario a lo que se piensa comúnmente, algunas clases de cirugía general han corrido la misma suerte, por ejemplo, se llegó a pensar que una apendicectomía, por considerarse dentro del medio, una cirugía simple, podría ser de resultado.¹¹²

La responsabilidad del galeno, en lo que se refiere a la cirugía, no se presenta únicamente desde el momento de la incisión¹¹³ y hasta la sutura,¹¹⁴ “En toda operación el cirujano es el responsable de lo que ocurre en la sala. Pase lo que pase, bien o mal, el cirujano siempre se llevará el crédito o la culpa”.¹¹⁵ lo que implica que existirá responsabilidad médica en todo lo que acontece alrededor de la cirugía, esto es, el preoperatorio, la fase diagnóstica, los exámenes de laboratorio, la evaluación de riesgo quirúrgico, la preparación del paciente para la cirugía, el transoperatorio, el transoperatorio anestésico, el acto quirúrgico, el posoperatorio y el traslado del paciente.

Y no solo es el médico el causante de iatrogenia. No es raro que los errores médicos estén relacionados con deficiencias de los materiales y equipos de trabajo, de los servicios de apoyo para el diagnóstico y de acciones de la enfermería. En nuestro medio, con muchísima frecuencia se deben a carencias de recursos y a deficiencias administrativas.¹¹⁶

110 *Ibidem*. pp. 8–18.

111 CHACÓN PINZÓN, Antonio José. *Op. cit.*, pp. 128 y 129.

112 Apendicectomía: “es el procedimiento quirúrgico que busca remover el apéndice”. CHACÓN PINZÓN, Antonio José. *Op. cit.*, p. 130.

113 Incisión: “Del latín incidere, cortar, se le dice incisión a la sección metódica de las partes blandas con instrumentos cortantes”. ARCHUNDIA GARCÍA, Abel. *Op. cit.*, p. 307.

114 Sutura: “Es la maniobra quirúrgica que consiste en unir los tejidos seccionados y fijarlos hasta que se completa el proceso de cicatrización”. ARCHUNDIA GARCÍA, Abel. *Op. cit.*, p. 333.

115 AA.VV. *Cirugía. Para el Estudiante y el Médico General. Op. cit.*, p. 67.

116 Iatrogenia: “Con este término se designa el daño causado al paciente por la acción del médico (...) En el sentido estricto de su etimología, significa lo generado por el acto médico, lo cual puede ser tanto el beneficio como el daño, por lo que debiera utilizarse mejor el término de ‘latropatogenia’ (...) aunque la costumbre ha determinado el uso de la palabra ‘iatrogenia’ (originalmente, yatrogenia) específicamente para los errores médicos.”. AA.VV. *Cirugía. Para el*

Es por esto que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han considerado estos casos y han hallado responsables a los médicos, no solamente por el resultado de la cirugía, sino también por diagnósticos equivocados, por falta de instrumentos necesarios para determinada intervención, por olvido de instrumentos dentro del paciente, por ausencia del consentimiento informado, por suministro erróneo de medicamento o falta de suministro de los mismos, por la falta de personal capacitado, etc.

Pese a lo anterior, la responsabilidad médica no es ilimitada, la Ley 23 de 1981, en el artículo 16, limita al riesgo previsto, aquellos tratamientos que produzcan reacciones adversas, inmediatas o tardías. Se vislumbra una vez más, cómo se está teniendo en cuenta el alea que conlleva todo procedimiento médico y, más aún, cuando se trata de cirugías, por lo que la ley exime de responsabilidad al galeno, cuando los efectos que se presentan no han sido previstos, no por su falta de previsión negligente, sino por su imposibilidad de previsión, como es el caso de numerosas sentencias, donde el éxito de la cirugía se vio afectado por factores personales del paciente que fue imposible prever antes de la intervención, por nombrar algún ejemplo, están las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 15 de enero de 2008, exp. 6730 y de junio de 2005, exp. 40594-01. *“Además, la limitación que le corresponde por la naturaleza de una actividad en la que es difícil alcanzar el resultado querido”*.¹¹⁷

Estas limitaciones corresponden al carácter especialísimo de la profesión médica,¹¹⁸ y como tal, debe ser tratada de manera diferente con respecto a las demás actividades, estamos pues, frente a una responsabilidad profesional, no ordinaria y, por tanto, frente a una culpa profesional. Recordando siempre que dicha responsabilidad es habitualmente de medios, una vez más, la Corte Suprema de Justicia asegura que, al alegar el actor que el cirujano le garantizó el cien por ciento de efectividad en el procedimiento practicado, *“(…) no puede un ginecólogo dar semejante garantía del procedimiento, por la misma naturaleza de este,*

Estudiante y el Médico General. Op. cit., p. 59.

117 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA LABORAL. Radicado e30621 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Adolfo López Villegas, República de Colombia, Bogotá D.C., 22 de enero de 2008. *“Cualquier operación, por simple que sea, tiene el peligro potencial de desarrollar complicaciones, y solo se debe operar cuando existan razones justificadas.”* AA.VV. *Cirugía. Para el Estudiante y el Médico General. Op. cit., p. 59.*

118 *“Bajo la categoría de la prestación médica caben los más disímiles procedimientos o intervenciones, contra una innumerable variedad de males, cuyas causas, síntomas y tratamientos, son unos aceptablemente esclarecidos, y sobre otros la ciencia aún anda a oscuras, ninguno exento del alea terapéutica, todos sometidos a múltiples y variables factores endógenos y exógenos.”* *Ibidem.*

*sino que, además, no hay razones para que dichos profesionales hicieran una manifestación de tal naturaleza”.*¹¹⁹

En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia desvirtúa lo que ella misma había considerado en el año 1986, donde, en sentencia del 26 de noviembre, ordenó que, para determinar si la obligación era de medio o de resultado, se debía tener en cuenta el contrato celebrado entre médico y paciente, es decir que, se debía recurrir a tal acuerdo, para determinar a qué se había obligado el galeno y, por lo tanto, establecer qué clase de obligación era.

Ahora bien, para que el cirujano sea declarado responsable, deben concurrir, como es lógico, los tres elementos estructurales de la responsabilidad: el daño, la conducta y el nexo causal,¹²⁰ los dos primeros han sido estudiados ya, y frente al tercero se tiene que decir que se trata de encontrar las causas del daño, para así determinar si fue determinada conducta lo que lo produjo.

Por años esto se ha intentado con distintas teorías, la de la equivalencia de las condiciones, donde cada antecedente tiene el mismo valor para la producción del resultado; la teoría de la causa próxima, la causa preponderante y la causa eficiente, buscaron la manera de individualizar criterios para hallar cuáles hechos eran causa y cuáles no, sin éxito; por último se recurrió a la teoría de la causalidad adecuada, en donde

(S)e asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más ‘adecuado’, el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo.¹²¹

119 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA LABORAL. Radicado e30621 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Adolfo López Villegas, República de Colombia, Bogotá D.C., 22 de enero de 2008.

120 GIRALDO, Luis Felipe. “La Relación de Causalidad en los Procesos de Responsabilidad Civil Médica Profesional”. RML XV nº1, 2009. p.p. 31 y 32. En: <http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2010/VolXV/No1/28-37.pdf>; (consultado: 26 oct., 2010). Ver también C.C. Art. 1616 y 2341.

121 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e6878. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Santos Ballesteros. República de Colombia, Bogotá D.C. 26 de septiembre de 2002.

Este nexo debe ser evidente, porque “(...) *el médico no puede responder sino cuando su comportamiento, dentro de la estimativa profesional, fue determinante del perjuicio causado*”.¹²²

CONCLUSIONES

En conclusión, se puede afirmar que, en Colombia, la responsabilidad civil médica en cirugías generales, contiene preponderantemente una obligación de medios, por lo que aún aplica el régimen subjetivo de la culpa en estos casos y, *contrario sensu*, en los casos de responsabilidad de resultado, el régimen será objetivo.

Así mismo, se estableció que esta clase de responsabilidad es especial, por lo que la pericia y diligencia que debe ser exigida del profesional médico es la que corresponde a la prestación de servicios médicos y no a otra cosa; dicha diligencia se medirá conforme a la *lex artis ad hoc*,¹²³ es decir que, la pericia será juzgada según aspectos como “*riesgos usuales, el estado del conocimiento y los protocolos aconsejados por la buena práctica*”,¹²⁴ entre otros.

Lo anterior porque la práctica médica implica siempre un riesgo, un alea que no es posible prever antes de ver los efectos de la cirugía, “(...) *cada evento o acto quirúrgico es independiente y de por sí pueden presentarse o no complicaciones incluso en manos del cirujano más experimentado y experto*”.¹²⁵

122 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e5507 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. República de Colombia, Bogotá D.C., 30 de enero de 2001.

123 *Lex artis ad hoc*: “El criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina –ciencia o arte médica– que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida...”. SEGURA, Carlos y MATÍNEZ-CALCERRADA, Luis, “‘Derecho médico’ Especial estudio de la denominada *lex artis ad hoc* en la función médica”, en *Derecho médico*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 186. En JARAMILLO J., Carlos Ignacio. Op. Cit. p. 412.

124 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA LABORAL. Radicado e30621 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Adolfo López Villegas, República de Colombia, Bogotá D.C., 22 de enero de 2008.

125 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e11001-3103-037-2000-67300-01. Magistrado Ponente: Dr. Edgardo Villamil Portilla. República de Colombia, Bogotá D.C., 15 de enero de 2008.

En todo caso, para aplacar estos riesgos inherentes a la actividad médica, se recomienda establecer una fácil comunicación interdisciplinaria, de tal forma que se haga más fácil y efectivo el diagnóstico y las decisiones quirúrgicas.¹²⁶ Y también, una mayor vigilancia de la calidad de la actividad médica profesional, por parte de la autoridad correspondiente, en el caso colombiano, la Superintendencia de Salud o el Ministerio de la Protección Social.

Si bien se ha intentado dar un trato diferente a las cirugías, la tendencia es a igualarlas a cualquier procedimiento o tratamiento médico, bajo el entendido de que cualquier tipo de cirugía, por simple o ambulatoria que sea, lleva consigo un alea, que impide al galeno determinar con exactitud los efectos que tendrá el procedimiento en cada una de las personas, por lo que, se concluye, el trato que se le dará será el de una obligación de medios.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Cirugía. Para el Estudiante y el Médico General*. México D.F.: Méndez Editores, Tomo I, 2004.
- AA.VV. *Derecho de Daños*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1º Parte, 2000.
- AA.VV. *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y el Seguro de la Responsabilidad Civil*. Memorias XXIV Encuentro Nacional de Acoldece, Seminario: La valoración del Daño Patrimonial y Extrapatrimonial. Bogotá: Editora Guadalupe Ltda., Parte I, 2005.
- AA.VV. *Responsabilidad Civil*. Directora: Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2007.
- AA.VV. *Tratado de Contratos*. Director: Rodríguez-Cano, Rodrigo Bercovitz. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De *La Responsabilidad* Extracontractual en El Derecho Civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal, Tomo I, 1987.

126 "La toma de decisiones en la cirugía es un proceso complicado que se basa, una vez más, en la experiencia, el juicio y el razonamiento. La experiencia no se refiere simplemente a las capacidades adquiridas en la práctica personal, sino a la consulta de la experiencia acumulada en la información biomédica y que se obtiene aplicando el método científico". ARCHUNDIA GARCÍA, Abel. *Op. cit.*, p. 196.

- ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Responsabilidad Civil*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995.
- ARCHUNDIA GARCÍA, Abel. *Cirugía 1. Educación Quirúrgica*. México: McGraw Hill, 3ª ed., 2008.
- CASAS SÁNCHEZ, Juan de Dios y RODRÍGUEZ ALBARRÁN, María Soledad, *Manual de Medicina Legal y Forense*. Madrid: Colex, Tomo I, 2000.
- CHACÓN PINZÓN, Antonio José. *Fundamentos de la Responsabilidad Médica*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. 2004.
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid: Reus S.A. Tomo III, 1924.
- DE CUPIS, Adriano. *El Daño. Teoría de la Responsabilidad Civil*. Barcelona: Bosh Casa Editorial S.A., 2ª ed., 1975. Digesto. 1, 18, 6, 7.
- DUQUE GÓMEZ, José. *Las causales de Justificación en el Derecho Penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas de Colombia, 2009.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Bogotá: Ediciones Esquilo, 2003.
- GIFFORD AGUIRRE, Andrés. *El Médico y su responsabilidad*. Bogotá: Temis S.A., 1993.
- GIRALDO, Luis Felipe. "La Relación de Causalidad en los Procesos de Responsabilidad Civil Médica Profesional". RML XV nº1, 2009. En <http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2010/VolXV/No1/28-37.pdf>, (consultado: 26 oct., 2010).
- GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *Manual de Derecho Romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- HENAO, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- HINESTROSA, Fernando. *Estudios Jurídicos*. En Escritos Varios. Bogotá: Umaña Trujillo Impresores, 1983.
- _____. *Tratado de las Obligaciones. Concepto, Estructura Vicisitudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Tomo I, 3ª ed., 2003.
- JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *Responsabilidad Civil Médica*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

- LARROUMET, Christian. *Teoría General del Contrato*. Bogotá: Temis S.A., Vol. II, 1993.
- LE TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil Profesional*. Colombia: Legis Editores S.A., 2006.
- _____. *La Responsabilidad Civil*. Colombia: Legis Editores S.A., 2004.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Contratos. Parte Especial*. Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores, Tomo II., 2004.
- MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Vol. 1, Tomo I, 1993.
- MEDELLÍN, Carlos J. y MEDELLÍN F., Carlos. *Lecciones de Derecho Romano*. Bogotá: Temis S.A. Ed. 20. 1995.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo VI, 1971.
- MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Bogotá: Temis S.A., 1991.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños*. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, Tomo I, 2004.
- _____. *Responsabilidad por Daños*. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, Tomo VIII, 2004.
- PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá: Temis S.A., 2004, pp. 119 y 120.
- PEQUEÑO DICCIONARIO MÉDICO ETIMOLÓGICO. En <http://booksmedicos.blogspot.com/2010/01/diccionarios-diccionario-medico.html>, (consultado: 26 oct., 2010).
- PÉREZ VIVES, Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Vol. II, 1ª Parte, 1951.
- PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México DF: Porrúa, 2007.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Habana: Cultural S.A., Tomo VI, 1936.
- PORTAL DE MEDICINA. En <http://www.medicina.org.ar/angiologia-y-cirugia-vascular/371-cirugia-definicion.html>, (consultado: 26 oct., 2010).
- ROMERO SOTO, Luis Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Temis S.A., Volumen I, 1969.

- SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de Responsabilidad Civil*. Bogotá: Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Tomo I, 1996.
- SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Bogotá: Legis, Tomo I, 2ª ed., 2003.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Culpa Contractual*. Bogotá: Temis S.A., 1990.
- _____. *De la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Temis S.A., Tomo III, 1999.
- VELÁSQUEZ V., Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Ed. Comlibros, 4ª ed, 2009.

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

- Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica, Diario Oficial 35.711, 27 de febrero de 1981.
- Ley 57 de 1887, Código Civil, Diario Oficial 7019, 20 de abril de 1887.
- Ley 599 de 2000, Código Penal, Diario Oficial 44.097, 24 de julio de 2000.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA LABORAL. Radicado e30621 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Adolfo López Villegas, República de Colombia, Bogotá D.C., 22 de enero de 2008.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial XLVI. República de Colombia, Bogotá D.C., 31 de mayo de 1938.
- CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA. Radicado e10.530. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. República de Colombia, Bogotá D.C., 24 de junio de 1998.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial: XLIX. Magistrado Ponente: Dr. Liborio Escallón. República de Colombia, Bogotá D.C., 5 de marzo de 1940.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial MMCDXXIII. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Gómez Otálora. República de Colombia, Bogotá D.C., 26 de noviembre de 1986.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e5507. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. República de Colombia, Bogotá D.C.,

ANUARIO JUSTICIA Y RAZÓN 2011

30 de enero de 2001.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial: MCCLXXXII. República de Colombia, Bogotá D.C., 30 de octubre de 1915.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Gaceta Judicial: XXX. República de Colombia, Bogotá D.C., 29 de marzo de 1923.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-477 de 1995. Magistrado Potente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. República de Colombia, Bogotá D.C., 23 de octubre de 1995.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e7304. Gaceta Judicial CCLXXXIV. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. República de Colombia, Bogotá D.C., 12 de agosto de 2003.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e6878. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Santos Ballesteros. República de Colombia, Bogotá D.C., 26 de septiembre de 2002.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA CIVIL. Radicado e11001-3103-037-2000-67300-01. Magistrado Ponente: Dr. Edgardo Villamil Portilla, República de Colombia, Bogotá D.C., 15 de enero de 2008.

LEY DE VÍCTIMAS Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS: RESPUESTA DEL ESTADO PARA LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO COLOMBIANO*

*Diana Carolina Ariza Rocha***

“Hemos sufrido mucho, hemos llorado mucho; hemos sentido el golpe de la mano asesina, el dolor de las viudas y los huérfanos, el desamparo de los despojados, y tenemos el reto, la obligación, el anhelo, de sacudirnos las cenizas y continuar el viaje. ¡Y vamos a hacerlo, colombianos! ¡Podemos hacerlo!”

Juan Manuel Santos Calderón
Presidente de la República de Colombia

Sumario: INTRODUCCIÓN. I.- Antecedentes. II.- Motivaciones. III.- Estructura de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. IV.- Finalidades y principios de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. V.- Derechos de las víctimas. VI.- Observaciones críticas frente a la Ley de Víctimas. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. CIBERGRAFÍA. JURISPRUDENCIA.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, un país exuberante pero de connotaciones violentas, variadas y disímiles, hablar de víctimas no es sencillo, sin embargo, el gobierno ha decidido tomar las viejas y polvorientas banderas que desde antaño se han tratado de izar, en proclama de hacer efectivos y materializar los derechos que le asisten a las víctimas de este conflicto armado interno, en procura de la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición que les asiste para su bienestar, desde la difícil

* El presente artículo se estructura a partir de la asistencia de investigación desarrollada para el proyecto “Observatorio de DDR y Ley de Justicia y Paz” dirigido por la Dra. Beatriz Eugenia Suárez López. La misma fue presentada para obtener el título de abogado de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y evaluada por los profesores Diego Galán y Camilo Mercado.

** Estudiante de pregrado del Programa de Derecho de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Miembro del Semillero de Investigación “Observatorio de DDR y Ley de Justicia y Paz” del mismo Programa. Correo electrónico: cariza.emi@gmail.com

tarea de intentar enmendar los sufrimientos, padecimientos y secuelas que día a día resquebrajan el tejido social en una guerra que no han buscado pero que les toca lidiar por las oscuras y sucias reglas que la guerra les impone.

Este trabajo, hará una presentación descriptiva de la estructura y contenido de la Ley 1448 de 2011, denominada de Víctimas y Restitución de Tierras, con la correlación de algunas notas marginales sobre la anamnesis de su origen, al igual que con la suma de comentarios explicativos y raciocinios de algunos de sus aspectos. Sobre el umbral de las formalidades, me permito acuñar mi propio sentir, y la aún inaplicabilidad práctica de la ley recientemente sancionada.

I. ANTECEDENTES: LEY DE VÍCTIMAS Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS

Para el presente informe descriptivo, se tuvo en cuenta los antecedentes sociales, políticos y jurídicos de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, datos que resultan oportunos para comprender su necesidad, pertinencia y utilidad en el marco del conflicto armado interno que experimenta la nación colombiana.

A. ANTECEDENTES SOCIALES Y POLÍTICOS

Indagar por los datos históricos que sirven como referentes de la propuesta legislativa conocida como Ley de Víctimas y Restitución de Tierras no es una tarea fácil, la razón, es que en la historiografía y doctrina¹ colombianas abundan en exceso la descripción de los eventos paradigmáticos de violencia que sin dificultad explicarían el porqué de una propuesta como esa y, por ende, reñirían por ser la causa eficiente de esa escalada de violencia que aún hoy mantiene embargado al país. No obstante, en la actualidad, existe un acuerdo tácito entre los investigadores sociales colombianos² en señalar que “El Bogotazo” fue el evento detonante de una nueva forma de violencia sin antecedentes, sistemática y generalizada que persiste sin tregua; un evento extraordinario por demás, que no dejó de ser sorpresivo si se tiene en cuenta que la primera mitad del siglo XX,

1 Cfr. RESTREPO, Jorge y otros. *Guerra y violencias en Colombia*, Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 2009; SÁNCHEZ, G. y PEÑARANDA, R. *Pasado y presente de la violencia en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C.: Tercera Edición, 2009.

2 Cfr. GUZMÁN CAMPOS, G.; FALS BORDA, O. y UMAÑA LUNA, E. *La Violencia en Colombia*, Tomo I y II, Bogotá, D.C.: Punto de Lectura. 2011.

había principiado con un frágil pero significativo consenso de las élites que para entonces existían y que fue suficiente para promover la modernización de las estructuras socioeconómicas del país.³

Y es que después de ese evento no solo se hizo inevitable la llegada de un período de extrema violencia partidista a las ciudades y, que finalmente cobraría la vida de alrededor de 200.000 colombianos, sino que también, se hizo imposible evitar que trascendiera a las vastas áreas rurales de la geografía colombiana que a su turno se vieron perturbadas por el fuerte impacto del terror partidista y por la política oficial, que finalmente obligaría a miles de campesinos a abandonar o a vender sus tierras a precios pírricos, las más de las veces, muy por debajo de su valor real, en sentido, tal y como lo comenta el profesor Gaitán, se estima que para esa época alrededor de 393.000 fincas fueron dejadas por sus propietarios (40% del total), y que al menos dos millones de personas (más del 20% de la población rural) fueron desplazadas por la fuerza entre 1948 y 1966;⁴ obviamente, esto explicará las nuevas prácticas colonizadoras o desplazamiento a zonas marginales de la periferia urbana.

Ahora, si bien es cierto que hoy se puede sostener razonadamente que “El Bogotazo” y la subsiguiente violencia partidista fueron los eventos iniciales, primigenios o remotos del conflicto que actualmente subsiste, también es cierto que la redistribución de la tierra derivada de aquel despojo, se sumó al conflicto para conservarlo y avivarlo por décadas, solo que desde ese entonces, sería operado por nuevos actores armados marcados por el odio, el deseo de venganza y la desconfianza en las instituciones.⁵

En ese contexto, aparecieron los grupos insurgentes de izquierda, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –en adelante FARC–, el Ejército de Liberación Nacional –en adelante ELN–, y el Ejército Popular de Liberación –en adelante EPL–, grupos armados entre otras razones para canalizar en buena medida las tensiones y contiendas de esa sociedad de clases, denominada por

3 ECHANDÍA CASTILLA, C. “Evolución reciente del conflicto armado en Colombia: La guerrilla”, en AROCHA, J.; CUBIDES, F.; IMENO, M. (Ed.): Bogotá D.C.: *Las violencias: Inclusión creciente*. Universidad Nacional de Colombia, Centro de Estudios Sociales, 1998, pp. 35-65.

4 SPRINGER, Natalia, *Colombia: Desplazamiento interno-políticas y problemas*, Informe writenet solicitado por ACNUR, p. 6, en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/5040>, (última consulta: 8 ago., 2011).

5 VIVAS PIÑEROS, Sonia. “La experiencia de la violencia en Colombia: apuntes para pensar la formación ciudadana”, en *Universitas Humanística*, N° 63, Universidad Javeriana, 2007, en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Sociales/universitas/63/vivas.pdf, (última consulta: 12 oct., 2011).

estos grupos como desigual, latifundista e injusta, instituida y operada a partir de una lógica de dominación oligárquica y burguesa;⁶ así mismo, se fundaron otros grupos guerrilleros como el Movimiento 19 de Abril –en adelante M-19–, y el Movimiento Armado Quintín Lame de constitución indígena. Sumado a esto, posteriormente surgieron los grupos paramilitares de derecha que pretendieron luchar contra la insurgencia, grupos que más adelante, en 1997, se unirían bajo el rótulo de Autodefensas Unidas de Colombia –en adelante AUC–, hecho que contribuiría a complejizar la violencia en Colombia.⁷

Ahora, aun cuando se lograron desmovilizar algunos de estos grupos armados⁸ a principios de los años noventa,⁹ la guerra no solo se incrementó sino que se intensificó, ello como consecuencia del incontrolado aumento del tamaño de los recursos y del poder militar de esas fuerzas irregulares que encontraron en el auge del narcotráfico y la ineficacia del Estado, el ambiente propicio para reproducirse rápidamente.¹⁰

Finalmente, y como cierre de este sucinto registro histórico que sirve como antecala a la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, es oportuno mencionar que el caso colombiano constituye uno de los eventos más significativos y reprochables en términos de violaciones de Derechos Humanos, siendo un ejemplo de ello, el desplazamiento forzado,¹¹ comparable solamente con los conflictos vividos en

6 MEJÍA QUINTANA, Oscar. “Elites. Eticidades y Constitución. Cultura política y poder constituyente en Colombia”, en *Filosofía y Teorías Políticas entre la crítica y la utopía*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires. 2007, en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/hoyos/17Quintana.pdf>, (última consulta: 12 oct., 2011).

7 RANGEL, A. *Colombia: guerra irregular en el final del siglo*, Tercer Mundo Editores, Bogotá D.C., 1998.

8 Así, en los años noventa se desmovilizaron varios grupos guerrilleros, entre ellos el M-19, el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT), el Ejército Popular de Liberación (EPL), el Movimiento Quintín Lame (MAQL), el Comando Ernesto Rojas (CER), la Corriente de Renovación Socialista (CRS), las Milicias Populares de Medellín (MPM), y el Frente Francisco Garnica y el MIR - COAR. Cfr. VerdadAbierta.com, *Paramilitares y conflicto armado en Colombia, Desmovilización y Desarme*, <http://www.verdadabierta.com/la-historia/periodo4/desmovilizacion-y-desarme>, (última consulta: 8 ago., 11).

9 En esta década sobresale también el evento conocido como la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Constitución Política de Colombia, que además de ser el nuevo marco jurídico, político y religioso de esta nación, supuso una oportunidad para la reconciliación nacional precisamente por ese largo período de violencia que ahora contaba con otro inconveniente: el narcotráfico.

10 GONZÁLEZ, F.; BOLÍVAR, I.; VÁZQUEZ, T. *Violencia política en Colombia: De la nación fragmentada a la construcción del Estado*, Bogotá D.C.: CINEP, 2003.

11 Para la década del 2000 se hablaba de 5'504.571 hectáreas de tierras despojadas y abandonadas. Cfr. PALMA, Mario, *Los señores de la guerra*, Bogotá D.C.: CNRR: Informe Memorias del Despojo de tierras 2006-2010, del Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Comunicaciones y Prensa, Boletín N° 15, 2010, pp. 4-6.

África y, por lo pronto, el más representativo, en términos de impunidad.

B. ANTECEDENTES JURÍDICOS

Teniendo en cuenta el contexto social y político, y sin perder de vista la implementación del nuevo pacto político en 1991, con la puesta en marcha de la nueva Constitución, el Estado colombiano asumió la tarea histórica de dotarse de un marco jurídico-político que le permitiera enfrentar eficientemente la grave crisis humanitaria que, además de comprometer la legitimidad del Estado, comprometía su responsabilidad internacional con ocasión de las obligaciones internacionales adquiridas por la firma de distintos tratados sobre protección a los Derechos Humanos.

Y fue con ocasión del proceso de paz adelantado por el Gobierno Nacional con los grupos armados y dentro del marco de las Leyes 418 de 1997¹² y 975 de 2005; la primera, fue en varias oportunidades prorrogada y modificada,¹³ además de reglamentada en lo que hace referencia a la situación socioeconómica y jurídica de los desmovilizados; por su parte la segunda,¹⁴ denominada de Justicia y Paz; con estas se da inició a todo un proceso sin precedentes en la historia del país, dirigido a obtener la tan anhelada reconciliación nacional, de la mano, aparentemente de la reparación y restitución a las víctimas. No obstante, fue la Ley 975 de 2005, sancionada el 25 de julio del mismo año, la que implementó el proceso de paz esbozado en la Ley 418 de 1997,¹⁵ norma fundamentalmente de orden

12 Ley 418 de 1997 “*Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*”, Diario Oficial N° 43.201, del 26 de diciembre de 1997.

13 Son particularmente relevantes, las siguientes leyes: Ley 782 de 2002, Diario Oficial N° 45.043, del 23 de diciembre de 2002; Ley 1106 de 2006, Diario Oficial N° 46.490 del 22 de diciembre de 2006; y Ley 1421 de 2010, Diario Oficial N° 47.930 del 21 de diciembre de 2010.

14 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*”, Diario Oficial N° 45.980 del 25 de julio de 2005.

15 Ley por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. Las normas consagradas en esta ley tuvieron por objeto dotar al Estado colombiano de instrumentos eficaces para asegurar la vigencia del Estado social y democrático de derecho y garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Política y/o los tratados internacionales aprobados por Colombia. Para ello, se reiteró la competencia exclusiva del Presidente de la República en esta materia, insistiendo en su rol de director y responsable del orden público de la nación, circunstancia que lo dotaba de poderes tales como el de indultar, mecanismo útil para propiciar la transición del conflicto al posconflicto, claro está, con un limitado tiempo de vigencia de dos años.

público, incorporando a él instrumentos novedosos de justicia transicional¹⁶ y restaurativa¹⁷ que tenían la virtualidad de garantizar las condiciones necesarias para cumplir con los postulados universales de justicia, verdad, reparación y reconciliación.

