Julio 2022

Vol. 7

e-ISSN 2539-5343

UNA Revista de Derecho

N°1

Facultad de Derecho
Universidad de los Andes
Bogota, Colombia

Comité Editorial

Valeria Sánchez Aroca
Codirectora
Universidad de los Andes

Juliana Gloria Carbonell
Codirectora
Universidad de los Andes

Verónica Barrios Forero
Estudiante de derecho
Universidad de los Andes

Sebastián Lozano Parra
Abogado
Universidad Libre - Seccional Socorro

Diego Jaramillo Vargas
Estudiante de derecho
Universidad de los Andes

Carla Bonell Pagano
Abogada
Universidad del Atlántico

Daniela Rojas Dager
Estudiante de derecho
Universidad de los Andes

Alejandra Gutiérrez Gallego
Estudiante de derecho
Universidad de los Andes

Laura Carolina Guevara
Estudiante de derecho
Universidad de los Andes

María Camila Martínez
Estudiante de derecho
Pontificia Universidad Javeriana

Natalia Andrea Roa
Estudiante de derecho
Universidad de los Andes

Valentina Romero Prada
Estudiante de derecho
Pontificia Universidad Javeriana

Comité Académico

Catalina Botero Marino
Máster (DEA) en Derecho
Universidad Carlos II de Madrid

Julieta Lemaitre Ripoll
Doctora en Derecho
Harvard Law School

Lina Fernanda Buchely
Doctora en Derecho
Universidad de los Andes

Helena Alviar García
Doctora en Derecho
Harvard Law School

José Miguel Mendoza
Doctor en Derecho
Oxford University

Mauricio García Villegas
Doctor en Derecho
Universidad Católica de Lovaina

Jorge González Jácome
Doctor en Derecho
Harvard Law School

Esteban Restrepo
Doctor en Derecho
Yale Law School

Diego López Medina
Doctor en Derecho
Harvard Law School

Isabel Cristina Jaramillo
Doctora en Derecho
Harvard Law School

Daniel Bonilla
Doctor en Derecho
Yale Law School

Liliana Obregón Tarazona
Doctora en Derecho
Harvard Law School

Beatriz Sánchez Mojica
Doctora en Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Juan Manuel Amaya Castro
Doctor en Derecho
Universidad Libre de Amsterdam

Diagramadores

Jorge Andrés Duarte
Estudiante de diseño
Universidad de los Andes

Juan Diego Gómez
Estudiante de diseño
Universidad de Investigación y Desarrollo

Este Volumen de UNA Revista de Derecho está dedicado a la memoria de

Laura Carolina Guevara Umaña

Miembro del Comité Editorial 2021-2022

Por sus destacables aportes y dedicación a este Volumen y a la Revista

Q.E.P.D.

Índice

Editorial - UNA Revista de Derecho, UNA perspectiva estudiantil 7
Juliana Gloria Carbonell, Valeria Sánchez Aroca

Artículos Académicos

Elementos de enfoque de género en clave constitucional. 10
Natali Niño-Patiño

Inteligencia artificial en el proceso de predicción de decisiones judiciales como modelo asistencialista mixto: entre la codificación y la justicia equitativa. 38
Geison Alexander Galvis Vega; Gabriela Alfonso Acosta; Laura Camila Olarte Mojica; Valentina Garzón Fierro; Pedro Enrique Chaves Rodríguez; Carlos Fernando Cabeza Zambrano; Anamaría Rodríguez Peñaloza; Isabel Cristina Trespalacios Rojas

La declaración de interés público de medicamentos en Colombia como mecanismo de protección del derecho a la salud desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 69
María José Arango, Gabriela Arévalo Campo

La reparación de las víctimas de acuerdo a los parámetros del SIDH frente al Acuerdo de Paz en Colombia. 102
Cristian Fernando Boyacá Manrique

El alcance de la renta vitalicia: una institución olvidada con un nuevo aire. 119
Alejandro Nieto Hernández

Antecedentes históricos de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MASC): Aportes desde el derecho romano. 154
Juan Pablo Naranjo Vallejo

La explotación como elemento del tipo de pornografía infantil. Análisis del artículo 218 CP a la luz de la jurisprudencia colombiana. 209
Hernán Felipe Murcia Gutiérrez

Salud y derechos: médicos, prestaciones laborales y relaciones de trabajo encubiertas en el sector público. 234
Juan Pablo Villarreal Acosta, Néstor Javier Ortiz Díaz

El problema de los medicamentos falsificados en el comercio electrónico colombiano: una aproximación desde el Diseño Legal. 272
Juan Pablo Carbonell Muñoz

Capitalización de intereses en créditos educativos: una narrativa de la realidad colombiana y un dilema constitucional. 306
Edgar Giovanny Monsalve Jiménez

UNA Revista de derecho, *una* perspectiva estudiantil

Juliana Gloria Carbonell* y Valeria Sánchez Aroca**

31 de julio de 2022

En la editorial de la primera edición de UNA, Emilio Lehoucq, cofundador y exdirector de la revista, habló de su esperanza de que dicho volumen aportara algo a la academia legal colombiana y latinoamericana: "si lo hace, UNA Revista de Derecho, y el proyecto más amplio que encarna, seguirán teniendo un futuro prometedor"[2]. Hoy, casi seis años después, podemos asegurarle a Emilio que cada día está creciendo más la revista, desde sus aspectos organizacionales y administrativos, hasta aquello que la hizo nacer: las discusiones académico jurídicas protagonizadas por estudiantes.

Más que discusiones académicas, discusiones humanas

El primer número del séptimo volumen de esta revista es una muestra del continuo interés y dedicación de los estudiantes de derecho en la creación y reproducción de conocimiento dentro de la academia legal. Este año, recibimos un histórico número de aplicaciones para ser parte del comité editorial, quedando demostrado así que la pasión por la lectura, el análisis crítico y la curiosidad por aprender continúa caracterizando a los estudiantes de derecho y profesionales del derecho. Después de culminar difíciles procesos de elección de nuevos miembros, este nuevo volumen contó con un comité editorial conformado por estudiantes de derecho y abogados de lo largo y ancho del país, aportando desde sus perspectivas críticas a los múltiples aspectos jurídicos que permean nuestra cotidianidad.

Para este volumen, la revista recibió un gran número de textos desde Colombia y varios países latinoamericanos para ser sometidos a evaluación, por lo que el comité editorial tuvo la ardua labor de seleccionar aquellos que mejor se ajustaran a los parámetros de examinación con respecto a redacción y argumentación. Dentro de las largas discusiones del comité editorial, suscitaron situaciones poco

* Codirectora de UNA. Estudiante de Derecho con opción en Lengua y cultura italiana de la Universidad de los Andes. Correo: ji.gloria@uniandes.edu.co

** Codirectora de UNA. Estudiante de Derecho con opción en Gestión, emprendimiento y economía de la Universidad de los Andes. Correo: v.sancheza@uniandes.edu.co

2 Emilio Lehoucq, "Editorial", UNA Revista de Derecho. No. 1 (2016): p. 1-2, https://una.uniandes.edu.co/images/pdfedicion1/indice-presentacion-editorial/Editorial-UNA-Revista-de-Derecho.pdf

antes vistas en dicha fase de preselección de textos. Deberes éticos, dilemas morales y cuestionamiento de opiniones respecto de los diversos temas que algunos autores pusieron a nuestra consideración se convirtieron en dudas acerca de políticas editoriales y el rol de la revista en el contexto social, político y jurídico actual. Estas discusiones nos permitieron poner en perspectiva nuestros conocimientos jurídicos pero, sobre todo, nuestro lado más humano, para poder tomar decisiones sobre la publicación.

UNA perspectiva estudiantil

De este número quisiéramos rescatar, sin dejar a un lado la valiosísima contribución de profesores y académicos con larga trayectoria en el ámbito, la notable participación juvenil –de estudiantes y abogados recién egresados– en la producción de textos académicos que aportan enormemente al debate jurídico latinoamericano. Más específicamente, este volumen incluye una variedad de temas que abarcan múltiples ramas del derecho: el enfoque de género constitucional; la inteligencia artificial en procesos judiciales; la protección del derecho a la salud desde el derecho internacional; la salud pública y el diseño legal; la capitalización de intereses en créditos educativos; la explotación en el tipo penal de pornografía infantil; las prestaciones laborales en el sector público de la salud; la reparación de las víctimas en el Acuerdo de Paz; nuevas aproximaciones a la renta vitalicia; y los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos a partir del derecho romano. Todas estas ópticas estudiantiles permiten darle frescura a los debates académicos que se dan en la actualidad y en nuestra revista.

Hoy, la publicación de nuestro contenido no se limita a nuestros dos volúmenes al año, pues publicamos contenido jurídico semanal y mensualmente a través de nuestras redes sociales, blogs y podcasts, recursos mediante los cuales pretendemos alcanzar a un público más amplio de maneras diversas. Como estudiantes, comprendemos que las discusiones jurídicas pueden llegar a tener repercusiones reales y directas en la vida de las personas que poco comprenden el mundo legal, por lo que la transmisión de nuestro conocimiento de manera asertiva se torna de vital importancia.

Agradecimientos

Este nuevo volumen de UNA no hubiera sido posible sin la dedicación del comité editorial: Sebastián Lozano Parra, Carla Bonell Pagano, Laura Carolina Guevara, Natalia Andrea Roa Ladino, Daniela Rojas, Alejandra Gutiérrez Gallego, María Camila Martínez Matallana, Valentina Romero Prada, Diego Jaramillo y Verónica Barrios. Igualmente, destacamos el arduo trabajo de Jorge Andrés Duarte y Juan Diego Gómez en el diseño y diagramación de este último número.

Asimismo, quisiéramos extender un agradecimiento a los pares certificados por el Ministerio de Cien-

cias, Tecnología e Innovación, que contribuyeron evaluaciones expertas de los textos que fueron puestos a nuestro criterio para una eventual publicación, a saber: Ronald Cuenca, Olga Sofia Morcote, Andrea Alarcón, Paola Sierra, Melina Ocampo, Julian Dario Bonilla, John Fernando Restrepo, Eric Leiva, Adolfo Ibáñez, Rodrigo Corredor, Jean Carlo Mejia, Sandra Villa, Bernardo Carreño, Mariana Bernal, Yenifer Yiseth Suárez, Orlando de la Vega, Angélica María Parra, Katherine Bermúdez, Iván Leonardo Martinez, Sergio Andrés Caballero, Natali Niño, Katherine Florez, Plinio Enrique Marquéz y Hernán Alejandro Olano. Adicionalmente, le extendemos un agradecimiento a René Urueña por su valioso apoyo en la discusión de uno de los textos en fase de preselección. Junto con ellos, agradecemos a Magnolia Prada, coordinadora de publicaciones y grupos de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes por su ayuda con el proceso de pares de nuestra revista.

Finalmente, no podemos dejar de lado a los fundadores de UNA Revista de Derecho Andrés Caro, Felipe Yamín y Emilio Lehoucq por haber creado este proyecto que hoy llamamos UNA y que seguimos construyendo y resignificando todos los días. A Alejandra Garay, Laura Olarte y Juan Camilo Boada, ex miembros de la Revista, les agradecemos por ser un ejemplo a seguir e inspirarnos a continuar construyendo este sueño con la dedicación y pasión que requiere el derecho y la academia.

Sin ser más, esta editorial está dedicada a todos aquellos estudiantes que se dejan llevar por la curiosidad que les permite aportar ideas innovadoras que, como este nuevo volumen de UNA, genera nuevos debates en el ámbito jurídico y académico y propician nuevos cuestionamientos para el presente y el futuro. A fin de cuentas, esta curiosidad es lo que caracteriza a los estudiantes que, independientemente de la etapa de la carrera en la que se encuentren, buscan aprender y aportar desde su perspectiva, UNA perspectiva estudiantil.

Hoy, 31 de julio de 2022, con mucho orgullo les presentamos el séptimo volumen, número 1 de UNA Revista de Derecho. Esto es para ustedes.

Elementos del enfoque de género en clave constitucional*

Natali Niño-Patiño**
Recibido: 15 de abril de 2022. Aceptado: 12 de julio de 2022.

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo principal revisar las diferentes jurisprudencias que la Corte Constitucional ha emitido en clave de enfoque de género con el fin de establecer unos parámetros que nos permitan pensar cómo poder establecer una teoría del caso para la defensa y protección de las personas en clave del concepto de género. La hipótesis que se pretende demostrar es que el enfoque de género ha transformado la forma de comprender los casos en el derecho cuando se trata de defender a personas que han sido víctimas de violencia en contra de la mujer o de discriminación por orientaciones sexuales diversas o por su género. El método que utilizaré es el deductivo en el que a partir del análisis de textos constitucionales podré establecer unos criterios imperativos en el litigio del derecho laboral para pensar casos en clave al género.

Palabras clave

Género, enfoque de género, perspectiva de género, constitucionalismo

*Este artículo es producto de la investigación realizada en el marco del grupo de investigación del Observatorio de Paz titulada: Democracia, derechos humanos y participación política. Grupo categorizado en C por Minciencias y registrado con el código COL 0213569, vinculado al Centro Nacional de Investigaciones de la Universidad Libre. Artículo de revisión.
**Filósofa y abogada. Coordinadora de los posgrados en Filosofía de la Universidad Libre. Docente investigadora del Observatorio de Paz de la Universidad Libre. Magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Estudiante del Doctorado en Derecho. Docente del pregrado en Filosofía de Lógica. Docente de investigación del Instituto de Posgrados, en la clase de filosofía del género e instituciones del Derecho. Miembro activo del Centro Internacional de Estudios Jurídicos Interdisciplinarios Latinoamericanos, CIEJIL. Editora académica y autora de varios artículos. Contacto: natali.ninop@unilibre.edu.co; ORCID, https://orcid.org/0000-0002-7560-8008.
UNA Rev. Derecho (En línea). Vol. 7 (1). Julio 2022. e-ISSN2539-5343·

Elements of the Gender Approach in a Constitutional Key*

Natali Niño-Patiño**
Received: April 15, 2022. Accepted: July 12, 2022.

Abstract

The main objective of this article is to review the different jurisprudences that the Constitutional Court has issued in terms of the gender approach to establish some parameters that let us think about how to establish a theory of the case for the defense and protection of people in terms of the concept of gender. The hypothesis to be demonstrated is that the gender approach has transformed the way of understanding cases in law when it comes to defending people who have been victims of violence against women or discrimination based on different sexual orientations or gender. The method I will use is the deductive one in which, based on the analysis of constitutional texts, I will be able to establish some imperative criteria in labor law litigation to think about cases in terms of gender.