Así mismo, es oportuno recalcar que la Ley de Justicia y Paz definió como sus componentes esenciales el facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de los miembros de grupos armados al margen de la ley, y al mismo tiempo, establecía como objetivo garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Sumadas a esas dos leyes, y como consecuencia de la necesidad de reglamentarlas para hacerlas viables, tanto el Ejecutivo como el Legislativo asumieron la tarea de desarrollarlas y reglamentarlas, ejemplo de ello, es el Decreto 4760 de 2005 del 30 de diciembre, reglamentario de la Ley 975 de 2005 por medio del cual se instituyó un procedimiento para la reparación de la víctimas o la Ley 4488 de 2005 destinada a reglar la adquisición y adjudicación de tierras a reincorporados; sin embargo,¹⁸ son abundantes las leyes, decretos, resoluciones, circulares

16 Este tipo de justicia: “(...) se ocupa de la justicia en sociedades en transición, sea luego del conflicto o durante un conflicto en curso; supone una serie de medidas que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial. Su éxito depende del grado en que contribuya a la verdadera reconciliación y a la consolidación de la democracia y del sistema judicial interno.” Cfr. AMBOS, K.; MALARINO, E. *Justicia de Transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Bogotá D.C.: Temis S.A., 2010.

17 Se ha de entender por justicia restaurativa el: “(...) proceso en que la víctima, el delincuente y cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se pueden incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.” En <http://www.justiciarestaurativa.org/>, (última consulta: 30 ago., 2011).

18 Las normas que más se destacan en esta materia son: Reglamentación del procedimiento y reparación de las víctimas de la Ley de Justicia y Paz: ajuste a la sentencia de constitucionalidad C-370 de 2006: Decreto 3391 de 2006 del 29 de septiembre; Ratificación verbal de acogimiento a la Ley 975 al inicio de la versión libre: Decreto 4417 de 2006 del 7 de diciembre, Reglamentario de la Ley 975 de 2005; Intervención de las víctimas en la etapa de la Investigación: Decreto 315 de 2007; Reglamentación sobre los requisitos de elegibilidad Ley de Justicia y Paz: Decreto 423 de 2007 del 16 de febrero, Reglamentario de artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005; Término para que la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación –CNRR– fije los criterios de Reparación: Decreto 551 de 2007 del 28 de febrero; Marco normativo Fiscalía General de la Nación creación de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz: Resolución 3461 de 2005; Procedimiento de la Fiscalía para el trámite judicial de desmovilización: Resolución 235 de 2006; Sedes de funcionamiento de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz: Resolución 517 de 2006; Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz asume procesos de desmovilizados para decidir sobre solicitudes de beneficios de la Ley 782 de 2002: Resolu-

y acuerdos que hoy componen todo el estatuto para las víctimas del conflicto, su reparación y la restitución de tierras.¹⁹

De acuerdo con lo anterior, se puede apreciar que la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras no es un instrumento novedoso en el orden jurídico colombiano, por el contrario, es la concreción de un complejo proceso de ajuste, de aciertos y errores, que sumados todos constituyen el andamiaje de esa justicia transicional y restaurativa que tanto se persigue y anhela por parte de la sociedad civil, el gobierno y por algunos actores armados que esperan ser favorecidos y exculpadados o, en últimas, reincorporados; pero especialmente, es un proceso de ajuste o adecuación a los presupuestos o estándares internacionales que materialice efectivamente los derechos de las víctimas a la reparación, la justicia y concretamente a la verdad.²⁰

Ahora bien, antes de pasar a reconocer las motivaciones de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, se debe registrar el camino recorrido por el proyecto de Ley de Víctimas destacando que fue presentado en la plenaria de la Cámara

ción 648 de 2006; 9. Reglamentación de la versión libre: Resolución 3998 de 2006; Transmisión en diferido de la versión libre en medios de comunicación: Resolución 387 de 2007; Marco normativo Consejo Superior de la Judicatura, Designación de Tribunales Superiores de Distrito Judicial competentes en materia de Justicia y Paz: Acuerdo PSAA06-3275 de 2006; Creación de cargos en los Tribunales Superiores de Bogotá y Barranquilla: Acuerdo PSAA06-3276 de 2006; Grupo de apoyo administrativo en Tribunales: Acuerdo PSAA06-3549 de 2006; Marco normativo Procuraduría General de la Nación: creación de una coordinación interna de Justicia y Paz: Resolución 171 de 2006; Instrucciones a procuradores para garantizar los derechos de las víctimas: Circular a Procuradores Territoriales 10 de octubre de 2006; Instrucciones a las entidades para garantizar la Participación judicial de las víctimas: Directiva 008 de 2007; Reglamento interno del Fondo para la Reparación a las Víctimas: Acuerdo 018 de 2006 (Acción Social); Representación judicial de víctimas por parte de la Defensoría del Pueblo: Resolución 1113 de 2006 y Resolución 438 de 2007 25 de mayo 2007; Instrucción prioritaria a directores del DAS Justicia y Paz: Circular 10 de 2007; Creación del Comité Operativo para la dejación de las Armas -coda- y beneficios a desmovilizados: Decreto 1385 de 1994; Ley 387 de 1997, Población Desplazada; Ley 548 de 1999 del 23 de diciembre: Por la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 y se dictan otras disposiciones; Ley 782 de 2002 del 23 de diciembre: Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones; Decreto 1000 de 2003 del 22 de abril: Por el cual se corrigen yerros de la Ley 782 de 2002 y se modifican algunas de sus disposiciones; Ley 1106 de 2006 del 22 de diciembre: Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 y se modifican algunas de sus disposiciones.

19 Cfr. CNRR, en: http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/LIBRO%20COMPILACION%20REIN-SERTADOS.pdf, (última consulta: 8 ago., 2011).

20 REDEPAZ, en <http://www.redepaz.org.co/La-ley-de-victimas-y-de>, (última consulta: 6 oct., 2011).

de Representantes el 30 de noviembre de 2010; posteriormente, el proyecto de Ley pasó en plenaria de la Cámara y como texto conciliado el 20 de diciembre de 2010; tiempo después, el 4 de marzo, fue presentada su ponencia y el 26 de abril de 2011 el texto aprobado por el Senado de la República fue sometido a discusión en la plenaria para ser admitido; finalmente, el 10 de junio de 2010 se hizo Ley de la República después con un total de 62 votos contra 3 del Polo Democrático.²¹

El pasado 10 de junio de 2011, ante la presencia de 600 asistentes y con la asistencia especial del Secretario General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), el Dr. Ban Ki-Moon, el presidente Juan Manuel Santos sancionó la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, en lo que parece ser la iniciación y escala del primer desafío de su gobierno.

“Hemos sufrido mucho, hemos llorado mucho; hemos sentido el golpe de la mano asesina, el dolor de las viudas y los huérfanos, el desamparo de los despojados, y tenemos el reto, la obligación, el anhelo, de sacudirnos las cenizas y continuar el viaje. ¡Y vamos a hacerlo, colombianos! ¡Podemos hacerlo!”, indicó el Presidente Santos en un emotivo discurso.²²

II. MOTIVACIONES

Las motivaciones que subyacen a la Ley de Reparación de Víctimas y Restitución de Tierras están estrechamente ligadas con el fuerte componente de violencia que ha caracterizado el decurso de la historia colombiana y, fundamentalmente, corresponden a la necesidad histórica de romper con ese ciclo de violencia, ruptura que básicamente no era posible con los mecanismos políticos y jurídicos ordinarios instituidos hasta el momento.

Es por ello, que el legislador al encontrar un déficit de herramientas disponibles por el Ejecutivo para enfrentar ese fenómeno de manera eficiente, a partir del año 2005 se propone mancomunadamente con el gobierno implementar un modelo, para su época controversial, de justicia transicional que para entonces no tenía

21 Los senadores Jorge Enrique Robledo, Alexander López y Gloria Inés Ramírez votaron en contra de la iniciativa; sus compañeros de bancada Mauricio Ospina, Jorge Guevara y Luis Carlos Avellaneda sí votaron a favor.

22 MINUTO 30.COM, “Juan Manuel Santos con Ban Ki-Moon, firmó la Ley de Víctimas”, en <http://www.minuto30.com/?p=49677>(última consulta: 8 ago., 2011).

antecedentes en el ámbito jurídico colombiano, por lo mismo novedoso en materia de justicia, y que además partía del presupuesto del reconocimiento de la víctima como sujeto de derechos tales como la verdad, la justicia y la reparación. Este modelo establecido en la Ley de Justicia y Paz, sigue de cerca las experiencias de los modelos de posdictaduras, como en Chile y Argentina, o posconflicto, tal como el que se dio en Guatemala y el Salvador, o post-*apartheid*, como el caso de Sudáfrica, solo que para el caso colombiano,²³ se intenta desarrollar en medio del conflicto armado interno, de ahí que el componente de reconciliación se sobreponga y destaque dentro de esa estrategia gracias a que sus dispositivos a favor de las víctimas permiten cerrar las heridas, superar la emotividad del proceso y reconstruir la confianza perdida en el Estado y las instituciones.

Pese a que entre las motivaciones de la Ley de Justicia y Paz estaba el de atender a las víctimas de los grupos armados al margen de la ley, no existía la capacidad para implementar un adecuado tratamiento a las mismas, además que, como se ha podido observar, a lo largo de estos años de violencia, son muchas las personas que han adquirido la categoría de víctimas, por lo cual, no era adecuado y justo, dirigir las acciones del gobierno para las víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML), sino que era necesario abrir el abanico de protección a todas las víctimas del conflicto armado interno, independientemente de cuál era el agresor.

Además, el legislador promovió la promulgación de la Ley de Víctimas movido por la necesidad de instituir una política de Estado, para su momento ausente, asistencial, de prevención, protección y reparación integral de las víctimas del conflicto, política que en su parecer estaba en mora de ser implementada tanto en consideración de la víctimas como en atención de las normas y obligaciones internacionales adquiridas por el Estado al ratificar los tratados concernientes a Derechos Humanos incorporados por vía del bloque de constitucionalidad, máxime si se tiene en cuenta que la norma más próxima, esto es la Ley de Justicia y Paz, nunca fue clara a la hora de incluir mecanismos transparentes y eficientes dirigidos a atender esas eventualidades.

En este sentido, resulta oportuno indicar que fueron varios los instrumentos internacionales de protección a las víctimas tenidos en cuenta por el Gobierno Nacional y el Congreso de la República a la hora de confeccionar esta ley. De tal suerte que los contenidos de las diferentes Convenciones y Tratados internacionales, así como principios y directrices fueron la base para la construcción de

23 Este modelo local, actualmente está siendo emulado en los conflictos que se suceden en Filipinas y Sri Lanka.

esta norma.

Entre esos instrumentos se encuentran: Principios y directrices para el tratamiento de las víctimas frente a violaciones de Derechos Humanos; normas del Derecho Internacional Humanitario; normas sobre la interposición de recursos y obtención de reparaciones, así como los principios rectores en temas de desplazamientos forzados.²⁴

Ahora bien, se debe advertir que esta ley, al igual que la Ley de Justicia y Paz, ha sido dictada dentro de un marco de transición, esto significa, que estas leyes crean mecanismos excepcionales para el logro de la reconciliación nacional, pero además para reparar y atender a las víctimas con motivo de violaciones masivas y sistemáticas de Derechos Humanos, sin que ello signifique que las herramientas ordinarias y regulares con las que cuenta el Estado vayan a ser remplazadas, pues estos mecanismos se aplicarán a aquellos que decidan seguir por el camino de la delincuencia y a aquellos que han cometido delitos aislados e inconexos.²⁵

En ese orden de ideas, se puede concluir en este aparte que la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras respondió, o fue motivada por las catastróficas consecuencias de la violencia, entre otras aspectos, violencia medida en términos del desplazamiento forzado y que concretamente demandó herramientas extraordinarias para lograr la reivindicación o restitución de los derechos de las víctimas, entre ellos el derecho a la propiedad.

III. ESTRUCTURA DE LA LEY DE VÍCTIMAS Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS

Antes de verificar la estructura de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, es oportuno señalar, que en ella se articulan dos textos normativos que originalmente se postularon separadamente; el primero, corresponde al proyecto de ley dirigido a las víctimas del conflicto armado interno colombiano, y el segundo, incumbe también a las víctimas pero se refiere a otra dimensión consecuencia

24 *Cfr.* Exposición de Motivos de la Ley realizada por la Cámara de Representantes, en: <http://www.cnrr.org.co/new09/abcvictimas/100927proyecto%20de%20Ley%20de%20V%C3%ADctimas.pdf>, (última consulta: 10 abr., 2011).

25 En este sentido, es oportuno anotar que la delincuencia común, en este entendido, debe ser enfrentada mediante los mecanismos ordinarios y permanentes con los que cuenta el Estado: la protección de las víctimas de delitos que no sean consecuencia de la violencia generalizada que ha azotado al país, deberá garantizarse mediante dichos mecanismos de carácter permanente

del mismo fenómeno, esto es a la restitución de las tierras despojadas formal o materialmente por los actores armados o como resultado del desplazamiento promovido por la misma causa; y es importante hacer esta precisión porque ella advierte los dos macrocomponentes de la que ahora es la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Veamos:

Sea lo primero decir, que la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras está compuesta por ocho títulos (por un error de numeración la ley trae nueve, pero en realidad son ocho). A continuación se hará un recuento del contenido de la ley, resaltando algunos aspectos que resultan importantes.

El título I,²⁶ contiene las disposiciones generales dentro de las cuales se enmarca la ley, siendo las más relevantes, su objeto, ámbito de aplicación y definición de víctimas. También los principios generales sobre los cuales se hará referencia adelante. En lo referente al objeto, debemos señalar que el mismo constituye la ruta, el derrotero a seguir, la meta que impulsa el rodear, mediante la implementación y uso de la ley, de las garantías necesarias a la víctima, a fin de hacer efectivos sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición, a través de medidas que restauren su dignidad humana; tendientes a reconocer su individualidad y devolverles su papel activo en la sociedad.

En segundo lugar, se encuentra el título II,²⁷ referido a los derechos de las víctimas dentro de los procesos judiciales, entre los que se encuentran: el derecho a la información, asesoría y apoyo, a la garantía de comunicación entre ellas, a la audición y presentación de pruebas, a declarar en puerta cerrada, prestar testimonio por medio de audio y video, presencia de personal especializado, asistencia judicial y al recibo de medidas que permitan asumir los costos de los procesos judiciales. Estas medidas pretenden que las víctimas puedan acceder a los procesos judiciales de manera clara y directa, con la información que estas requieren para poder ejercer adecuadamente sus derechos.

El título III,²⁸ se refiere a la ayuda humanitaria, la atención y asistencia humanitaria. Aquí se define el concepto de ayuda humanitaria, asistencia y atención, se estructura y regula la metodología de los censos, la asistencia funeraria, educación, salud, remisiones, pólizas en salud, evaluación y control, inspección y vigilancia. En este apartado, también se establece el tratamiento a las víctimas del desplazamiento forzado, su definición, la declaración sobre los hechos que

26 Cfr. Artículos 1 al 34 de la Ley 1448 de 2011. Diario Oficial 48.096 del 10 de junio de 2011.

27 Cfr. Artículos 35 al 46 de la Ley 1448 de 2011. Diario Oficial 48.096 del 10 de junio de 2011.

28 Cfr. Artículos 47 al 67 de la Ley 1448 de 2011. Diario Oficial 48.096 del 10 de junio de 2011.

la configuran, retornos y reubicaciones, el cese de la condición de vulnerabilidad, su evaluación y medidas de reparación y restitución. En este aspecto, cabe resaltar el principio de la restitución, los conceptos de despojo, abandono forzado de tierras, titulares del derecho a la restitución, y los procedimientos de restitución y protección de derechos de terceros (registro de tierras presuntamente despojadas y abandonadas forzosamente), presunciones de despojo e inversión de la carga de la prueba, jurisdicción y competencia, legitimación y solicitud de restitución. Además, los requisitos formales de la solicitud, admisión, trámite, oposiciones y fallo. Finalmente, el contenido del fallo, el recurso de revisión y acumulación. Este capítulo se cierra con las modalidades de compensación, los contratos para el uso de predios restituidos, entrega, protección y las Unidades Administrativas Especiales de Gestión de restitución de tierras despojadas.

El título IV,²⁹ contempla el marco jurídico de la reparación de las víctimas, las medidas de reparación, las medidas de restitución, las disposiciones generales respecto de la restitución de los bienes despojados, su procedimiento, la presunción de despojo, el tratamiento para las mujeres en cuanto a la restitución, su atención preferencial, la restitución de vivienda, subsidio familiar, créditos, formación, generación de empleo y carrera administrativa. El siguiente aparte, regula lo relativo a la indemnización por vía administrativa, judicial, las medidas de rehabilitación, los programas de atención psicosocial y salud integral de las víctimas, y las medidas de satisfacción (proporcionan bienestar a las víctimas y buscan mitigar su dolor), además, se regula lo correspondiente a la exención de prestar el servicio militar, la reparación simbólica, el día nacional de la memoria y solidaridad con las víctimas. Sobre este último, se crea el Centro de Memoria Histórica, su estructura y funciones.

Más adelante, se reglamenta otro de los componentes principales de la Ley, la garantía de no repetición, instituyendo un sinnúmero de obligaciones en cabeza del Estado respecto de la desmovilización, verificación y difusión de la verdad, la imposición de sanciones a los responsables, la prevención de nuevas violaciones, capacitación y difusión de los derechos humanos y la estimulación de la población para la participación ciudadana, entre otras, como la reparación colectiva.

El título V,³⁰ regula todo lo concerniente a la institucionalidad indispensable

29 Cfr. Artículos 69 a 152 de la Ley 1448 de 2011. Diario Oficial 48.096 del 10 de junio de 2011.

30 Cfr. Artículos 153 a 180 de la Ley 1448 de 2011. Diario Oficial 48.096 del 10 de junio de 2011.

para la atención y reparación de las víctimas; se establece la creación de una red nacional de información para la atención y reparación de las víctimas (el Registro Único de Víctimas, la solicitud y procedimientos de registro y lo referente a las actuaciones administrativas), el segundo, el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (su creación, composición, objetivos, funcionamiento, órganos de dirección coordinación y ejecución, del comité ejecutivo, de la unidad administrativa especial para la atención y reparación, los comités territoriales de justicia transicional y la transición a la institucionalidad), el tercero, el plan nacional de atención y reparación integral a las víctimas (diseño, conformación del Sistema Nacional para la Atención y Reparación, objetivos, dirección, funcionamiento, etc.), el cuarto, el fondo de reparación para las víctimas de la violencia, el quinto, corresponde al régimen disciplinario de los funcionarios públicos frente a las víctimas.

Por su parte, el título VII,³¹ estipula un componente referido a los niños, niñas y adolescentes víctimas del conflicto, concretamente, haciendo una enunciación explícita de sus derechos, su reparación integral y restablecimiento de derechos, como también ordenando la constitución de fondos fiduciarios para ellos; en este apartado, se destacan las normas referidas a los menores huérfanos y víctimas de minas antipersonales y el reclutamiento ilícito por parte de los actores irregulares.

En cuanto al título VIII,³² se encuentran diferentes disposiciones relacionadas con los mecanismos de participación de las víctimas encaminadas para su intervención en el diseño, implementación, ejecución y seguimiento de todo lo establecido en la Ley, en ellas se destacan las mesas de participación y concertación.

Finalmente, en el título IX,³³ están unas disposiciones finales que se refieren a los extraditados y su obligación de reparar a las víctimas, a los mecanismos de financiación de las medidas de atención y reparación integral y de diferentes infracciones de connotaciones delictivas (fraude en el registro de víctimas, p.ej.).

En lo atinente a las polémicas suscitadas por las extradiciones realizadas por el gobierno colombiano conforme a las solicitudes de gobiernos extranjeros, en especial las proferidas y hechas a jefes de los grupos al margen de la ley, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su preocupación por las víctimas del

31 *Cfr.* Artículos 181 a 191 de la Ley 1448 de 2011. Diario Oficial 48.096 del 10 de junio de 2011.

32 *Cfr.* Artículos 192 a 194 de la Ley 1448 de 2011. Diario Oficial 48.096 del 10 de junio de 2011.

33 *Cfr.* Artículos 195 a 208 de la Ley 1448 de 2011. Diario Oficial 48.096 del 10 de junio de 2011.

conflicto colombiano ha sido enfática en descalificar tal medida y tildarla como atentatoria de los derechos que le asisten a las víctimas; entre lo dicho por la Corte se tiene el pronunciamiento publicado en la página web *El Centinela*:

“La Corte Interamericana insistió en que ‘debe prevalecer la consideración de la imputación de graves violaciones de derechos humanos’. Además, ordenó al Estado colombiano ‘aclarar los mecanismos, instrumentos y figuras jurídicas que serán aplicadas para asegurar que la persona extraditada colabore con las investigaciones de los hechos [y] para asegurar su debido enjuiciamiento’. Así, la Corte advierte a Colombia que estará en desacato de la sentencia —y expuesto a futuras condenas— si no garantiza la continuidad de los procesos penales en contra de los ex jefes paramilitares por violaciones a los derechos humanos.”³⁴

Se advierte, que de no establecer un adecuado mecanismo de colaboración entre los extraditados, las víctimas y el gobierno, no se podrán satisfacer de manera eficaz los derechos a la verdad y reparación de estas últimas. Se debe recordar que, los principales cabecillas de las AUC fueron extraditados, y que pese a que manifestaron su voluntad de seguir colaborando en el esclarecimiento de los hechos, esto no se ha materializado, especialmente porque los extraditados dicen no contar con las garantías de protección y seguridad respecto a sus familias que están en Colombia.

Finalmente, tras este breve vistazo a la Ley de Víctimas, es claro que la misma cuenta con múltiples mecanismos para proteger sus derechos, se espera entonces, que la aplicación no se haga esperar sino que la ayuda llegue en el momento adecuado de la mano de las personas calificadas, solo así podrá hablarse del éxito de esta Ley.

IV. FINALIDADES Y PRINCIPIOS DE LA LEY DE VÍCTIMAS Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS

Antes de mencionar los principios rectores de la Ley, es oportuno indicar que una de las finalidades buscadas por el legislador, fue la de unificar las diferentes disposiciones que se encontraban vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano en

³⁴ EL CENTINELA, en: <http://centinela66.wordpress.com/2010/03/18/corte-interamericana-cuestiona-extradicion-de-paramilitares-a-usa/>, (última consulta: 6 oct., 2011).

materia de atención, protección, y reparación de las víctimas; y adicionalmente, introducir nuevas herramientas dirigidas a materializar y garantizar efectivamente los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.³⁵

Además, otra de las finalidades perseguida por el legislador fue la de garantizar eficazmente el derecho a la no repetición, esto es, aquel derecho que pretende que no se vuelvan a presentar las masivas violaciones a los derechos humanos, lo cual implica que el Estado otorgue por medio de diversos programas la seguridad que requieren las víctimas para disfrutar de los beneficios que establece la Ley.³⁶

Para comprender la finalidad de la Ley de Víctimas, es preciso tener en cuenta los principios sobre los cuales se construye, así por ejemplo, el principio de igualdad entre las víctimas establece que las mismas no deben ser discriminadas por tal condición, pero además hace una aclaración importante, y es que es necesario aplicar un trato diferencial dada su situación de vulnerabilidad manifiesta (arts. 6 y 13).

Otro principio importante es el de respeto mutuo que señala que las actuaciones de los funcionarios y las solicitudes elevadas por las víctimas en el marco de los procedimientos derivados de esta Ley, se regirán siempre por el respeto mutuo y la cordialidad. Así las cosas, le corresponde al Estado remover los obstáculos administrativos que impidan el acceso real y efectivo de las víctimas a las medidas de atención, asistencia y reparación (art. 15).

El principio de enfoque diferencial parte del reconocimiento de poblaciones con características particulares ya sea por la edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad que estas tienen. Esta diferenciación obliga que a dichas víctimas se les trate con un cuidado especial, dada la situación de vulnerabilidad en que se encuentran. Así también, establece que el Estado deberá tomar medidas con el fin de eliminar los esquemas de discriminación y marginación de las víctimas (art. 13).

También parece importante traer a colación tres principios que están muy relacionados entre sí: el de progresividad (art. 17), el de gradualidad (art. 18) y el principio de sostenibilidad fiscal (art. 19). El primero, comporta un compromiso del Estado encaminado a propiciar procesos que signifiquen a las víctimas

35 Cfr. CNRR, en: <http://www.cnrr.org.co/new09/ACTUALIZACION0/PUBLICACIONES/SEPARATA/separata%20Final.pdf> (última fecha de consulta 8/08/2011).

36 CNRR, en: http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/boletin/boletin_7.pdf, (última consulta: 8 ago., 2011).

el goce real y efectivo de sus derechos humanos, o por lo menos, de unos mínimos o esenciales de satisfacción; el segundo, se refiere a la responsabilidad del Estado de confeccionar estrategias que permitan la implementación de los programas, planes y proyectos de forma escalonada sin obviar el hecho de hacerlo en plazos predeterminados; por su parte, la sostenibilidad fiscal está relacionada con la obligación del Gobierno Nacional de crear un Plan Nacional de Financiación mediante un documento COMPES que haga sostenible económicamente todos y cada uno de los compromisos asumidos con las víctimas, particularmente, lo relativo al Fondo de Reparaciones de que trata el artículo 54 de esta Ley.

En relación con la prohibición de doble reparación y compensación (art. 20), es claro que se impide asignar doble indemnización a las víctimas, una por vía administrativa y otra por vía judicial, entonces, si bien las víctimas pueden acceder a la indemnización por cualquiera de las dos vías, cuando prospere por la vía administrativa se descontará a la reparación que se defina por la vía judicial, se debe advertir que para un adecuado cumplimiento de estas medidas se deberá realizar una seria comunicación entre entidades tanto a nivel nacional como regional con miras a evitar dobles reparaciones. En cuanto al principio de complementariedad (art. 21) se debe decir que responde a la exigencia de ser la atención, la asistencia y la reparación suplementaria y enderezadas a la reparación integral, pero que estas medidas por sí solas no son como tal, reparación; finalmente, se ubica a la acción de repetición como instrumento jurídico procesal dirigido a perseguir y obtener del responsable la asunción de su responsabilidad (art. 22).

En ese orden de ideas, para el desarrollo de los fines arriba descritos, la Ley se propone crear un Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral de las Víctimas que centralice y coordine todas y cada una de las acciones relacionadas con la formulación y ejecución de políticas, planes, programas y proyectos destinados a la atención y reparación integral de las víctimas.

Además, el Sistema esta soportado y coordinado por la Dependencia Especial para la Atención y Reparación a las Víctimas, creada al interior de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, sumada a un Comité Interinstitucional Consultivo quien tiene la función de brindar apoyo especializado al Vicepresidente de la República y al director del Sistema Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas.

Finalmente, la Ley en el acápite correspondiente a la restitución de tierras, tiene como propósito hacer realidad en forma expedita y segura el derecho de

restitución de tierras despojadas por actos generalizados de violencia armada ilegal o como consecuencia del desplazamiento forzado.

V. LAS VÍCTIMAS Y SUS DERECHOS PRINCIPALES

Desde una visión esperanzadora del conflicto armado interno colombiano, bajo la pretensión de propender por la reconciliación nacional, el proyecto de Ley inició no solo como una necesidad propia de una sociedad que desea empezar a vivir en paz, sino que, a su vez, en acopio a la dinámica internacional de las sociedades en conflicto, requería sucumbir a la presión de la comunidad internacional que en todo conflicto focaliza su atención y esfuerzos en el apoyo al restablecimiento de las víctimas; circunstancia que no se puede desligar del desarrollo que detentan los procesos de justicia transicional erigidos para contribuir a la desmovilización, judicialización y reinserción de los miembros de los grupos armados al margen de la ley a la vida civil, como quiera que sociedad somos todos, y sobre la base de ello, los procesos de justicia transicional propenden por una interacción de carácter incluyente, en la que la sociedad pueda tener la posibilidad de reconciliarse pese al dolor, e incluso, sobre el dolor de los vejámenes padecidos, a efectos de que tales acontecimientos nefastos sean sancionados y no vuelvan a presentarse y el repudio sobre los mismos haga parte de una nueva cultura de tolerancia y paz.

Este modelo fue el que se pretendió aplicar por medio de la Ley de Justicia y Paz, sin embargo, la mayoría de sus normas estaban dirigidas al tratamiento de los victimarios, dejando de lado los derechos de las víctimas. Así, se hace imprescindible la contemplación de la otra cara de la moneda: la víctima, sin la cual hablar de reconciliación nacional resulta superfluo, absurdo e inoperante, ante la posibilidad de que la inconformidad de la víctima no resarcida y/o burlada, llegue incluso a desencadenar, nuevos brotes de violencia.

En ese sentido, la Ley de Víctimas surge, en el escenario de derroteros jurídicos transitorios que afronten el conflicto desde la perspectiva del que lo ha padecido,³⁷ es así como esta Ley trata de equilibrar las balanzas entre el tratamiento al agresor y la satisfacción de derechos de las víctimas ya que sus intereses no solo son opuestos, sino que no pueden ser yuxtapuestos ya que como resultado se tendría una justicia retaliadora o una impunidad aberrante y desmedida, sino un

³⁷ Cabe recordar que tanto la Ley de Víctimas como la de Justicia y Paz hacen parte de lo que se ha denominado Justicia Transicional.

mecanismo que *per se*, pueda contemplar la situación de la víctima, incluso de forma diferencial, para tutelar los derechos que le asisten ante la ley.

Para cumplir con tal misión legislativa, se determinó como política de Estado velar por la prevención, asistencia, atención, protección y reparación de las víctimas, quienes, a la luz de los ojos de la normatividad internacional, sean tenidas como tales por padecimiento y violación a los Derechos Humanos o en contravención al Derecho Internacional Humanitario, sin interesar quien haya sido el victimario, poniendo como único límite el que ese daño se haya producido en el contexto del conflicto armado interno, ese es el objetivo primordial al proponer una ley de víctimas.

Un primer aspecto sobre los componentes de la Ley 1448 de 2011 es el de a quiénes se considera víctimas y por tanto destinatarios de esta Ley. Al respecto en el artículo 3 de la misma se determina que las víctimas pueden ser quienes individual y colectivamente hayan padecido daños a partir del 1º de enero de 1985, contemplando, a su vez, la posibilidad de que se puedan tener como víctimas a quienes han sufrido daños con anterioridad a la fecha señalada pero como sujetos únicamente de los derechos a la verdad, a las medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la ley.

Sobre la diferenciación de a quiénes se les considera víctimas después y antes del 1º de enero de 1985 –fecha que entre otras cosas a muchas víctimas podría resultarles arbitraria–, cabe preguntarse: ¿será que en algo contribuye una reparación simbólica a quien día a día convive con la circunstancia, incluso con las secuelas de los vejámenes que sin culpa le ha tocado padecer? la respuesta primigenia sería **no**, pero la respuesta tiene una relación directa con la víctima, con su interés a la verdad, así como con su interés a sentir y escuchar que hay un reconocimiento del victimario sobre el error de su actuar, un arrepentimiento sincero, del que si bien no se obtendrá un restablecimiento de las cosas, un regreso al estado anterior o un resarcimiento económico, represente en sí la dinámica para una construcción de paz desde el reconocimiento del dolor del otro y lo que ello implica en reconocer en las víctimas, por parte del victimario, un ser humano con todos sus derechos y facultades al que no debe mancillarse; características propias de una reparación consistente en satisfacción. Desde esta óptica la respuesta será un **sí**, un sí que permita traer algo de sosiego a la víctima, mientras que contribuye al restablecimiento del tejido social.

Sobre la consideración de víctimas, también se establecen como tales a los cónyuges o compañeros permanentes, parejas del mismo sexo, familiares en primer grado de consanguinidad, familiar en primer grado civil, a falta de ellos se reconoce dicha calidad a los familiares en segundo grado de consanguinidad ascen-

dente, así mismo, son víctimas quienes por asistirles han sufrido algún daño, también los miembros de la Fuerza Pública en las medidas de satisfacción y no repetición conferidas en la Ley, al igual que el cónyuge o compañero permanente y los familiares de los miembros de los grupos al margen de la ley.

Se circunscribe entonces, como población destinataria de esta iniciativa legislativa al sector vapuleado por la violencia causada por grupos armados al margen de la ley, lo que de contera implica que cualquier circunstancia violenta disímil al contexto de la enunciada, debe ser puesta en conocimiento para su judicialización y pretensión reparativa ante la justicia ordinaria, que con su curso procedimental normal propenderá por hacer justicia en el resarcimiento que de suyo le atañe a la víctima.

Pero, ¿qué parámetros sirven para determinar quiénes son destinatarias de la ley en calidad de víctimas, en una sociedad que ha estado marcada por la violencia? Además de las connotaciones de ser víctima de un acto de violencia dentro en un contexto de conflicto armado interno, perpetuado por miembros de grupos armados al margen de la ley o por el mismo Estado, son los instrumentos internacionales engranados bajo la figura del bloque de constitucionalidad, los que dilucidan un margen común y estandarizado para referirse a la víctima como aquella persona que ha padecido perjuicios individual o colectivamente; vistos estos como una violación grave a la luz del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El término de víctima se hace extensivo a la familia de esta, al igual que a las personas que hayan sufrido daños al intervenir en su auxilio, todo ello, conforme a lo que sobre el particular preceptúe y armonice la normatividad interna, respecto de los lineamientos internacionales.

De ello es preciso decir, que la noción de víctima contempla a quien ha sufrido un daño real, concreto y específico, así como a los familiares de esta,³⁸ quienes probatoriamente no deben probar la preexistencia de un hecho específico, sino que en su condición de víctimas deben probar el daño padecido, así como hacer manifiesta su intención de resarcimiento, el cual no se limita a una pretensión de contenido económico, sino que se amplía a los intereses y derechos reconocidos a las víctimas referidos a su necesidad de obtener justicia, a conocer la verdad, al resarcimiento de los perjuicios que con la comisión del hecho punible se le hubiesen ocasionado, así como a no ser sujeto de repetición de la conducta dañosa.

38 Este aspecto es muy importante pues se están alcanzando los parámetros de atención a las víctimas establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988; Bámaca Velásquez vs. Guatemala, 2002.

El reconocimiento de la víctima no se da *per se*, sino que se desprende del proceso judicial que promueva la víctima para poner en conocimiento de la autoridad judicial tanto el delito que le han inferido como los perjuicios que con el mismo le han acaecido. Se debe garantizar la participación de la víctima dentro del proceso, sin que sea necesario contar con la vinculación efectiva y física del presunto responsable para reconocer la calidad de la víctima, al igual que para que esta actúe dentro del proceso a fin de perseguir la materialidad de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

De otro lado, resulta novedoso el reconocimiento expreso que se hace a los miembros de la Fuerza Pública y sus familiares como beneficiarios de las medidas de satisfacción y garantías de no repetición que establece la ley, sin embargo, la reparación económica que a estas les corresponde se obtendrá por la vía del régimen especial que los cobija. De ello se colige que los miembros de la Fuerza Pública que han padecido los embates de la guerra, sean tenidos como víctimas y por ello estén enmarcados dentro de los beneficios que ofrece la Ley de Víctimas.

En la confrontación armada no se excluye la posibilidad de que los miembros de la Fuerza Pública sean, a su vez, quienes causen daño por ejemplo a la población civil, y aquellas víctimas sean cobijadas por los beneficios que predica la ley.

A lo largo de la Ley se hace mención expresa de la satisfacción de lo que internacionalmente se ha expresado sobre la materialidad del contenido de los derechos que le asisten a las víctimas, en lo que se ha denominado: verdad, justicia y reparación.

La conceptualización de tales derechos se hace desde el parámetro inalienable y fundante de la dignidad humana como un eje central de la integralidad de los intereses de la víctima, ante los agravios que le hayan sido inferidos y los efectos negativos que estos le hayan generado en su bienestar y desarrollo humano. A continuación se hará mención de cada uno de estos derechos.

A. DERECHO A LA VERDAD

El derecho a la verdad prevé la necesidad de enterar a la víctima sobre la realidad de lo acontecido, sobre los móviles, causas, desarrollos y circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la conducta punible. Es su necesidad de saber la dimensión del hecho punible en su cosmogonía y proyección. Este derecho es de dos vías, porque por un lado le corresponde a las víctimas, pero también le atañe a la sociedad.³⁹

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, 2002.

Al respecto, resulta oportuno mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el derecho a la verdad supone *“el conocimiento de la verdad de los hechos ocurridos y que dieron lugar a la violación de los Derechos Humanos, pero también lleva implícito el conocer la identidad de quienes realizaron tales actos. Por lo tanto, “estos derechos no solo están en cabeza de las víctimas sino que también recaen sobre la sociedad”*.⁴⁰ Luego, *“para poder dar cumplimiento a este derecho, la CoIDH ha señalado que sobre el Estado recae una verdadera obligación de hacer, esto es, prevenir la comisión de actos violatorios de Derechos Humanos, investigar dichas violaciones, sancionar a los responsables de tales actos y reparar a las víctimas”*.⁴¹

Para el logro del derecho a la verdad para las víctimas y la sociedad colombiana se prevén varios mecanismos:

Por un lado, se encuentra el compromiso de los autores de los crímenes de confesar los hechos realizados, esta confesión se da en el marco de la Ley de Justicia y Paz, es decir, se aplica a los sujetos activos de crímenes graves; también se prevé el mecanismo no judicial de contribución a la verdad, creado por la Ley 1424 de 2010, el cual establece que los desmovilizados rasos (esto es: los que han cometido los delitos de concierto para delinquir, junto con porte ilegal de armas y uniformes), a cambio de que no se les inicie un proceso penal deben contar toda su verdad.

Además de esto, la Ley de Víctimas establece la creación de un Centro de Memoria Histórica, el cual se encargará de documentar todo lo sucedido, y se alimentará con la información suministrada por instituciones, organizaciones de víctimas, la academia, etc., (art. 144 de la Ley 1448 de 2011).

Aunque se aplaude la toma de estas medidas, se echa de menos el establecimiento de Comisiones a la Verdad, que han sido útiles en contextos como el argentino, el chileno o el sudafricano, en donde por medio de estas se ha podido lograr la reconciliación nacional.⁴² Sin embargo, el modelo previsto para el caso colombiano puede dar muy buenos resultados, ya que son varios los organismos que convergen en la construcción de la verdad.

B. DERECHO A LA JUSTICIA

La justicia como derecho de las víctimas va íntimamente ligada al derecho a la

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, 2002.

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1988.

42 SPRINGER, Natalia, *¿Negociar la paz o hacer la justicia?* Bogotá D.C.: Aguilar, 2010, p. 14.

verdad, pues difícilmente se puede hacer justicia sobre aquello que se desconoce o permanece en un ámbito sombrío. El derecho a la justicia implica un llamado al sistema punitivo del Estado, que debe contemplar desde la tipicidad de las conductas punibles, aquellas que se determinen como contrarias y nocivas a los intereses, bienestar e integridad de sus habitantes, al igual que a la implementación de sistemas procesales eficaces para amparar a las víctimas de tales conductas, mientras juzga con severidad, razonabilidad y proporcionalidad a los infractores o perpetuadores de las mismas. Visto así, el derecho a la justicia demanda la facilitación de mecanismos legales que procuren garantizar a la víctima su acceso y participación en los procesos de las conductas punibles de que haya sido objeto.⁴³

El derecho a la justicia ampara a la víctima directa al igual que a la indirecta, es decir, a quien sufre o padece la conducta como a los familiares de esta.⁴⁴

Será entonces el juzgamiento en derecho, a la luz de las pruebas y de los hechos, de cara a las víctimas lo que pueda demarcar el que se haga justicia o se acreciente la lista turbia y escalofriante de la impunidad.

Ahora bien, frente a este aspecto la Corte Interamericana ha establecido que *“el derecho a la justicia implica otorgar mecanismos para que las víctimas o sus familiares puedan ser oídos y actuar dentro de los procesos judiciales, no solo con miras a esclarecer lo sucedido, sino también en procura de lograr una adecuada reparación”*.⁴⁵

C. DERECHO A LA REPARACIÓN

Por su parte el derecho a la reparación no solo alude a una pretensión económica, demandable por demás a quien causa el daño tras la comisión de la conducta, sino que desde los parámetros exigibles del derecho internacional involucra elementos aún más complejos pero de carácter congruente con el interés que debe tener el Estado en reparar a la víctima en una dimensión integral. De ello se tiene, que el derecho a la reparación comprende los elementos de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Preciso resulta destacar que el parágrafo 4º del artículo 3º de la Ley 1448, trae precisamente la prerrogativa de no repetición otorgada incluso a las víctimas de hechos sucedidos antes del 1º de enero de 1985.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales vs. Guatemala, 1999.

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz vs. Honduras, 1989; Suárez Rosero vs. Ecuador, 1997.

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales vs. Guatemala, 1999.

El derecho a la reparación es un derecho “*que le asiste a las víctimas, y consiste en la adopción de medidas tendientes a hacer desaparecer los efectos que generaron el daño y violación a sus derechos*”.⁴⁶

Es conveniente revisar el alcance de cada una de estas medidas, empezando por la restitución, que es vista como un retorno al estado de las cosas y circunstancias de la víctima, antes de la comisión del delito.⁴⁷ Interpela a su *modus vivendi*, a su rol en sociedad, a su papel como integrante de una comunidad, a su desarrollo cotidiano y a la ubicación que detentaba en el escalonamiento de sus aspiraciones, metas, anhelos y elaboración de intereses personales, es más, se extiende a los efectos que su interrelación social generaba en la modificación de su entorno.

La indemnización, involucra el carácter económico de la compensación dineraria que del daño debe solventar o sufragar el infractor a favor de la víctima, en forma directamente proporcional al agravio. Este señalamiento es coherente con el devenir de los procesos de justicia transicional implementados para el juzgamiento de los actores violentos, ya que es a ellos, directamente, a quienes se les ha endilgado la obligación de indemnizar, resaltando, en la iniciativa legislativa sobre las víctimas, la posición de garante del Estado de manera residual sobre la cobertura y tutela que es obligación de este garantizar a sus nacionales.

La Ley prevé dos tipos de indemnizaciones, una por la vía judicial y otra por vía administrativa (art. 133 Ley 1448 de 2011), de tal suerte que las indemnizaciones de orden administrativo se solicitarán en aquellos casos en los que el victimario no posee recursos para indemnizar y, en aras del restablecimiento social, ante las dilaciones o trabas judiciales que puedan darse en materia de resarcimiento a las víctimas en los respectivos procesos judiciales particulares sobre cada caso en concreto, con los respectivos topes indemnizatorios que se fijen para ello y con la posibilidad de que el Estado repita en los victimarios sobre los pagos que por ellos realice para obtener de estos las respectivas sumas dinerarias en retorno a las arcas públicas.

46 PATIÑO, María, *El derecho fundamental de la víctima a obtener reparación*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 519.

47 Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm> (última consulta: 24 sep., 2011).

La concreción de dicho pago, va ligado con el derecho de satisfacción, pues se ve compensado económicamente el daño, sin embargo, la satisfacción entraña temas que pueden ser insignificantes para el ente acusador y el juzgador pero que para las víctimas tienen toda la carga emocional que puede elevarlos a la finalidad ulterior de promover el proceso, tal es el sentido de la solicitud de disculpas, el famoso perdón que se alude ligeramente con la expresión perdón y olvido; ingrediente por demás indispensable para el restablecimiento de ese entramado social desvertebrado, al que no en pocas ocasiones, regionalmente, pertenecen víctima y victimario en una convivencia que puede tener raigambres de infancia.

La satisfacción busca un reconocimiento del vejamen padecido y el interés manifiesto del arrepentimiento que públicamente profesa el agresor en su autocrítica. Este nuevo elemento, el de la satisfacción, introduce consigo el factor moral, visto como la necesidad de hacer actos reales e inequívocos dirigidos a elevar la autoestima de las víctimas, no desde el esquema de la ley del talión, del cual seguramente el dolor de la víctima quisiera valerse para ultimar a su victimario, sino desde una dinámica social en la que tanto el victimario como la sociedad hacen actos públicos de reconocimiento del daño ocasionado, del sufrimiento causado a la víctima y de la necesidad de que en la sociedad nadie más tenga que pasar por tan nefasta situación.

La rehabilitación parte del reconocimiento del daño causado a la víctima, de tal manera que, debe ser objeto de medidas que le permitan reincorporarse de nuevo a la sociedad tras los daños por ella sufridos, encierra medidas como atención psicosocial y asistencia médica, entre otras.⁴⁸

Por su parte, las garantías de no repetición, puede ser el derecho más controvertido que le asiste a las víctimas, por su difícil aplicabilidad, ya que en un país de fuegos cruzados y de connotaciones violentas que rayan en no pocos casos con la demencia, es de difícilísima aplicación la tutela y protección que el Estado pueda ejercer sobre los individuos y comunidades que luego de padecer actos violentos, retornan a su lugar de origen con la esperanza de que no se le presente ningún otro escenario violento en el que se vea involucrado, o por lo menos con la certeza de que ante la eventual ocurrencia del mismo, los miembros de la fuerza pública y los aparatos de seguridad, defensa y judicialización del Estado, acudan a su llamado y auxilio de manera oportuna y expedita para evitarle cualquier tipo de lesión.

48 SUÁREZ, Beatriz. "Los Derechos a la verdad, la justicia y la reparación en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras", En Serie *Documentos para la Paz, víctimas: miradas para la construcción de paz*, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Bogotá D.C. 2012.

El artículo 149 de la Ley de Víctimas, en 19 literales y un párrafo enuncian y describe las acciones a las que se compromete el Estado para garantizarles a las víctimas que no volverán a verse involucradas en tales episodios. Entre los compromisos que dice el Estado asumir se tienen los de: desmovilizar y desmantelar a los grupos armados al margen de la ley; la aplicación de sanciones a los responsables de violaciones enmarcadas en la ley; prevención de violaciones en especial con los grupos más vulnerables; promoción de valores de reconciliación; fortalecimiento de procesos de desminado; creación de estrategias comunicativas de enfoque diferencial; fortalecimiento de sistema de alertas tempranas; y desvinculación de funcionarios públicos involucrados en violaciones acordes con la ley; entre otras.

De lo enunciado, cabe resaltar que, pese a que se esté labrando un camino hacia sus concreciones, incluso con su enunciación dentro de la ley, tales acciones no dejan de ser meras expectativas, que al Estado le compete capitalizar para hacerlas realidad, pero desafortunadamente el desarrollo de cada una de ellas está directamente ligado con múltiples factores, entre los que muy seguramente varios de ellos implican un mayor seguimiento y políticas claras por parte del Estado para hacer frente a diversas problemáticas, como por ejemplo, lo que respecta a la expectativa de desmovilizar y desmantelar a los miembros de los grupos al margen de la ley, esto con el fin de no dar lugar a la creación de nuevas organizaciones criminales, como por ejemplo las denominadas Bacrim o bandas criminales.

De otra parte, en lo referente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, se omite realizar alguna adopción de medidas y ello es intencional, pues el gobierno, a través de los proponentes de la iniciativa legislativa, manifestó que previo a cualquier pronunciamiento sobre este particular someterán a consulta ante dichas comunidades las propuestas de carácter normativo que pretenden regular su situación en acopio a la Ley de Víctimas, por los efectos que tales preceptos jurídicos puedan generar en sus respectivos miembros, lo que suena coherente con el reconocimiento constitucional sobre el pluralismo de nuestra nación colombiana.

Finalmente, en lo que de suyo corresponde con los componentes que trae esta iniciativa legislativa desde su formulación, no se puede dejar de mencionar la reorganización que plantea el Estado para poner al servicio de las víctimas los instrumentos y organismos necesarios para su atención cualificada y prioritaria.

Así, se crea el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas que estará integrado por el conjunto de entidades a nivel gubernamental y esta-

tal del orden nacional y territorial encargadas de formular y ejecutar los planes, programas, proyectos y acciones específicas dirigidas a la atención y reparación integral de las víctimas.

VI. OBSERVACIONES CRÍTICAS FRENTE A LA LEY DE VÍCTIMAS

La realización de este proyecto legislativo, hoy ley acional, estaba postergada desde que comenzó a ponerse en práctica la Ley de Justicia y Paz, la que, pese a sus intenciones de propender por la desmovilización de los actores armados y la búsqueda de la paz nacional, no ha dejado de ser seriamente criticada por la oposición y en especial por las ONG y los organismos de derechos humanos internacionales por lo desfasado que se ve el hecho de la imposición de condenas que se muestran como irrisorias ante los daños perpetuados por los desmovilizados a la población civil.⁴⁹

Durante los debates legislativos, fue alabada la iniciativa, el esfuerzo y el empeño del gobierno en la concreción de este proyecto de ley para propender por la tutela, salvaguarda y asistencia de las víctimas del conflicto armado, sin embargo, la oposición, por su parte, en su ejercicio crítico, se abstuvo de firmar la aprobación legislativa, so pretexto de que la Corte Constitucional debía emitir primero su concepto en una ley que ellos consideran está viciada de lo que han denominado graves falencias.

Uno de los puntos más controversiales de la ley ha sido la declaración o reconocimiento de la existencia de un conflicto armado interno en Colombia. La controversia se politiza cuando el gobierno actual ha adoptado posturas diametralmente opuestas a su predecesor, quien solo mantenía arriba la guardia para combatir militarmente a los denominados terroristas, mientras que en este gobierno las posiciones de diálogo o salidas diferentes a las confrontaciones bélicas, pueden encontrar nuevas rutas a través de la polémica declaratoria.⁵⁰ Sin embargo, la inclusión se realizó con la expresa anotación de no asimilarla al peligroso reconocimiento de un estado de beligerancia a los grupos combatientes al margen de la ley, como quiera que ello podría implicar connotaciones adversas

49 Cfr. COLJURISTAS. “Polémica Ley suspende penas a paramilitares desmovilizados en Colombia”, en: http://www.coljuristas.org/prensa/2011/afp_29-06-2011.html (última consulta: 12 oct., 2011).

50 Frente a esta polémica se señaló: “El debate político entre el expresidente Uribe Vélez que sigue negando la existencia de un conflicto interno, algunos de sus voceros en el Partido de la U, y el presidente Santos que sí lo reconoció, mantuvo en dificultades al proyecto. Al final se impuso la tesis del actual mandatario y se reconoció lo evidente desde hace más de 60 años.” CARACOL, en: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=1481166>, (última consulta: 8 ago., 2011).

a nivel internacional para la estabilidad política colombiana al abrir la brecha de pensar que hay una pugna entre los grupos insurgentes y el ejército nacional para la obtención o el mantenimiento del poder.⁵¹

En cuanto al tiempo o período a partir del cual se reconocerá la calidad de víctima, parece ser que la oposición y los grupos disidentes ganaron el pulso, pues el proyecto contemplaba a las consideradas víctimas desde 1990 y, tras los debates, se dio la amplitud desde 1985 tomando como base episodios nefastos e impunes como lo sucedido con el exterminio de los miembros de la Unión Patriótica y los desaparecidos del Palacio de Justicia.

El resarcimiento a las víctimas, desde el año 1985,⁵² tiene la intención de reconocer en ellas su calidad de tales ante la sociedad en general y la consecuente reparación simbólica general, así como la posibilidad de que puedan acceder a la indemnización administrativa para ser resarcidas económicamente. Es meritorio el resaltar, que se abolió en parámetros de resarcimiento los límites económicos fijados bajo el tenor de sostenibilidad fiscal.

Dentro de la identidad de las víctimas, se cuenta con la introducción novedosa de reconocer a las parejas del mismo sexo, como posibles destinatarios de las medidas adoptadas. De igual forma, se incluyó a los miembros de la fuerza pública, siempre y cuando sus afectaciones no se vean cubiertas en su totalidad por las medidas que les confiere su régimen especial de seguridad social.

Como llamados a responder pecuniariamente por los daños causados a las víctimas, se incluyó a los servidores públicos y empresarios que hayan financiado a los victimarios.⁵³

Con el interés de encomendar responsables para el resarcimiento de las víctimas

51 Cfr. CARACOL, en: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=1481166>, (última consulta: 8 ago., 2011).

52 El texto en la Cámara mantuvo una misma fecha para el reconocimiento de las víctimas, como para la restitución de tierras: el 1º de enero de 1991. En el Senado se aplicaron varios cambios. Primero, se definió que ese reconocimiento se hará a partir del 1º de enero de 1985. Pero ante el temor de que se pudiese invocar el derecho de igualdad mediante tutela ante la Corte Constitucional por parte de quienes fuesen víctimas con anterioridad, se decidió que para dichas personas habrá medidas de satisfacción, pero no económicas. La tercera fecha será la de restitución de tierras, a partir del 1º de enero de 1991.

53 En ese sentido, el Ministro de Justicia afirmó: “Se les asigna a los fiscales y jueces de Justicia y Paz tareas específicas de búsqueda de empresas que hayan financiado grupos armados organizados al margen de la ley, las cuales deberán responder y reparar a los afectados por medio del Fondo de Reparación a Víctimas”, CM&, en: <http://www.cmi.com.co/i/p/imp.asp?n=54633> (última consulta: 24 jul., 2011).

y procurando vencer el resquemor que la burocracia, la corrupción, las trabas y dilaciones han sembrado en este tipo de procesos para su entorpecimiento y desarrollo, se determinó crear una entidad nueva, que adscrita a la Presidencia de la República, emprenda esta labor.⁵⁴ Aunque la principal crítica a esta medida consiste en el hecho de que al crear la nueva unidad podría demorar la aplicación de medidas de atención a las víctimas.⁵⁵

Se tiene también como un elemento positivo el que desde la parte judicial, se haya evidenciado la necesidad de crear una nueva unidad del CTI, con funciones exclusivas para detectar los problemas de testaferrato, en procura de procesar los bienes que deben servir para la restitución a las víctimas despojadas de sus propiedades.⁵⁶

En lo que compete a la intervención de las víctimas en los procesos judiciales para procurar la efectivización de sus derechos, se debe mencionar el llamado que se le ha hecho a la Defensoría del Pueblo para albergar tales necesidades.⁵⁷ Este punto es importante porque se pretende evitar lo que sucedió con la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, la cual al entrar en vigor no contó con la suficiente infraestructura para atender a las víctimas, por ello, es importante que la Ley de

54 Este fue otro de los temas que tuvo desarrollo y cambios en plenaria del Senado. El texto de la Cámara encargó de todo el trabajo a Acción Social, como entidad adscrita a la Presidencia de la República. En Senado, se ordenó la transformación de Acción Social, en el Departamento Administrativo para la Inclusión y la Reparación, con autonomía y presupuesto propio. Además, dentro de ese Departamento se ordenó la creación de una Unidad Administrativa Especial, que se encargará de todo el trabajo de atención a las víctimas. Además, asumirá las funciones de la actual Comisión de Reparación y Reconciliación, una vez finalice su período de transición a finales de 2012. *Cfr.* CARACOL, en: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=1481166> (última consulta: 8 ago., 2011).

55 SUÁREZ, Beatriz “Los Derechos a la verdad, la justicia y la reparación en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras”, artículo pendiente de publicación en *Documentos para la Paz* de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

56 Al respecto la oposición ha manifestado su preocupación para lograr la “creación de una unidad de policía judicial de apoyo técnico a la Fiscalía General de la Nación destinada exclusivamente a la persecución de bienes despojados por los agentes de la violencia, como principal medida para el incremento de los recursos del fondo de reparación para las víctimas. El debilitamiento de las bases económicas de los aparatos criminales a la vez que puede generar recursos para la reparación de las víctimas, también puede contribuir a la no repetición de la violencia padecida.”, CONGRESO VISIBLE, en: <http://www.congresovisible.org/agora/post/ley-de-victimas-lo-positivo-lo-negativo-y-las-propuestas/422/>, (última consulta: 12 oct., 2011).

57 Se indica que la Defensoría del Pueblo deberá en un plazo de 6 meses, reorganizar su estructura con el fin de representar judicialmente y de manera exclusiva a las víctimas, con el fin de evitar que existan abogados que defiendan conjuntamente intereses de las víctimas y de los victimarios, en: REVISTAGOBIERNO, en: http://www.revistagobierno.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=2667:ley-de-victimas-y-restitucion-de-tierras-da-un-primer-paso-en-el-congreso&catid=4:camara-de-representantes&Itemid=21. (última consulta: 8 ago., 2011).

Víctimas prevea la creación de nuevos puestos de trabajo, pues de esa manera se garantiza la asistencia efectiva que estas requieren.

Así mismo se debe resaltar, la iniciativa de facultar al ejecutivo para incluir en el grupo de víctimas a los miembros de los grupos de minorías étnicas tales como, afrodescendientes e indígenas, al igual que a las mujeres de la población rural cabeza de hogar, previas las consultas que para ello deban surtirse al interior de las colectividades.

Tal vez como un mecanismo de memoria para la no repetición de estas barbaries y vejámenes cometidos contra nuestra población, e incluso, tal vez como un necesario sentido de publicidad del derecho de reparación a las víctimas, se aprobó la creación del Centro de Memoria Histórico.⁵⁸

CONCLUSIONES

Desde una perspectiva menos romántica y más pragmática, es importante reconocer que la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras constituye un gran avance en el panorama normativo para los logros que el Estado debe conseguir, resarcando los daños que se han ocasionado a los miembros de la población civil con ocasión del conflicto armado interno.