Key words

Gender, gender approach, gender perspective, constitutionalism

*This article is the product of research carried out within the framework of the Observatorio de la Paz research group entitled: Democracy, human rights and political participation. Group categorized in C by Minciencias and registered with the code COL 0213569, linked to the Centro Nacional de investigaciones de la Universidad Libre. Review article.
**Philosopher and lawyer. Coordinator of the postgraduate courses in Philosophy at the Universidad Libre. Research professor at the Observatorio de la Paz of the Universidad Libre. Master in Philosophy of Law and Legal Theory. Specialist in Philosophy of Law and Legal Theory. Student of the Doctorate in Law. Undergraduate teacher in Philosophy of Logic. Research professor at the Postgraduate Institute, in the philosophy of gender and legal institutions class. Active member of the International Center for Latin American Interdisciplinary Legal Studies, CIEJIL. Academic editor and author of several articles. Contact: natali.ninop@unilibre.edu.co; ORCID, https://orcid.org/0000-0002-7560-8008.

Introducción

La categoría género nos ha permitido reflexionar sobre múltiples violencias que se presentan en contra de las personas que no se ajustan en sus acciones, comportamientos y creencias a ciertos roles y estereotipos[1] impuestos por una determinada sociedad. Los cuales justifican (roles y estereotipos) a través de la historia y que por su fuerza cultural no reconocen la diferencia, produciendo acciones que conllevan a falta de reconocimiento, y que ponen en desventajas sociales a determinadas personas.

Es así como, las mujeres, incluida a las mujeres trans, las personas con diversidad sexual diferenciada, y las personas estereotipadas se enfrentan constantemente en la vida a la discriminación, la exclusión, la invisibilización de sus cuerpos y de sus intereses, a violencia, ciberviolencias, abusos sexuales, entre otras formas de acoso y violencia en ambientes públicos y privados.

A partir de la experiencia de la violencia cultural, estructural y directa[2] que sufre este grupo poblacional, diversos movimientos sociales han producido formas de conocimiento para poder explicar y comprender los problemas que se desarrollan en este contexto. Es así como, el enfoque de género, como un concepto transversal en las ciencias sociales, se introduce como una propuesta jurídica y política en la *Cuarta Conferencia sobre la Mujer en Beijin*[3] en la que busca instalarse en las distintas instituciones como un medio de pensar los problemas en clave de los intereses y la forma de ver el mundo de las mujeres.

El enfoque de género como una categoría jurídica se ha implementado en dos direcciones, en la primera, se ha introducido a través de normas jurídicas[4]; que imponen la producción de políticas públicas en clave a la diferencia y en la segunda dirección en relación con la producción de jurisprudencia; principalmente constitucional que obliga a las autoridades a resolver problemas en clave a enfoque diferenciales. Esto, al mismo tiempo, imprime sobre los abogados y abogadas una necesidad imperiosa de pensar los casos de manera diversa.

De esta manera, el enfoque de género se introduce como una categoría analítica y metodológica[5] que le da fundamento sustancial y procesal para pensar, desarrollar y construir la solución de los problemas

1 Los roles son tareas asignadas a un sexo determinado. El rol de cuidado y el privado es impuestos culturalmente a las mujeres, el rol público y del trabajo se le asocia tradicionalmente a los hombres. Los estereotipos son determinadas formas e imaginarios que imprimimos sobre los otros y les imponemos esas conductas como formas normales de actuar. Ver Sentencia Sentencia C-203/19. Corte Constitucional Colombiana. C-203 de 2019. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

2 Según Johan Galtung. La violencia puede ser directa e indirecta. La violencia indirecta se divide en violencia cultural y estructural y la violencia directa es la que podemos ver, como las violaciones, los golpes, las heridas o incluso el cuerpo sin vida. Johan Galtung. *Tras la violencia 3R: Reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles de la guerra y la violencia.* Bakeaz. España. 1998.

3 United Nations. Fourth World Conference on Women, Beijing 1995, China.

4 Puede verse el Decreto 4798 del 2011, también el acuerdo de paz también se encuentra determinado por la necesidad de construir una política pública en clave al género. Presidencia de la República. Ley 1257 de 2008, *"por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones".*

5 Natali Niño. *Perspectiva y enfoque de género: herramienta para la toma de decisión judicial. Temas Socio-Jurídicos, 38(77),* 11-28. 2019. https://doi.org/10.29375/01208578.3741

en clave de género. En otras palabras, a partir una metodología, constituida a partir de la diferencia, se imprime un enfoque diferencial para poder revisar la violencia cultural y estructural que determina la violencia en contra de las mujeres y de las personas con diversidad sexual diferenciada. Puesto que, datos empíricos demuestran que esta población sufre de manera desproporcionada violencia en el entorno públicos y privados.

Es así como este artículo tiene como propósito principal responder a la siguiente pregunta: ¿Qué elementos pueden servir para construir una teoría del caso en clave al enfoque diferencial de género? Para desarrollar lo anterior, en la primera parte hablaré sobre la noción de enfoque de género. En la segunda parte, realizaré un análisis de diferentes jurisprudencias constitucionales en el mundo y finalmente, en la tercera página estableceré unos parámetros que se deben tener en cuenta al momento de comprender un caso en clave de género.

Mi hipótesis consiste en sostener que debemos aplicar en enfoque diferencial de género en construcción de casos en el litigio, que permita permear del enfoque de género diversos momentos que se pueden suscitar estos problemas, como, por ejemplo, desde la construcción de la demanda, la contestación de esta, la práctica de pruebas y demás etapas procesales una permeabilidad del enfoque diferencial de género. Se hace importante también esclarecer, que el enfoque diferencial de género debe ser pensado desde cada una de las disciplinas del derecho, pues el derecho sustancial, y procesal del derecho penal, laboral, civil, de familia, agrario, etc., requiere de una revisión puntal de cómo el enfoque permea estas instancias.

La metodología que utilizaré será en un primer momento la conceptual-descriptiva. En tanto que, estableceré cómo los conceptos han permeado el mundo jurídico para la construcción del enfoque diferencial de género. En un segundo momento, utilizaré en análisis de sentencia, que me permita reflexionar sobre las diferentes reglas y subreglas que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha diseñado en clave al enfoque diferencial de género y finalmente utilizaré en método deductivo, en el que a partir de unos argumentos dados por la Corte Constitución se pueden deducir ciertos imperativos para ser aplicados en diferentes momentos para pensar casos en el marco del enfoque diferencial de género.

1. Enfoque de género en el derecho constitucional colombiano

En enfoque diferencial de género es una institución relativamente nueva. Es pensada, en una primera instancia en diferentes escenarios del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres. De esta manera por primera vez, se utilizan dos conceptos *gender perspective y gender approach.* El primer concepto, se traduce como perspectiva de género que podríamos comprender como las teorías

y conceptos diseñados desde los estudios de género para justificar y fundamentar por qué debemos pensar los problemas de manera diferenciada. El segundo concepto *gender approach* significa enfoque de género y por la misma connotación que tiene la palabra *approach* implica un enfoque que permita aproximarse más de cerca a los problemas de las mujeres, esto por su puesto necesita de un lente diferenciado para poder realizar este acercamiento y detectar la violencia que se oculta bajo creencias. Los conceptos de género como de enfoque se han tratado en la literatura jurídica como sinónimos. Sin embargo, es importante realizar la diferenciación con el fin de poder maximizar la potencia que tiene cada uno de los conceptos para pensar, formular, fundamentar, aplicar, los problemas en clave de género[6].

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres encontramos el principio de no discriminación por sexo contemplado en varios instrumentos internacionales, como por ejemplo *La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la mujer*[7], y la *Convención Belem do Pará*[8]. Además de esto, se encuentra la Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, en dónde hacen recomendaciones puntuales en cada una de las áreas del derecho[9].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, ha emitido varias jurisprudencias en el que obligan a los Estados a introducir el enfoque de género para construir políticas públicas que contribuyan a superar las violencias en contra de las mujeres, en el que se ha impuesto a los Estados capacitaciones a las y los funcionarios públicos para capacitarse en esta herramienta[10].

Diferentes investigaciones, en especial las investigaciones que provienen del *Feminist Jurisprudence*[11] han denunciado las desigualdades estructurales que se producen en relación con la conceptualización y la producción del derecho. Desde esta perspectiva, estudios de carácter sociológico se han dedicado de evidenciar cómo las mujeres y en especial las mujeres pobres, migrantes, desplazadas, lesbianas son afectadas de forma perjudicial en la toma de decisión judicial. Me gustaría, en este sentido, resaltar el trabajo de la profesora Dina Alvez, titulado[12] *Acusadas negras, jueces blancos.* En dónde se muestra como los jueces sostienen penas mucho mayores en relación de las mujeres negras.

---

6 Niño, *"Perspectiva y enfoque de género"*. Para finalidad de este texto utilizaré estos conceptos de manera diferenciada. Enfoque como una categoría metodológica que permite construir elementos sistemáticos y concretos para tomar pensar los problemas en clave de género y perspectiva como las diferentes teorías y estudios de género que nos contribuye a fundamentar el enfoque de género.
7 Naciones Unidas. *La convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la mujer.* Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1)
8 Organización de Estados Americanos. *La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.*
9 Recomendación núm. 33. Numeral III. *Recomendaciones para esferas específicas del derecho. Naciones Unidas. La convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la mujer.* Recomendación general núm. 33 *sobre el acceso de las mujeres a la justicia.* Del 3 de agosto de 2015.
10 Véase por ejemplo la sentencia *Campos Algodoneros vs México.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Campos Algodoneros vs México.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009.
11 Patricia Smith. Feminist Jurisprudence. Oxford University Press. United States. New York, 1993.
12 Dina Alves. Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. Revista CS, 21, pp. 97-120. Doil: http://dx.doi.org/10.18046/recs.i21.2218

Por su parte, una denuncia sobre la forma en que los jueces de *hecho* toman decisiones judiciales tiene que ver con los sesgos que tienen y que ponen en desventajas a una parte de la población. Uno de los primeros textos que se escriben desde la perspectiva de una mujer magistrada que quiere pensar las perspectivas que pueden aportar las mujeres en la jurisdicción, es el texto de Bertha Wilson, la primera mujer, en llegar a la Corte Suprema de Canadá, el texto se titula *Will women judges really meke a difference?*[13] El cual plantea el problema de los estereotipos y los prejuicios en relación con la toma de decisión judicial, poniendo en evidencia que los jueces aplican ciertos criterios que producen discriminación afectando a las mujeres, a las personas negras, pobres, entre otras. Desde aquí se plantea la situación sobre cómo poder establecer límites a las creencias de los y las juezas para que no afecten a las determinadas poblaciones. Rechazando cualquier teoría que considere a los jueces como miembros apolíticos y sin creencias.

Por su parte, en Colombia los enfoques diferenciales, y en especial en enfoque diferencial de género comienza a introducirse desde el punto de vista de los problemas de las mujeres con la creación de leyes, decretos e incluso en el *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado en Colombia*[14], en adelante *Acuerdo de Paz,* que permiten introducir herramientas a las diferentes instancias que resuelven procesos en clave de violencia en contra de la mujer.

La Corte Constitucional colombiana por su parte ha desarrollado un sinfín de jurisprudencias que nos contribuyen a conceptualizar el enfoque diferencial de género y es importante recalcar que este desarrollo se ha edificado en dos sentidos, en un primer lugar, en la comprensión de los problemas de las mujeres en busca de introducir herramientas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres y por otro lado, la Corte Constitucional ha utilizado la categoría género como una forma de pensar los problemas de las personas con diversidad sexual diferenciada. Es así como, la categoría género, nos puede abrir el radio de acción para ampliar en enfoque de género en el desarrollo de pensar y resolver problemas en clave de personas que sufren la violencia de un sistema sexo género.

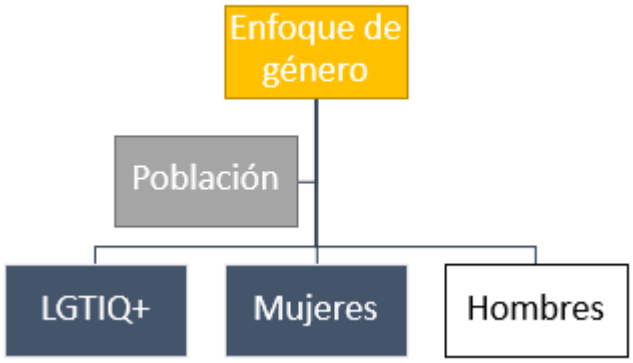
2. Género y enfoque de género: radio de acción constitucional

Como ya señalé anteriormente, la Corte Constitucional ha contribuido a una revisión de casos sobre la violencia de género en dos poblaciones en concreto, por un lado, de las mujeres, y por otro, las personas con diversidad sexual diferenciada[15]. Por esta razón, este acápite se enfocará en realizar un

13 Bertha Wilson. Will women judges really make a difference? Osgoode hall Law journal. Volume 28. Number 3 (Fall 1990).
14 Colombia. *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado en Colombia.* 2017.
15 En resumen, hasta el momento el enfoque de género en clave constitucional, lo podemos aplicar para pensar en dos poblaciones afectadas por un sistema basado en el sexo -género. Las mujeres y las personas con diversidad sexual diferenciada. En mi criterio, es importante comenzar a explorar otras dimensiones de explicación desde un punto de vista jurídico. Pues las nociones de nuevas masculinidades nos permiten también evidenciar, cómo el modelo sexo- género, imprime violencias sobre las subjetividades masculinas. En el que aún permiten y justifican normas basadas en estereotipos que refuerzan los imaginarios sobre un género en específico. Como lo es la norma que prohíbe a los hombres ser copilotos en las motos. Vulnerando así sus libertades. Si rechazamos

análisis de sentencias seleccionadas en clave de género con el fin de evaluar cómo ha evolucionado la disertación sobre el género hasta el llegar a la necesidad de construir el enfoque diferencial de género en Colombia.

Cuadro número 1. Personas protegidas por el enfoque de género



Autora: Niño.[16]

2.1. Discusión sobre género: avances sobre la población LGTBIQ+

Una de las primeras sentencias en las que se utiliza el género como una categoría en clave constitucional, en el marco de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es la Sentencia T-477 de 1995[17]. El caso es una tragedia. Un niño campesino que vive en una zona rural en Colombia es dejado solo en su casa y el perro le arranca el miembro viril. Sus padres angustiados al otro día deciden llevarlo al municipio más cercano para recibir asistencia médica. Los médicos en este caso determinan que es mejor hacer que el niño sea reconocido ahora como una niña, que pueda vivir como niño sin el órgano reproductor propio de los "hombres".