No obstante, es necesario recordar que la simple normatividad no es garantía eficaz sobre el direccionamiento de las ayudas integrales que las víctimas requieren para su pleno restablecimiento, máxime si tenemos en cuenta que el conflicto armado subsiste y por tanto es muy difícil e incierto que el Estado pueda tener el andamiaje requerido para evitar que los violentos vuelvan a emprenderla contra las víctimas, sobre todo cuando día a día son conocidos casos de asesinatos a dirigentes y líderes de comunidades vulnerables, desplazadas y/o de territorios especiales.⁵⁹

58 Este centro será el encargado de las medidas de satisfacción. En Cámara el Gobierno había luchado para que no quedase incluido por costos fiscales, pero en Senado, luego de un arduo trabajo de persuasión, se logró el consenso económico. Cfr. CARACOL, en: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=1481166>, (última consulta: 8 ago., 2011).

59 Al respecto, Uprimny señala que la justicia transicional no puede aplicarse cuando aún se está viviendo el conflicto armado, ya que esto impediría la toma de medidas importantes como las garantías de no repetición. Cfr. UPRIMNY YEPES, Rodrigo, en, *Justicia Transicional Sin Transición*, en DEJUSTICIA, http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=146, (última consulta: 20 may., 2011).

Así mismo, la desincronización o incongruencia entre las intenciones del ejecutivo y el funcionamiento del sistema judicial, llevan un lastre oscuro como el representado por el sinnúmero de procesos de extradición que, en la mayoría de los casos, han contribuido a la impunidad nacional y a la total carencia de garantías para el resarcimiento de las víctimas.

En esta misma línea se encuentra el problema del testaferrato, así como la adquisición lícita de predios por adquirentes de buena fe, lo que más tarde que temprano se puede tornar en el palo que traba la rueda e impide su diligente andar. El problema de tierras no es solo un asunto de papel, es ante todo y sobre todo un asunto de poder.

Los intereses desde antaño afincados en la construcción y sostenimiento de latifundios, permiten vislumbrar que no será fácil el ejercicio de intentar retornar los predios a sus legítimos dueños o a quien debe corresponderles en virtud de los predicados de reparación.⁶⁰

Aún no es claro el porcentaje de los terrenos que se deben resarcir, pues las cifras manejadas por los distintos sectores y su reflejo de intereses, no dan un margen concreto sobre lo que se tiene y, en especial, sobre lo que se debe reintegrar.

En materia de justicia, es difícil predicar que los trámites serán expeditos cuando no se cuenta con derroteros claros que permitan determinar que se tratará de asuntos, que por su especial relevancia y necesaria intervención, detenten un conducto ágil y garante que no cuente con las dilaciones propias de un proceso cualquiera. Es, a su vez, indispensable, ver el giro que tendrá la reorganización de la Defensoría del Pueblo para evitar la doble calidad de procesado-víctima, cuando desde la implementación del Sistema Penal Acusatorio, precisamente para zanjar cualquier margen de duda, se le dio la tarea y el monopolio específico de la defensa pública, a fin de no contaminarse con posiciones que le puedan acarrear ser vista como juez y parte. Sobre este particular, creo que puede ser un error el de encomendar la tarea de representación de víctimas a la Defensoría, pues pese a ser un organismo capaz de asumir dicho rol, no suena consecuente

60 Sobre ello, la oposición ha comentado: "Conformación de una comisión de investigación y esclarecimiento histórico, integrada por miembros elegidos por el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, dedicada al esclarecimiento de las estructuras económicas de los aparatos criminales y de la riqueza ilícita acumulada a través del despojo de tierras, la acumulación violenta de capitales, la usurpación de bienes y el testaferrato." <http://www.congresovisible.org/agora/post/ley-de-victimas-lo-positivo-lo-negativo-y-las-propuestas/422/>, (última consulta: 12 oct., 2011).

con su función primigenia y prioritaria de defender al procesado. Tal vez, lo propio sería encomendar dicha labor a un ente como la Procuraduría, quien desde el interés que le asiste el velar por la comunidad, puede ostentar un mayor eco al erigirse como representante de las víctimas dentro de procesos tan controvertidos como estos, sobre todo desde el espinoso filo que comprende el hacer justicia con penas menores a las comprendidas en la justicia ordinaria y, por otro lado, resarcir a las víctimas con un bien que intente compensar los serios y gruesos vejámenes que han padecido.

La última palabra, desde el ordenamiento jurídico que demanda la sanción y promulgación de la nueva Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, parece estar ya dada, pero, desde lo que implica su entrada en funcionamiento, los ajustes que a lo mejor deba hacerse y, sobre todo, la acogida y aceptación que tenga por parte de sus destinatarios, está aún por verse.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, K.; MALARINO, E. *Justicia de Transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Bogotá D.C.: Temis S.A., 2010.

ECHANDÍA CASTILLA, César. “Evolución reciente del conflicto armado en Colombia: La guerrilla”, en AROCHA, J.; CUBIDES, F.; JIMENO, M. (Ed.), *Las violencias: Inclusión creciente*, Universidad Nacional de Colombia, Centro de Estudios Sociales, Bogotá D.C., 1998, pp. 35-65.

GAITAN DAZA, Fernando. “Una indagación sobre las causas de la violencia en Colombia”, en DEAS, M.; GAITÁN DAZA, F., *Dos ensayos especulativos sobre la Violencia en Colombia*, Bogotá D.C.: FONADE, 1995.

GONZÁLEZ, F.; BOLÍVAR, I.; VAZQUEZ, T. *Violencia política en Colombia: De la nación fragmentada a la construcción del Estado*, Bogotá D.C.: CINEP, 2003.

GUZMÁN CAMPOS, G.; FALS BORDA, O.; UMAÑA LUNA, E., *La Violencia en Colombia*, Tomo II, Bogotá D.C.: Punto de Lectura, 2010.

PALMA, Mario, *Los señores de la guerra*, en CNRR: Informe Memorias del Despojo de tierras 2006-2010, del Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Comunicaciones y Prensa, Boletín N° 15, Bogotá D.C., 2010, pp. 4-6.

PATIÑO, María. *El derecho fundamental de la víctima a obtener reparación*. Uni-

- versidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C., 2008, p. 519.
- RANGEL, Alfredo. *Colombia: guerra irregular en el final del siglo*. Bogotá D.C.: Tercer Mundo Editores, 1998.
- RESTREPO, Jorge y otros, *Guerra y violencias en Colombia*. Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 2009.
- SÁNCHEZ, G.; PEÑARANDA, R. *Pasado y presente de la violencia en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia, Tercera Edición, Bogotá D.C., 2009.
- SPRINGER, Natalia. *¿Negociar la paz o hacer la justicia?* Bogotá D.C.: Aguilar, 2010.
- SUÁREZ, Beatriz. “Los Derechos a la verdad, la justicia y la reparación en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras” En Serie *Documentos para la Paz N° 2, víctimas: miradas para la construcción de paz*. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano Bogotá D.C. 2012.

CIBERGRAFÍA

- CNNR, en <http://www.cnrr.org.co/new09/ACTUALIZACION0/PUBLICACIONES/SEPARATA/separata%20Final.pdf>, (última consulta: 8 ago., 2011).
- CNNR, en: http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/boletin/boletin_7.pdf, (última consulta: 8 ago., 2011).
- CNNR, en: http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/LIBRO%20COMPILACION%20REINSERTADOS.pdf, (última consulta: 8 ago., 2011).
- CONGRESO VISIBLE, en: <http://www.congresovisible.org/agora/post/ley-de-victimas-lo-positivo-lo-negativo-y-las-propuestas/422/>, (última consulta: 12 oct., 2011).
- JUSTICIARESTAURATIVA, En <http://www.justiciarestaurativa.org/>, (última consulta: 30 ago., 2011).
- MEJÍA QUINTANA, Oscar. *Élites. Eticidades y Constitución. Cultura política y poder constituyente en Colombia*, en *Filosofía y Teorías Políticas entre la crítica y la utopía*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires. 2007, en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/hoyos/17Quintana.pdf>, (última consulta: 12 oct., 2011).
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las vícti-

mas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>, (última consulta: 24 sep., 2011).

REDEPAZ, en <http://www.redepaz.org.co/La-ley-de-victimas-y-de>, (última consulta: 6 oct., 2011).

SPRINGER, Natalia, Colombia: *Desplazamiento interno-políticas y problemas, Informe* writenet solicitado por ACNUR, p. 6, en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/5040>, (última consulta: 8 ago., 2011).

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, en: Justicia Transicional sin Transición, en *Dejusticia*, http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=146, (última consulta: 20 may., 2011).

VERDADABIERTA.COM. *Paramilitares y conflicto armado en Colombia, Desmovilización y Desarme*, <http://www.verdadabierta.com/la-historia/período4/desmovilizacion-y-desarme>, (última consulta: 8 ago., 2011).

VIVAS PIÑEROS, Sonia. “La experiencia de la violencia en Colombia: apuntes para pensar la formación ciudadana”, en *Universitas Humanística*, Nº 63, Universidad Javeriana, 2007, en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Sociales/universitas/63/vivas.pdf, (última consulta: 12 oct., 2011).

PRENSA

CARACOL, en: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=1481166>, (última consulta: 8 ago., 2011).

CM&, en: <http://www.cmi.com.co/i/p/imp.asp?n=54633>, (última consulta: 24 jul., 2011).

EL CENTINELA, en: <http://centinela66.wordpress.com/2010/03/18/corte-interamericana-cuestiona-extradicion-de-paramilitares-a-usa/>, (última consulta: 6 oct., 2011).

MINUTO 30.COM, *Juan Manuel Santos con Ban Ki-Moon, firmó la Ley de Víctimas*, en <http://www.minuto30.com/?p=49677>, (última consulta: 8 ago., 2011).

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Villagrán Morales vs. Guatemala, 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Godínez Cruz vs. Honduras, 1989.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 1997.

LA CESIÓN DE CONTRATO ESTATAL EN COLOMBIA*

Wilberth Francisco García Riveros**

Sumario: INTRODUCCIÓN. I.- Contrato estatal. II.- Distinción de la cesión de contrato estatal con otras figuras. III.- Descripción de la figura. IV.- Supuestos de aplicación de la cesión de contrato estatal. V.- Elementos esenciales de la cesión de contratos estatales. VI.- Apuntes de derecho comparado: caso español. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. CIBERGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Debido a la importancia y el impacto que tiene para el Estado y para la sociedad colombiana en general la contratación estatal, como herramienta fundamental e idónea para dar cumplimiento a los fines del Estado, se decidió estudiar, y en lo posible delimitar de manera clara la cesión en los contratos estatales, teniendo en cuenta que es una figura mediante la cual se puede continuar con el desarrollo y cumplimiento de obligaciones de carácter contractual con la administración, pero es necesario que su uso se haga de manera responsable y se tenga claridad sobre sus alcances, para evitar poner en peligro los fines de la contratación estatal y en últimas los fines del Estado.

El Derecho Administrativo, frente al tema que nos ocupa, no establece una amplia regulación al respecto, por esta razón y reconociendo la inspiración de esta figura en el Derecho Privado, pero con evidentes diferencias relativas a los sujetos (personas naturales o jurídicas de Derecho Privado-Administrativo), y los fines que persigue, a diferencia de las relaciones contractuales privadas, en donde los fines perseguidos son determinados libremente por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad y no deben obedecer a finalidades de carácter público o de bien común, sino por el contrario, normalmente buscan satisfacer

* El presente artículo se estructura a partir de la asistencia de investigación desarrollada dentro del proyecto de investigación "*Aspectos generales de la cesión de Derechos*" dirigido por el Dr. Mateo Sánchez. El mismo fue presentado para obtener el título de abogado de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

** Abogado de la Universidad Jorge Tadeo Lozano; graduado en el año 2011. Actualmente adelantando los artículos requisito de grado de la Maestría en Derecho en la Universidad Sergio Arboleda; coautor del libro "*Matrimonio, Unión marital de hecho y sus efectos legales*"; Se desempeña como asesor y jefe jurídico de la Notaría Primera de Florencia (Caquetá). Correo electrónico: wilber.garcia@usa.edu.co

necesidades de carácter particular o privado; es necesario conocer los supuestos de hecho para su aplicación, sus requisitos, elementos, características y restricciones, con el objetivo de evitar o subsanar lagunas que puedan ir en detrimento de los fines estatales y el bien común en general.

Se considera idóneo, para el óptimo desarrollo del tema, hacer una descripción lo más completa posible de la figura en estudio, estableciendo las relaciones entre los sujetos contractuales, cedente-administración, cedente-cesionario, cesionario-administración; y con el fin de conocer el régimen de responsabilidad producto de la aplicación de la cesión, analizar los límites de la autonomía de la voluntad y establecer los posibles riesgos, si los hubiere, de una incompleta regulación sobre la figura.

Dentro de las herramientas disponibles para lograr los objetivos establecidos, se estudiará el ordenamiento jurídico nacional, no solamente en cuanto al Derecho Administrativo, sino en lo posible establecer relaciones de origen y diferencias con el Derecho Privado.

Adicionalmente, es importante conocer las reglas de aplicación interna en las entidades estatales, mediante memorandos, conceptos, circulares y demás, que brinden una idea clara de la aplicación práctica de la figura y así formular críticas y opiniones de ser necesario; en el mismo sentido es indispensable el estudio de la jurisprudencia nacional, como también, acudir a jurisprudencias y legislaciones foráneas, donde se haya incorporado el uso de la figura en estudio, ya sea de forma legal o jurisprudencial, estableciendo los aspectos positivos, negativos y falencias de la figura, en pro de una aplicación más provechosa de la misma.

I. CONTRATO ESTATAL

Como se mencionó en la introducción, la cesión en los contratos estatales carece de una regulación completa, lo que nos enfrenta a varios riesgos e interrogantes frente a su aplicación y a la necesidad de dar solución pertinente a las controversias que pueda suscitar dicha aplicación en el desarrollo de los contratos estatales.

El primer interrogante al que se enfrenta esta investigación es la obligatoriedad de su aplicación por parte de los contratistas, y establecer con seguridad el carácter imperativo o facultativo de la aplicación de la cesión del contrato cuando se hace imposible su ejecución por parte del contratista; de tal manera que es

necesario y oportuno tener claridad sobre la obligatoriedad en la aplicación de dicha figura, ya que podría ser potestativa por parte del contratista, sujeta a aceptación de la administración, y si la confusión sobre su obligatoriedad obedece a las consecuencias de la aplicación de otra figura.

Un segundo interrogante que se plantea, atiende a la obligatoriedad de la Administración en aceptar la cesión propuesta por el contratista, y si en el evento de cumplir el cesionario con todas las calidades y garantías del cedente, qué consecuencias podría acarrear a la Administración un rechazo injustificado, si las hubiere.

Un punto que no es claro y que reviste importancia, es la oportunidad temporal de uso de la cesión del contrato; la normatividad vigente no establece un término donde se faculte a las partes para la aplicación de dicha figura, y es por esta razón que observamos la necesidad de establecer de forma afortunada, el período de tiempo en que es posible y pertinente la aplicación de la cesión en los contratos estatales.

Tratándose de las responsabilidades que se pueden generar con la aplicación de la cesión y los hechos que pueden acompañarla, el ordenamiento no brinda un régimen de responsabilidad claro que ofrezca una seguridad jurídica a las partes o a quienes dejaron de serlo por virtud de la cesión, como sucede con las garantías. De tal manera se hace útil la determinación acertada de responsabilidades frente a los posibles escenarios jurídicos, acudiendo a una integración normativa, análisis jurisprudencial tanto nacional como de ordenamientos afines de ser posible y demás fuentes del derecho como los principios generales del derecho y en especial los principios generales del Derecho Administrativo, que nos ayuden con la tarea de determinar un régimen de responsabilidad frente a la cesión de contratos estatales.

Finalmente, para gozar de una aplicación afortunada de la figura, se estudiará de forma detallada con el fin de obtener los mayores beneficios de la misma, por ello es necesario iniciar metodológicamente con la descripción del contrato estatal y delimitación de la figura, con el fin de hacer una aproximación lo más completa posible, que permita resolver dudas y deducir soluciones a los posibles problemas que se puedan presentar con la aplicación de la cesión de contratos administrativos en nuestro país.

Es necesario con anterioridad al estudio de la figura de la cesión en los contratos estatales, conocer la definición, características y posiciones doctrinales con respecto al contrato estatal.

Se entiende por contrato aquella expresión de convención que contiene un acuerdo de voluntades tendiente a crear, modificar o extinguir obligaciones. Dentro de nuestra legislación se define el contrato estatal como “los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”.¹ A diferencia con otros ordenamientos jurídicos, nuestra legislación acerca la figura del contrato estatal al Derecho Privado, sin desconocer bajo ninguna circunstancia los límites que el principio de legalidad administrativa le impone a las actuaciones estatales.

Reconocemos el acercamiento con el derecho privado en el uso de la figura de los contratos por parte de la Administración como herramienta necesaria del cumplimiento de los fines del Estado en la nominación de los contratos; nuestro estatuto de contratación, en el citado Art. 32, abre la posibilidad de usar figuras contractuales tanto típicas como atípicas, ampliando la utilidad del contrato y ajustando dicha figura a las necesidades de la administración para satisfacer a su vez, como su naturaleza lo ordena, necesidades de carácter público.

En concordancia con lo expuesto encontramos en la doctrina nacional definiciones de contrato estatal como la ofrecida por el profesor Santofimio Gamboa:

Entendemos entonces por contrato del Estado o estatal todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsiva, obligaciones por regla general recíprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguiendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente planificadas, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar.²

1 Art. 32 Ley 80 de 1993.

2 GAMBOA SANTOFIMIO. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. <http://foros.uexternado.edu.co/econstitucional/index.php/Deradm/article/viewFile/2589/2228>; (consultado: 30 mar., 2011).

Esto no quiere decir que la administración tenga calidad de particular en los contratos que celebre, por el contrario, se debe entender a la figura de los contratos estatales no como una imposición de carácter unilateral producto de la soberanía, sino como una herramienta que reconoce al contratante como un sujeto de características especiales determinadas por sus fines, dándole a la administración un trato diferenciado y preferencial,³ con el propósito de salvaguardar y propender por el cumplimiento de dichos fines estatales, evitando a toda costa desmedros particulares injustificados o abusos frente a los contratistas producto de la condición de superioridad contractual mencionada.

Dicho trato preferencial no debe ser entendido como una disminución o extinción de la relevancia de la voluntad del contratista para el surgimiento del contrato, derivada de una desigual posición contractual producto del ejercicio de “privilegios” administrativos contractuales.

Al respecto, la doctrina española representada en este caso por el profesor Ariño Ortiz ilustra de manera magistral esta posición y evidencia compatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico.

La desigual posición en contratos privados también es frecuentísima – bancos, seguros, acceso a redes y otros muchos supuestos– y nadie pone en duda la existencia de contratos por este motivo, en ocasiones puros «contratos de adhesión» supervisados por el regulador. Por otro lado, las voluntades de ambas partes tienen, en el caso de los contratos administrativos, idéntica relevancia para hacer surgir el contrato. Y justamente en Derecho Público los «privilegios» en más de la Administración (de interpretar, suspender, rescindir, modificar el contrato) se ven compensados por las obligaciones y cargas que el ordenamiento jurídico impone a sus actuaciones (equivalente económico, obligación de compensar), de modo que el contrato recupera la igualdad de posiciones de las partes, no en la dirección y control del contrato, que corresponderá siempre a la Administración, pero sí en el orden económico (justo precio y deber de compensar), que es lo que al particular le interesa. La desigual situación que se produce como consecuencia de las prerrogativas que ostenta la Administración para organizar los servicios.⁴

3 Ejemplo de esto son las cláusulas excepcionales que ponen a la administración en una situación privilegiada, como también el sometimiento de los contratistas a los procesos de selección regulados en la ley.

4 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Revista de Administración Pública*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007 (p. 91).

Existen corrientes de la doctrina que apuntan a desconocer la existencia del contrato estatal, asimilándolo como una expresión de soberanía en donde la voluntad del contratista se ve nublada y reducida por el mandato unilateral de la administración en ejercicio de su calidad de soberana;⁵ posiciones que carecen de sustento en la práctica jurídica actual, en donde como se ha expuesto, la voluntad del contratista es esencial para el surgimiento del contrato y la posición de superioridad de la administración no obstaculiza el nacimiento de esta figura, se busca además equilibrar mediante resarcimientos de tipo económico, cualquier expresión de desigualdad legítima que redunde en perjuicios al contratista. El profesor Santofimio expone al respecto,

Se afirma y sustenta el concepto propuesto de contrato estatal, en concordancia con las remisiones del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 a la legislación civil y comercial, en los postulados doctrinales que del contrato se recogen de manera prácticamente similar los artículos 1495 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, en el entendido de que el contrato es ante todo un acuerdo de dos o más partes; esto resulta innegable en los contratos estatales, en los cuales el negocio se construye sobre la base del consentimiento, de una real y evidente acción consensuada entre el Estado y sus interlocutores negociales, y no de manifestación e imposición unilateral de voluntad de la administración, como se llegó a sostener en algunas etapas ya vencidas de la evolución de la institución, negando de paso la existencia del fenómeno negocial del Estado.

En consecuencia,

(...) el contrato del Estado implica el entendimiento y, por lo tanto, el acuerdo de voluntades al que se llega a través de mecanismos institucionales derivados de una estricta legalidad selectiva, cumpliendo las previsiones derivadas del concepto de interés público o general que se concreta en la necesaria materialización de los principios imperativos de planeación, transparencia, publicidad y selección objetiva, lo cual marca de entrada, para el concepto, una frontera indiscutible con el contrato propiamente entre particulares y desvirtúa el que la aplicación normativa del derecho privado al concepto de contrato estatal se haga con la misma intensidad con que se hace en las relaciones entre particulares. Lo cual, sin embargo, no desvirtúa el que la norma objetiva derivada de las codificaciones

5 FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Editorial Labor, 1933.

comercial o civil se aplique al fenómeno negocial del Estado pero bajo el espíritu derivado de los principios públicos, donde estos no desvirtúan en manera alguna las obligaciones adquiridas por la administración, esto es, no es el contrato en este contexto manifestación alguna de ejercicio de poder por regla general.⁶

II. DISTINCIÓN DE LA CESIÓN DE CONTRATO ESTATAL CON OTRAS FIGURAS

La cesión de contratos, figura originada en el derecho privado e incluida dentro de nuestra legislación en los artículos 887 y siguientes del Código de Comercio, nos permite pensar en un negocio de carácter tripartito en donde es posible sustituir a cualquiera de las partes, tratándose de una “transferencia de íntegra la posición o relación contractual como tal”,⁷ como lo indica el Art. 887 del C.Co. En su inciso primero “en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución”.

A diferencia del inciso primero de dicho artículo, el inciso segundo de dicha disposición legal, prevé un tratamiento diferente a la cesión de contratos cuando se trate de relaciones contractuales *intuitu personae*, caso en el cual consagra como elemento esencial de la figura, la aceptación del contratante cedido.

Frente a la aplicación de la cesión de contratos al contrato estatal, vemos que guarda mayor cercanía con lo dispuesto en el inciso 2 del Art. 887 del C.Co. Y alejándose o tomando una distancia cada vez mayor con lo dispuesto en el inciso 1 *ibidem*. Es necesario recordar que, como lo dispone la Ley 80 de 1993, Art. 41, inciso 3, “los contratos estatales son *intuitu personae*” y, al igual que en el Derecho Comercial, no es posible ceder los contratos sin autorización previa del contratante, en este caso una entidad pública.

Continuando con la comparación de la figura de la cesión de contratos, entre el Derecho Comercial y el Derecho Administrativo, encontramos en reiteradas oportunidades una mayor flexibilidad en el Derecho Comercial, obedeciendo a su na-

6 SANTOFIMIO. *Op.cit.*, p. 8.

7 HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 527.

turalidad de Derecho Privado, son numerosos los ejemplos, como la posibilidad de hacer la cesión de manera verbal (Art. 888 C.Co. Inc. 1), o la posibilidad de una aceptación tácita en los contratos de suministro (Art. 889 C.Co.). En la contratación estatal, vemos la prohibición legal (Art. 41 Ley 80 de 1993 Inc. 3) de utilizar dichas expresiones de flexibilidad contractual que mencionamos en el Derecho Comercial, reduciendo la posibilidad de celebrar contratos de forma verbal, a situaciones de carácter excepcional como sucede en la urgencia manifiesta.⁸

Encontramos que la figura de la cesión de contratos estatales presenta similitudes, aunque no muy fuertes, tanto con la subcontratación como con la caducidad, un poco más con la primera que con la segunda por las razones que explicaremos a continuación.

A. SUBCONTRATACIÓN

La subcontratación es una figura jurídica que permite la realización parcial del contrato por parte de un tercero⁹ pero sin generar un vínculo sobreviniente entre administración-subcontratistas, quedando estos últimos vinculados obligacionalmente solo con el contratista principal quien es responsable de la ejecución del contrato principal frente a la administración.¹⁰

Esta figura hace posible que el contratista principal, ejecute a cabalidad objetos contractuales de gran complejidad, valiéndose de la colaboración derivada de un subcontrato con empresas probablemente más pequeñas y especializadas en fracciones o partes del contrato principal suscrito con la administración.

Se considera también a la subcontratación como una oportunidad de las pequeñas empresas de participar de la ejecución de los contratos públicos,¹¹ además resulta importante resaltar el interés estatal de generación de espacios de participación a las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) en la contratación estatal, que encontramos en el parágrafo 2 del art. 12 de la Ley 1150 de 2007, en donde establece un régimen de preferencia de las mipymes dentro de la subcontratación, ofreciéndoles además, líneas de crédito blando con el fin de brindarles la posibilidad de una mayor capacidad financiera y una mejor organización.

8 Art. 41 Inc. 4, Art. 42 Código Contencioso Administrativo.

9 FERNÁNDEZ ASTRUDILLO, J.M. *Contratación administrativa*. Barcelona: BSCH, 2002, p. 462.

10 COLMENAR, Luis, J.; COLMENARES SOTO, P. *Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Estudios Trivium, 1996, p. 40.

11 FERNÁNDEZ ASTRUDILLO, J.M. *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicio en la Unión Europea*. Barcelona: Bosch, 2005.

La diferencia central entre subcontratación y cesión de contratos estatales radica en que en la primera no existe sustitución alguna de las partes frente al contrato principal, como tampoco se integran nuevas partes contractuales al contrato administrativo, generándose una nueva relación contractual entre contratista principal y subcontratista, manteniendo la relación inicial administración-contratista.

B. CADUCIDAD

No existen elementos comunes entre la cesión de contratos estatales y la caducidad, diferentes a los presentados con anterioridad a la aplicación de las dos figuras. Tanto la cesión como la caducidad son antecedidas por situaciones que imposibilitan la continuidad en la ejecución del contrato; la ley define a la caducidad como,

La estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garantizarán la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.¹²

En el inciso 2 del Art. 18 se aprecia el mayor acercamiento con la figura de cesión de contratos estatales, en donde la ley posibilita a la administración a continuar con la ejecución del contrato de forma directa, o que dicha continuación provenga de un tercero, caso en el cual, la continuación de la ejecución del contrato no

¹² Art. 18 de la Ley 80 de 1993.

se debe entender como la continuación del contrato en cabeza de un tercero; uno de los efectos de la declaratoria de caducidad es la liquidación del contrato, quiere decir esto que, como lo dispone la ley, el contrato inicial se dará por terminado.

Para que la Administración continúe con la ejecución del objeto del contrato inicial, es necesario que dé origen a nuevas relaciones contractuales; a diferencia de la cesión de contratos estatales, el contrato no sobrevive al cambio de contratistas, sino que por el contrario parece para dar lugar a una nueva relación contractual, probablemente con el mismo objeto pero cuya ejecución se encuentra en cabeza de un nuevo contratista en virtud de un nuevo contrato suscrito con la administración o por su ejecución directa.

Es acertado ver a esta figura, al igual que la cesión de contratos, como una herramienta útil para la prevención de mayores daños tanto a la Administración como a los ciudadanos y no como un riesgo latente que promueva la corrupción mediante la posibilidad de saltarse los mecanismos legales de selección de contratistas, teniendo en cuenta lo expresado por la Corte Constitucional al respecto,

Debe señalarse que el legislador no le está otorgando amplias facultades a las entidades estatales para celebrar contratos en el evento de declaratoria de caducidad, pues estas deben ceñirse al procedimiento establecido en la ley, garantizando el principio de selección objetiva, transparencia y los consagrados en el artículo 209 de la Carta Política, mediante la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad que será la que garantice la continuidad en la ejecución del objeto contratado inicialmente.

Finalmente, téngase en cuenta que la declaratoria de caducidad así como las restantes medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, son una herramienta de uso excepcional cuya finalidad es evitar la paralización o afectación grave del servicio con prevalencia del interés público social, justificación que constitucionalmente se considera razonable y proporcional.¹³

Importante tener en cuenta que, la figura de la caducidad no ha sido creada para su aplicación frente a cualquier incumplimiento sino a aquel cuya afectación sea de trascendencia en la ejecución del contrato, pero también encontramos otros supuestos de aplicación diferentes al mencionado

13 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949-01 del 5 de septiembre de 2001, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

“[...] no solamente procede la declaración de caducidad cuando se presente incumplimiento grave. La Ley 610 de 2000, que regula el tema de la responsabilidad fiscal prescribe, en su artículo 61, que cuando en un proceso de responsabilidad fiscal, un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre y cuando no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.