Este hecho no es aislado. En Estados Unidos, el psicólogo John Money había creado una clínica para atender los casos de las personas intersexuadas. Sin embargo, Money recibió personas a las que se les había amputado el pene y recomendó a sus familiares educarlos como niñas, puesto que considera que: *"el comportamiento sexual y la orientación hacia el sexo macho o sexo hembra no tienen un fundamento*

el feminismo basado en el marxismo que sustenta la idea de que los hombres son los opresores y las mujeres las oprimidas y nos trasladamos a un feminismo que sustenta la idea según la cual, el sistema sexo género construye estereotipos y roles que imprimen violencias a todes, entonces tenemos que aceptar que el enfoque de género también da la puerta a comprender las violencias que se generan entorno a los hombres y poder construir categorías que contribuyan a superarlas.

16 Realización propia a partir de la elaboración del contenido formal del texto.

17 Corte Constitucional Colombiana. T-477 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

innato[18]". No obstante, tanto la reputación de Money como su clínica entran en un profundo desprestigio, en los años 70s, por el caso Bruce/Brenda. Money recibe el caso de Bruce cuando llega su madre a preguntarle qué debe hacer con uno de sus hijos a quién le habían amputado el pene por un error en una intervención quirúrgica. Money recomienda que debe educarse ahora como Brenda y deben disponerse todos los dispositivos médicos para transformar el cuerpo de Bruce en una mujer.

Este caso deviene en el suicidio de Bruce. Quién entrada en la adolescencia decide no continuar con el tratamiento y continuar siendo hombre, pero esta transformación fracasa y Bruce toma la decisión de suicidar. De esta misma manera, los médicos del caso de niño de la T-477 de 1995 (que se reservan el nombre) piensan que podrán normalizar la vida del niño transformándola en niña. Pero al igual que el caso de Bruce, esta intervención fracasa y el niño comienza a tomar todas las medidas, incluso medidas de carácter constitucional para reversar todo el proceso de la transformación de su cuerpo a través de dispositivos y químicos médicos.

Los médicos del caso responsabilizan el contexto del niño por el fracaso de la transformación y se refieren de la siguiente manera:

> "Creo que en este caso hubo una falla de la sociedad". "Fuerzas extrañas a la actividad médica (la sociedad, la familia y las instituciones donde fue educado) no consiguieron construir esa personalidad femenina". y pronostica las "dificultades tan grandes que le trae asumir el sexo masculino[19]".

La Corte Constitucional en esta sentencia, no solamente condena la falta de profesionalismo por parte de los médicos en la forma en cómo se manejaron los casos, -pues se evidencia que el niño de esta sentencia no era el único-. Sino también pone de presente la necesidad de establecer la voluntad de los niños al momento de realizar la readecuación del género. Estableciendo ciertas reglas a la voluntad para poder tomar medidas en los casos que se presenta en esta dirección.

A pesar de la tragedia de lo sucedido, la sentencia cobra una vital importancia en los casos sobre género. Puesto que, se comienza a realizar un tránsito desde una perspectiva biologicista, esto es el género anclado a la naturaleza en el que hombre igual a pene y mujer igual a vagina y comenzamos a pensar los procesos psicológicos que tiene una persona en la construcción de la identidad sexual.

Cuatro conceptos se desarrollan en clave constitucional: género, sexo, identidad de género y orientación sexual[20]. Insiste la Corte Constitucional que el género es una construcción cultural que está de-

18 Elsa Dorlin. Sexo, género y sexualidades. Introducción a la Teoría Feminista. Edición nueva visión. Argentina. Buenos Aires, página: 32

19 Ibídem.

20 Es importante resaltar que sobre estos conceptos existe una fuerte discusión en las teorías feministas. Para unas, primero es el sexo y este construye el género en clave social, acá podemos encontrar a las feministas sociológicas de los años 70s. Para otras, por el contrario el género, construye al sexo como un dispositivo de poder y de control. La Corte Constitucional asume la primera tendencia que presenta varios problemas que denuncian las feministas Queer. Como por ejemplo la esencialización de los géneros en clave cultural. Para una revisión, más profunda de esta discusión y sus posibles soluciones recomiendo el texto de: Fraisse Ge-

terminado por una sociedad especifica, así una mujer es pensada en relación a una cultura, igualmente un hombre. Por ello, es diferente una mujer de una comunidad indígena a una mujer en Bogotá, los códigos culturales son completamente diferentes. El sexo representa un órgano genital, los cromosomas y demás determinaciones bilógicas. La identidad de género hace referencia a como las personas se identifican respecto de un género determinado (bien sea hombre o mujer) y la orientación sexual a las preferencias sexuales con las que se relaciona una persona en sus sentimientos[21].

Las identidades de las personas empiezan a tomar un papel fundamental en la teoría constitucional, principalmente en clave al principio de autodeterminación del cuerpo, de la vida, de las preferencias y gustos. La libertad de expresión se convierte en la piedra angular del reconocimiento de los derechos de las personas LGTBIQ+[22]. Por consiguiente, ya no hay argumentos teóricos justificables (el destino natural) en el que se encuentren límites de esta comunidad. No obstante, es la Corte Constitucional es la que ha dado esos primeros pasos para otorgar derechos en clave a la apertura de reglas y subreglas que incluya el reconocimiento de estas subjetividades en las institucionales. Puesto que, una institución como el Congreso de la República no ha logrado materializar normas de garanticen la inclusión y la diversidad.

A través de la Corte Constitucional y de la labor de los jueces y juezas (con excepción de casos), las personas con diversidad sexual diferenciada comienzan a tener derechos laborales y sociales, como, por ejemplo, el acceso a la pensión de sobreviniente, el derecho a la salud y a la afiliación al sistema de Seguridad Social como beneficiario por parte de su pareja. En el año 2017, se resolvió el conflicto a favor de las personas con diversidad sexual para acceder al matrimonio civil. Pues antes se denominaban uniones solemnes. Matrimonio que como bien sabemos es fuente de reconocimiento de derechos en el marco del derecho laboral.

La Corte Constitucional también se ha pronunciado en relación a las personas Trans. Quienes enfrentan límites institucionales para el reconocimiento de sus derechos, como laborales y del sistema de seguridad social. Por lo que, en primer lugar, la Corte Constitucional abre la apertura al concepto de trans y señala que es quien:

> "transita del género asignado socialmente a otro género. En ocasiones, el papel de género

neviéve. Los excesos del género: concepto, imagen y desnudez. 2016 Editorial cátedra. España.

21 Entre otras sentencias, puede consultarse la T-099 del 2015 y la T-033 del 2022.

22 En este punto es interesante pensar el caso de Brasil. Puesto que, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal ha conectado el principio de la libertad, de la autodeterminación y de la dignidad humana en clave con la búsqueda de la felicidad como el elemento fundamental para el reconocimiento de los de derechos de las personas con diversidad sexual. De la siguiente manera se refiere: *"Vale referir [...] que o magistério da doutrina - apoiando- se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) tem revelado admirável percepção quanto o significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalissimo à orientação sexual quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homosexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares".* STF - RE: 477554 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/07/2011, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 02/08/2011 PUBLIC 03/08/2011 RT v. 100, n. 912, 2011, p. 575-588).

> asignado por la sociedad no coincide con la perspectiva de la persona, de modo que a veces un sujeto de sexo masculino, se identifica psicológicamente con lo femenino. En este caso, a lo largo de su ciclo vital, estas personas rechazan el rol masculino asignado por la sociedad, asumen su identidad femenina y transitan hacia un rol social femenino[23]".

Muchos son los dilemas que han tenido que enfrentar las personas trans en la búsqueda del reconocimiento institucional. Veamos algunos casos. La Corte Constitucional ha evidenciado cómo un mundo basado en el sistema dual de género (hombre y mujer) hace que existan desventajas sobre las construcciones de las identidades de las personas trans. Obligándolas a través de diversos dispositivos jurídicos a decidir institucionalmente un género u otro. Por ejemplo, si una mujer que tiene un sexo asignado al nacer, pero que, no se siente identificado con este género y prefiere autoreferenciarse como hombre, o al contrario puede enfrentarse a un sinfín de dilemas en el marco de dispositivos jurídicos. Porque estos siempre están exigiendo claridad en la identificación de las identidades de las personas, como si estas se construyeran a partir de una ontología previa y preconcebida que garantiza una suerte de estabilidad objetiva. Por lo que, la necesidad de establecer un género estable que corresponda con los documentos públicos conlleva a humillaciones y falta de respeto.

Por ejemplo, en los centros educativos son cada vez los casos de personas trans que se cambian los nombres sin que estos hagan el ejercicio legal para que quede en los documentos públicos y privados establecidos. No obstante, por la necesidad constante de ser llamada o llamado a lista se le pone en tránsitos vergonzosos que le cuestionan su identidad y su deseo de ser reconocido públicamente de determinada manera que no es la institucional. Por lo que se necesita imperativamente una política pública que piense los dilemas y los retos que plantea la diversidad.

Por otra parte, en el plano laboral la asignación de dotación se le otorgará atendiendo el género inscrito en la cédula. Uno de estos casos llegó a la Corte Constitucional[24], en tanto, una mujer de nacimiento que se identificaba con el género masculino, solitió no utilizar cierta parte del uniforme femenino. Por lo que se vio sometida a un sinfín de dudas sobre su identidad y la necesidad de poner está en un plano "objetivo" e institucional. Por lo que la Corte Constitucional llama la atención a las empresas de crear una política de género que no imprima estas rupturas en la construcción de las identidades de los y las trabajadoras.

También las personas que realizaban el tránsito de un género a otro, por ejemplo, de hombre a mujer se les negaba las pensiones con relación a los requisitos de una mujer, pues esto en el régimen de prima media resultan más favorables[25]. La Corte Constitucional insiste en que no es posible tratarlas para unas cosas como mujer y para otras como hombres, lo que llama la atención a las empresas de capacitarse en clave de género y a tomar decisiones en relación a este tipo de problemas que no limiten los

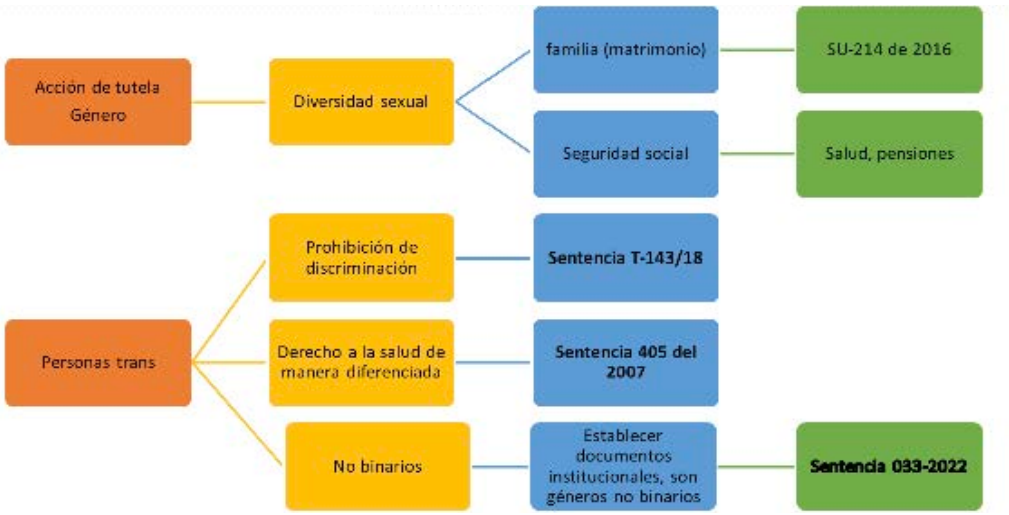
23 Corte Constitucional Colombiana. T-314 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Ivan Palacio Palacio.
24 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-143 de 2018. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas.
25 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-440-2021. Magistrada Ponente: Paola Andrea Meneses Mosquera.

derechos y las libertada des de las personas.

Por último, otra situación que afecta a las personas trans, es la falta de empatía por parte de la comunidad médica para la atención de estos casos, pues muchas veces no tienen en cuenta los intereses propios de esta comunidad y los prejuicios y estereotipos contribuyen a la atención precaria en salud. Por lo que, la Corte Constitucional ha determinado la necesidad de implementar políticas diferenciadas para la atención en salud de esta población.

Finalmente, la sentencia T-033 de 2022 estableció la imperiosa necesidad de introducir el género no binario dentro de las identidades de las personas. Por lo que ordenó, a la procuraduría introducir esta cacilla en los documentos de identidad.

Cuadro número 2. Resumen de algunos derechos protegidos a través de la categoría género en perspectiva de diversidad sexual



Autora: Niño.[26]

2.2. Erradicar la violencia en contra de la mujer

Erradicar la violencia contra la mujer implica la realización conjunta de los roles que de manera estereotipada enfrentan las mujeres. Así, los roles asignados de manera arbitraria pero naturalizada en la historia determina un límite para el libre ejercicio de los derechos de las mujeres. El hecho de considerar que la mujer debe ocuparse del espacio privado y el hombre del público ha generado una suerte de límites en el desarrollo de la mujer en espacios diversos al hogar; como por ejemplo el trabajo.

Es así como la Corte Constitucional ha desarrollado criterios para socavar la violencia en contra de la mujer en clave a los tratados internacionales firmados y ratificados por Colombia. En tanto que,

26 Realización propia a partir de la elaboración del contenido formal del texto.

considera que los prejuicios y roles establecidos por una sociedad basada en el sistema sexo-género conllevan a generar discriminación y violencias. Veamos algunos casos que nos permitan ver cómo se ha desarrollado esta violencia en clave de mujer.

Una de las principales situaciones de violencia que enfrenta una persona[27] es la discriminación en el momento de la maternidad. Varios estudios han mostrado cómo las empresas diseñan técnicas para generar acciones que afectan principalmente a las personas en esta condición, como la realización de pruebas de embarazo para la contratación, el despido de mujeres embarazadas o la abstención de contratar a mujeres en periodos en dónde se presenta mayormente la maternidad.

Es por esta razón que el legislador ha diseñado mecanismos que protejan principalmente a las mujeres de estas acciones (es importante advertir que estos mecanismos deben hacerse extensivos a las personas que transitan por los cambios de género). Como lo es la noción de estabilidad laboral reforzada. Este fuero lo introduce la Constitución de 1991 con el fin de amparar a las personas que se encuentren en un estado de desventaja y que pueda verse afectado su contrato laboral. La Corte Constitucional ha interpretado este fuero de estabilidad laboral reforzada desde varios ámbitos. Entre ellos, el fuero por maternidad que consiste en la idea según la cual, el empleador no puede despedir a una mujer en estado de embarazo, sin la debida autorización del Ministerio de Trabajo.

Este fuero precisa de la revisión de casos puntuales. No requiere de un contrato determinado, pues entre otras cosas, el objetivo del fuero es proteger a la persona que está por nacer y su finalidad consiste en sancionar la conducta discriminaría que afecta a la persona embarazada.

Presentaré un caso. Una mujer que trabaja en un jardín y tiene un contrato a término fijo a un año, al finalizar el contrato, autoridades de la institución le dicen que le van a renovar el contrato junto con sus compañeras a quienes les solicitan las medidas para la elaboración del delantal que se utiliza en el trabajo. No obstante, en enero cuando comienza el momento de la contratación, la mujer avisa a algunas personas que son directivas del trabajo, que se encuentra en estado de embrazo, lo que conlleva a que no le generen el contrato laboral. La Corte Constitucional, en sentencia T-043 del 2020 señala esta medida como un acto discriminatorio y ordena el restablecimiento del derecho.

Por su parte, la ley 2114 del 2021 establece acciones para prevenir y sancionar los actos discriminatorios en contra de las mujeres en estado de embarazo[28]. Por ejemplo, la prohibición absoluta de pruebas de

27 Es importante cambiar acá la referencia de mujer embarazada a persona embarazada. La comunidad académica, las leyes y la jurisprudencia no pueden seguir utilizando un lenguaje exclusivo que pueda afectar a parte de la comunidad que se busca proteger. En la medida en que, tanto la ley (pensemos en la última ley sobre licencia parental compartida ley 2114 de 2021) como la jurisprudencia hablan en todo momento de mujer embarazada. Esto puede limitar los derechos de las personas trans, personas no binarias o que tienen un género fluido. Por ejemplo, en caso de una persona que nace el sexo mujer y queda en estado de embarazo. No obstante, en los documentos públicos realizó el tránsito para registrarse como hombre, sin que haya hecho el cambio de sexo bajo los presupuestos médicos. La referencia a mujer deja sin reconocimiento a toda esta población y posibles casos que pueden ir surgiendo en el mundo de la vida.

28 Me gustaría reiterar como el lenguaje deja por fuera a una comunidad de personas. Lo cual no contribuye con el reconocimiento y habría que dar el salto para hablar de persona en estado de embarazo.

embarazo antes de la contratación y la presunción legal como acto discriminatorio esta acción, lo cual implica la inversión de la carga de la prueba al momento de ventilarse un contrato laboral.

Otro aspecto sumamente fundamental en el entorno laboral tiene que ver con la necesidad imperativa de que comiencen a realizar una política pública que impacten las empresas e instituciones tanto públicas como privadas en clave de género para superar entornos de violencia y acoso en contra de las mujeres. Pues los estereotipos y los roles no permiten muchas veces tramitar de manera efectiva las denuncias, las investigaciones y las sanciones de los actos que se desarrollan en las empresas.

Esto lo evidencia la Corte Constitucional en la Sentencia T-140 del 2021[29]. En el que una mujer denuncia, por el delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, a un compañero de trabajo. A su vez, pone en conocimiento a la empresa de lo sucedido, solicitando que establezca una ruta clara, eficaz e inclusiva para no enfrentarse a un espacio violento en el trabajo. Además de esto, la accionante intenta denunciar conductas de acoso que padecen otras compañeras. No obstante, la empresa no realiza las respectivas acciones por considerar que no es competencia de esta la investigación y sanción de delitos. Lo que se traduce en un sometimiento de situaciones revictiminzantes en el espacio laboral, pues esta sentía que la empresa estaba protegiendo al agresor y no estaba tomando medidas para poder comprender el contexto en el que se desarrolló el acto delictivo.

De esta manera, a pesar de que la empresa no tiene la competencia para resolver este tipo de actos delictivos, si debió, según la Corte Constitucional, establecer una ruta a la denunciante para no sentirse insegura y desprotegida en el espacio laboral. Además de investigar y sancionar los actos que la accionante pone en conocimiento de la empresa sobre acosos que se venían cometiendo, ignorando por completo las solicitudes de la accionante, conllevando a que todo este contexto de impunidad generara la renunciar al trabajo por considerar que no se sentía segura en el espacio laboral por ser un ambiente hostil para las mujeres.

Un elemento importante en el desarrollo de la sentencia en mención, tiene que ver con la construcción de estereotipos que introduce la Corte Constitucional y contribuyen a visualizar las creencias que limitan los derechos de las mujeres y que generalmente conllevan a la impunidad, a saber:

> "i)**"La mujer honesta"** que hace alusión a las propiedades con las que las autoridades y la sociedad considera que deben contar las mujeres para ser merecedoras de la tutela judicial, en casos en que ellas denuncian por violencia de género. (...) **ii) "La mujer mendaz"** referente a aquel atributo estereotipado a partir del cual se califica a las mujeres que denuncian violencia de género como aquellas que no saben lo que quieren y/o cuando dicen no, en realidad quieren decir sí. (...) **iii) "La mujer instrumental"** que se construye a partir de la percepción estereotipada de acuerdo con la cual "las mujeres efectúan fal-

29 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia. T-140 del 2021. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

> sas denuncias por hechos de violencia como medio para obtener algún fin, *'la exclusión del marido del hogar', 'posicionarse en un juicio de divorcio', para 'perjudicar', 'vengarse',* o bien para *'explicar una situación'.*(...) **iv) "La mujer corresponsable"** concepto que obedece a la idea según la cual la violencia de género es algo que debe mantenerse en el plano de la intimidad respecto de lo que la justicia penal y su condena por parte de la sociedad debe mantenerse a distancia, pues no les está dado incidir en las relaciones de pareja. y, **v) "La mujer fabuladora"** una concepción que se relaciona con la idea estereotipada según la cual las mujeres que denuncian violencia y/o discriminación por motivos de género no hacen más que "fantasear", esto es, fundan sus denuncias "en la deformación de hechos de la realidad, por ejemplo, exagerándolos.[30]"

Poner de presente estos estereotipos se convierte en un asunto de vital importancia con el fin de generar espacios violentos que afecta a las mujeres y que contribuyen a la producción de la impunidad. La Corte Constitucional en el desarrollo de la sentencia ordena la creación de protocolos en clave de género, lo cual permita mayor conciencia sobre estas vulneraciones.

En este sentido también se encuentra el Convenio 190[31], que entiende la violencia y el acoso en el trabajo en clave diferencial. Establece que las mujeres han sufrido de una violencia generalizada en y que por lo tanto, los estados deben adoptar medidas para garantizar espacios seguros. Lo anterior, en clave a los enfoques diferenciales que se deben adoptar en la implementación de medidas para protección, investigación, sanción y reparación.

Esta protección no solamente está dada para las mujeres que ejercen sus profesiones u oficios. En el desarrollo de varias profesiones liberales de las mujeres, se ha evidenciado como estas sufren de violencias estructurales, como lo son las mujeres que ejercen la profesión de abogada, psicólogas, trabajadoras sociales en el que se evidencia un entorno hostil y violento por parte de la sociedad. Esto se puede complicar en la medida en que las mujeres defienden a otras mujeres[32]. Por lo que se hace imperativo, establecer acciones para defender a las mujeres de violencia de género en el desarrollo de sus profesiones u oficios.

La seguridad social constituye un escenario que no reivindica las luchas de las mujeres. Las pensiones por ejemplo, si bien, estás tienen un acción favorable en el régimen de ahorro individual al establecer una fecha diferenciada para las mujeres, estás no logran acceder a las pensiones por pensión de vejez. Principalmente, las mujeres se encuentran en el sistema a través de la pensión de sobreviviente o como beneficiarias del sistema[33], en tanto que, las mujeres ocupan labores poco reconocidas y que se encuen-

30 Ibídem.

31 Organización Internacional del Trabajo. Convenio 190 de 2019. *Sobre Violencia y Acoso en el Trabajo.* Adopción: Ginebra, 108ª reunión CIT (21 junio 2019).

32 Margarita Rosana Albisini. *Violencias en el ámbito del trabajo hacia abogadas defensoras de derechos humanos de las mujeres.* En Violencia en el mundo de trabajo : revisión del flagelo en Iberoamérica. Editado por: Alberto Torres Tarazona y Lydia Guevara Ramírez. 225-248. Universidad Libre. 2021.

33 Almudena Cabezas González, Jorge Torrents Margalef y Eva Fernández Arrúe , FERNÁNDEZ ARRÚE, Eva (2016). *La equidad de género en las legislaciones de Seguridad Social Iberoamericanas.* OISS. Madrid.

tran en una alta tasa de informalidad. La maternidad y la discriminación por maternidad contribuyen a las que mujeres ocupen trabajos parciales y poco remunerados. Esto sin contar, que el régimen de ahorro individual, establece un monto mucho más elevado para que la mujer se pueda pensionar, puesto que, al aumentar la expectativa de vida, también aumenta el monto ahorrado para pensionarse. Lo que conlleva a mayor vulneración a las mujeres en este sistema.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia, en adelante CSJ, en sentencia SL1727-2020, pone de presente esta situación y muestra como existen además de los problemas estructurales, requisitos y formalidades por parte del derecho que limitan los derechos de las mujeres alcanzar este derecho. Como lo es el caso que revisa la CSJ de una mujer que fue víctima de violencia intrafamiliar y que por esta razón tuvo que huir de su hogar. De esta manera, no logra cumplir con el requisito de convivencia, haciendo que tanto el sistema como los jueces desconozcan su derecho. Por lo que la CSJ estableció que no pueden hacerse las normas más hostiles sobre las mujeres que han sufrido una violencia sistemática en sus hogares y que por consiguiente los jueces deben resolver estos casos en clave del enfoque diferenciar de género, reflexionando sobre las condiciones particulares que viven y que requieren del reconocimiento y de la protección de la instituciones.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia 401 del 2021[34], determinó como las instituciones de seguridad social que administran las pensiones ponen requisitos exorbitantes y poco favorables a las mujeres, constituyéndose estas (las instituciones) como dispositivos de poder represivos que hacen que la violencia de género se perpetúe a través de ellas. En enfoque diferencial de género en relación con las pensiones salvaguardará el derecho al mínimo vital y protegerá a las mujeres que han sido víctimas de violencia intrafamiliar por parte de sus familiares de que sufran de violencia económica.

Por último, es fundamental pensar también cómo la violencia de género deviene también en ciberviolencia en los espacios laborales. En Sentencia 405 de 2007[35] la Corte Constitucional estudia un caso de acoso laboral y de vulneración del principio a la intimidad. El caso se presenta porque una trabajadora guarda en el computador del trabajo fotos de carácter intimo en una carpeta titulada personal. Una de sus superiores, encuentra las fotos, en el que a su vez decide imprimirlas y presentarlos a miembros de la junta directiva. Utiliza esta información, a su vez, para chantajearla, mostrándole las fotos a sus padres y pidiéndole que renuncia o sino divulgará el contenido de las fotos.

En el marco del proceso, a la empleadora no solo le bastó con divulgar fotos de contenido privado sino acusar a la trabajadora de inmoral por guardar este contenido en el computador del Trabajo. La Corte Constitucional, decide salvaguardar los derechos de la trabajadora, en el sentido señalar que si bien, las fotos se encentraban en el computador de la empresa, estas eran de carácter íntimo y no autoriza a nadie, ni siquiera al dueño del computador de divulgarlas y menos de utilizarlas para obligar a alguien hacer algo. Por lo que, ordena adoptar medidas de reparación para proteger los derechos fundamenta-

34 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-401 del 2021. Magistrada Ponente: Diana Fajardo Rivera.
35 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-405 del 2007. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

les a la intimidad, a la autonomía y autodeterminación de la imagen.

Casos de ciberacoso cada vez son más reiterativos y el ciberacoso sexual en el marco de espacios laborales se están produciendo cada vez más. Estos pueden presentarse por medio del chantaje de divulgación contenido íntimo a través de medios virtuales; como fotos, videos y demás. También puede manifestarse como un medio para enviar contenido inapropiado o de carácter sexual sin el consentimiento de la persona que lo recibe.

Las personas también pueden sentirse intimidades en su libertad de expresión en sus redes sociales si miembros de la compañía o de la empresa comienzan a revisar, a vigilar y a controlar este contenido. Lo cual, cada vez se hace más imperante pensar y conceptualizar la ciberviolencia y el ciberacoso en clave de género.

Por último, me gustaría hacer referencia al problema que genera la prostitución. Sobre este fenómeno hay dos tendencias más importantes que desde el feminismo buscan establecer posibles soluciones. Por un lado, el feminismo radical[36] determina que la prostitución es una forma de explotación del cuerpo de las mujeres y que por lo tanto, deben buscarse medidas que tiendan al abolicionismo, así se han diseñado políticas públicas a nivel mundial que tienen por ejemplo a sancionar a los hombres que consumen la prostitución. Para el caso de Colombia, esta idea se discutió por medio de un proyecto de ley[37].

Por otra parte, hay una tendencia más hacia el reglamentarismo. Esta tendencia parte de la crítica al feminismo radical que considera que ninguna política que se desarrolle en clave a las formas de sanción tienen a resolver el problema, por el contrario, puede ocultarlo y esto conllevar a generar mayores vulneraciones. El reglamentarismo busca reglamentar la prostitución y, de acá se desprende el modelo laboralista. El cual ha adoptado la Corte Constitucional en varias sentencias[38]. Esta modelo considera que si se demuestra el test del contrato realidad, esto es, subordinación, salario y prestación directa del servicio, estamos ante un contrato laboral y deben garantizarse todos sus derechos.

Los derechos de las mujeres que ejercen la prostitución se vuelve de vital importancia en tanto que una de las características de los sistemas basados en el sexo-género se enmarca en la explotación sexual a la que son sometidas las mujeres en detrimento de sus libertades y derechos. Por lo que, una política pública construida desde las experiencias de las mujeres que ejercen la prostitución se vuelve de vital importancia y que devenga de ellas mismas, en tanto mujeres que resisten la represión a través de varias organizaciones como los sintrasex, el sindicato de trabajadoras sexuales y de sus múltiples plataformas que buscan encontrar un espacio de lo público donde entablar sus demandas.

En Colombia esta idea intentó plasmarse por medio del proyecto de ley 079 del 2013[39], sin embargo,

36 Catherine A. Mackinnon. *Hacia una Teoría Feminista del Estado*. Ediciones Cátedra. Madrid -España. 1995.
37 Marta Lamas. ¿Prostitución, Trata O Trabajo? Revista Nexos. Septiembre 2014.
38 Congreso de la República de Colombia. Proyecto de ley 079 de 2013. *Por la cual se establece un trato digno a las personas que ejercen la prostitución, se fijan medidas afirmativas a su favor y se dictan otras disposiciones orientadas a restablecer sus derechos.*
39 Puede consultarse entre otras sentencias la sentencia T-629 de 2010, T-035 de 2015. T-736 de 2015.

recibió múltiples críticas como lo es, que las mujeres que ejercen la prostitución en su gran mayoría son mujeres pobres, migrantes, desplazadas, entre otras que hace que no se pueda observar una libertad al momento de contratar.