Por su parte la Ley 828 de 2003, modificatoria de la Ley 789 de 2002, preceptúa que, cuando durante la ejecución del contrato o a la fecha de su liquidación se observe la persistencia de este incumplimiento, por cuatro meses, la entidad dará aplicación a la cláusula excepcional de caducidad administrativa. Es decir que, por el mero incumplimiento, habrá lugar a terminar unilateralmente el contrato, más si se muestra persistente en esa omisión, habrá lugar a la caducidad”.¹⁴

Finalmente se encuentran, además de las mencionadas, distinciones entre la cesión y la caducidad, considerando que la primera, por su naturaleza tiende a evitar el incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por parte del contratista frente a la administración y su aplicación puede presentarse con anterioridad y frente al riesgo del incumplimiento, o en un escenario de incumplimiento prematuro pero con anterioridad a la aplicación de la caducidad; es pertinente anotar que según el artículo 8.1. ordinal c. de la Ley 80, prevé una sanción al contratista de inhabilidad por 5 años para celebrar contratos con la administración, siempre y cuando el hecho causante de la caducidad le sea imputable, esto evidencia un carácter sancionatorio que no existe en la cesión.

C. TERMINACIÓN UNILATERAL

Figura esta que permite a la administración dar por terminada la relación contractual con el contratista de forma anticipada, cuando por culpa o con ocasión suya, se encuentren frente a los supuestos consagrados en el artículo 17 de la Ley 80,¹⁵ que en algunos de los casos pueden ser análogos con los supuestos que motivan al contratista a presentarle a la entidad contratante una fórmula de cesión, pero se diferencia de esta figura en que la terminación unilateral ex-

14 VALENCIA GONZÁLEZ, Magnolia. *Contratación estatal*. Consejo Superior de la Judicatura. 2007. Pág. 88.

15 Al igual que en la cesión de contratos, la mención de los supuestos es meramente enunciativa.

tingue el contrato mediante acto administrativo declarativo y se procede a su liquidación, no se sustituyen partes contractuales como en el caso de la cesión, y a diferencia de la caducidad, no genera sanciones distintas.

III. DESCRIPCIÓN DE LA FIGURA

La cesión de contratos, como figura, producto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, aunque no de una voluntad totalmente amplia en el Derecho Administrativo, como explicaremos posteriormente, permite mediante un tercero, el cumplimiento de obligaciones de carácter contractual, tomando el lugar o sustituyendo a una de las partes; se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico dentro de la legislación comercial en los Arts. 887 y ss. C.Co. En dichas normas encontramos reglas generales que nos permiten deducir algunas reglas especiales para su implementación en la cesión de contratos de carácter estatal.

Es necesaria la remisión a la normatividad privada considerando que por disposición de la ley administrativa “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.¹⁶

La cesión de contratos dentro del régimen jurídico estatal, no goza de una regulación completa en nuestro concepto. Hay que tener en cuenta que la Ley 80 hace pequeñas menciones sobre la figura como en el Art. 9º en donde la reconoce de manera tangencial, incluyendo uno de los casos posibles para su aplicación como es el caso de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, además, es pertinente resaltar que la cesión de contratos estatales no se puede, en ningún caso, predicar sobre la cesión del contratante dentro de la relación contractual, considerando a la administración como parte necesaria e irremplazable dentro de dicha relación contractual.

La norma establece lo siguiente:

Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución. Cuando la inhabilidad o

16 Artículo 13, Ley 80 de 1993 Inc. 1.

incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.¹⁷

Encontramos que, una característica común y necesaria en los contratos susceptibles de ser cedidos, es la bilateralidad; es necesario que dentro de la relación contractual existente entre la administración y el contratista, subsistan prestaciones contractuales pendientes de cumplimiento por ambas partes, teniendo en cuenta que las finalidades del uso de esta figura, encierran la continuación de la ejecución de un determinado contrato, más no su liquidación posterior al cumplimiento total de las prestaciones, por lo tanto una cesión en donde no persistan prestaciones pendientes de cumplimiento por las partes, carecería de objeto y no sería posible su aplicación.

Es pertinente acudir a la doctrina para conocer en qué forma es percibida la cesión de contratos estatales, como también, acercarnos a las diferentes apreciaciones e interpretaciones al respecto, frente a la figura en estudio, dentro de las características de la cesión tenemos que,

El artículo 41 de la Ley 80 consagra una de las características de los contratos estatales como es aquella según la cual se celebran en su condición de *intuito personae*, por lo que una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

Esta norma quiere significar que cuando la entidad considera aspectos jurídicos, técnicos, financieros y de experiencia general y específica de sus contratistas, incluyendo en algunos casos a su personal profesional y técnico, está estableciendo unas condiciones que solo pueden ser cumplidas por unos o uno, y quien resulte favorecido con el primer lugar en el orden de elegibilidad lo será por poseer unas características que lo hacen único; esto ha generado por parte del legislador la restricción para que opere de pleno derecho la cesión del contrato, y se tenga por el contrario que acudir a la autorización de la entidad para poder cederlo.

17 Art. 9º. Ley 80 de 1993.

Se considera que esta situación se extiende a la posibilidad que dentro de un consorcio o unión temporal se quiera retirar uno de los consorciados: se tendrá que proceder a la autorización de la entidad para que ingrese otro (que deberá disponer como mínimo de las características de quien pretende retirarse).

Pero por otra parte, también se debe mencionar que si la entidad adjudica el contrato considerando igualmente las calidades personales de los profesionales y el personal técnico, cuando se pretenda retirar alguno de estos profesionales también debe mediar la autorización de la entidad, y quien aspire a remplazar a aquel deberá contar por lo menos con las mismas calidades de quien se pretende retirar, so pena de violar el principio de igualdad.¹⁸

Cabe resaltar la imposibilidad que se presenta cuando el contratista es un consorcio o unión temporal y una de las partes que lo conforman pretende ceder su participación en el contrato a la parte subsistente en dicha relación contractual, reiterando la regla general que indica que los contratos estatales son *intuitu personae*, por lo tanto, cada uno de quienes componen un consorcio o unión temporal contratista en un contrato estatal, son determinantes para haber sido considerados como los mejores proponentes dentro de un proceso licitatorio, se presume que de haber faltado algún integrante del consorcio o unión temporal favorecido en la licitación, el resultado no hubiese sido el mismo y por lo tanto no hubiesen sido los mejores proponentes dentro del proceso licitatorio.

Consideramos que la importancia de la aplicación de esta figura, tanto para la Administración o el contratante como para los contratistas, radica en constituirse como una posibilidad para evitar caer en el incumplimiento como estado patológico de la obligación, que puede generar responsabilidad en cabeza de la parte incumplida, en este caso, el contratista; no se podrá interpretar como obligación por parte del contratista cuando se presente algún hecho que imposibilite la continuidad de la ejecución del contrato por su parte.

18 MATALLANA, E.C. *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 833.

IV. SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA CESIÓN DE CONTRATO ESTATAL

No existe un listado taxativo en el ordenamiento jurídico que describa los supuestos de hecho en donde es procedente la aplicación de la figura en estudio, se menciona únicamente la incursión sobreviniente del contratista en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades pero como anotamos, es solamente una de las posibilidades fácticas que dan lugar a la aplicación de la cesión como opción o solución de continuidad de la ejecución del contrato sin tener que llegar a su extinción y posterior liquidación. Existen supuestos no descritos de la ley pero igualmente válidos para optar por el uso de la cesión, algunos de estos supuestos son:

A. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES

Para dar aplicación a la figura de la cesión de contrato por este motivo, es necesario que dichas inhabilidades e incompatibilidades se configuren con posterioridad a la adjudicación del contrato,¹⁹ anotando que de presentarse estas en el proceso licitatorio, el contratista, o en este caso proponente, “se entenderá que renuncia al proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo”.²⁰

La incursión sobreviniente del contratista en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades puede presentarse por causa del contratista, como puede ser una sanción impuesta con posterioridad a la ejecución del contrato pero originada en una infracción cometida durante la ejecución de otro contrato, o por causas ajenas a él, un ejemplo de esta situación se presenta cuando es nombrado un servidor público de nivel directivo, asesor, ejecutivo o miembro de la junta o consejo directivo, o que ejerza el control interno o fiscal en la entidad contratante, que tenga uno de los vínculos de consanguinidad, afinidad o parentesco civil descritos en la ley²¹ como inhabilitantes para contratar con la entidad.

En lo referente a las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes de que trata el Art. 9 de la Ley 80 de 1993, existe un conflicto de derechos que se presenta cuando un contratista que se encuentra ejecutando un contrato estatal, se ve inmerso o bajo una causal de inhabilidad e incompatibilidad cuando es nombrado un funcionario público cuyas características se adecuen a las descritas en dicho régimen, y el contratista deba alejarse de la ejecución del contrato cediendo su calidad de contratista a un tercero si opta por la utilización de la cesión de contratos estatales.

19 Concordante con lo dispuesto en el Decreto Reglamentario 2251 de 1993.

20 Art. 9º, Ley 80 de 1993 Inc. 2º.

21 Art. 8º, Ley 80 de 1993 Ord. 2º Lit. B.

Surge el siguiente interrogante: ¿dentro de conflictos de derechos mencionados *et supra*, prevalecen los del contratista, quien es primero en el tiempo en la relación contractual, o priman los derechos del funcionario público que fue nombrado con posterioridad a la adjudicación del contrato?

Al respecto no existía claridad hasta el pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante sentencia C-221 de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, en donde se planteó el siguiente problema jurídico “El Art. 9º de la Ley 80 quebranta el principio de igualdad por cuanto da el mismo trato a quien incurre en una inhabilidad o incompatibilidad por hechos que le son imputables y a la persona que atraviesa la misma eventualidad por circunstancias ajenas a su querer o intención?”

La respuesta ofrecida por la Corte la extractamos de un aparte de la *ratio decidendi* de dicha sentencia:

A juicio de la Corte, en nada se ofende el imperio de la Constitución por haberse establecido que el hecho de sobrevenir una causal de inhabilidad o incompatibilidad en cabeza de quien ya es contratista da lugar a la obligación de este de ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, o a la de renunciar a su ejecución si aquello no fuere posible. Tampoco se vulnera la Carta por consagrar que quien participa en un proceso de licitación o concurso y resulta intempestivamente afectado por inhabilidades o incompatibilidades deba renunciar a dicha participación, ni se desconoce la normatividad superior por prever, como lo hace la norma, la cesión en favor de un tercero de la participación en el consorcio o unión temporal que licita o es contratista cuando la causa de inhabilidad o incompatibilidad se radica en uno de sus miembros.

Se trata de evitar en tales casos que el contratista, pese a su situación, prosiga vinculado contractualmente con el Estado, o que el aspirante a serlo continúe tomando parte en los procesos de adjudicación y selección, y ello independientemente de si la persona incurrió en la causal correspondiente por su propia voluntad o por un motivo ajeno o externo a su deseo, puesto que la ley parte del supuesto, enteramente ajustado a la Carta, de que en las aludidas condiciones, de todas maneras, no es posible ya la contratación, por lo cual debe interrumpirse si se ha iniciado, o impedir que se perfeccione con el afectado en el evento de que todavía no exista vínculo contractual.²²

22 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Compartimos en parte el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en el entendido que, se debe proteger a la administración de cualquier foco de corrupción, e interpretamos que se le da prelación a los servidores públicos que pudieran gozar de una mayor trascendencia y permanencia en la administración, frente a un contratista, cuya vinculación contractual es temporal y circunscrita al contrato donde participa como contratista o como proponente si se encuentra en la etapa de licitación y aún no le ha sido adjudicado.

Pero, en aras del respeto de los derechos adquiridos, en el caso de quienes ya les han sido adjudicados los contratos por constituirse como los mejores proponentes dentro de un proceso licitatorio, debiera existir un mecanismo que le permita continuar con la ejecución del contrato, pero sin relación alguna con la entidad en donde se encuentre el funcionario causante de la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente; un mecanismo de solución podría encontrarse en la posibilidad de ceder al contratante en lo correspondiente a la ejecución del contrato pero continuando en su cabeza solamente las obligaciones de carácter patrimonial, es decir que por una sola vez, se pudiera ceder la vigilancia de la ejecución del contrato y demás actuaciones como contratante, salvo las cargas patrimoniales, a otra entidad que goce de independencia; aunque sería objeto de estudio si vale la pena este esfuerzo administrativo para la protección de los derechos de los contratistas y qué implicaciones tendría la implementación de un mecanismo de este tipo; cabe anotar que este tipo de solución, no sería bajo ninguna condición aplicable a los supuestos de hecho que contemplan sanciones sobrevinientes contra el contratista.

B. IMPOSIBILIDAD MATERIAL DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO POR PARTE DEL CONTRATISTA

Como se ha dicho, la imposibilidad de continuidad de ejecución del contrato debe provenir del contratista, esto quiere decir que, no se puede hablar de imposibilidad absoluta de ejecución del contrato por que debe persistir la posibilidad de ejecución para que dicha obligación pueda recaer en un nuevo contratista en virtud de la cesión.

Frente a la imposibilidad material por parte del contratista, consideramos escenarios como la disolución de la persona jurídica contratista, pérdida de capacidad de alguno de los integrantes de unión temporal o consorcio contratista, pérdida de capacidad física, mas no capacidad mental del contratista, que le resta idoneidad para la continuidad de la ejecución del contrato.

Frente a cualquiera de estos escenarios u otros que eventualmente se puedan presentar, el contratista imposibilitado para la ejecución del contrato, tiene la posibilidad de presentarle a la administración a un sujeto, ya sea persona natural o jurídica, según el caso, para que tome su lugar en la relación contractual y el contrato sufra el menor traumatismo posible en dicha transición.

V. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CESIÓN DE CONTRATOS ESTATALES

A. ACEPTACIÓN O CONSENTIMIENTO

Como elemento de vital importancia frente a las cesiones de contratos estatales, es el correspondiente a la aceptación o expresión del consentimiento. Cuando las obligaciones son *intuitu personae*, es decir, que las calidades de las partes son fundamentales para la celebración del contrato, se requiere la "aceptación del contratante cedido".²³ Los contratos estatales son *intuitu personae*, así lo dispone la Ley 80 de 1993 en su Art. 41 inciso 3º "Los contratos estatales son *intuitu personae* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante".

Exigencia que guarda total correspondencia con los fines que se pretende proteger; se entiende que si las calidades del contratista, en este caso, son fundamentales para que la voluntad del contratante se exprese y materialice en la celebración de un contrato, sería contrario a la ley, permitir que se sustituya el contratista sin contar con el consentimiento del contratante, exponiendo a este último a un desmedro en cuanto a garantías contractuales, o a una ejecución del contrato de calidad inferior a la contratada, condiciones de calidad que posiblemente fueron determinantes para la expresión de su voluntad y la correspondiente generación de obligaciones bilaterales si fuere el caso.

Dicha exigencia del consentimiento del contratante se hace aún más necesaria cuando son las entidades estatales quienes ostentan la calidad de contratante, reconociendo que los contratos que suscriba, persiguen naturalmente los fines de la contratación, consagrados en la ley, y los fines del Estado, plasmados en nuestra Constitución.

23 CÓDIGO DE COMERCIO, Art. 887 Inc. 2.

Concluimos entonces que, el consentimiento de la administración es elemento esencial de configuración de la cesión de contratos estatales, y que esta está supeditada no solamente a una voluntad de las partes sin restricción alguna, por el contrario encuentra sus límites en las garantías y calidades que debe ofrecer el cesionario frente a la ejecución del contrato.

Es imperativo que la aceptación o no de la cesión, por parte de la administración, obedezca a un análisis juicioso de las condiciones de la cesión. El cesionario debe, por lo menos, contar con la misma idoneidad para la ejecución del contrato que el cedente, idoneidad que debe ser plenamente soportada, insistimos, como mínimo, con la documentación exigida al cedente dentro del proceso de licitación del contrato en cuestión; se deberán constituir garantías con el mismo cubrimiento que la existente frente a la relación entre el cedente y el cedido.

Adicional a la voluntad de la administración como elemento esencial de la cesión, es necesario contar con la voluntad del cedente y del cesionario como elementos esenciales.

Reconocemos a la figura de la cesión de contratos como una relación contractual tripartita. La mayor peculiaridad que tiene la cesión en cuanto a requisitos es la exigencia del consentimiento conjunto para que el contrato devenga eficaz. Dichas partes son el cesionario, el cedente y el contratante cedido.

El consentimiento de los tres sujetos es interdependiente y constituye requisito *sine qua non* para la formación de una cesión de contratos válida, siendo trascendente la aceptación del cedido de manera expresa, recordemos que el estatuto de contratación (Ley 80 de 1993) en su Art. 41 establece la necesidad de elevar por escrito cualquier contrato para que este se reputa perfeccionado. La ausencia de la manifestación de voluntad genera la inoponibilidad de la cesión y sus consiguientes efectos frente al cedido.

Frente al respecto encontramos en la doctrina el siguiente pronunciamiento:

Como regla general el contrato no se cede pero es posible que ello se justifique por razones de orden legal o para satisfacer las necesidades del servicio, caso en el cual debe autorizarse. En todo caso la cesión no depende, como se ha explicado, de la voluntad de la administración, sino de unas causas objetivas.

Ella puede darse por muerte o incapacidad grave del contratista, o por disolución, intervención o liquidación de la persona jurídica, cuando de ello

se sigue una imposibilidad de cumplir; por inhabilidad sobreviniente de la manera como se explicó *supra*, o por insolvencia.²⁴

Compartimos lo expuesto por Herrera frente a la no dependencia de la voluntad de la administración para la autorización de la cesión, pero debemos aclarar que no depende de una voluntad pura y simple, como si depende de una voluntad calificada y motivada, que debe obedecer, como anota el autor, a causas objetivas, esto nos indica que, la administración no puede, de manera arbitraria, negar la autorización de una cesión, cuando el cesionario cumpla con las mismas calidades del cedente, u ofrezca unas mejores para la ejecución del contrato.

No consideramos afortunado para la administración, negar sin justificación alguna la autorización de una cesión, teniendo en cuenta que, vemos a esta figura como una oportunidad para evitar desmedros o daños a las partes, por lo tanto, si se cumplen con las causas objetivas para su aplicación, una negativa arbitraria por parte de la administración podría causar daños a las partes de los cuales podría ser hallada responsable patrimonialmente.

De la lectura de esta norma se puede interpretar que no es una regulación taxativa para los casos en donde se puede aplicar la figura de la cesión, sino que es una regulación meramente enunciativa, y haciendo una interpretación extensiva se puede deducir una regla de aplicación general.

La figura de la cesión de contratos estatales permite su aplicación en los casos en donde se presente una situación de imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato por parte del contratista.

Existe gran controversia doctrinal frente al tema de la inexistencia de la autonomía de la voluntad en la administración pública en materia contractual, argumentando que, atendiendo a uno de los pilares del Derecho Administrativo como es el principio de legalidad administrativa, no es posible predicar autonomía de la voluntad en la administración, considerando que existe un sometimiento pleno al ordenamiento jurídico que autoriza en algunos casos a la administración, como se evidencia en materia contractual, a ejercer cierto margen de discrecionalidad de carácter volitivo que se encuentra sujeto y sometido en todo caso a las finalidades estatales y a sus leyes.

Se expresa además, una total contradicción entre el principio de legalidad administrativa y la autonomía de la voluntad.

24 HERRERA BARBOSA, Benjamín. *Contratos públicos*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 343.

[R]econozcamos, pues, que el principio de legalidad administrativa sufre ciertas adaptaciones cuando la Administración realiza contratos, pactos o convenios de todo género. Pero, aun así, es siempre el principio de legalidad administrativa que es, por esencia, no solo distinto, sino incompatible con la autonomía de la voluntad. La Administración nunca se libera de su misión –que es también su justificación– de servir los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho que sin excepciones ni ámbitos exentos consagra el artículo 103.1 de la Constitución y que no desaparece ni se reduce un ápice ni se transforma en autonomía de la voluntad por el hecho de actuar mediante contratos, pactos o convenios. Eso justifica que también en estos ámbitos rijan indefectiblemente el control de la desviación de poder y la simple adecuación al fin, que no tendrían sentido ante una verdadera autonomía de la voluntad. Y, en realidad, hasta es un presupuesto teórico necesario para explicar el *ius variandi* de la Administración en los contratos administrativos.²⁵

Consideramos que estas premisas no se pueden aplicar a la realidad colombiana (y a la mayoría de Estados contemporáneos) en donde nuestro ordenamiento ha pasado de una vinculación positiva al Derecho en materia de contratación, donde todo estaba estrictamente regulado al más mínimo detalle, a una vinculación negativa, permitiendo un ámbito de discrecionalidad muy amplio reconociendo autonomía de la voluntad en materia de contratación, evidentemente con límites y reconociendo siempre como la causa y finalidad de los contratos estatales el interés general materializado en los fines del Estado y aplicado mediante la persecución de los fines de la contratación pública.

Es así como en nuestro ordenamiento, se permite dentro de la contratación estatal, supeditada a los límites legales, buscar los tipos contractuales más adecuados a la consecución de los fines públicos exhortando de manera explícita al ejercicio de la autonomía de la voluntad en beneficio del bien común como se evidencia en el Art. 32 de la Ley 80 de 1993, otra afirmación legal que respalda esta posición, se encuentra en el Art. 40 del mismo cuerpo normativo “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

25 REBOLLO PUIG, Manuel. *Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública*. V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 2004.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”.

La norma citada reitera la evolución de una vinculación positiva al Derecho, a una negativa que dinamiza el desarrollo del Estado sin generar riesgos o detrimentos en su contra.

La jurisprudencia ha sido reiterativa en reconocer autonomía de la voluntad en la contratación estatal armonizándola con el principio de legalidad administrativa, sin que se generen incompatibilidades, al respecto el Consejo de Estado reconoce mediante concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, N° de radicación 1293 de diciembre 14 de 2000 (C.P. Luis Camilo Osorio), “Respecto a la autonomía para la negociación de las estipulaciones, el legislador otorga a las entidades libertad en el contexto de los fines estatales al regular la forma de convenir sus contratos (art. 40, Ley 80 de 1993) y señalar el contenido e indicar que sus estipulaciones serán las que “de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”. Agrega además que dichas entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad requerida para el cumplimiento de los fines estatales; finalmente, prevé que en los contratos celebrados por las entidades estatales

[...] podrán incluirse las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración (inciso 4º *ibidem*).

Las actuaciones contractuales de la administración y las obligaciones surgidas de las estipulaciones del contrato, están definidas por los términos pactados, los cuales constituyen ley para las partes.

No obstante lo anterior, algunos contratos estatales, incluidos los de obra, se caracterizan por incorporar las denominadas cláusulas excepcionales que diferencian sustancialmente estos contratos de los de derecho privado.

Por su parte, la Corte Constitucional reconoce el ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia de contratación estatal, un claro ejemplo de lo afirmado se encuentra en la sentencia C-230/95 (M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell)

El Estatuto elimina la distinción entre contratos privados y contratos administrativos y la dualidad de jurisdicciones para conocer de las controversias contractuales e introduce la figura del contrato estatal, la cual le da una fisonomía clara y precisa al contrato de la administración, a su régimen jurídico y rescata para el Estado el principio de la autonomía de la voluntad, dentro de ciertos límites, pilar básico de la libertad contractual propia de las relaciones entre particulares.²⁶

Podemos concluir entonces que dentro del ordenamiento jurídico colombiano, sin desconocer el principio de legalidad administrativa, se permite el ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia de contratación estatal, obedeciendo sin embargo a los límites que ofrece la ley, los principios de la contratación estatal, los fines del Estado y los principios generales del Derecho, permitiendo de esta forma una menor rigidez en el empleo de herramientas contractuales para la consecución de los fines públicos, sin arriesgar a la administración ni a los contratistas.

Frente a la teoría contraria expuesta, se reconoce voluntad de la administración pero originada en una disposición legal, por lo tanto, dicha voluntad se entiende como una expresión de discrecionalidad reglada, siempre respetando la vinculación positiva al Derecho como expresión máxima del principio de legalidad administrativa. Se evidencian las diferencias normativas con respecto a la flexibilidad contractual entre los ordenamientos colombiano y español, presentándose en el último una mayor rigidez al respecto, situación que permite la aplicación y observancia de teorías que comparten esa condición de rigidez pero que en la experiencia colombiana no tienen cabida o carecerían de aplicación práctica unas afirmaciones en ese sentido.

B. FORMA

Es importante observar de manera práctica de qué forma asimilan y aplican las entidades estatales la figura de cesión de contrato en los contratos estatales suscritos por ellas, dichos conceptos e instrucciones provienen de entidades estatales situadas en distintos niveles de la administración pública en ejercicio o

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-230 de 2005, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

en virtud de instrucción administrativa con el fin de velar por el adecuado ejercicio de su potestad contractual; para un mejor acercamiento, adjuntaremos y comentaremos tanto una circular del SENA, un concepto de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la Nación y unas recomendaciones de la Procuraduría General de la Nación acerca de la vigencia de las garantías ofrecidas por el cedente con posterioridad al perfeccionamiento de la cesión y referente a la cesión de un contrato estatal en particular. Es importante además conocer la perspectiva española al respecto mediante un pronunciamiento pertinente del Tribunal Supremo español que ilustre la percepción ibérica al respecto.

En la práctica administrativa de la contratación estatal, se han generado, entre otras inquietudes, las relacionadas con la posibilidad de realizar la **cesión** de un contrato. Por esta razón en esta ocasión trataremos esta figura jurídica.

La ley 80 de 1993 prevé en su artículo 9º la figura de la cesión del contrato, previa autorización de la entidad contratante, en las siguientes situaciones especiales reguladas, sin que sean las únicas posibles.

- 1) Cuando sobrevenga una inhabilidad o incompatibilidad en el contratista y,
- 2) Cuando esta inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en uno de los integrantes del consorcio o unión temporal, siempre y cuando la cesión se realice a un tercero.

La misma ley en el artículo 41, inciso 3º establece que “Los contratos estatales son *intuitu personae* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante”.

Al respecto recordemos que, los contratos estatales de todo tipo son definidos por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como actos jurídicos generadores de obligaciones celebrados por las entidades estatales –SENA–, que pueden ser:

- a) Los definidos en disposiciones especiales (Código Civil, Código de Comercio), como el arrendamiento, compraventa, donación, comodato, compraventa, suministro etc.
- b) Los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (contratos no regulados)
- c) Los definidos en el Estatuto contractual (obra, consultoría, de prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios, fiducia).

El uso de la figura de la cesión, también se fundamenta en la aplicación de los principios de celeridad, economía y eficacia de la labor administrativa de contratación.

El procedimiento para el trámite de la cesión del contrato es el siguiente:

1. El contratista debe solicitar al ordenador del gasto del SENA la autorización para realizar la cesión del mismo indicando justificación y las causas por las cuales le es imposible ejecutar la orden o contrato.
2. El ordenador del gasto del SENA, una vez estudiadas las razones expuestas para la cesión, determinará la conveniencia para la entidad y procederá a autorizar o rechazar la cesión.
3. Una vez autorizada, se procederá a suscribir la correspondiente acta de cesión al contrato u orden, según el caso.
4. Celebrada la cesión al contrato u orden, se procederá a incluir y registrar esta novedad en el sistema de información presupuestal vigente.
5. El cesionario del contrato, deberá tramitar la expedición de la garantía única que ampare sus obligaciones, cuya cobertura debe amparar los mismos riesgos del *contrato u orden originales; pagar la publicación de la cesión en el diario único de contratación*, cuando a ello hubiere lugar.²⁷

En conclusión, es perfectamente viable la cesión en los contratos cuando sobrevienen inhabilidades, o cuando eventos o imprevistos lo justifican razonadamente.²⁸

De esta circular se pueden analizar los siguientes aspectos, a saber. Por un lado la tipicidad de los contratos estatales, de otro la descripción del procedimiento a seguir para la cesión del contrato, en donde resalta la idoneidad del ordenador del gasto para hacer el respectivo análisis y su posterior aprobación o rechazo según sea el caso.

No vemos la importancia de resaltar el tema presupuestal como tampoco la imposibilidad de modificación del contrato en cuanto a su objeto y su valor, considerando que, unas modificaciones en estos sentidos cambiarían profundamente este elemento del contrato, arrebándole sus características de permanencia y subsistencia al contrato inicial, convirtiéndolo en una nueva relación contractual, al haber modificado totalmente las partes, su valor y su objeto.

27 SENA, Oficina Jurídica, (2005). Circular N° 79 1011-000342, en: <http://www.sena.edu.co/downloads/Circulares%20Juridicas/79%20-%20342%20cesion%20contratos%20y%20efectos%20pptales.doc>. (consultado: 14 dic., 2010).

28 SENA, Oficina Jurídica, (2005), *Ibid.*

Frente a la obligación de pagar la publicación de la cesión en el Diario Único de Contratación, cuando a ello hubiere lugar, se desprende de una consecuencia lógica que indica que si se pretende hacer una transferencia en bloque de la condición de contratista por parte del cedente al cesionario, y el primero tuvo la obligación de pagar dicha publicación, al segundo inexorablemente, le correspondería de igual forma proceder al cumplimiento de la misma obligación en su oportunidad.