Esta discusión ha conllevado a que no se tenga una política clara sobre la prostitución. Lo cual ha generado una falta de regulación y por lo tanto, se siguen perpetrando violaciones a los derechos de las personas que ejercen la prostitución. En especial las mujeres, pues son estas quienes en una mayor medida prestan el servicio.

Las denuncias públicas que hacen las mujeres que enfrentan escenarios de violencia son legítimas y están protegidas constitucionalmente. Es así como la Corte Constitucional en dos sentencias ha protegido el derecho a la libertad de expresión en detrimento de los que consideran erróneamente el buen nombre. La primera sentencia es la T-275 del 2021 la Corte Constitucional analiza el caso de un hombre que irrumpe en la casa del vecino y realiza actos abusivos sexuales en contra de una menor, además agrede a los padres de esta. Movimientos feministas en el desarrollo de este caso denuncian el caso a través de redes sociales, lo cual genera que la persona denunciada entable una tutela para proteger su derecho al buen nombre. No obstante, la Corte después de revisar este caso, señala que el buen nombre no se ve afectado por las denuncias realizadas por las mujeres sino por las acciones que este acomete y que afectan a las mujeres. Es así como hay elementos y evidencia suficiente para justificar el escrache o la denuncia pública. Por lo que esta se encuentra protegida.

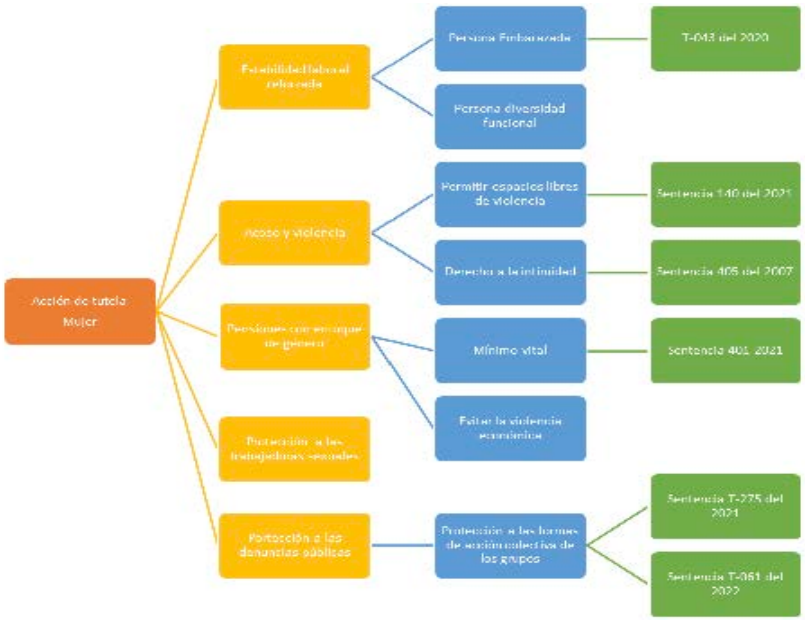
En la segunda sentencia la T- 061 del 2022 se analiza el caso del profesor Fabián Sanabria quién impetra acción de tutela en contra de la profesora Mónica Godoy a quién considera vocera de movimientos feministas que contribuyeron a realizar un informe sobre violencia y acoso en la Universidad Nacional, en el que en dicho informe se le acusa al profesor de actos sexuales abusivos contra estudiantes de la institución. El profesor a raíz de esto considera haber sufrido actos de acoso a través de redes sociales, por lo que considera que se ve afectado su buen nombre por considerar que las denuncias realizadas prescribieron y no hay evidencia suficiente para soportarlas. Además de que las acciones disciplinarias al interior de la Universidad fueron archivadas.

La Corte Constitucional en revisión de este caso determina que el derecho al buen nombre y al debido proceso no son de carácter absolutos y que estos pueden verse afectados por proteger principios constitucionales. Así el buen nombre no se afecta por causa de denuncias de colectivos feministas porque existe evidencia real que conllevan a deducir que existen hechos por parte del profesor que devinieron en actos de acoso y violencia y al mismo tiempo a propósito del cargo que ocupa el profesor hace que pueda estar sometido a permanente escrutinio justamente por el rol que ejerce en la sociedad, esta característica en especial hace que existen discursos que se encuentran en una especial protección, de la siguiente manera se refiere la Corte Constitucional

> "Uno de esos casos es el discurso que se dirige a denunciar actos en los que se cuestiona a funcionarios públicos que definen la ejecución de recursos públicos, o los discursos en que personas denuncian haber sido víctimas de casos de vulneraciones a sus derechos humanos, puntualmente, los discursos en los que se denuncian posibles actos de vulneración de los derechos humanos de las mujeres en contextos universitarios[40]."

Además de lo anterior, las violencias estructurales en el que se ven sometidas las mujeres que son víctimas de acoso y acoso sexual en las Universidad hace que exista un marco de impunidad por el silencio y la falta de normas que les diera herramientas a las víctimas para una efectiva garantía de justicia. Por esta razón, la Corte Constitucional ordena establecer una política pública que les permita tramitar denuncias a las víctimas de género y que conlleve a superar el marco de impunidad en el que actualmente se encuentran.

Cuadro número 3. Resumen de algunos derechos protegidos a través de la categoría género en perspectiva de los derechos de las mujeres



Autora: Niño.[41]

40 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-061 del 2022. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.
41 Realización propia a partir de la elaboración del contenido formal del texto.

3. Enfoque de género en clave constitucional

A partir del análisis de los casos de la jurisprudencia constitucional, podemos establecer algunos elementos prácticos que le sirvan a los y las abogadas que defiendan casos de violencia de género encontrar herramientas para la comprensión y constitución de los casos en clave del enfoque diferencial de género.

3.1. Generar una reflexión conceptual entorno al caso en concreto

Los y las abogadas que defiendan casos de violencia de género deben establecer una teoría del caso que se comprenda con los lentes del enfoque diferencial. Por lo tanto, si es el caso de la elaboración de una demanda o establecer una denuncia por acoso o violencia, tanto los hechos de la demanda como las pretensiones y la solicitud de pruebas deben establecerse con base a demostrar una violencia de género. Así también por su parte, si es el caso, en que la mujer es una demandada, también la contestación de esta, debe darse en clave a poner de relieve este contexto de violencia. Por consiguiente, es importante que los y las abogadas nos apropiemos del concepto con el fin de ventilarlos en los espacios dónde se discuten y se otorgan derechos.

3.2. Introducir dentro de las teorías del caso las presunciones por discriminación

Las presunciones legales en el mundo del derecho permiten a la víctima de violencia de género invertir la carga de la prueba. Por esta razón, al momento de pensar un caso en clave al género la carga probatoria no debe imponerse sobre la mujer que padece esta situación de discriminación. Sino que debe desplazarse hacía la parte demandante para que demuestre por qué su conducta no constituye una acción de discriminación. Esta acción es más contundente si se trata de pruebas de embarazo que piden las

3.3. Solicitar medidas preventivas diferenciadas en clave de género

Otra apuesta fundamental tiene que ver con tomar medidas con base en la diferencia. Si estamos ante situaciones de acoso y violencia, las instituciones públicas y privadas deben adoptar medidas que permita prevenir o suspender las acciones violentas en clave de género. Como realizar cambios en los puestos de trabajo con el fin de proteger a la víctima de acoso o violencia.

Las medidas cautelares innominadas se convierten en una herramienta importante para pensar casos en clave de género. el Código General del Proceso en el artículo 590, que trata sobre las medidas cautelares en los procesos declarativos y en el numeral c, habla de las medidas innominadas, a saber:

> "Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir dalos, hacer cesar los que se hubieran causado o asegurar la efectividad de la pretensión[42]."

Por otra parte, en el derecho de familia el artículo 598 en su parágrafo f establece que el juez puede decretar:

> "cualquier otra medida necesaria para evitar que se produzcan nuevos actos de violencia intrafamiliar o para hacer cesar sus efectos y, en general, en los asuntos de familia, podrá actuar de oficio en la adopción de las medidas personales de protección que requiera la pareja, el niño, niña o adolescente, el discapacitado mental y la persona de la tercera edad; para tal fin, podrá decretar y practicar las pruebas que estime pertinentes, incluyendo las declaraciones del niño, niña o adolescente[43]."

Respecto a este punto hay dos interpretaciones en el proceso laboral y de la seguridad social, por una parte, hay quienes sostienen que las medidas innominadas no proceden en el ámbito laboral, al existir norma especial en Código Procesal del Trabajo, que establece la caución como una medida preventiva para garantizar el pago de los derechos a que se tengan lugar una vez finalizado el proceso. Por otra parte, la Corte Constitucional en Sentencia 043 de 2021[44], establece la posibilidad de aplicar por analogía las medidas cautelares innominadas establecidas por el Código General del Proceso para proteger en el proceso laboral derechos constitucionales. Lo anterior, permitirá tanto al accionante como al juez solicitar medidas preventivas o correctivas que tutelen los derechos fundamentales de las mujeres en los espacios laborales, o que se encuentre en ambientes hostiles y por lo tanto, el estado deba corregir esta situación.

3.4. Usar lenguaje inclusivo y dignificante en los procesos

En relación con garantizar una justicia protectora de los derechos de las mujeres; que no genere revictimización, la Corte Constitucional ordena a los jueces y juezas revisar el lenguaje, esto es la forma en cómo se expresan en los procesos judiciales. El Caso Bárbara[45], muestra como ciertos jueces utilizan un lenguaje peyorativo[46] y denigrante, el cual vulnera el derecho a la dignidad y a la integralidad de

42 Congreso de la República de Colombia. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Artículo 590

43 Ibidem. Artículo 598.

44 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia 043 de 2021. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger

45 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-126/18. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger

46 Me permito referenciar algunos de los apartados de la sentencia: "De la relación con [Bárbara] aduce que aunque se colaboraban para la elaboración de proyectos, su desempeño en la organización era conflictivo y con tendencias a decir mentiras, observando una baja autoestima, tal vez por su aspecto físico, por cuanto presentaba serios problemas dentales por los que se tapaba permanentemente la boca con su mano o una bufanda. (…) O si por el contrario, junto con terceras personas líderes o asesores de la misma organización, se ideó la comisión de los punibles aquí denunciados (…)" (folios 29 y 30 de la sentencia)" Tachado fuera del texto original. Sentencia T-126/18.

las mujeres. Por lo que, se hace imperativo una capacitación a los jueces y juezas de la república para contribuir a la comprensión de los problemas en clave de género.

3.5. Respetar la prohibición de enfrentar a la víctima de violencia de género con el agresor

La ley 1257 de 2008[47] en su artículo 8, literal K determina que las víctimas de violencia de género y de sexual no deben someterse a interrogatorios (a menos que ella lo decida así), que conlleven a confrontar directamente con el agresor. Es por esta razón que no se pueden permitir en los espacios laborales, y en el marco de los comités de convivencias medidas que conlleven a enfrentar a una persona víctima de acoso sexual o de violencia de género con el presunto agresor. Tampoco en los procesos judiciales que implique violencia de género, como, por ejemplo, casos de acoso sexual laboral, o casos que implique la determinación de un contrato realidad y que en el entorno de la ventilación del caso se esté determinando violencia de género.

3.6. Mantener la reserva del caso

La reserva debe ser un principio constitucional que garantice la ventilación de los problemas. El artículo 8, literal F de la ley 1257 de 2008[48] establece la obligación imperante de mantener en reserva los asuntos sobre violencia de género, y violencia sexual que se comenten en contra de las mujeres.

3.7. Implementar protocolos para prevenir la violencia (ciberviolencia) y el acoso (ciberacoso) en el mundo del trabajo

Es de carácter obligatorio constitucional y convencional que las empresas adopten políticas públicas en clave al enfoque diferencial de género. En el que permita la reflexión sobre los problemas que se presentan en relación con la violencia de género en el mundo del trabajo. Esto permitirá construir un ambiente laboral que garantice espacios diversos e inclusivos. Es importante reiterar, que esta política deberá incluir, elementos que contribuyan a pensar la diferencia y la diversidad sexual, con el ánimo de evitar formas de discriminación.

3.8. Tener en cuenta la interseccionalidad

La interseccionalidad es una categoría que se diseña en el marco del litigio en Estados Unidos para

47 Congreso de la República de Colombia. Ley 1257 de 2008. "Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.
48 Ibídem.

pensar las formas de violencia en el que se encuentran sumergidas las mujeres negras trabajadoras. Kimberlé W. Crenshaw, una docente y abogada litigante que construye este concepto y en el caso *DeGraffenreid v. General Motors*[49], señala la imperiosa necesidad de que los jueces comprendan el caso en clave a las múltiples discriminaciones que sufren las mujeres en relación con una cultura machista y racista.

A pesar de que el concepto de interseccionalidad[50] se encuentra en una discusión teórica en el marco de discusiones feministas, es importante señalar que en el mundo jurídico el concepto cobra una vital importancia, para que los jueces y las juezas revisen los contextos de violencia en los que se encuentran subsumidas las mujeres que además pueden ser negras, pobres, migrantes, lesbianas.

3.9. El enfoque de género debe regular la prostitución

La prostitución, al no estar prohibida, está permitida. La Corte Constitucional en diversas sentencias ha intentado pensar y dar soluciones a este problema. Desde el inicio la Corte ha considerado la prostitución como un problema estructural que afecta derechos, así en principio consideró que las personas que vivían cerca a lugares que prestaban este servicio se veían afectados, máximo si se encontraba cerca de niños y niñas. No obstante, la Corte Consideró que la libertad de expresión permite que las personas puedan escoger su oficio. Es decir que la libertad de expresión protege el oficio de la prostitución.

Sin embargo, no es sino hasta el año 2009 y 2010 que la Corte Constitucional comienza a revisar el fenómeno de la prostitución de manera profunda. En el año 2009 revisa el concepto de proxenetismo y su implicación en el ejercicio de la prostitución; dejando claro los límites y las formas en las que se desarrolla. En el año 2010 la Corte Constitucional revisa el caso de una mujer que busca ser protegida bajo el test del contrato realidad. Pues trabajaba en un establecimiento de comercio prestando varios servicios, incluido el de la prostitución. La Corte Constitucional señala que cuando se encuentran reunido los tres elementos esenciales del contrato realidad este debe considerarse como un contrato laboral sexual.

Esta es la tesis que ha desarrollado la Corte Constitucional en sus últimas sentencias advirtiendo a su vez que es importante una reglamentación del tema pues en el desarrollo del ejercicio de la prostitución, pues entorno a este se despliegan varias vulneraciones y afectaciones a los derechos; en especial de las mujeres que ejercen la prostitución. Problemas de discriminación basada en género, de problemas de desprotección y explotación sexual de mujeres migrantes indocumentadas o desplazadas por

49 U.S.District Court for the Eastern District of Missouri - 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976) May 4, 1976.
50 Ver el texto de Dorlin, "Sexo, género y sexualidades".

la pobreza, analfabetismo y demás situaciones que puedan aumentar la violencia contra las mujeres.

Este fenómeno no ha podido ser reglamentado por parte del Congreso de la República, pues entre otras cosas la forma en cómo debería abordarse genera varios posturas que al parecen no encuentran lazos de comunicación. Algunos piensan que el reglamentarismo a través del derecho laboral permitirá proteger los derechos de las personas que ejercen este oficio. Por otra parte, hay quienes piensan que sancionando al cliente pueda desalentarse este fenómeno y por lo tanto, erradicarse. Por lo que, es necesario que se adopten medidas tendientes a superar las contradicciones que existen entre las posturas del abolicionismo y el reglamentarismo adoptando ideas que contribuyan al bienestar de las personas que realizan un trabajo sexual. Debemos confiar en que el reglamentarismo permitirá construir una norma en dónde se tengan en cuenta los intereses propias de las mujeres que ejercen la prostitución. Pues si dejamos que el derecho laboral comprenda el fenómeno tal y como lo conocemos, este puede presentarse como un dispositivo que aumente la explotación sexual, como lo son las nociones del salario mínimo, jornada mínima laboral, entre otras. Por lo que, la legislación debe buscar una conciliación entre las posturas. Sin que se asuma una sola de ellas.

Conclusiones

El desarrollo constitucional ha permitido evidenciar los casos de violencia en contra de la mujer y al mismo tiempo ha desarrollado ampliando los derechos de las personas con diversidad sexual diferenciada. Que por la estructura cultural de nuestra sociedad los derechos de las mujeres y de la comunidad LGTBIQ+ se ven limitadas, enfrentándose a un contexto hostil de violencia y de acoso que requiere por consiguiente de conceptos diferenciados que nos enseñen a comprender los contextos estructurales de violencia.

El enfoque de género y la perspectiva como conceptos diferentes juegan un papel teórico y práctico fundamental para el desarrollo de los derechos de las mujeres y de la comunidad con diversidad sexual. Pues la perspectiva de género abre la radio de acción para la legitimidad de una discusión que tradicionalmente ha sido considerada como falsa o no importante. Por lo que, a partir de estudios se muestra y se fundamenta cómo esta población se encuentran en estructuras complejas de violencia. El enfoque como tal, le entrega herramientas a las autoridades públicas y privadas para el desarrollo de políticas públicas, toma de decisión judicial, construcción de protocolos en clave a la diferencia para superar las violencias basadas en género.

En otras palabras enfoque de género es una herramienta que permite una forma de pensar, formular, y tomar decisiones administrativas y judiciales en clave al género. Diversas personas que se encuentran insertan en estructuras complejas de violencia y de ciberviolencia en los espacios privados y públicos requieren de esta herramienta para salvaguardar sus derechos ante diferentes entidades. Es por esta razón, que se invita a los y las abogadas a las empresas, a las instituciones públicas y demás sector social empresaria a

apropiarse de este concepto con el fin de asegurar espacios libres de violencias en los entornos laborales. El enfoque de género se constituye como la herramienta más poderosa para resolver casos que impliquen violencia estructural de género en el mundo laboral, y que se consolida desde la teoría del caso en la presentación de la demanda, contestación, solicitud y decreto de medidas cautelares, la inversión de la carga de la prueba, la prohibición de enfrentar a las personas víctimas de violencia de género con el agresor, la necesidad de implementar una política empresarial en clave de género, la interseccionaldiad como una categoría de análisis para revisar casos de múltiples violencias y demás mecanismos que protegen y salvaguardan derechos.

No obstante, a pesar de los avances significativos por parte de las normas y de la jurisprudencia sobre la discriminación laboral, esta protección está activada únicamente para las mujeres que tienen contratos laborales. Dejando por fuera gran parte de la población, que no tiene contratos laborales, pero que se encuentran insertos en el mundo del trabajo, como lo es las personas que realizan trabajos reproductivos[51] y que no tienen una subordinación marcada por el Código Sustantivo del Trabajo.

La jurisprudencia constitucional ha permitido ampliar los derechos de las personas que tradicionalmente se han encontrada discriminada a propósito de roles y estereotipos que se consolidan violencias y que no permiten el ejercicio constitucional de la libertad y la igualdad. Es importante, en este sentido contribuir a la comprensión del derecho bajo las perspectivas de género y en específico de ejecutar políticas públicas y tomar decisiones judiciales en clave al enfoque de género.

51 Hay dos tipos de trabajo, el trabajo productivo que pasa por el intercambio de dinero y el trabajo reproductivo que no está reconocido por las legislaciones, no es remunerado o es precariamente remunerado. Los trabajos reproductivos van desde la reproducción de los seres humanos, hasta su cuidado y mantenimiento. Para una mayor profundización al respecto consultar: Silvia Federeci. *Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproductivo y luchas feministas.* Editorial. Tinta limón. 2018.

Bibliografía

Doctrina:

Alves, Dina. Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. Revista CS, 21, pp. 97-120. Doil: http://dx.doi.org/10.18046/recs.i21.2218

Albisini, Margarita Rosana. Violencias en el ámbito del trabajo hacia abogadas defensoras de derechos humanos de las mujeres. En Violencia en el mundo de trabajo : revisión del flagelo en Iberoamérica. Editado por: Alberto Torres Tarazona y Lydia Guevara Ramírez. 225-248. Universidad Libre. 2021.

Dorlin, Elsa. Sexo, género y sexualidades. Introducción a la Teoría Feminista. Edición nueva visión. Argentina. Buenos Aires.

Federeci, Silvia. Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproductivo y luchas feministas. Editorial. Tinta limón. 2018.

Geneviéve, Fraisse. Los excesos del género: concepto, imagen y desnudez. 2016 Editorial cátedra. España.

Galtung, Johan. Tras la violencia 3R: Reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles de la guerra y la violencia. Bakeaz. España. 1998.

González, Almudena Cabezas, Torrents Margalef, Jorge y Fernández Arrúe. La equidad de género en las legislaciones de Seguridad Social Iberoamericanas. OISS. Madrid 2016.

Lamas, Marta. ¿Prostitución, Trata O Trabajo? Revista Nexos. Septiembre 2014.

Mackinnon, Catherine A. Hacia una Teoría Feminista del Estado. Ediciones Cátedra. Madrid -España. 1995.

Niño, Natali. Perspectiva y enfoque de género: herramienta para la toma de decisión judicial. Temas Socio-Jurídicos, 38(77), 11-28. 2019. https://doi.org/10.29375/01208578.3741

United Nations. Fourth World Conference on Women, Beijing 1995, China.

Recomendación núm. 33. Numeral III. Recomendaciones para esferas específicas del derecho. Naciones Unidas. La convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la mujer. Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Del 3 de agosto de 2015.

STF - RE: 477554 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/07/2011, Data de

Publicação: DJe-148 DIVULG 02/08/2011 PUBLIC 03/08/2011 RT v. 100, n. 912, 2011, p. 575-588).

Smith, Patricia. Feminist Jurisprudence. Oxford University Press. United States. New York, 1993.

Wilson, Bertha. Will women judges really make a difference? Osgoode hall Law journal. Volume 28. Number 3 (Fall 1990).

Jurisprudencia:

Corte Constitucional Colombiana. T-314 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Ivan Palacio Palacio.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-143 de 2018. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia. T-140 del 2021. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-440-2021. Magistrada Ponente: Paola Andrea Meneses Mosquera.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-401 del 2021. Magistrada Ponente: Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-405 del 2007. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia 043 de 2021. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-126/18. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-629 de 2010. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-035 de 2015. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-736 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-099 del 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz

Delgado.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-033 del 2022. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-203/19. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-061 del 2022. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T- 275 del 2021. Magistrada Ponente: Paola Andrea Meneses Mosquera

Corte Constitucional Colombiana. T-477 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Campos Algodoneros vs México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

U.S. District Court for the Eastern District of Missouri - 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976). May 4, 1976.

Normatividad:

Congreso de la República de Colombia. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1257 de 2008. "Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

Congreso de la República de Colombia. Proyecto de ley 079 de 2013. Por la cual se establece un trato digno a las personas que ejercen la prostitución, se fijan medidas afirmativas a su favor y se dictan otras disposiciones orientadas a restablecer sus derechos.

Colombia. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado en Colombia. 2017.

Naciones Unidas. La convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la mujer. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981.

Organización de Estados Americanos. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Organización Internacional del Trabajo. Convenio 190 de 2019. Sobre Violencia y Acoso en el Trabajo. Adopción: Ginebra, 108ª reunión CIT (21 junio 2019).

Congreso de la República de Colombia. Ley 1257 de 2008, "por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones".

Inteligencia artificial en el proceso de predicción de decisiones judiciales como modelo asistencialista mixto: entre la codificación y la justicia equitativa*

Geison Alexander Galvis Vega, Gabriela Alfonso Acosta***, Anamaría Rodríguez Peñaloza****, Carlos Fernando Cabeza Zambrano*****, Laura Camila Olarte Mojica******, Valentina Garzón Fierro*******, Pedro Enrique Chaves Rodríguez********, Isabel Cristina Trespalacios Rojas*********

Recibido: 13 de abril de 2022. Aceptado: 23 de junio de 2022.

Resumen

El presente texto analiza el debate en torno al uso de la Inteligencia Artificial (en adelante IA) en los procesos judiciales. En particular, busca responder si emplear la IA ya sea como herramienta de asistencia del juez o como herramienta autónoma para tomar decisiones, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. A partir del estudio de publicaciones científicas y diferentes consecuencias de casos de uso a nivel internacional, se propone un acercamiento asistencialista frente al uso de IA, de modo que quede en manos del juez humano la motivación de las decisiones judiciales. Esto, en aras de que haya una garantía de transparencia en el proceso judicial que permita la continua materialización del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva en Colombia.

Palabras clave

Inteligencia artificial, debido proceso, tutela judicial efectiva, sesgos, administración de justicia.

* Deseamos hacerles un agradecimiento especial a Horacio Cruz Tejada, Lorena Flórez Rojas, y Ricardo Andrés Ricardo. Artículo de revisión.
** Estudiante de derecho de la Universidad de los Andes (Colombia), correo: ga.galvis@uniandes.edu.co
*** Abogada y estudiante de psicología de la Universidad de los Andes (Colombia), correo: g.alfonso@uniandes.edu.co
**** Abogada de la Universidad de los Andes (Colombia), correo: lcom28@hotmail.com
***** Abogada y politóloga de la Universidad de los Andes (Colombia), correo: v.garzon10@uniandes.edu.co
****** Abogado de la Universidad de los Andes (Colombia), correo: pe.chaves@uniandes.edu.co
******* Abogado de la Universidad de los Andes (Colombia), correo: cfcz1997@hotmail.com
******** Abogada de la Universidad de los Andes (Colombia), correo: a.rodriguez26@uniandes.edu.co
********* Estudiante de Derecho en la Universidad de los Andes (Colombia), correo: ic.trespalacios@uniandes.edu.co
UNA Rev. Derecho (En línea). Vol. 7 (1). Julio 2022. e-ISSN2539-5343.

Artificial Intelligence in the Prediction of Judicial Decisions as a Mixed Assistance Model: Between Codification and Equitable Justice*

Geison Alexander Galvis Vega, Gabriela Alfonso Acosta***, Anamaría Rodríguez Peñaloza****, Carlos Fernando Cabeza Zambrano*****, Laura Camila Olarte Mojica******, Valentina Garzón Fierro*******, Pedro Enrique Chaves Rodríguez********, Isabel Cristina Trespalacios Rojas*********

Received: April 13, 2022. Accepted: June 23, 2022.

Abstract

The following paper analyses the discussion regarding the use of artificial intelligence (onwards AI) on judicial procedures. In particular, it seeks to inquire if the rights to an effective judicial protection and due process are breached when using AI, either as an assistance tool for the judge or as an autonomous instrument, to make judgments. Based on the analysis of scientific publications and different consequences of use cases at an international level, this paper proposes the use of AI as a judge's assistance tool so that the motivation of judicial decisions remains in the hands of a human judge. This seeks to guarantee transparency and motivation in the judicial process, which allows an uninterrupted materialization of the rights to due process and effective judicial protection in Colombia.

Key words

Artificial intelligence, due process, effective judicial protection, biases, administration of justice.

* We would like to give a special thanks to Horacio Cruz Tejada, Lorena Flórez Rojas, and Ricardo Andrés Ricardo. Review article.
** Law student at the Universidad de los Andes (Colombia), email: ga.galvis@uniandes.edu.co
*** Lawyer and psychology student at the Universidad de los Andes (Colombia), email: g.alfonso@uniandes.edu.co
**** Lawyer from the Universidad de los Andes (Colombia), email: lcom28@hotmail.com
***** Lawyer and political scientist from the Universidad de los Andes (Colombia), email: v.garzon10@uniandes.edu.co
****** Lawyer from the Universidad de los Andes (Colombia), email: pe.chaves@uniandes.edu.co
******* Lawyer from the Universidad de los Andes (Colombia), email: cfcz1997@hotmail.com
******** Lawyer from the Universidad de los Andes (Colombia), email: a.rodriguez26@uniandes.edu.co
********* Law student at the Universidad de los Andes (Colombia), email: ic.trespalacios@uniandes.edu.co

Introducción

Desde 1990, el sector judicial a nivel internacional inició una etapa de transformación y modernización para apoyar, racionalizar, y automatizar el proceso ante entidades judiciales. Lo anterior se llevó a cabo progresivamente a través de la implementación de sistemas tecnológicos como videoconferencias, expedientes electrónicos, sistemas de recopilación de datos, y más recientemente, la IA[1] como respuesta a los cambios sociales frente al uso de la tecnología[2]. Sin embargo, no ha sido una transformación fácil, pues ha implicado romper tanto con esquemas procesales rígidos, como con las predisposiciones de ciudadanos, abogados y jueces para aceptar el cambio en el sistema judicial[3].

Como resultado de esos intentos, se han aplicado múltiples programas de IA al Derecho, muchos de los cuales han evidenciado presuntas violaciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, como lo es el sistema COMPAS. Esta herramienta de IA fue desarrollada con el objetivo de determinar el riesgo de reincidencia de un acusado por medio del análisis de distintas variables. Sin embargo, en el informe titulado *Machine* [4] se halló que la herramienta tenía un evidente sesgo que discrimina a las personas por razones de raza y vulneraba el debido proceso, ya que no mostraba de manera transparente las variables utilizadas para el desarrollo de sus informes de riesgo. A dicha conclusión se llegó a partir del caso *State vs Loomis*[5] en Estados Unidos, en donde la herramienta COMPAS identificó a un hombre afroamericano como un individuo de alto riesgo para la comunidad, en comparación con un hombre blanco con antecedentes penales significativamente más graves, quien fue calificado como de bajo riesgo.