C. GARANTÍAS

Por otra parte, en lo que concierne a las garantías contractuales, en la circular Nº 79 del SENA, dentro de la descripción del procedimiento a seguir para la cesión de contratos, en su numeral quinto, menciona la necesidad, por parte del contratista, de constituir a favor de la administración, garantía única que cubra los mismos riesgos que cubría la garantía constituida por el cedente, esto reitera la necesidad de protección de la Administración en el momento de aplicar la figura de la cesión de contrato estatal. En efecto las garantías constituidas, bajo ninguna circunstancia pueden cubrir riesgos menores a los cubiertos por la garantía constituida por el cedente en su momento, evento en el cual, de ser así, arriesgaría de forma injustificada a la administración e iría en contravía con los fines de la contratación pública y con los fines del Estado.

¿Qué pasa con las garantías constituidas por los cedentes? Poco se ha dicho sobre las garantías suscritas para cubrir los riesgos del cedente, con respecto del cesionario es claro que debe constituir garantías o garantía única si es el caso, con una cobertura igual a la del cedente, pero quiere decir esto que al celebrarse la cesión, ¿queda liberada de toda responsabilidad la aseguradora del cedente?; al respecto la Procuraduría General de la Nación, mediante pronunciamiento del 19 de marzo de 2010 en donde presenta recomendaciones a proceso de cesión de contrato de las obras de la calle 26, plantea lo siguiente: "... 1. Verificar la posición del asegurador del contrato de obra IDU 137 de 2007, respecto de la cesión efectuada, señalando que no podrá desligarse de las obligaciones que le corresponden y, si así lo pretende, el Distrito estará en la obligación de contemplar una fórmula que la ampare contra los riesgos que puedan presentarse con la nueva relación contractual, generada con el cesionario".²⁹

Nos indica esto, que para la administración no existe una liberación total por parte de la aseguradora del cedente, lo que permite deducir que continuaría su responsabilidad frente a lo ejecutado por el contratista primario.

²⁹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2010), Colombia. En: http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2010/noticias_215.htm; (consultado: 15 ene., 2011).

VI. APUNTES DE DERECHO COMPARADO: CASO ESPAÑOL

Con el fin de obtener una mayor claridad al respecto, consideramos pertinente analizar el extracto de una sentencia del Tribunal Supremo español, que trata con mayor profundidad el tema:

“...Desde luego debemos entender que, a tenor del párrafo segundo del artículo 182 del Reglamento, el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente, debiendo entenderse que esta subrogación se refiere a la totalidad del tracto de la relación contractual, y no se produce solo a partir del momento en que se suscribe el contrato de cesión. Pero no se trata solo de este extremo, sino principalmente de la cuestión de si el cedente y el cesionario pueden estipular válidamente lo contrario, y la Administración puede asimismo de forma válida autorizar que el cumplimiento de las obligaciones por el cesionario se asuma solo a partir de un momento determinado.

Pues bien, para pronunciarnos al respecto debemos partir de que la finalidad del acto administrativo que autoriza la cesión es garantizar el interés público en el cumplimiento del contrato y de las obligaciones derivadas del mismo. Por tanto si existe otra entidad contratista que se considera apta para asumir las obligaciones contractuales y se entiende que el interés público está garantizado, nada se opone a que la Administración esté actuando conforme a derecho al autorizar la cesión, y ello incluso en el caso de que sus efectos se contraigan a las obligaciones y derechos posteriores a la cesión misma. Pues la cuestión decisiva es que resulte garantizado el interés público en la ejecución de la obra, y así sucede cuando los posibles incumplimientos anteriores a la cesión puedan dar lugar a un resarcimiento de la Administración...”³⁰

Estudiando lo argumentado por las partes y el tribunal en la sentencia citada *et supra*, encontramos que la figura de la cesión de contratos estatales debe ser vista como una transmisión en bloque, es decir que, el cesionario toma u ocupa completamente el lugar del cedente en la relación contractual con la administración, adquiriendo las acciones y excepciones, derechos y obligaciones del contratista primario, quien cedió su posición contractual.

30 TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia de octubre 14 de 2005 (RJ 2005, 1125).

La liberación total del cedente puede verse limitada por acuerdos suscritos con el cesionario, tendientes a responsabilizar al primero hasta donde ejecutó el contrato, es decir, hasta donde actuó como contratista, caso en el cual al verse relativizada la extinción de la obligación contractual por parte del cedente con el cedido, las garantías que amparan los riesgos relacionados con dicha obligación contractual, subsistirían de igual forma, evitando que, tanto el cedente como su aseguradora no sean liberados de las obligaciones contractuales adquiridas inicialmente.

Atendiendo a la interpretación jurisprudencial, tanto nacional como extranjera, en este caso española, por guardar gran afinidad con la figura de cesión de contratos estatales adoptada en nuestro país, consideramos que, de celebrarse este tipo de acuerdos entre cedente y cesionario, no se dividiría o fraccionaría la responsabilidad, atendiendo a criterios de ejecución, por el contrario, se crearía una solidaridad entre cedente y cesionario con respecto a lo que el cedente acuerda cubrir con su responsabilidad, teniendo en cuenta que el cesionario también ha otorgado garantías con iguales condiciones que las del cedente.

De ofrecerse a la Administración este tipo de acuerdos entre cedente y cesionario, no consideramos que exista razón alguna para ser rechazados por parte de esta, atendiendo al cumplimiento de los fines de la contratación estatal y más allá, a los fines del Estado, al otorgarle, mediante la solidaridad, mayores garantías a la administración sobre la óptima ejecución de los contratos por ella suscritos.

PERCEPCIÓN Y DELIMITACIÓN DOCTRINAL Y LEGAL DE LA CESIÓN DE CONTRATOS ESTATALES EN ESPAÑA

La experiencia española con la figura de la cesión de los contratos estatales ha gozado de mayor tránsito en el tiempo y ha sido objeto de un mayor estudio doctrinal que nos permite aprender, nutriéndonos del conocimiento y experiencia españoles, los beneficios y riesgos del uso de esta figura.

Como primera medida procederemos a estudiar la ley española que regula nuestro tema de estudio, dicha norma es el Real Decreto Legislativo 2/2000 del 16 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas en su Art. 114 que regula la cesión de contratos:

Art. 114. Cesión de Contratos

1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante para la cesión de contrato.

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si este fuese de gestión de servicios públicos.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración de conformidad con los artículos 15 a 20 y que esté debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente.

d) Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

4. La administración no autorizará la cesión del contrato a favor de personas incursas en suspensión de clasificaciones o inhabilidades para contratar.

Observamos de inmediato una regulación más completa y compleja de la figura en estudio, con exigencias y precisiones conceptuales que no compartimos o que no son contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.

La primera diferencia importante es la ausencia, en la regulación española, de la presunción de Derecho de considerar a los contratos estatales como *intuitio personae*, excluyendo la posibilidad de aplicar la cesión a este tipo de contratos.

Una interpretación un poco más amplia podría indicar que, a lo que se refiere la legislación española es a aquellos contratos en donde las calidades del contratista son únicas e inigualables y el producto del contrato será un cuerpo cierto totalmente único, como es el caso de las obras artísticas, se nos ocurre el ejemplo en que la administración por razones culturales contrata a determinado maestro a hacer una escultura para un parque en una población y, nadie más, ni siquiera otro artista de mayor renombre cumple con las condiciones culturales y artísticas del contratista para el objeto del contrato, en este caso estaríamos en frente de un concepto sumamente restringido del *intuitio personae*, y carecería de la amplitud de la presunción consagrada en nuestro ordenamiento, en

donde, cualquier persona que ofrezca iguales calidades técnicas o profesionales y otorgue las mismas garantías, está habilitado para constituirse en cesionario siempre y cuando no adolezca de ningún impedimento legal.

Otro punto que merece nuestra atención, es el concerniente al requerimiento legal de haberse ejecutado cierto porcentaje o duración, dependiendo del tipo de contrato, para hacer posible la cesión del contrato estatal, siempre y cuando se hayan cumplido los demás requisitos de ley.

En Colombia, no se contempla este tipo de requerimientos ni jurisprudencial, ni doctrinariamente para que un contrato pueda ser objeto de cesión; podemos inferir que en el ordenamiento español son incluidas este tipo de disposiciones con el fin de amparar a la administración con una protección más amplia y efectiva, considerando como sospechosa la cesión temprana de un contrato y prefiriendo iniciar nuevamente un proceso licitatorio si el contratista ve imposibilitada su continuidad en la relación contractual de forma prematura.

Compartimos con lo dicho, lo expuesto por Ruiz Ojeda:

En nuestra opinión, esta prescripción legal depende estrechamente a la interpretación que se dé al carácter personalísimo o no de las obligaciones del contratista, según el contenido del contrato, lo cual nos remite al ejercicio por parte de la Administración de sus prerrogativas de interpretación unilateral del clausulado del contrato. Aunque suponga un intento vano de anticipación a los concretos problemas que puedan plantearse en la práctica, nos permitimos postular, que debe admitirse el recurso a la cesión para aquellos contratos en los que el cedente no presente condiciones de solvencia técnica y financiera equiparables a la del contratista principal, pues solo la acreditación de condiciones exclusivas y no reunidas por otra empresa permite calificar una obligación como personalísima.³¹

Se destaca que, en los casos que resalta el autor, como la falta de solvencia técnica y financiera para la ejecución del contrato, deben obedecer a situaciones de caso fortuito, no previsibles y posteriores a la ejecución del contrato, porque de lo contrario, la adjudicación de un contrato a una persona que carezca de condiciones para su ejecución, obedecería a una falla en la redacción de los pliegos de condiciones o a una anomalía en el proceso licitatorio.

31 RUIZ OJEDA et al. (2004). *Derecho de la contratación pública y regulada, comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*. Madrid (España): Civitas Ediciones S.L., p. 648.

Se hace evidente una gran diferencia entre el derecho español y colombiano frente a la percepción de la figura, cuando observamos que continúa Ruiz Ojeda: “Ha de tenerse también en cuenta que, dado el carácter parcial de la cesión –ceñida a una parte concreta de la prestación–, el análisis que preceda a la autorización o no de la subrogación por la Administración, debe limitarse a la parte de la prestación que va a ser afectada por la novación”.³²

Lo anterior cambia sustancialmente la percepción de la cesión de contratos estatales entre los ordenamientos colombiano y español, estableciendo diferencias radicales como la parcialización y carácter novatorio de la cesión de contratos en la doctrina española, asimilándola en varios aspectos a una subcontratación o ramificación contractual en donde, de un contrato principal, pueden derivarse varios contratos autónomos, donde la administración también es parte.

Por el contrario para nosotros no reviste duda que la naturaleza de la cesión excluye toda posibilidad de novación, al consagrarse como una figura tendiente a mantener la existencia de un contrato cambiando a una de sus partes pero conservando el objeto, el valor y a la parte contratante, no podemos concebir, de igual forma, la parcialización de la cesión, atendiendo que para nosotros, en nuestro ordenamiento y tradición jurídica, la cesión de contratos se caracteriza por una transmisión obligacional en bloque, que de fraccionarse, atentaría contra la naturaleza de la figura.

CONCLUSIONES

Como resultado del estudio de la figura de la cesión de contratos estatales y frente a su amplitud en cuanto a la aplicación, proveniente de la escasa regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, podemos concluir que en la experiencia colombiana no es acertado predicar la inexistencia de la autonomía de la voluntad, considerando que nuestro desarrollo normativo, por el contrario ha ampliado el ámbito volitivo de los contratistas sin desconocer los límites impuestos por la ley, los principios de la contratación estatal, los principios del Derecho Administrativo y los principios generales del Derecho.

La condición de superioridad natural de la Administración no puede ser bajo ningún motivo ejercida de forma arbitraria en la aplicación del principio de lega-

³² *Ibid.*, p. 34.

lidad administrativa y en caso de generación de perjuicios en detrimento de los contratistas, se encontrará equilibrio mediante indemnización monetaria.

No existen figuras análogas a la cesión de contratos estatales en nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual se constituye como una posibilidad legítima de prevención de perjuicios tanto para los contratistas como para la administración mediante la presentación de fórmulas de cesión por parte de los primeros y sujeto a la aceptación de la entidad contratante por considerarse a los contratos estatales como *intuito personae*.

La cesión de contrato estatal se caracteriza por la sustitución total del contratista por un tercero, sujeta a aceptación de la administración, en donde el cesionario reúna por lo menos las mismas calidades y garantías frente a la ejecución del contrato y no se ponga en riesgo a la administración ni a los asociados por desmejorar las condiciones de ejecución del mismo; la aceptación de la fórmula de cesión por parte de la administración debe obedecer a causas objetivas y no puede ser aceptada o rechazada sin motivación alguna que se fundamente en el estudio responsable de dichas causas objetivas, además, es importante resaltar la aceptación por parte de cedente, cedido y cesionario como elemento esencial para el surgimiento de la cesión.

Los supuestos de aplicación de la cesión de contratos estatales no se establecen de manera taxativa dentro de la normatividad vigente, mencionando de forma enunciativa solo dos de ellos y abriendo la posibilidad de aplicación de esta figura cuando se predique una imposibilidad de continuación del contrato por parte del contratista ya sea por causas imputables o no a él, siempre y cuando sea posible la continuación de la ejecución contractual por parte de un tercero y no se encuentren inmersos en una situación de imposibilidad total de cumplimiento del objeto contractual.

No es posible bajo ningún supuesto predicarse la cesión del contratante dentro de la relación contractual por considerarse a la Administración como parte irremplazable dentro de dicha relación obligacional. Es indispensable que para que se pueda implementar la figura de cesión de contratos estatales, subsistan prestaciones contractuales pendientes de cumplimiento por ambas partes reconociendo la bilateralidad natural que encierran este tipo de contratos.

Frente al tema de garantías se entiende que al haber una transmisión en bloque de la posición contractual del cedente a favor del cesionario, este último debe ofrecer garantías de igual cubrimiento y calidad que las ofrecidas por el cesionario, generando el perecimiento de las garantías iniciales, aunque es posible y

beneficioso para la administración aceptar acuerdos entre cedente y cesionario que generen responsabilidad solidaria entre estos frente al cumplimiento del contrato, con miras a brindarles mayores garantías a la Administración reduciendo así el riesgo tanto para la entidad como para los administrados.

Existen similitudes entre el Derecho colombiano y español frente a la percepción de esta figura evidenciando en el segundo una reducción de la discrecionalidad de la administración, producto de una regulación mas completa y rígida, otra diferencia se hace presente al tratamiento diferenciado frente al *intuitio personae*, interpretado por lo españoles en su forma más estricta, asimilándolo con un carácter excepcional dentro de los contratos estatales y excluyéndolo de la posibilidad de ser objeto de cesión. En algunos sectores de la doctrina española, la cesión es entendida como una novación, característica totalmente contraria a la percepción de la figura en nuestro país, en donde su principal característica es la supervivencia del contrato inicial con la sustitución de una de las partes pero sin modificaciones que afecten el núcleo o los elementos esenciales del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- COLMENAR, Luis, J.; COLMENARES SOTO, P. *Contratos de las Administraciones Públicas Madrid*: Estudios Trivium. 1996.
- FERNÁNDEZ ASTRUDILLO, J.M. *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicio en la Unión Europea*. Barcelona: Bosch. 2005.
- FERNÁNDEZ ASTRUDILLO, J.M. *Contratación administrativa*. Barcelona: Bosch. 2002.
- HERRERA, B. *Contratos Públicos*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. 2005.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *El enigma del contrato administrativo*. Madrid: Revista de Administración Pública. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007.
- FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Editorial Labor. 1933.
- HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2007.

MATALLANA, E.C. *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2009.

REBOLLO PUIG, Manuel. *Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública*. V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 2004.

AA.VV. *Derecho de la contratación pública y regulada, comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*. Madrid (España): Civitas Ediciones S.l. 2004.

VALENCIA GONZÁLEZ, Magnolia. *Contratación estatal*. Bogotá D.C.: Consejo Superior de la Judicatura. 2007.

CIBERGRAFÍA

GAMBOA SANTOFIMIO. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. En: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/Deradm/article/viewFile/2589/2228>, (consultado: 30 mar., 2011).

SENA, Oficina Jurídica. (2005) Circular N° 79 1011-000342, en : <http://www.sena.edu.co/downloads/Circulares%20Juridicas/79%20-%20342%20cesion%20contratos%20y%20efectos%20ptales.doc>. (Consultado: 14 dic., 2010).

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2010), Colombia, en http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2010/noticias_215.htm, (consultado: ene., 2011).

JURISPRUDENCIA CITADA

Jurisprudencia extranjera

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia del 14 de octubre de 2005 (RJ 2005, 1125).

Jurisprudencia nacional

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949-01 del 5 de septiembre de 2001, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-230/95 del mayo 25 de 1995, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

CONSEJO DE ESTADO. Concepto del 17 de mayo de 2001, rad: 1346 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil.

CONSEJO DE ESTADO. N° de radicación 1293 de diciembre 14 de 2000 M.P. Dr. Luis Camilo Osorio.

CONSEJO DE ESTADO. Concepto del 13 de marzo de 1990, rad: 346 proferido Sala de Consulta y Servicio Civil.

CONSEJO DE ESTADO. Auto. Expediente 21845. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 7 de 2002. Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez.

LOS PRINCIPIOS UNIVERSALES PROBATORIOS: LA LABOR JURISDICCIONAL EN LA CONFORMACIÓN DEL ESTADO GLOBAL*

*Semillero de Investigación: "Justicia y Razón"**

Los conceptos y principios fundamentales de la ciencia son invenciones libres del espíritu humano.

Albert Einstein

Sumario: INTRODUCCIÓN. I.- Estructuración diferencial: ¿Derecho procesal internacional o internacional procesal? II.- La labor probatoria de la jurisdicción internacional. III.- Los principios universales probatorios. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Nada inapropiado, y mucho menos novedoso, resulta aseverar que existe una pretensión y orientación de la colectividad internacional actual de tomar una dirección conjunta y mancomunada que permita la diversificación de las soluciones y la conclusión efectiva de los problemas sociales, económicos y políticos que se acentuaron en el siglo XX, y garantizaron que para estos no existe un conocimiento de los límites fronterizos. Experiencias como las padecidas durante las guerras mundiales, el apogeo tecnológico, entre la masificación de las relaciones internacionales, especialmente en un sentido económico, establecieron un fenómeno que ostenta una vinculación ya no solamente con el ámbito económico, que ha sido denominado "globalización". Si bien es totalmente premeditado asegurar que se ha tomado por parte de la comunidad internacional una decisión unívoca respecto a este fenómeno, tampoco puede hacerse caso omiso

* El presente artículo se desarrolla en ocasión a la ponencia presentada al XII Concurso Internacional para estudiantes de Pregrado del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; dicho concurso se llevó a cabo en el marco del XXXII Congreso de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Bogotá los días 7 al 9 de septiembre del año 2011. La misma fue dirigida por los profesores Beatriz Eugenia Suárez López, Édgar Hernán Fuentes Contreras y Camilo Mercado Mutis.

** Estudiantes que conformaron el Grupo de Investigación y Redacción de la Ponencia: Paula Peñuela Ramírez (Ponente), Angélica Noriega Villamizar, Cindy García Cortés, Camilo Ramírez Gutiérrez, Juan Manuel Mosquera, Julián Viatela Martínez, Sonia Clavijo Gutiérrez, Ángela Rojas Camargo, Lina Rojas Camargo y Zulma Góngora.

a realidades y construcciones que direccionan las expectativas de seguridad y libertad propia a la conformación de un Estado global. En términos comparativos e históricos, es fácil insinuar que el contexto actual de los Estados contemporáneos es analógicamente equiparable con las conformaciones políticas y sociales medievales que fueron determinantes para la concepción y nacimiento del Estado moderno. Debido a ello, es apreciable que los Estados contemporáneos están en una etapa medieval, intermedia que se direcciona con ahínco a la conformación del Estado global.

Ahora bien, las afirmaciones efectuadas difieren totalmente de ser una posición intuitiva de carácter optimista o pesimista sobre el asunto, sino que por el contrario se fundamentan en elementos y comparaciones históricas fácticas considerables y apreciaciones teóricas difícilmente descartables. Dentro del primer tipo de fundamentaciones se puede aludir de manera enunciativa la relevancia de los procesos de unificación jurídica respecto al derecho foral en la evolución jurídica medieval; procesos solo comparables con el auge de los tratados y convenciones internacionales que han sido concretados, primordialmente, en las últimas décadas del extinto siglo XX, y que fueron el inicio de experiencias edificatorias de organismos internacionales y comunidades estatales internacionales. Históricamente, el que es conocido como el derecho foral tuvo que ceder ante regulaciones formales y unitarias para la conformación de un sistema jurídico nacional, tal como en la actualidad, bajo conceptos como el bloque de constitucionalidad, el *ius cogens*, la uniformidad del derecho, entre otros, han obligado a los Estados, en sus normatividades internas, a no excluir las expectativas y las experiencias que autónomamente han decidido compartir e, incluso, a encontrarse obligados jurídicamente al cumplimiento de las determinaciones generadas, bajo el impedimento de excusarse con su legislación interna, por el ya tan conocido *pacta sunt servanda*.

Ligado a ello, autores como el propio Hans Kelsen han reconocido que el direccionamiento hacia el Estado global no está dado, en su primer paso, con la conformación del Ejecutivo central: “[...] la organización de un poder Ejecutivo centralizado, el más difícil de todos los problemas de la organización mundial, no puede ser el primer paso, sino solo uno de los últimos pasos, un paso que en todo caso no puede ser dado con buen éxito antes de que se establezca un tribunal internacional [...]”.¹

1 KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*, Madrid: Trotta, 2003, p. 52.

En este sentido, si la labor de construcción del Estado global se inicia con los tribunales internacionales, los pasos que se han generado resultan más evidentes y comprometidos hacia ellos, sin embargo, difícilmente concluyentes, si no se parte de una tarea de uniformidad de ciertos criterios en el desarrollo de los diferentes procesos jurisdiccionales, tanto en el ámbito internacional como el nacional.

Si bien el reconocimiento tradicional de las familias jurídicas ha servido de excusa para censurar la uniformidad de las experiencias jurídicas, son más las lecciones en diversos ámbitos, como el caso de la Ley Fundamental de Bonn, donde se unifican las tendencias anglosajona y continental, y el desarrollo de comunidades internacionales, que demuestran que no son ellas parámetro y presunciones indiscutibles.

De tal forma, la homogeneidad en materia internacional no es realmente un asunto de incompatibilidad en un estricto sentido sino de formulación. En consecuencia, si el punto de partida es la labor jurisdiccional, la esencia de esta se resume en la labor de definir el Derecho y para ello se aplica la idea de: *“da mihi factum, dabo tibi ius”*, no existe otra vía que la reconstrucción y construcción de los principios probatorios aplicables por los tribunales internacionales. Es este, el objeto y finalidad que la investigación desarrolla y que se presentan en el actual resultado.

La investigación elaborada cumple, en esta medida, con parámetros descriptivos y correlacionales, en donde se encarga de desarrollar en tres acápites una propuesta formulativa de aquello que se ha denominado como “Principios Universales Probatorios”. Para ello, en un primer momento se indagará sobre el tratamiento ejercido sobre el derecho procesal como herramienta del derecho internacional y no como una estructura diferenciada. Seguidamente, se abordará la fundamentación fáctica del ejercicio de dicho derecho y su correlación con los diversos sistemas internacionales jurisdiccionales. Como cierre del contenido temático, se hará un proceso de reconstrucción inductiva y construcción deductiva de los denominados principios universales probatorios, a partir de los puntos comunes en las prácticas de los tribunales descritos y de la interpretación de las garantías consagradas respecto a los derechos humanos como razonamiento universal, respectivamente. Por último, se hará alusión a las concernientes conclusiones, que ostentan una cercanía propositiva con la necesidad de uniformidad bajo los principios propuestos, y que de esa manera recuerda la frase atribuida a Aristóteles que señala que siempre:

“Es necesario que haya uno o varios principios y aun, en caso de existir uno solo, que este sea inmóvil e inmutable”.

I. ESTRUCTURACIÓN DIFERENCIAL: ¿DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL O INTERNACIONAL PROCESAL?

Las primeras edificaciones del Derecho Internacional partiendo eminentemente en su definición como forma de interacción y regulación de los Estados, como sujetos de este, involucraron en buena parte el establecimiento de un derecho como respuesta y no precisamente sometido a regulaciones previas orientativas e imperativas. Ello, en muchos sentidos, ocasionó la interacción de diversas formas de reglamentación e instrucción que se diseñaban como elementos específicos, concretos pero distantes y no uniformes entre sí. Las primeras obras normativas internacionales, en este sentido, se convertían en particularidades que estructuraban, incluso, los mecanismos de cumplimiento y acatamiento de las señaladas disposiciones sin que existiese una pretensión generalizable: la multiplicidad del Derecho Internacional, en sus formas, contenidos, sujetos y procedimientos de satisfacción, era la fuente de drenaje que saciaba el deseo de acatamiento de unas disposiciones, que no contaban con la coercibilidad que proporcionaba el Estado Nacional para su normatividad interna. Las obligaciones internacionales, en sus inicios, tan comparables como las obligaciones naturales, sujetas a la buena fe de los sujetos del Derecho Internacional, requerían establecer mecanismos tan variables y adaptables como el propio contenido regulado. Bajo esa idea, la aparición de los tribunales internacionales y las actuaciones que frente a ellos se adelantarían, se sometieron no a un Derecho Procesal en estricto sentido, sino a un Derecho Internacional Procesal.

El enfoque, así tomado, del Derecho Internacional Procesal implica el uso de un ordenamiento jurídico de carácter internacional con enfoque procesal con el fin de resolver únicamente ciertos casos específicos en un momento determinado del tiempo, es decir, no es una estandarización del derecho procesal sino que este tiene un carácter subsidiario a la hora de aplicar la normatividad correspondiente a un caso específico.

La estipulación o generación de un sistema procesal con tales características no solventa las disconformidades en las decisiones que se pueden generar en procesos similares pero regulados bajo trámites o procedimientos diferentes. Pese a que pueda existir un reconocimiento sobre su necesidad, ante la ausencia de

regulaciones universales, la permanencia de este modelo dilata y no dimensiona procesos conjuntos y de mayor expansión como los desarrollados en virtud de los procesos económicos, políticos y sociales actuales. Nada insensato resulta decir que la adopción del Derecho Internacional Procesal era consecuente con el nacimiento de las relaciones internacionales reguladas por el Derecho, pero que se hace disímil bajo los parámetros fácticos actuales, donde existe una pretensión de universalidad dirigida desde el concepto de Derechos Humanos, como contenido inmanente y protegible.

Dicho fenómeno y pretensión de universalidad desprendido del concepto de derechos humanos ha producido la construcción de elementos procesales que se exhiben como un distanciamiento de la regulación originaria. En dicho aspecto la noción de impunidad ha sido relevante y necesaria, y más cuando ella se refiere a violación de los derechos humanos reconocidos como tales universalmente. En ese aspecto, a la aceptación de que el Estado, dentro de sus límites espaciales, pueda ejercer su jurisdicción, es decir, el poder de crear normas (jurisdicción legislativa), el poder de interpretar o aplicar normas (jurisdicción contenciosa) y el poder de intervenir para hacer cumplir las normas (jurisdicción coercitiva),² se le ha agregado, además, para evitar fenómenos de impunidad y, bajo algunas circunstancias especiales, que la aplicación de la jurisdicción legislativa, contenciosa y coercitiva no se limite al territorio nacional: “en Derecho Internacional se admite que, en determinadas circunstancias, un Estado puede legislar respecto de sucesos que se producen fuera de su territorio (jurisdicción extraterritorial) o juzgarlos”.³

Dicha posibilidad se ha denominado como *principio de jurisdicción universal*, el cual:

[...] Suele definirse como “un principio jurídico que permite o exige a un Estado enjuiciar penalmente ciertos crímenes, independientemente del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima”. Se dice que este principio menoscaba las normas ordinarias de jurisdicción penal que exigen una relación territorial o personal con el crimen, el perpetrador o la víctima. Pero la lógica subyacente es más amplia: “se basa en la idea de que determinados crímenes son tan perjudiciales para los intereses internacionales que los Estados están

2 Cfr. JURISDICCIÓN UNIVERSAL SOBRE CRÍMENES DE GUERRA. En: <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5TDMR2> ; (consultado: 30 nov., 2007).

3 *Ibid.*

autorizados, e incluso obligados, a entablar una acción judicial contra el perpetrador, con independencia del lugar donde se haya cometido el crimen y la nacionalidad del autor o de la víctima”. La jurisdicción universal permite el enjuiciamiento de crímenes internacionales cometidos por cualquier persona, dondequiera que sea. Dos ideas importantes suelen justificar esta excepción. En primer lugar, ciertos crímenes son tan graves que atentan contra toda la comunidad internacional. En segundo lugar, no deben existir tablas de salvación para quienes los han cometido. Si bien estas justificaciones pueden parecer poco realistas, explican claramente por qué la comunidad internacional, a través de todos sus integrantes – Estados u organizaciones internacionales– debe intervenir enjuiciando y castigando a los perpetradores de esos crímenes. La jurisdicción universal es un asunto de interés para todos.⁴

Tal ha sido el caso de España que se ha convertido en constante impulsor de la aplicación de la jurisdicción internacional,⁵ bajo el principio de complementariedad:⁶

La posición así asumida en la práctica española, basada en el reconocimiento de la prioridad del juez del lugar de comisión, resulta plenamente coherente con el propio fundamento al que, desde nuestro punto de vista y como ya señalamos, responde el principio de universalidad, pues existiendo capacidad y voluntad efectivas de represión por el Estado del territorio, ninguna razón existe para combatir la impunidad allí donde no existen más vínculos de conexión con los crímenes que los que aporta el carácter comunitario y esencial de los intereses lesionados.⁷

4 PHILIPPE, Xavier. “Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión”. En: [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckzy/\\$File/irrc_862_Philippe.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckzy/$File/irrc_862_Philippe.pdf); (consultado: 30 nov., 2007).