Loomis no fue el único afectado, pues a través del análisis de más de 10.000 informes de COMPAS en el Estado de Florida, la ONG ProPublica[6] evidenció que los acusados afroamericanos eran más propensos a ser calificados con altas probabilidades de reincidencia, mientras que los acusados blancos eran considerados menos propensos de tener este riesgo[7]. Además, se descubrió que existía una falta de conocimiento sobre el funcionamiento del algoritmo y los factores que se tomaban para emitir la decisión. Así, al solicitar el algoritmo o la explicación de las decisiones los creadores se negaron a hacerlo público por razones de secreto comercial [8], lo que reveló otro problema: el fenómeno de la caja

1 Procopiuck, Mario. 2018. "Information technology and time of judgment in specialized courts: What is the impact of changing from physical to electronic processing?" ELSEVIER 35, no. 3 (09): 491-501. https://doi.org/10.1016/j.giq.2018.03.005.
2 Dixon, Herbert. 2013. "Technology and the Courts: A Futurist View." https://www.americanbar.org/groups/judicial/publications/judges_journal/ 2013/summer/technology_and_the_courts_a_futurist_view.
3 Hunter, Garry. 2012. "Implementation of Information Communication Technology (ICT) in Courtrooms-An Overview Around the World." Law Technology 45 (3): 1 - 62. http://worldjurist.org/publications/lawtechnology.
4 Julia Angwin, Jeff Larson y Lauren Kirchner. Machine Bias: ProPublica. https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing
5 United States. Supreme Court of Wisconsin. 2015. "State of Wisconsin, Plaintiff-Respondent, v. Eric Loomis, Defendant-Appellant." https://epic.org/algorithmic-transparency/crim-justice/Loomis-Brief.pdf.
6 ProPublica es un medio independiente y sin ánimo de lucro que produce periodismo de investigación en pro del interés público. Consultado en: ProPublica. n.d. "ProPublica en español." Accessed 2021. https://www.propublica.org/espanol.
7 Larson, Jeff, Surya Mattu, Lauren Kirchner, and Julia Angwin. 2016. "How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm." ProPublica. https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm.
8 Schaefer, Taylor. 2020. "The ethical implications of artificial intelligence in the law." Gonzaga Law Review. https://gonzagalawreview.com/article/11470-the-ethical-implications-of-artificial-intelligence-in-the-law.

negra o black box[9]. Lo anterior afectó el debido proceso y vulneró sistemáticamente los principios de no discriminación, transparencia, imparcialidad e igualdad.

Para evitar que se sigan implementando herramientas de IA que afecten los derechos de las personas, y en miras de preservar las garantías del derecho procesal, el presente artículo tiene como propósito estudiar la implementación de la IA como herramienta asistencialista mixta en el sistema de justicia colombiano. Esto implica que, si bien la IA es un apoyo para que el juez tome decisiones, éste mantiene la dirección del proceso con su criterio judicial, y además cuenta con elementos de IA que le ayudan a decidir los casos con mejor acceso a diversos recursos. En este orden de ideas, el problema jurídico que se aborda es si emplear la IA, ya sea como herramienta de asistencia del juez o como herramienta autónoma para tomar decisiones, vulnera, entre otros derechos, el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

Para sustentar nuestra propuesta, en la primera sección se abordará el contexto, para lo cual (i) se explicará brevemente el concepto de IA; (ii) se describirán los avances de IA en el proceso judicial a nivel nacional e internacional, junto con los retos que presenta el sistema colombiano en garantizar los derechos fundamentales de los usuarios; (iii) se estudiará el uso de la IA en el proceso tanto herramienta autónoma como asistencialista, con el fin de defender la importancia de implementar un sistema asistencialista mixto en Colombia para respetar el debido proceso y la tutela judicial efectiva; (iv) se analizará el concepto de la justicia equitativa para sustentar la necesidad de un juez humano que siga un razonamiento jurídico, aun cuando se implemente IA en el proceso.

En la segunda sección del texto, se discutirá la importancia de la ética en el proceso de predicción de decisiones judiciales, asegurando el acceso a la justicia y debido proceso cuando hay IA de por medio. Por último, se plantearán algunas recomendaciones para la implementación de la IA en el proceso judicial para asegurar el respeto de los derechos de las partes y el debido proceso.

Sección I: Fundamentos y perspectivas de la inteligencia artificial

1. Definición de Inteligencia Artificial

A pesar de que no hay una definición unificada de la IA, ésta se puede describir como una disciplina científica que busca que los computadores hagan las mismas cosas que hace la mente[10]. Esto incluye varios enfoques y técnicas como el aprendizaje, la visión artificial, el razonamiento automático y la robótica[11]. Para lograr estos enfoques, la IA procesa los datos que le son suministrados mediante bases

9 Ibíd.

10 Margaret Boden, AI: Its nature and future. (Oxford: Oxford University Press, 2016), 1.

11 Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre la inteligencia artificial de la Unión Europea y CEPEJ. Una definición de la inteligencia artificial: Principales capacidades y disciplinas científicas. CEPEJ, 2018. Disponible en: https://ec.europa.eu/news-

de datos y aprende mediante redes neuronales artificiales, ofreciendo una respuesta final[12].

Así, para entrenar una neurona artificial, debe proporcionarle información y datos (*input*) para enseñarle a la máquina las respuestas correctas a un problema. Posteriormente, al pedirle que resuelva un problema parecido pero totalmente desconocido para la máquina, el algoritmo responderá a lo enseñado y emitirá una respuesta (*output*), que en este caso es la toma de decisiones automatizadas. En este orden de ideas, la palabra "algoritmo" se puede definir como el conjunto de instrucciones y reglas a través del cual la máquina puede solucionar el problema planteado, en función de la información y los datos que le son dados[13].

2. Implementación de IA en el proceso judicial colombiano y a nivel internacional

2.1. Contexto colombiano

Colombia es un Estado Social de Derecho cuyo cimiento es la dignidad humana, pilar fundamental que se ve reflejado en el andamiaje procesal y judicial del país. El artículo 228 de la Constitución establece la función judicial como función pública, referida también como un servicio público esencial por el artículo 125 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996)[14]. De esta forma, la Rama Judicial debe ser imparcial, independiente, autónoma, ágil y eficaz[15], así como jerárquica y eficiente, ofreciendo adecuadas respuestas para la resolución de controversias jurídicas[16].

2.1.1. La tutela judicial efectiva y el debido proceso en Colombia

El debido proceso es un derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución, del que se deriva la garantía del servicio público de la administración de justicia[17] así como la tutela judicial efectiva (ambos desarrollados en el artículo 2 del Código General del Proceso –Ley 1564 de 2012, en adelante CGP–). Estas instituciones nos interesan a efectos del presente escrito para determinar si el uso de IA como herramienta asistencialista o autónoma los puede llegar a vulnerar.

---

room/dae/document.cfm?doc_id=60656.

12 Alan Turing, Computing Machinery and Intelligence (Mind 49, 1950).

13 Paolo Comoglio, Nuove tecnologie e disponibilitá della prova - L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze. 1 ed. (Torino: Giappichelli, 2018). https://books.google.com.co/books?id=OHvStQEACAAJ

14 Corporación Excelencia en la Justicia, Caracterización de la Justicia formal en Colombia y elementos para la construcción de una agenda estratégica para su mejoramiento (Bogotá: CEJ, 2017), 17. https://cej.org.co/wp-content/uploads/2019/07/Caracterizaci%C3%B3n-de-la-justicia-formal-en-Colombia-y-elementos-para-la-construcci%C3%B3n-de-un-agenda-estrat%C3%A9gica-para-su-mejoramiento-1.pdf

15 Corte Constitucional de Colombia. STC C-242 del 20 de mayo de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

16 Corporación Excelencia en la Justicia, La eficiencia en el sector justicia colombiano, énfasis en la jurisdicción ordinaria (Bogotá: CEJ, 2019), 13.https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3793/Repor_Mayo_2019_Camacho_et_al_final.pdf?sequence=5&isAllowed=y

17 Corte Constitucional de Colombia. STC T-608 del 12 de diciembre de 2019. Magistrado Ponente: Dra. Gloria Stella Ortíz Delgado.

Por una parte, según la Corte Constitucional, el núcleo del derecho a la tutela judicial efectiva ha sido definido como la posibilidad de los residentes en Colombia de acudir en condiciones de igualdad ante jueces y tribunales, con el fin de "propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos"[18]. En este sentido, y basándose en el derecho de acceso a la administración de justicia, la Corte Constitucional ha elevado este derecho a rango fundamental[19]. Por otro lado, el derecho al debido proceso ha sido definido por la Corte Constitucional como el "conjunto de garantías mediante las que se busca la protección de un individuo, el cual se encuentra incurso en una actuación judicial o administrativa" [20], así logrando la correcta aplicación de la justicia. Este derecho fundamental erige muchas aristas de garantías, entre las que encontramos el derecho a la jurisdicción, al juez natural, a la defensa técnica, a un proceso público y sin dilaciones injustificadas, a la independencia del juez y a su imparcialidad.

Cabe aclarar que ambos derechos fundamentales funcionan armónicamente y su ejercicio es similar en la jurisdicción constitucional, en la ordinaria[21] y en la contencioso-administrativa[22]. De este modo, estos derechos funcionan en sentido amplio como una base de principios y normas que rigen la función judicial y administrativa. En este sentido, si bien desde un enfoque constitucional se han otorgado garantías para asegurar el adecuado acceso a la justicia, la aplicación de ésta se ha enfrentado diversos obstáculos en la práctica. Según la Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas de 2014, se ha establecido una clasificación sobre las barreras de entrada al sistema judicial. El desconocimiento es una primera barrera, pues impide que los individuos reconozcan que una situación fáctica determinada corresponda a una necesidad jurídica. Por otro lado, sobre las necesidades reconocidas, es alarmante el bajo nivel de acceso a la justicia por parte de los usuarios.

De acuerdo con el mencionado análisis, se determinó que en un cuarto de los casos se acude al arreglo directo. Asimismo, en el 57% de los tres cuartos restantes las personas deciden no iniciar actuaciones judiciales por el costo y el tiempo que implica un proceso judicial[23]. Por todo lo anterior, solo un tercio de los conflictos se llevan ante el sistema de justicia debido a diversas barreras de acceso, de las cuales se resaltan tres: ausencia de adecuados mecanismos de orientación y asistencia jurídica, el precario desempeño de las autoridades administrativas y los particulares, y la mora procesal.

18 Corte Constitucional de Colombia. STC C-426 del 29 de mayo de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
19 Corte Constitucional de Colombia STC T-799 del 21 de octubre de 2011, Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto y Corte Constitucional de Colombia, STC T-421 del 26 de octubre de 2018, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
20 Corte Constitucional de Colombia. STC C-341 del 4 de junio de 2014. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.
21 Corte Suprema de Justicia. STC Rad. 29775 del 15 de octubre de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza. Reiterada en sentencia de la misma sala del 3 de junio de 2020 M.P. Fernando Castillo Cadena (pág. 7).
22 Consejo de Estado. STC Rad. 68001 del 21 de agosto de 2014. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala.
23 Miguel La Rota y Sebastián Lalinde y Rodrigo Uprimny, Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas: Análisis general y comparativo para tres poblaciones (Bogotá: Dejusticia, 2013) 11. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_618.pdf

Al especificar los motivos por los cuales la ciudadanía no accede al sistema judicial, la Corporación Excelencia en la Justicia afirmó que ello se debe a la percepción de nuevos tipos de barreras (geográficas, económicas, culturales, de legitimidad) y a déficits en la protección de los involucrados en un proceso[24]. El estudio también detalló que existen limitaciones a otros asuntos conexos a la Rama Judicial como lo son la independencia judicial, la seguridad jurídica y la efectividad de las sentencias. En este sentido, en el 2010 la Comisión Internacional de Juristas identificó que gran parte de los obstáculos en el acceso a la administración de justicia tienen origen en condiciones propias y estructurales del sistema[25].

En conclusión, en Colombia el acceso a la justicia y el debido proceso han sido reconocidos como derechos fundamentales. No obstante, en la práctica estos derechos no se han materializado por la existencia de diversos obstáculos, tanto del sistema como del usuario. Estos obstáculos podrían ser derribados mediante el uso de IA en el marco del proceso. Sin embargo, es necesario determinar en qué medida la IA puede coadyuvar en su solución.

2.1.2. Un sistema procesal mixto para un país diverso

Es importante mencionar los avances en temas de tecnología que ha venido presentando el sistema judicial colombiano. Empezó con la Ley 527 de 1999 con la posibilidad de utilizar mensajes de datos como medio probatorio y reguló las firmas digitales. Después, la Ley 1285 de 2009 introdujo algunas de las reformas procesales para los asuntos ordinarios, administrativos y de otras índoles. Luego, la Ley 1395 de 2010 hizo explícito el llamado a la modernización tecnológica, y fueron expedidos el CPACA (Ley 1437 de 2011), el CGP[26] y el Estatuto Arbitral (Ley 1563 de 2012). En este sentido, se resalta el artículo 103 del CGP, el cual señala que el uso de las TIC debe procurarse en todas las actuaciones judiciales, trámites y comunicaciones. Entre estos avances se encuentran los mensajes de datos, los expedientes digitales, y el litigio en línea, precisamente con miras a la economía procesal.

Como segunda inclusión tecnológica concreta, "Prometea" (actualmente PretorIA) fue implementado como un sistema de IA en la Corte Constitucional[27]. Este proyecto pretende mejorar la productividad de la selección de tutelas realizada por la Sala de Revisión de la Corte Constitucional a través de la lectura automática y creación de marcadores para categorías recurrentes en el texto de las sentencias

24 Corporación Excelencia en la Justicia, Caracterización de la Justicia formal en Colombia y elementos para la construcción de una agenda estratégica para su mejoramiento (Bogotá: CEJ, 2017), 17. Disponible en: https://cej.org.co/wp-content/uploads/2019/07/Caracterizaci%C3%B3n-de-la-justicia-formal-en-Colombia-y-elementos-para-la-construcci%C3%B3n-de-un-agenda-estrat%C3%A9gica-para-su-mejoramiento-1.pdf

25 Comisión Internacional De Juristas. Acceso a la justicia: Casos de abuso de Derechos Humanos por parte de empresas, (Ginebra: 2010). https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/09/Colombia-access-to-justice-corporations-thematic-report-2010-spa.pdf.