5 Véase, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Constitucional español: STC 237/2005, del 26 de septiembre de 2005 y STC 11/1981, del 8 de marzo de 1981.

6 “El principio de complementariedad puede definirse como un principio funcional destinado a otorgar jurisdicción a un órgano subsidiario cuando el órgano principal no puede ejercer su primacía de jurisdicción”. PHILIPPE, Xavier. “Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión”. En: *International Review of the Red Cross*. Versión electrónica. Nº 862 de la versión original (junio, 2006); pág. 7. En: [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckzy/\\$File/irrc_862_Philippe.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckzy/$File/irrc_862_Philippe.pdf); (consultado: 26 nov., 2007).

7 SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. “La Práctica Española en Materia de Jurisdicción Universal”. En: <http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/03Materiales/ART%C3%8DCULOSPYBIL.doc>; (consultado: 1 dic., 2007).

El cauce planteado refuerza esa construcción diferente al mero Derecho Internacional Procesal para encaminarse por el contrario a la generación y adopción de un Derecho Procesal Internacional, entendido como aquel ordenamiento jurídico universal que permite el desarrollo único y estandarizado de una concepción del derecho procesal enfocado no a soluciones dispersas que no puedan garantizar la seguridad jurídica y la rigurosidad de un acatamiento de los precedentes, o de la redacción de la novela en cadena, en términos de Ronald Dworkin,⁸ es decir, un derecho procesal que si bien reconoce las especialidades procedimentales, de acuerdo a las necesidades temáticas, siempre tutele y guíe las actuaciones de los órganos jurisdiccionales, en primera medida, bajo una aplicación principalística y unívoca de los principios que lo regulan, especialmente en el ámbito probatorio.

Según autores como Miguel Virgós Soriano y Francisco J. Garcimartín Alférez,

[El] Derecho Procesal Internacional cumple su función por tres grandes principios estructurales que son: 1) Otorgar garantía de una tutela judicial efectiva, es decir, que haya una protección transfronteriza, esto es, debe encargarse de garantizar una realización transfronteriza adecuada de los derechos subjetivos *inter privados* en un mundo caracterizado por el fraccionamiento jurisdiccional.. 2) El principio de garantizar las tutelas

8 Véase: DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2008. Dworkin compara la interpretación que un juez realiza de la práctica jurídica con un novelista que es invitado a continuar una novela en cadena cuyos capítulos anteriores han sido redactados por otros autores (LE, pp. 228-232). La función del último novelista en cadena no es la de confeccionar una nueva novela a partir de sus propios criterios literarios sino la de continuar una obra en realización, interpretando cuál es su argumento según sus propias convicciones artísticas. La misión de este autor requiere encontrar un sentido unitario a todo lo que han escrito sus predecesores. En caso contrario no podrá afrontar su tarea. El novelista en cadena, entonces, deberá leer los capítulos anteriores como si los diferentes autores hubieran tenido la pretensión de contar la misma historia y los fragmentos concretos que han redactado estuvieran inspirados en un propósito general que trasciende cada capítulo. Este último autor tomará como verdaderas aquellas proposiciones acerca de la novela que sean más consistentes con el argumento global que, según sus juicios literarios, la obra contiene. Al mismo tiempo, explica Dworkin, su función no es meramente añadir un texto a los textos anteriores sino presentar la novela desde su mejor perspectiva, contribuyendo así a realizar la mejor novela posible desde el punto de vista literario. IGLESIAS VILA, Marisa. "La Teoría del Derecho de Ronald Dworkin". En: <http://www.google.com.co/url?sa=t&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fslla664.piensasolutions.com%2Fpipermail%2Ffilosofiyderecho.com.tallertd%2Fattachments%2F20110111%2Fde78e695%2FIUSTELIglesias-0001.doc&ei=jgcMTr3mAZGjtge7u-YX1DQ&usg=AFQjCNFRVRISSWQt1v6CImMalAKoXI5s3Q&sig2=46WYDd5oBazf5hhwChkHBw;> (consultado: 29 jun., 2011).

judiciales de manera efectiva permitiendo su exigibilidad en un contexto internacional sin que esto tenga repercusiones en los ordenamientos internos de cada Estado. 3) El principio de entender al Derecho Procesal Internacional como bien lo dice el autor como “*un derecho que no cumple un fin en sí mismo, sino que está al servicio del derecho sustantivo y su fin último, pero no el único, es realizar el derecho privado sustantivo*”.⁹

Para la satisfacción de dichos elementos, el sustento del Derecho Procesal Internacional no debe ser otro que el propio Derecho Probatorio Internacional,

Si tomamos lo anterior como punto de partida, resulta evidente la trascendencia de la prueba en todo tipo de proceso, y debido a esa importancia existe la tendencia a establecer una disciplina autónoma dentro de la ciencia procesal que se ha calificado como *derecho probatorio*, que es la que estudia los conceptos, principios e instituciones relacionados con la prueba. Los juristas angloamericanos desde hace un tiempo han realizado el estudio autónomo de las normas jurídicas relativas a la prueba bajo la denominación de *Rules of Evidence*, a las que atribuye un carácter significativo. En esta misma dirección se puede afirmar que dentro de nuestra concepción de la existencia de un derecho procesal internacional, que todavía se encuentra en evolución, se puede hablar de un *derecho probatorio internacional* [...].¹⁰

Es, en este sentido, que la propensión de formular una serie de principios que satisfagan el procedimiento probatorio desde un ámbito universal requiere, en primera medida, el establecimiento y reconocimiento de la actividad que se ha llevado a cabo por parte de los tribunales internacionales.

9 Véase: “TEMA 5: Derecho Procesal Internacional. Proceso con elementos de extranjería. Derecho aplicable. Parte II”. En: <http://derechointernacionalprivado2010-2011.blogspot.com/2010/01/tema-5-derecho-procesal-internacional.html>; (consultado: 15 abr., 2001).

10 FIX-ZAMUDIO, Héctor. “Orden y Valoración de las Pruebas en la Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/12.pdf>; (consultado: 29 jun., 2010).

II. LA LABOR PROBATORIA DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

El establecimiento de los tribunales internacionales ha implicado, sin lugar a dudas, la implementación de procesos de declaración y reconocimiento de derechos de los sujetos del Derecho Internacional, que se sostiene en la recopilación y valoración del material probatorio pertinente por parte de los jueces. Es, en este sentido, que el presente acápite procura hacer un recorrido extensivo por las más variadas jurisdicciones o tribunales internacionales, con el fin de determinar su funcionamiento en términos probatorios, que servirá de soporte para el estudio inductivo sobre los puntos comunes en dicha temática. Para tal caso se tomaron como referencia cinco estructuras diferenciadas.

A. LA EXPERIENCIA DE NUREMBERG

Acabada la Segunda Guerra Mundial, los países vencedores se vieron en la necesidad de sancionar a los criminales de guerra, con el fin de hacer respetar los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos emitida en 1948 en el seno de las Naciones Unidas; por esta razón se instauró una jurisdicción que se encargó de juzgar los delitos cometidos por los funcionarios alemanes y miembros del partido nazi durante dicha guerra.¹¹

El material probatorio recogido por el Tribunal instaurado se basó principalmente en los testimonios de las víctimas de las acciones del régimen alemán, los cuáles se practicaban durante la audiencia del juicio, y podían ser aportados tanto por la defensa como por la acusación. A las víctimas se les permitía efectuar un contrainterrogatorio, para desvirtuar la tesis del contendor; además de ello, el Tribunal se encontraba facultado para citar y requerir la comparecencia de testigos y plantearles distintas preguntas durante el juicio.

11 También se ha dicho que los vencedores de la última guerra pudieron hacer fusilar o ahorcar a los responsables sin juicio alguno, y que el tribunal militar internacional creado por los vencedores demostró que se sometían voluntariamente a la justicia. El argumento tendría fuerza si el Tribunal no hubiese sido compuesto exclusivamente por los vencedores. El lugar de los vencedores podría estar exclusivamente del lado del fiscal, nunca en el banco de los jueces. Si los jueces hubiesen sido designados por los pueblos neutrales, y los vencedores se hubieran de antemano comprometido a aceptar el fallo que se pronunciara, cualquiera que este fuese, si se hubiere dado a los acusados oportunidad y tiempo de presentar todos los documentos favorables, estaríamos presenciando el elogio de la "Carta" y del Tribunal y no de su lamentable disección. MARTÍNEZ, José Agustín. *Los procesos penales de las postguerras: documentos para la historia contemporánea*. Madrid: Epesa, 1955. 395 p.

El otro vehículo probatorio, admitido por el estatuto, era el interrogatorio del acusado. Esta prueba se presentaba en dos momentos procesales, el primero como preliminar antes de la audiencia del juicio y el segundo durante el juicio, con el objeto de asegurar, de una u otra forma, el debido proceso del acusado. Igualmente, el interrogatorio debía de llevarse a cabo en el idioma del interrogado y además, se aceptaban todas las explicaciones que él considerara relevantes, respecto a los cargos que se le imputaban. Al igual que en el testimonio, el Tribunal estaba autorizado para interrogar al acusado.

De acuerdo con el artículo 21 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, los hechos de conocimiento público no requerían de prueba, pero todos los documentos oficiales, e informes de las Naciones Unidas, incluidas las actas y documentos que habían sido creados por los países aliados para la investigación de los crímenes de guerra y los expedientes de las Naciones Unidas y los Tribunales Militares, se tendrían en cuenta judicialmente.¹²

Respecto al asunto de la admisión de las pruebas, el Tribunal, no estaba atado a seguir un procedimiento técnico. Por el contrario debía hacer la recepción de la prueba en el menor tiempo posible y si era pertinente para poder decidir sobre la relevancia, tenía permitido que exigiera un informe sobre las características de la prueba. No existía una tarifa legal preestablecida, por el contrario, el Tribunal podía recepcionar y valorar todo tipo de prueba, que se estimare conveniente.

Todo el juicio concluía con una sentencia, que no podía ser recurrida. El Tribunal de Núremberg sesionó por casi un año. Tuvieron lugar 403 audiencias, fueron interrogados 116 testigos, examinadas 143 declaraciones por escrito y más de 5.000 pruebas documentales.¹³

B. TRIBUNALES *AD HOC*

En diversos momentos históricos se han establecidos tribunales *ad hoc*.¹⁴ Sin embargo, se hará referencia especial a dos (2) de ellos surgidos en la década de los 90 del siglo pasado, establecidos por las Naciones Unidas: Los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, durante los años 1993 y 1994 respectivamente. La fun-

12 ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG. En: <http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>; (consultado: 9 dic., 2010).

13 *Tiempo*, Números 188-214. (1985). Editor: COGTAL. Procedencia: Universidad de Texas. Digitalizado: 23 de septiembre de 2009.

14 Véase por ejemplo: "Algunos Ejemplos de Tribunales Especiales *Ad-Hoc*". En: <http://www.ediec.org/es/areas/remedios-internacionales/tribunales-especiales-ad-hoc/>; (consultado: 28 jun., 2011).

ción de estos fue el juzgamiento de los crímenes de guerra cometidos en ambos países; con mayor exactitud fueron tribunales cuya finalidad era el enjuiciamiento de personas a las que se les acusaba de haber cometido crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio.

Es claro que, ante un proceso de tal envergadura, no se podía dejar de lado el tema de la prueba, que se constituye en la característica esencial de todo proceso, porque reside en cada una de las partes la facultad para que, mediante un instrumento probatorio, hagan valer sus pretensiones, respalden los hechos que los favorecen, y que de esta manera el juez llegue a un grado de certeza y convencimiento sobre determinada teoría del caso; esta venía reglamentada por distintos artículos de los estatutos formulados.¹⁵

Los tribunales *ad hoc* tienen una regulación básica, la cual está contemplada en sus estatutos, pero además, los magistrados aprueban unas reglas de procedimiento y de prueba generales que pueden modificarlo en la medida que sea necesario.

En la apertura y conducción del proceso se señala que se les deberá respetar a los acusados no solo las reglas de procedimiento y prueba, sino que también deberá contar con un sistema de protección contra las víctimas y los testigos. De igual manera, se señala que las audiencias serán públicas, salvo que el tribunal decida realizarlas a puerta cerrada de acuerdo con las reglas de procedimiento.

Si el acusado no produce una declaración de culpabilidad se dará inicio a la etapa probatoria. Es importante hacer énfasis en la proposición, admisión y práctica de las pruebas y los medios de prueba en particular. En cuanto a la proposición se debe resaltar que instaura el principio de igualdad de armas,¹⁶ ya que las partes tienen la última palabra con sus testigos, estableciendo el siguiente orden: 1. Prueba del fiscal, 2. Prueba de la defensa, 3. Refutación de la prueba presentada por el fiscal, replica por la defensa de la prueba, 4. Prueba ordenada por la sala.

La admisión de la prueba depende estrictamente del valor probatorio que esta tenga dentro del proceso, pudiendo inadmitirla si la misma no es pertinente o si esta fuera ilícita.

15 Véase por ejemplo: ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. En: <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/OTROS%20TRATADOS/ESTATUTO%20DEL%20TRIBUNAL%20INTERNACIONAL%20PARA%20LA%20EX-YUGOSLAVIA.htm>; (consultado: 12 dic., 2010); ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. En: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/ruanda.html>; (consultado: 12 dic., 2010).

16 En el caso "Delalic", la sala no permitió que la defensa interrogara de nuevo al testigo del fiscal.

En cuanto a los medios de prueba en particular, solo se reconocen dos privilegios: el de confidencialidad entre el abogado y su cliente, y el derecho del acusado a no declarar contra sí mismo. Conjuntamente, se puede destacar como protagonista principal a la prueba testimonial dado los hechos históricos, sin menospreciar la prueba pericial.

Después de la práctica de la prueba las partes, acusación y defensa, presentaban sus respectivos escritos de las conclusiones finales, ante los cuales habría la posibilidad de presentar réplica y dúplica.

C. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como se ha mencionado anteriormente, culminada la Segunda Guerra Mundial se creó un organismo internacional encargado, entre otras cuestiones, de la defensa de los derechos humanos, este organismo se denominó Naciones Unidas, y si bien es cierto que al interior del mismo se han emitido múltiples decisiones dirigidas al cumplimiento de sus objetivos, también lo es el hecho de que realizar un monitoreo sobre el acatamiento de tales decisiones por parte de los Estados miembros es bastante difícil. Por tal motivo, se crearon algunos sistemas regionales de protección de Derechos Humanos, siendo los más relevantes el Sistema Europeo de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁷

a. Sistema Europeo de Derechos Humanos: la práctica de las pruebas en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, se realiza con gran flexibilidad. Cuando existía la Comisión,¹⁸ al igual que el Tribunal, ambos fijaban sus normas caso por caso según las necesidades de la situación concreta, ya que ni el Convenio ni el Reglamento Interior dan normas específicas sobre las prácticas de las pruebas.¹⁹

De cualquier forma, la premisa general en materia probatoria es el artículo 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos –en adelante CEDH– el cual integra derechos y principios filiales que se desenvuelven de forma ligada o autónoma, y

17 Existe también un Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos, sin embargo, son pocos los avances que se han dado al interior de este, por lo cual en esta ponencia se omitirá hacer referencia al mismo.

18 Con la entrada en vigor del Protocolo 11, el 1 de noviembre de 1998, se fusionaron la Comisión y el Tribunal en una sola institución, Cfr. PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/44.pdf>; (consultado: 14 jun., 2011).

19 MORENILLA RODRÍGUEZ, José María. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: Textos internacionales de aplicación*. Madrid: Gráficas Arias Montano, S.A., 1988, p. 47.

que se encuentran sumergidos en la base de protección a la justicia, tales como, el derecho de defensa, el derecho a alegar y probar, el derecho de contradicción, el derecho a una decisión motivada y congruente.²⁰ Se trata de un precepto que se aplica en todos los campos y que cuenta con un desarrollo en el Reglamento y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo.

El Reglamento del Tribunal Europeo,²¹ entre otras cosas, prevé:

- Los principales requisitos para la presentación de un asunto ante la Corte por parte de un Estado o de un particular, entre los que se encuentran las pruebas que sustenten la alegación de un hecho.
- El deber de participación probatoria activa que deben tener las partes involucradas en el litigio.
- La posibilidad del decreto oficioso de pruebas, la posibilidad de solicitar aclaración sobre las mismas y, la facultad de nombrar delegados para su recolección.
- La forma de citación de testigos y peritos, así como el desarrollo de sus declaraciones.

Por su parte la jurisprudencia del Tribunal ha establecido pautas probatorias de gran trascendencia teórica y práctica, entre la que se puede encontrar:

- El reconocimiento de principios como el de contradicción y de igualdad de armas en materia probatoria. Este último, exige que todas las partes cuenten con los mismos elementos a la hora de realizar alegaciones.²² “El derecho a un procedimiento contradictorio implica, para una parte, la facultad de conocer las alegaciones o documentos presentados por la otra, así como de discutirlos”;²³ mientras que, el segundo impone que todas las partes tengan la oportunidad de exponer, en un plazo razonable, los ar-

20 BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Primera Edición, 1996 Madrid: Civitas S.A., p. 99.

21 REGLAMENTO DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. En: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6AC1A02E-9A3C-4E06-94EF-E0BD377731DA/0/RulesOfCourt_April2011.pdf; (consultado: 14 jun., 2011).

22 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Frete contra Francia, sentencia del 26 de febrero de 2002 y caso Nideröst-Huber contra Suiza, sentencia del 18 de febrero de 1997.

23 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ruiz Mateos contra España, Sentencia del 23 de junio de 1993.

gumentos que estimen necesarios en su defensa, sin que se produzca una situación de desventaja respecto de la otra parte del proceso.²⁴

- El rechazo por asumir que la carga de la prueba recae sobre uno de los dos gobiernos que son parte en el litigio; pues en los asuntos de que conoce, el Tribunal estudia el conjunto de las pruebas que obran en su poder, prescindiendo de que procedan de la Comisión, de las partes o de otras fuentes, e incluso, si es necesario, la práctica de oficio.²⁵
- El reconocimiento del principio dispositivo y oficioso de la prueba.²⁶
- El rechazo de medios probatorios obtenidos bajo constricción o presiones, o con desprecio de la voluntad del acusado.²⁷

b. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: La actividad probatoria del sistema Interamericano de Derechos Humanos, se concentra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en adelante CADH–, el Reglamento de la Corte Interamericana²⁸ y de la Comisión, en pronunciamientos jurídicos de estos órganos, de consideraciones de tribunales internacionales (como por ejemplo, Corte Internacional de Justicia) y, en la teoría del derecho procesal moderno.²⁹

Aun cuando se confiere un amplio margen de discrecionalidad a las partes y a la misma Corte para el ofrecimiento, evacuación y valoración de las pruebas, este sistema cuenta con una regulación general en materia probatoria, con sujeción a principios jurídicos como el de la libertad, la igualdad y el debido proceso (que encierra la contradicción, la publicidad, la inmediación y la comunidad de la prueba), entre otros. Así mismo, se han establecido y perfeccionado pautas probatorias de carácter general, que deben seguirse en el desarrollo de un procedimiento o proceso que se surta ante los órganos del sistema: Comisión y Corte.

24 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Frette contra Francia, sentencia del 26 de febrero de 2002 y caso Nideröst-Huber contra Suiza, sentencia del 18 de febrero de 1997

25 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Irlanda contra Reino Unido, sentencia del 18 de enero de 1978, Párr. 160.

26 MORENILLA RODRÍGUEZ, José María. *Op. cit.*, p. 53.

27 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Quinn contra Irlanda, sentencia del 21 de diciembre de 2000.

28 Cuyo texto original, aprobado el 1º de enero de 1997, ha sufrido diversas modificaciones.

29 ABREU BURELLI, Alirio. *Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf>; (consultado: 16 jun., 2011).

En un intento por sistematizar consideraciones que se tenían de la materia, el Reglamento de la Corte –en su capítulo IV– y diversos fallos de la misma, han establecido, entre otras pautas:

- La importancia de conceptos como el de utilidad, necesidad, pertinencia y conducencia de la prueba.
- Que las pruebas que serán admitidas son aquellas que hayan sido ofrecidas por cualquiera de las partes, y que hayan sido recibidas en procedimientos de contradicción.
- La libertad que tienen las partes para acudir al medio de prueba que consideren conveniente para dar sustento a sus argumentos, aun cuando el escogido no esté expresamente señalado en el Reglamento de la Corte; rechazando de esta manera, la tarifa legal, que impone al juez una conducta restrictiva extrema. Se reconocen como pruebas directas, la testimonial, pericial o documental, y como prueba circunstancial, los indicios y las presunciones.³⁰
- La iniciativa probatoria de este Tribunal, que se manifiesta en la posibilidad de: decretar pruebas de oficio –cuando se consideren útiles y necesarias–; requerir de las partes el suministro de alguna prueba o su aclaración; y de solicitar a cualquier entidad o autoridad que exprese una opinión o que haga un informe o dictamen sobre un punto determinado.
- Lo atinente a los gastos de prueba.
- Lo concerniente a la citación de testigos y peritos; así como las directrices para el desarrollo y protección de su declaración.
- La responsabilidad de los Estados partes sobre el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio.³¹
- Los momentos en los que deben evacuarse las pruebas, lo que tiene lugar en la fase oral del proceso (con excepción de las documentales), mediante el recibimiento de declaraciones de testigos, peritos y demás personas que hayan comparecido, así como las preguntas que se le formularen y sus respuestas.

30 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú, sentencia del 4 de septiembre de 1998.

31 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia del 26 de junio de 1987.

- La posibilidad que tiene la Corte de comisionar a uno o varios de sus miembros para que realicen una averiguación, una inspección judicial o cualquier otra medida de instrucción.
- La obligación que tiene una parte de probar el hecho que afirma; aun cuando no se trate de una imposición rígida que no admite excepciones.
- El reconocimiento de la sana crítica, cuyo fundamento son las reglas de la lógica y la experiencia, como criterio ineludible para la correcta valoración de las pruebas.³²

D. CORTE PENAL INTERNACIONAL

La razón principal para que los Estados sintieran la necesidad de crear un tribunal internacional que juzgará crímenes cometidos en contra de la raza humana, está dada por los diversos hechos y acontecimientos que durante la historia de la humanidad han envuelto una denigración a la dignidad de las personas; por esto establecen un instrumento jurídico internacional que se denominó el Estatuto de Roma, encargado de crear la Corte Penal Internacional y concentrar toda la normatividad pertinente para el funcionamiento de la misma; este le otorga competencia sobre los conflictos producidos por grupos o personas que con sus actos atentan contra *la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad*.

Es imperioso entender cómo al existir una posible responsabilidad penal por parte de una persona a la que se acusa de haber realizado un crimen de los previstos en el Estatuto, se ha diseñado un procedimiento que garantice todos los derechos del imputado así como también los de la víctima.

Ante el deber que tienen los jueces de proferir fallos basados en pruebas –obligación que se encuentra revestida de legalidad al existir el principio de necesidad de la prueba que implica que el juez solo podrá fallar por las pruebas legalmente aportadas, decretadas y practicadas– la prueba aparece en las tres grandes etapas del procedimiento establecido por el Estatuto de Roma; así se tiene que durante la investigación el fiscal podrá examinar y recolectar pruebas pertinentes en relación con los hechos que pretende probar además de practicar interrogatorio a las víctimas, testigos y personas objeto de investigación, pero así mismo, tendrá que tomar las medidas necesarias para la protección de dichas pruebas.

32 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Paniagua Morales y otros contra Guatemala, sentencia del 25 de mayo de 2001.

Por disposición del artículo 56, en aquellas situaciones en que se presenta una oportunidad única de proceder a una investigación la Sala de Cuestiones Preliminares podrá autorizar al fiscal a recibir un testimonio, la declaración de un testigo o examinar, reunir o verificar las pruebas. Antes de la Audiencia de Imputación de Cargos, al imputado se le suministrará una copia del documento donde consten los cargos que se le serán imputados, también de las pruebas que el fiscal ha reunido. Durante la audiencia de imputación de cargos el fiscal por cada cargo que pretenda imputar deberá tener pruebas que los sustenten.

El fiscal podrá presentar las pruebas documentales y con respecto a las testimoniales hará un resumen de ellas sin necesidad de tomar la declaración en dicha audiencia. Las facultades que tendrá el acusado será impugnar los cargos así como las pruebas presentadas por el fiscal y aportar sus propias pruebas.

La Sala de Cuestiones Preliminares fundará su decisión a partir de las pruebas presentadas tanto por el acusado como por el fiscal, y reseñará la credibilidad o no de que el imputado cometió un crimen de competencia de la Corte. Esta también puede decidir que de acuerdo con las pruebas presentadas podrá modificar un cargo si estas parecen indicar la comisión de otro crimen.

Finalmente, en la audiencia del juicio que se llevará a cabo inmediatamente después de que se hayan confirmado los cargos y constituido una Sala de Primera Instancia; las partes podrán presentar todas las pruebas que consideren pertinentes; que tendrán un filtro por la Corte para decidir si las pruebas se consideran admisibles y pertinentes.

Por disposición del artículo 69 del Estatuto de Roma, la práctica de pruebas se hará durante la Audiencia de Juicio Oral; las pruebas que se han contemplado aparte de las documentales son las testimoniales, siguiendo el modelo anglosajón para la práctica de este tipo de prueba, resaltando que es testigo solamente aquella persona que comparece al juicio, la cual puede ser aquella a la que le conste un hecho y deba declarar sobre el mismo, el o los peritos y al propio acusado.³³

El Estatuto de Roma en su artículo 51 indica que deberán existir unas reglas de procedimiento y prueba aprobadas por la mayoría de los dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes, reglas que entraron en vigor el 9 de septiembre de 2002 y que en Colombia fueron aprobadas por la Ley 1268 de 2008.³⁴

33 CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *La Corte Penal Internacional Volumen 4 de Colección Estudios penales*. Bogotá, D.C.: Librería-Editorial Dykinson; 2002, p. 141.

34 Sobre el tema véase, por ejemplo: RULES OF PROCEDURE AND EVIDENCE. <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rules+of+Procedure+and+Evidence.htm>; (consultado: 25 jun., 2011).

Las reglas de procedimiento y prueba vienen a convertirse en un complemento del Estatuto de Roma, y siempre tendrán una jerarquía de inferior rango con respecto a este; desarrollan directrices que sirven de soporte para todos los procedimientos que se lleven al interior de la Corte. Los artículos del Estatuto encuentran en las reglas de procedimiento y pruebas su forma de desarrollo, así por ejemplo, relacionado específicamente con las pruebas se tiene el artículo 69 párrafo 2 y Regla 67, en el mencionado artículo del Estatuto se habla en general de la práctica de pruebas, pero en el párrafo mencionado se establece que hay excepciones a la presentación personal en el juicio del testigo; dice el artículo que se podrá tomar el testimonio del testigo también por medio de “grabación de video o audio, así como que se presenten documentos o transcripciones escritas, con sujeción al presente Estatuto y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”. Dicho artículo concuerda con la Regla 67 que trata específicamente del testimonio presentado por medio de audio o vídeo. De esta manera las reglas se presentan como el instrumento mediante el cual se hacen reales, prácticos y aplicables los artículos del Estatuto.

Por su parte, el capítulo 4 de las reglas de procedimiento y prueba versa sobre las disposiciones del derecho de prueba, vital para el proceso y respecto del cual se ven envueltos el fiscal, la defensa, las víctimas y los testigos. Dentro del proceso el fiscal debe velar por la búsqueda de la verdad como lo indica el art. 54 en su párrafo 1; por medio de la investigación se busca que le presente a la defensa lo antes posible las pruebas de descargo y las atinentes a la atenuación de la pena, según establece el art. 67 párrafo 2. El fiscal en su proceso de investigación puede reunir y por ende examinar por sí mismo las pruebas, teniendo a su favor atribuciones como por ejemplo la práctica de pruebas en los Estados de acaecimiento de los hechos, claro está siempre en concordancia con las normas del Estatuto acerca de la cooperación internacional.

Respecto de la Sala de Cuestiones Preliminares, los artículos 57 y 58 establecen que en materia de pruebas, la Sala debe preservarlas y además, con base en las mismas pueda dictar una orden de detención o comparecencia, cuando el fiscal así lo pida, en aquellos casos en los cuales se tiene por lo menos la inicial certeza de que la persona acusada es culpable; esta certeza debe ser fundada en hechos y estos en las respectivas pruebas.

En cuanto al juicio, en su inicio la Sala de Primera Instancia debe establecer cosas tan esenciales como el idioma o lo que va a ser objeto de divulgación, para que la defensa pueda ir preparando entre otros, la práctica de pruebas. Es importante velar porque el mismo se lleve a cabo sin incidentes, protegiendo siempre a los

testigos, al acusado y a las víctimas. También teniendo en cuenta la necesidad de tener presentes aquellos delitos contra la administración de justicia de los que habla el Estatuto y en los cuales eventualmente se podría llegar a incurrir.

En el juicio, respecto a la práctica de pruebas, el artículo 69 del Estatuto dispone que los testigos deben realizar un compromiso de decir la verdad. Por regla general estos deben comparecer personalmente ante la Corte, pero se han creado mecanismos como las grabaciones o la lectura de declaraciones, tendientes a la protección de los testigos.

La Corte es la encargada de evaluar la pertinencia o admisibilidad de las pruebas, respecto al valor probatorio que tengan estas al momento de esclarecer el caso. Es ella misma quien puede pedirle a las partes las pruebas o pueden ser las partes quienes sin necesidad de que medie dicha petición presenten pruebas a la Corte.

Muchos de los casos que se presentan a la Corte Penal Internacional tienen carácter público y por ende fueron conocidos en los Estados en los cuales ocurrieron, el Estatuto denomina estos como *hechos de dominio público*. Este tipo de hechos no necesitan de prueba, no obstante, el artículo 69 en su numeral 6, establece que pueden ser incorporados en autos. También en lo relacionado con las pruebas, esenciales han sido aquellas normas que se dictaron en el Estatuto para poder reglamentar la *protección de los intereses de seguridad nacional*, esbozadas en el artículo 72, en virtud de las cuales se propende por proteger la seguridad de los Estados representada no solo en los documentos probatorios sino en los testimonios que ofrecen los testigos.

Los Estados que se enteren de que una información va a ser divulgada y que este acto representa un atentado contra la seguridad nacional pueden intervenir pidiéndole a la Corte que se abstenga de hacerlo o que no lo haga de una forma tan abierta o explícita. El Estatuto de Roma en su artículo 72 establece diferentes mecanismos de los cuales pueden hacer uso los Estados para salvaguardar su seguridad.

Todas estas normas y reglas fueron creadas para proteger los derechos de los testigos, las víctimas e incluso del acusado, en pro del debido proceso y el eficaz y transparente acceso a la justicia. Tanto así, que el Estatuto guarda en si una norma en virtud de la cual, todas aquellas pruebas que se consigan mediante violaciones a los derechos humanos, al mismo Estatuto y a la integridad del juicio se tendrán como no admisibles para el caso.

E. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

En términos generales, este principio hace referencia a la facultad de juzgamiento de presuntos criminales internacionales mediante la práctica de la *jurisdicción extraterritorial*, no limitándose ella a la existencia de un vínculo entre el acto cometido y el Estado que ejercerá la jurisdicción, como se había efectuado con regularidad teniendo como referencia que (i) los actos son cometidos por personas que tienen la misma nacionalidad del Estado que juzga (principio de nacionalidad o personalidad activa), (ii) los actos perpetrados son contra nacionales del Estado juzgador (principio de personalidad pasiva) y/o (iii) los actos afectan la seguridad del Estado que aplica la jurisdicción (principio de protección).³⁵

El fundamento antropológico de la aceptación de la aplicación del principio se encuentra en que aquellos que cometen dichos crímenes no solo están atentando contra un individuo sino contra una inmensa colectividad llamada humanidad, es decir, que en el caso de que un presunto transgresor cometa crímenes de lesa humanidad,³⁶ toda la comunidad internacional, específicamente los tribunales que son los que están investidos de capacidad para poder juzgar, tendrán la jurisdicción para hacer respetar la obligación de salvaguardar a los seres humanos imponiendo una sanción por la violación a derechos que afecten la integridad física o moral.

La aplicación de dicho principio ha sido problemática y cuestionada en diferentes ámbitos, pero ninguno como el referente al tema probatorio, dada la diversidad de mecanismos y procedimientos existentes en los distintos sistemas internacionales y las complejidades de juzgar en un ámbito extraterritorial. Bajo ese presupuesto, ha prevalecido de manera importante el concepto de cooperación judicial internacional.³⁷ Es, en este sentido, que se ha recurrido a la denominada figura procesal llamada ex-

35 Véase: JURISDICCIÓN UNIVERSAL SOBRE CRÍMENES DE GUERRA. En: <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5TDMR2> ; (consultado: 30 nov., 2007).

36 Véase, art. 7, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

37 “El juez de un país puede requerir la colaboración del de otro para las diligencias en el proceso que tramita. En principio, el tribunal no está obligado a prestar esta ayuda, mas la necesidad de obtener un trato recíproco motivó que la colaboración judicial internacional fuera ya de uso corriente antes de ser regulada mediante convenios internacionales. Las comisiones rogatorias, hechas en súplica de la realización de un acto de instrucción u otro de carácter judicial, suelen cumplimentarse, si no chocan con el orden público. La cooperación judicial internacional se incrementa progresivamente”. En: ÁLVAREZ DE EULATE, M. Bernard. *Derecho Procesal Internacional*. http://www.canalsocial.net/ger/ficha_GER.asp?id=4856&cat=derecho; (consultado: 29 jun., 2011).

horto. Esta figura, según la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias del 30 de enero de 1975, se refiere a la práctica de pruebas en el extranjero, es decir, a la cooperación judicial que determinado juzgado o tribunal hace a otro de igual jerarquía. El exhorto como figura de relevancia procesal debe cumplir con ciertos aspectos importantes. A continuación se enunciará algunos de los más importantes:

- a. La autoridad judicial que ejecute un exhorto aplicará la legislación de su Estado, en lo que a procedimiento se refiere, es decir prevalece el principio de *lex fori*.
- b. Los exhortos deben ejecutarse de carácter urgente.
- c. Solo puede negarse la ejecución de un exhorto si su ejecución en el Estado requerido no está comprendido en las atribuciones del poder judicial. Así mismo, si el Estado requerido considera que por su naturaleza el cumplimiento del exhorto puede atentar contra su soberanía o seguridad, este se negará.
- d. El exhorto debe ser redactado en el idioma de la autoridad requerida o ser acompañado de una traducción a ese idioma.

También es importante destacar los requisitos que debe tener el exhorto para que sea útil y válido, es decir,

- a. La autoridad requerida y requirente.
- b. Identidad y dirección de las partes o sus representantes.
- c. La naturaleza y el objeto del procedimiento por el cual se solicita la prueba y explicación somera de los hechos.
- d. Los procedimientos u actos judiciales que deban realizarse.

Si es en caso de testigos, el exhorto también deberá contener:

- a. Nombres y domicilios de las personas a las que se le debe tomar declaración.
- b. Las preguntas que se le deben formular.
- c. El pedido de que la declaración sea hecha bajo juramento o en otra forma de declaración solemne.

III. LOS PRINCIPIOS UNIVERSALES PROBATORIOS

Cuando se hace alusión a la noción de universalidad de principios probatorios se hace necesario indefectiblemente analizar el concepto de carácter universal que en reiteradas ocasiones se ha empleado en el presente texto, el cual debe vincularse y fusionarse con el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales, en ella no es posible entender la universalidad sin su relación con la concepción de multiculturalismo. Según palabras de Luigi Ferrajoli:

Cuando se habla de multiculturalismo se alude de hecho, más o menos explícitamente, a la relación entre la cultura occidental, dentro de la que los derechos fundamentales han sido teorizados y jurídicamente estipulados, y las demás culturas: como si existiera una monocultura occidental indiferenciada en relación con las otras culturas, a su vez indiferenciada en su interior.³⁸

De este modo, habrá que definir que “el universalismo consistiría en el hecho de que todos, con base en una cierta objetividad o intersubjetividad de tipo ético-cognoscitivo se reconocen o deberían reconocerse en estos valores”,³⁹ es decir, la inclusión de elementos que avalando y legitimando la diferencia pueda permitir una convivencia pacífica a través de unas normas mínimas que perpetúen el conglomerado social. La universalidad debe ser entendida, en este contexto, como un concepto de igualdad conferido a las personas por el simple hecho de ser personas, la igualdad de ser diferentes y una igualdad que se afiance de manera *formal, estructural y jurídicamente positiva*. En el planteamiento así de la universalidad se ve al multiculturalismo no como una contravía de esta, sino por el contrario como una herramienta capaz de generar una igualdad a todos en igual medida y proteger a cada uno contra todos.

En el contexto descrito, es menester aclarar que incluso la universalidad se sustenta dentro de los términos del derecho positivo y consecuentemente puede ser aplicada al sistema probatorio internacional. La universalidad como pretensión puede ser tomada bajo el concepto de premisa del sistema jurídico internacional, recurriendo a las aseveraciones y explicaciones del profesor Hans Kelsen sobre la norma internacional y su validez frente a los Estados.

38 FERRAJOLI, Luigi. “Universalismo de los Derechos Fundamentales y el Multiculturalismo”. En: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex122/BMD000012225.pdf>; (consultado: 18 jun., 2011).

39 *Idem*.

[Cuando] no se ve en el derecho internacional una parte integrante del ordenamiento jurídico estatal, sino un orden jurídico supra-ordenado a todos los órdenes jurídicos estatales, como un orden jurídico únicamente soberano que delimita a los ordenes estatales en sus respectivos dominios de validez; si no se parte de la primacía del orden jurídico internacional. Este orden contiene, en los hechos, una norma que representa el fundamento de validez de los órdenes jurídicos de los estados particulares. De ahí que pueda encontrarse el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares en el derecho positivo internacional.⁴⁰

En esta medida, la validez del sistema probatorio universal bajo el marco de la teoría del positivismo jurídico, se deriva a partir de la norma supraestatal o norma básica internacional que da origen a la obligatoriedad del sistema universal, que se estructura a partir del reconocimiento, aceptación y obligatoriedad de las normas que han sido denominadas como *ius cogens*;⁴¹ normas que sirven de punto de referencia, dada la observación de las mismas como universales, para establecer los límites de los tratados y convenciones internacionales, e incluso de las actuaciones normativas internas de los diferentes Estados. La primacía de dichas normas se basan y parten de la conjunción, desarrollo y legitimación de los derechos humanos como presupuesto universal defendible por la comuni-

40 Citado en: FUENTES CONTRERAS, Édgar. *Papel jurisdiccional en la aplicación de las normas internacionales*. Bogotá, D.C.: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano; 2010.

41 "El derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del *ius cogens*. Ahora bien, al tenor del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, se entiende por norma *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general 'una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter'. Por ello, según este mismo artículo de la Convención de Viena, todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional. Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995, Magistrado Ponente: Martínez Caballero Alejandro. República de Colombia. Bogotá D.C.; Mayo 18 de 1995.

dad internacional y por los propios Estados, con el objetivo de garantizar medidas efectivas de no repetición de las conductas nefastas de la Segunda Guerra Mundial.

De este modo, parece evidentemente comprobable que existen fundamentos para la aseveración de que hay y existen unos derechos probatorios universales, y si estos existen, como norma jurídica internacional, ostentan un carácter obligatorio. La indagación, entonces, se sujeta a *¿cuáles son dichos principios?* En el presente apartado se da respuesta a la indagación propuesta mediante dos (2) metodologías distintas pero complementarias, tal como se presenta a continuación.

A. RECONSTRUCCIÓN COMO PROCESO INDUCTIVO: EL SENTIDO PRÁCTICO

Esta reconstrucción metodológica tiene por objeto destacar aquellos principios probatorios que los diferentes tribunales han ejercido pese que no exista un catálogo taxativo de principios. Sin embargo, es relevante, en primera instancia, resaltar que cada tribunal internacional ha basado sus apreciaciones con sustento en las normas de carácter fundamental que procuran la garantía del debido proceso dentro de las actuaciones de estos, de lo cual se observa una hegemonía de principios. Aun cuando en materia probatoria los tribunales internacionales cuentan con un amplio margen de discrecionalidad, al momento de admitir medios probatorios, evacuarlos, valorarlos y sopesarlos, es ineludible reconocer que a partir del desarrollo jurídico que ha tenido la temática (con la celebración de Tratados, Convenios, aprobación de reglamentos y la vasta jurisprudencia proferida), las pruebas cuentan con unos lineamientos generales, cuya práctica ha pretendido el respeto y eficacia del derecho sustancial, entre los cuales podemos encontrar:

- a. **Principio de la libertad de medios de prueba.** Las partes y el mismo Tribunal que conozca de un asunto, podrán acudir al medio de prueba que consideren pertinente, conducente y necesario para dar sustento a los argumentos que expongan a una autoridad jurídica, siempre que ello no conlleve la violación de derechos universalmente reconocidos.
- b. **Principio de la autorresponsabilidad.** Principio que se manifiesta en dos vías. Por una parte, se refiere a la obligación que tienen las partes de probar aquellos hechos que exponen al Tribunal (salvo casos excepcionales, en los cuales dicha obligación recaerá en la parte que por el estado de sus condiciones se encuentre en mayor facilidad para hacerlo, a diferencia de

la inicialmente obligada), y por otra, se expresa en la posibilidad que tienen los tribunales internacionales para optar por un posición activa en el desarrollo de los procedimientos que a conocimiento de ellos se someten, por ejemplo la posibilidad –casi deber– de decretar de manera oficiosa la práctica de alguna prueba.

- c. **Principio de la comunidad de la prueba.** La prueba, una vez sea aportada a un determinado procedimiento o proceso pasa a ser “propiedad” de este y no de la parte que la aportó o que tuvo la iniciativa para que fuese practicada, de forma tal, que la práctica de una prueba afectará, positiva o negativamente, a cualquiera de las partes involucradas en el caso.
- d. **Principio de la libre apreciación.** Las decisiones que se tomen en el desarrollo de un procedimiento o proceso, deberán tener por fundamento, los hechos aportados por cualquier medio probatorio y las reglas de la sana crítica, de igual forma lleva consigo el subprincipio de inmediación implicando la necesidad de que el juez tenga un contacto físico y directo con las pruebas, para su libre valoración.

B. CONSTRUCCIÓN COMO PROCESO DEDUCTIVO: DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE UNIVERSAL

Los derechos humanos como un elemento inherente a todas las personas se constituyen en la expresión de libertad de ellas; son y deben ser, entonces, los criterios de inspiración dentro de la comunidad nacional e internacional para la formulación de las diferentes normatividades. Es decir, deben ser vistos como pieza fundante en la defensa de los sujetos dentro de las diferentes actuaciones, especialmente dentro de los procesos jurisdiccionales; por esta razón, es preciso realizar una construcción deductiva a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴² –en adelante DUDH– de donde surgen interpretativamente principios universales probatorios que tengan la misma característica de inherencia, en donde ningún tribunal o ninguna persona pueda despojarlos de sus atribuciones.

Del análisis del texto de la DUDH se extraen por ejemplo:

- a. Del artículo 7, la igualdad ante la ley que plantea para su la exigencia de garantías que permitan a las personas hacer valer sus derechos funda-

42 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. En: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>; (consultado: 25 jun., 2011).

mentales, que se traducen en la prohibición de la detención y prisión arbitraria sin la existencia previa de un juicio justo e imparcial,⁴³ el cual a su vez implica un conjunto de reglas procedimentales, entre las que se encuentra todo lo concerniente a la práctica de pruebas.

- b. Igualmente, la declaración se fundamenta en la necesidad de la existencia de un juicio imparcial –artículo 10 DUDH–, en donde la persona deberá ser oída públicamente, garantizándosele el principio de presunción de inocencia –artículo 11 DUDH– que deberá predicarse de toda persona hasta que la valoración de una prueba demuestre lo contrario.

Con los tres (3) artículos estructurales anteriormente referenciados, se pueden extraer tres principios probatorios fundamentales que se convierten en partes vitales de una actuación procesal, en ocasión que define los derechos y obligaciones de los intervinientes en los procesos y en la recolección de la prueba, o para responder por presuntas agresiones a la ley,⁴⁴ lo cual a su vez involucra la legalidad que debe revestir toda actuación procesal. Estos principios son:

- a. **Principio de Igualdad.** Se hace necesario cuando los sujetos procesales, tienen la oportunidad de presentar sus pruebas o realizar la práctica correspondiente de ellas, este tiende a lograr un equilibrio en el proceso, las partes tienen igualdad de oportunidades para pedir y obtener que les practiquen pruebas y para contradecirlas, que permita un equilibrio en el conocimiento de los hechos.⁴⁵
- b. **Principio de la Necesidad de la Prueba.** Cuyo contenido se dirige a la indudable importancia de que las pruebas en las actuaciones jurídicas no son contingentes y que incluso deben llevar a la certeza al operador jurisdiccional, pues los medios probatorios son el fundamento de cualquier hecho que se alegue por parte de los sujetos procesales y de la valoración y decisión del asunto por parte de un tribunal o un funcionario judicial.
- c. **Principio de Debido Proceso.** Es el conjunto de derechos que le permiten a su titular obtener la protección y eficacia del derecho sustancial, en el

43 GALVIS ORTIZ, Ligia. *Comprensión de los Derechos Humanos. Primera edición.* Bogotá, D.C.: Ediciones Aurora; 2005, p. 138.

44 *Ibid.*, p. 139.

45 PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho probatorio.* Sexta Edición. Bogotá, D.C.: Librería Ediciones el Profesional; 2008, p. 73.

desarrollo de un proceso o un procedimiento jurídico. Dicho conjunto, en materia probatoria se encuentra conformado por:

- La posibilidad de poner en conocimiento de un tribunal imparcial, legítimo e independiente, una determinada problemática y la presunta violación de derechos, mediante la aportación de medios probatorios.
- El derecho a que las pruebas que obran en un expediente sean practicadas de forma oportuna y pública.
- La prerrogativa de contradicción probatoria.
- La intermediación en la práctica de la prueba.
- Licitud de la prueba.
- La obligación que tienen los tribunales de fundamentar sus decisiones jurídicas en la valoración de todos y cada uno de los elementos probatorios del caso, con sujeción a las reglas de sana crítica.
- El derecho a conocer la valoración que le es dada a cada uno de los medios probatorios por parte de un tribunal, de tal forma que se garantice el principio de publicidad, y en consecuencia el derecho que tiene toda parte de impugnar dicha valoración.

CONCLUSIONES

La sociedad globalizada de la que inexorablemente hacemos parte y que demanda la exigencia de un derecho internacional, que como se ha aludido en el texto desarrollado implica la necesidad de comenzar con el orden judicial que, como primera piedra de ascenso en la escala de la conformación de una comunidad o Estado global, se erige como justo e imprescindible peldaño, no puede dejar de lado el reconocimiento de las singularidades y particularidades que marcan las diferencias que determinan lo que bien se ha denominado: el pluri o multiculturalismo. Sobre este particular, preciso resulta destacar la necesidad de conformar un Derecho Procesal Internacional que responda a dichas exigencias de respeto y tutela de las diferencias a partir de un consenso, que si bien tiene el eterno problema endilgado a la suerte de las minorías en manos de las mayorías, se vislumbra como el camino o la ruta apropiada a seguir, para obtener el aval, la aceptación y el acatamiento que las normas procesales demandan en pro de la efectivización del derecho sustancial.

La superación de la disyuntiva que de entrada plantea la paradoja de multiculturalismo *versus* universalismo, se debe entender superada a partir del privilegio de la segunda, precisamente desde la implementación de un sistema procesal universal más garante que el que en su haber puedan tener los sistemas judiciales particulares. Para el reto que ello implica, el punto de partida, el punto de llegada, así como la inspiración para la selección y conformación de un derecho procesal universal no puede ser otro que el de los derechos humanos; vistos estos como límite a la autoridad y como motor para la tutela y salvaguarda de los sujetos procesales en la búsqueda de la verdad procesal que con lleva todo juicio.

No se trata de un derecho universal de vencedores ha vencidos, pues ello, pese a los buenos resultados que pueda detentar, se tendrá siempre como invasivo a la luz del procesado, así como al juicio que pueda esgrimir cada intérprete. Es claro que un Derecho Procesal Internacional debe responder a la racional e histórica ganancia del ser humano de que prime su dignidad humana y ello solo es viable, desde la óptica procesal, mediante el respeto al debido proceso.

La dignidad humana del procesado no compite, de ninguna manera con el derecho que le asiste a los demás sujetos procesales, por el contrario, desde la universalidad de los derechos humanos debe tener la connotación de ser garantía de un juicio justo a la luz de las reglas de juego universalmente trazadas.

En un proceso de tal connotación universal, el interés de llevar a cabo una justicia extraterritorial demandará la utilización del sistema de reconstrucción inductiva para tomar los principios relevantes de la experiencia cosechada por los tribunales internacionales en buena parte, en garantía de la libertad de los medios probatorios, del principio de autorresponsabilidad sobre las pruebas, de la integración y defensa de la comunidad de la prueba, así como de la libre apreciación sobre las mismas. Igualmente exige la implementación de un proceso deductivo que no pierda de vista los derechos de igualdad ante la ley, la conformación de un escenario de juicio imparcial y sobre todo la tutela de la presunción de inocencia.

Dentro del debate probatorio, sin dejar de perder la perspectiva de la preponderancia de la naturaleza adversarial, al interior de lo que constituye la búsqueda de la verdad en el uso de los elementos procesales, se debe hacer uso razonado de la prerrogativa judicial del señalamiento y decreto de pruebas de oficio, en acopio a la necesidad y utilidad que puedan contener las mismas, con miras a no olvidar que se encuentra en juego el interés de una comunidad global que clama por una justicia que no puede estar de espaldas o ejercerse sobre el mancillamiento o la mera retaliación al procesado.

El debate probatorio implica, una igualdad de armas, pero también conlleva la obligación de salvaguarda de la integridad de los sujetos procesales, dentro de lo que se exige la protección a víctimas y testigos, así como la integración de todas las garantías que se requieran para que los operadores de justicia asuman y realicen su labor sin más presión y miramiento que el que la normatividad les demande.

Inmersos en una sociedad globalizada y globalizante, en la que las afectaciones al bien jurídico provienen, en no pocos casos de acciones pluriofensivas que nos aquejan como miembros de una comunidad internacional, es precisamente ello lo que nos debe invitar a pensar que el dedo acusador también es globalizante y sobre ello, no se puede dejar de lado, por el contrario, se tiene siempre que tener presente el hecho de rodear el juicio de todas las garantías que de suyo le corresponden al procesado, a fin de no retornar al estado de barbarie, otrora sin mayores reglas que las de la famosa ley del talión, ahora, con reglas que de no ser sopesadas y razonadas en su implementación y uso pueden también dejar-nos a merced de nuestra natural inclinación a la utilización del poder como un medio idóneo de venganza.

Se está en la construcción o tal vez en el descubrimiento de un camino que empezamos a recorrer, y no puede desconocerse que en su curso los yerros que se presenten nos asalten evocando retrocesos, tal como afirma Alfred Adler, “es más fácil luchar por unos principios que vivir de acuerdo con ellos”. Sin embargo, la efectividad del derecho no estará dada por la presencia o no de una sanción; como ya lo señalaba Ferrajoli:

La efectividad del Derecho, en realidad, no radica tanto en el hecho de que no sea violado nunca, lo que resulta inverosímil, dado su carácter normativo, y ni siquiera en el hecho de que su violación se vea acompañada siempre de una sanción. Reside antes y en mayor grado en el hecho de que sus violaciones sean percibidas como tales: es decir, en el sentido común, arraigado y generalizado, del carácter vinculante de las normas y de la ilicitud de su trasgresión.⁴⁶

Por ende, difícilmente puede aseverarse que sería idóneo romper con los avances procesales y probatorios que en la actualidad se han alcanzado y aquellos que ofrecen la implementación de principios universales. Caso contrario, solo sería una promoción de tomar el tren equivocado, y como dice Dietrich Bonho-

⁴⁶ Citado en: FUENTES CONTRERAS, Edgar (Coordinador). *Hans Kelsen: Una teoría Pura del Derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano; 2010.

efier, “si usted abordó el tren equivocado, de nada sirve correr en su pasillo en la dirección opuesta”.

BIBLIOGRAFÍA

- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Primera Edición. Madrid: Civitas S.A., 1996.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *La Corte Penal Internacional Volumen 4 de Colección Estudios penales*. Bogotá, D.C.: Librería-Editorial Dykinson, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2008.
- FUENTES CONTRERAS, Édgar. *Papel jurisdiccional en la aplicación de las normas internacionales*. Bogotá, D.C.: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010.
- _____. (Coordinador). *Hans Kelsen: una teoría pura del derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010.
- GALVIS ORTIZ, Ligia. *Comprensión de los Derechos Humanos. Primera edición*. Bogotá, D.C.: Ediciones Aurora, 2005.
- KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*, Madrid: Trotta, 2003.
- MARTÍNEZ, José Agustín. *Los procesos penales de las postguerras: documentos para la historia contemporánea*. Madrid: Epesa, 1955.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, José María. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: Textos internacionales de aplicación*. Madrid: Gráficas Arias Montano, S.A., 1988.
- PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho probatorio*. Sexta Edición. Bogotá, D.C.: Librería Ediciones el Profesional, 2008.

CIBERGRAFÍA

- ABREU BURELLI, Alirio. *Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf>; (consultado: 16, jun., 2011).

- ALGUNOS EJEMPLOS DE TRIBUNALES ESPECIALES *AD-HOC*. En: <http://www.ediec.org/es/areas/remedios-internacionales/tribunales-especiales-ad-hoc/>; (consultado: 28, jun. 2011).
- ÁLVAREZ DE EULATE, M. Bernad. *Derecho Procesal Internacional*. http://www.canalsocial.net/ger/ficha_GER.asp?id=4856&cat=derecho; (consultado: 29, jun., 2011).
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. En: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>; (consultado: 25, jun., 2011).
- ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. En: <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/OTROS%20TRATADOS/ESTATUTO%20DEL%20TRIBUNAL%20INTERNACIONAL%20PARA%20LA%20EX-YUGOSLAVIA.htm>; (consultado: 12, dic., 2010).
- ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. En: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/ruanda.html>; (consultado: 12, dic., 2010).
- ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NÚREMBERG. En: <http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>; (consultado: 9, dic., 2010).
- FERRAJOLI, Luigi. “Universalismo de los Derechos Fundamentales y el Multiculturalismo”. En: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex122/BMD000012225.pdf>; (consultado: 18, jun., 2011).
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Orden y Valoración de las Pruebas en la Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/12.pdf>; (consultado: 29, jun., 2010).
- IGLESIAS VILA, Marisa. La Teoría del Derecho de Ronald Dworkin. En: <http://www.google.com.co/rl?sa=t&source=web&cd=1&ved=OCBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fslla664.piensasolutions.com%2Fpipermail%2Ffilosofiayderecho.com.tallertd%2Fattachments%2F20110111%2Fde78e695%2FIUSTELIglesias0001.doc&ei=jgcMTr3mAZGjtge7uYX1DQ&usq=AFQjCNFRVRISSWQt1v6CImMalAKoXl5s3Q&sig2=46WYDd5oBazf5hhwChkHBw>; (consultado: 29, jun., 2011).
- JURISDICCIÓN UNIVERSAL SOBRE CRÍMENES DE GUERRA. En: <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5TDMR2>; (consultado: 30, nov., 2007).
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *El Tribunal Europeo de Derechos Humano*. En <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/44.pdf>; (consultado: 14, jun., 2011).

- PHILIPPE, Xavier. *Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión*. En: [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yc-kzy/\\$File/irrc_862_Philippe.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yc-kzy/$File/irrc_862_Philippe.pdf); (consultado: 30, nov., 2007).
- REGLAMENTO DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. En: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6AC1A02E-9A3C-4E06-94EF-E0BD377731DA/0/RulesOfCourt_April2011.pdf; (consultado: 14, jun., 2011).
- RULES OF PROCEDURE AND EVIDENCE. <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rules+of+Procedure+and+Evidence.htm>; (consultado: 25, jun., 2011).
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. *La Práctica Española en Materia de Jurisdicción Universal*. En: <http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/03Materiales/AR-T%C3%8DCULOSPYBIL.doc>; (consultado: 01, dic., 2007).
- TEMA 5: Derecho Procesal Internacional. Proceso con elementos de extranjería. Derecho aplicable. Parte II. En: <http://derechointernacionalprivado2010-2011.blogspot.com/2010/01/tema-5-derecho-procesal-internacional.html>; (consultado: 15, abr., 2001).

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y NACIONAL

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995, Magistrado Ponente: Martínez Caballero Alejandro. República de Colombia. Bogotá D.C.; mayo 18 de 1995.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petrucci y otros contra Perú, sentencia del 4 de septiembre de 1998.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Paniagua Morales y otros contra Guatemala, sentencia del 25 de mayo de 2001.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia del 26 de junio de 1987.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Frette contra Francia, sentencia del 26 de febrero de 2002.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS. Caso Nideröst-Huber contra Suiza, sentencia del 18 de febrero de 1997.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Irlanda contra Reino Unido, sentencia del 18 de enero de 1978.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Quinn contra Irlanda, sentencia del 21 de diciembre de 2000.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ruiz Mateos contra España, sentencia del 23 de junio de 1993.