26 Certicámara. 2013. "Instrumentos jurídicos habilitantes para la incorporación de TIC a la Administración de Justicia". Acceso en 2020. https://web.certicamara.com/media/23647/tecnologia_-y_administracion_de_justicia_en_colombia.pdf

27 Víctor Saavedra y Juan Carlos Upegui, *PretorIA y la automatización del procesamiento de causas de derechos humanos*. (Bogotá: Dejusticia y Derechos Digitales, 2021), 25.

y la selección de casos prioritarios para su revisión[28]. De manera general, Prometea es considerado como un software de IA, que tiene como objetivo principal la automatización de tareas repetitivas al interior del sistema de justicia, lo cual se logra mediante la aplicación de IA enfocada en la elaboración de dictámenes jurídicos encontrando su fundamento en precedentes judiciales ya elaborados[29-30]. Lo anterior evolucionó en la plataforma "PretorIA", un sistema tecnológico de la misma Corporación que busca apoyar y optimizar el proceso de selección, análisis y estructuración de las sentencias de tutela para revisión[31], agilizando así la justicia para esos expedientes.

En tercer lugar, el sistema "Watson" implementado por la Fiscalía General de la Nación (Colombia) es un software de Big Data, que le permite a sus funcionarios realizar un barrido de toda la información que se puede encontrar en las bases de datos del Sistema Penal Acusatorio. De esta forma, y a través del análisis de datos, se logra realizar una asociación de casos por jurisdicción y delito, así como estudios de contexto. Este software entró en funcionamiento en el año 2018 y le permitió a la Fiscalía hallar patrones similares en *modus operandi,* características físicas, tipos de armas, vehículos, entre otros[32].

De esta forma, recordando que los dos principales obstáculos del acceso a la justicia son el pobre desempeño de las autoridades y la mora procesal, se puede afirmar que las dos herramientas de IA planteadas anteriormente han trabajado como apoyos a la labor judicial con el fin de agilizar el proceso. Adicionalmente, al implementar estas herramientas, se solucionan parcialmente estos dos obstáculos y es posible que mediante un uso más amplio se logre atacar estos problemas estructurales en las demás jurisdicciones.

En cuarto lugar, se encuentra el expediente electrónico que funciona en línea y "va mucho más allá de la consulta de documentos o estado de procesos, y promueve (...) la radicación y contestación de demandas, el realizar presentaciones personales, interponer recursos o anexar documentación"[33]. Durante muchas oportunidades en que se ha intentado reformar la Justicia, poco se ha implementado esta institución en

28 Felipe Calderón, Juan José Pérez, y Fausto Santos. "Sistemas de IA en la experiencia del Supremo Tribunal Federal Brasileño y la Corte Constitucional colombiana: Análisis Prospectivo." *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações* 13, No. 1 (Enero 2021): 143–69. doi:10.26512/lstr.v13i1.35614.

29 Estevez, Elsa; Linares, Sebastián y Fillottrani, Pablo, *Prometea. Transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial.* (Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2020), 46-47.

30 Juan Gustavo Corvalán. "Inteligencia Artificial GPT-3, Pretoria y Oráculos Algorítmicos en el Derecho: GPT-3 Artificial Intelligence, Pretoria, and Algorithmic Oracles in Law." *International Journal of Digital Law* 1, No. 1 (2020): 11-52. DOI: 10.47975/digital.law.vol.1.n.1 https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/libraryFiles/downloadPublic/24

31 Corte Constitucional. 2018. "Boletín: Pretoria, un ejemplo de incorporación de tecnologías de punta en el sector justicia". Sala de Prensa de la Corte Constitucional, 27 de julio. Acceso en 2020. https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?PRETORIA,-un-ejemplo-de-incorporacion-de tecnologias-de-punta-en-el-sector-justicia-8970.

32 Redacción Judicial. 2018 "Así funciona "Watson", la inteligencia artificial de la Fiscalía". El Espectador. 31 de agosto. Acceso en 2020. https://www.elespectador.com/noticias/judicial/asi-funciona-watson-la-inteligencia-artificial-de-la-fiscalia.
Santiago Agudelo Londoño. "Inteligencia Artificial en el proceso penal: análisis a la luz del fiscal Watson". *Pensamiento Jurídico* 1 No. 54, (2021). https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/96091.

33 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 2018. "Gobierno y Rama Judicial le apuestan a la transformación de la justicia con el piloto 'Expediente Electrónico Judicial'". Sala de Prensa, 12 de diciembre. Acceso en 2020. https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/81972:Gobierno-y-Rama-Judicial-le-apuestan-a-la-transformacion-de-la-justicia-con-el-piloto-Expediente-Electronico-Judicial

los juzgados, teniendo también serias dificultades en cuanto a riesgos de seguridad de la información[34]. No obstante, en 2019 representantes del Gobierno Nacional y del sector judicial suscribieron un memorando de entendimiento para poner en marcha un plan piloto para la implementación del expediente judicial electrónico[35]. Esta iniciativa, permitirá "litigar en línea a través de una plataforma unificada para realizar todos los trámites de cinco tipos de procesos judiciales"[36], y así "promover el acceso, la modernización y la equidad en materia de servicios de justicia para todos los colombianos"[37].

Es importante resaltar que existe una estrecha relación entre los avances tecnológicos y los derechos fundamentales mencionados anteriormente, así como con el relacionamiento de los ciudadanos con la justicia[38]. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que "la incorporación de las referidas tecnologías en la actividad judicial facilita el ejercicio de las funciones de quienes administran justicia y asegura que los usuarios satisfagan, con iguales oportunidades, sus derechos fundamentales al debido proceso (artículo 29 de la Constitución), la tutela judicial efectiva (artículo 229 ibidem) y ser oídos en los procesos de los que hacen parte (regla 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)"[39].

Finalmente, el Decreto Legislativo 806 de 2020 representa una oportunidad más para avanzar en la digitalización de la justicia. Por ejemplo, el artículo 2° dispuso la utilización de medios tecnológicos para las actuaciones, audiencias, y diligencias en todas las jurisdicciones. También, se pronuncia frente a las presentaciones personales, firmas digitales y formalidades del mismo tipo. Otros artículos del decreto versan sobre el manejo de expedientes, notificaciones, recursos, y vicisitudes procesales. Sobre el particular, después de 2 años de vigencia del Decreto 806, éste ha llegado a cumplir muchos de los objetivos con el que fue expedido. Por esta razón, el Congreso colombiano aprobó la Ley 2213 de 2022, la cual adoptó como legislación permanente la mayoría de disposiciones del Decreto 806, manteniendo la regla general respecto a la virtualidad en los procesos judiciales.

No obstante, es importante aclarar que la norma habilitadora de estas funciones digitales para la Rama Judicial viene de antaño, siendo los más notorios los cambios introducidos por el CGP, en especial los mencionados en el artículo 618 (numeral 5° y 7°). Es por ello que este decreto es un empujón inesperado que continúa con los esfuerzos de digitalizar la justicia, mas no la norma habilitadora de ello.

En conclusión, en años anteriores se han presentado varios esfuerzos por agilizar la inclusión progre-

34 García, Héctor. 2018. "La justicia colombiana y las TIC. La modernización es inminente". Portafolio, 22 de marzo Acceso en 2020. http://blogs.portafolio.co/seguridad-informatica-certicamara-sa/la-justicia-colombiana-las-tic-la-modernizacion-inminente.
35 Maritano, Ana. "Colombia – Justicia Digital: Avanza la implementación del expediente electrónico". Diario Jurídico, 28 de enero. Acceso en 2020. https://www.diariojuridico.com/justicia-digital-avanza-la-implementacion-del-expediente-electronico/.
36 Ana María Ramos, "La digitalización de la Justicia en Colombia: en busca del tiempo perdido", *Sistemas Judiciales,* 20 No. 24 (2022). https://inecip.org/wp-content/uploads/2022/02/Sistemas-Judiciales-N%C2%BA24-Ramos-Serrano.pdf
37 Gómez, Germán. 2018. "Alianza por la transformación de la justicia con Expediente Electrónico". Sala de Prensa de la Corte Suprema de Justicia, 12 de diciembre. Acceso en 2020. http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/12/12/alianza-por-la-transformacion-de-la-justicia-con-expediente-electronico-judicial/
38 Corte Suprema de Justicia. SC 2420-2019 -radicación n.° 11001-02-03-000-2017-01497-00- del 4 de julio de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. https://dernegocios.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/2/2019/09/SC2420-2019-2017-01497-00.docx
39 Ibíd.

siva de tecnologías al interior de la Rama Judicial, objetivo contemplado desde hace décadas. Recientemente, en el 2018 se incluyó a Watson y Prometea al interior de la Fiscalía. Por último, hoy en día se presentan avances con PretorIA y también en la virtualización, no solo de cara al expediente, sino frente a las notificaciones, las audiencias y la visualización del contenido de los estados electrónicos, entre otros. No cabe duda de que todas estas herramientas se están adaptando al contexto colombiano, por lo que es posible afirmar que en un futuro la tecnología jugará una parte trascendental en la labor de la administración de justicia.

2.2. Contexto internacional

Los sistemas de justicia en la mayor parte del mundo están cambiando e innovando. En el Reino Unido se ha utilizado la codificación predictiva para la revisión de documentos en procesos judiciales[40] y ha implementado herramientas como HART y Luminance para el análisis de datos durante un proceso[41]. HART es una herramienta de IA utilizada para realizar evaluaciones de riesgo de reincidencia sobre sospechosos e informar decisiones de enjuiciamiento[42]. De acuerdo con la ONG *Big Brother Watch,* este programa utiliza 34 variables predictivas diferentes para llegar a un pronóstico, 29 de las cuales se centran en el historial de comportamiento criminal del individuo, así como el número de informes de inteligencia policial relacionados con la persona, la edad, sexo, segmentación geo-demográfica, composición familiar, hijos, nombres familiares y personales, e inferencias étnicas, entre otros datos sensibles[43].

Así pues, se ha sostenido que es inaceptable que la herramienta HART utilice este tipo de datos segmentados, pues conlleva al riesgo de producir decisiones judiciales injustas, debido a que refuerzan los prejuicios y la desigualdad, además de violar la prohibición de no discriminación. Por ello, ha quedado en evidencia que el uso de esta tecnología puede afectar el derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva de los usuarios de la justicia.

Por otro lado, en Estonia, en 2019, se plantearon tener jueces robot cuando ocurran ciertos supuestos de hecho y dependiendo de la cuantía[44], proyecto que posteriormente fue desestimado[45], y recientemente implementaron un sistema automatizado para la transcripción de audiencias con un 92% de precisión[46]. En Francia, por el contrario, aunque se han introducido herramientas de IA como Prédic-

40 Verrill, Louise. 2017. "Artificial Intelligence: Change before you have." Brownrudnick, 25-27.
41 European Commission for the Efficiency Of Justice (CEPEJ). 2018. "European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment." https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-%20 2018/16808f699c.
42 Big Brother Watch. 2019. "Big Brother Watch's written evidence on algorithms in the justice system for the Law Society's Technology and the law Policy Commission." https://bigbrotherwatch.org.uk/wp-content/uploads/2019/02/Big-Brother-Watch-written-evidence-on-algorithms-in-the-justice-system-for-the-Law-Societys-Technology-and-the-Law-Policy-Commission-Feb-2019.pdf.
43 Ibíd.
44 Park, Joshua. 2020. "Your Honor, AI." Harvard International Review. https://hir.harvard.edu/your-honor-ai/.
45 Maria-Elisa Tuulik, "Estonia does not develop AI Judge". *Republic of Estonia Ministry of Justice,* 2022 https://www.just.ee/en/news/estonia-does-not-develop-ai-judge
46 Oyetunde, Blessing, "Introducing Salme, Estonian courts' speech recognition assistant", *E-Estonia*, 2022. https://e-estonia.com/introducing-salme-estonian-courts-speech-recognition-assistant/

tice, Case Law y JurisData (LexisNexis)[47], el artículo 33 de la Reforma a la Justicia 2019-222[48] prohibió utilizar *judge analytics* para proteger a los jueces y a la integridad del sistema, dado que el análisis del comportamiento judicial estaba generando un direccionamiento de las demandas a jueces específicos, de acuerdo con lo que más les conviniese (también conocido como *forum-shopping*)[49]. En Estados Unidos, por otro lado, , ya descrito, para hacer el proceso judicial más rápido y eficiente[50].

En Latinoamérica, Argentina implementó Prometea, la cual se ha utilizado en la Fiscalía General de la ciudad de Buenos Aires, en materia de medidas cautelares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la Corte Constitucional colombiana[51]. Asimismo, en Brasil se utiliza SOCRATES, un programa de IA que emite una decisión con base en fundamentos legales y jurisprudenciales luego de analizar la apelación que se envía al Tribunal Supremo Federal en conjunto con la decisión que se impugna, e igualmente es el Tribunal quien toma la decisión[52]. Finalmente, en China se han presentado grandes avances[53], pues por ejemplo, se está utilizando IA para supervisar las decisiones de los jueces y se están implementando jueces robot para ciertos casos[54].

3. La inteligencia artificial en el proceso para predicciones judiciales

La IA se ha convertido en un nuevo actor en el proceso judicial que está cambiando la forma de concebir el procedimiento y los valores en los que se fundamenta. De esta forma, al entrar a estudiar la IA dentro del proceso judicial, se debe tener como pilar estructural la defensa a la tutela judicial efectiva de los derechos y el respeto al debido proceso en todas sus fases; desde su acceso a la justicia, a través del desarrollo del proceso, hasta la toma de decisiones. A continuación, se estudian las dos posibles formas en que la IA puede llegar a intervenir durante el proceso.

47 European Commission for the Efficiency Of Justice (CEPEJ). 2018. "European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment.". 15 https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-%20 2018/16808f699c

48 Fue analizado y aprobado por el Consejo Constitucional: Conseil Constitutionel Français, Décision n° 2019-778 DC del 21 de marzo de 2019, Magistrado Ponente: Laurent Fabius, 22. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2019778dc/2019778dc.pdf

49 Brian Barry. "Judicial Impartiality in the Judicial Council Act 2019: Challenges and Opportunities", *Irish Judicial Studies Journal.* 10. DOI: 10.21427/2AJT-PF62 https://arrow.tudublin.ie/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=aaschlawart

50 Colston y Verrill, p. 25.

51 Rivadeneira, Juan. 2019. "Prometea, inteligencia artificial para la revisión de tutelas en la Corte Constitucional." Ámbito Jurídico. https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/constitucional-y-derechos-humanos/prometea-inteligencia-artificial-para-la.

52 Brehm, Katie. 2020. "The Future of AI in The Brazilian Judicial System. AI Mapping, Integration, and Governance." Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio. https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/06/SIPA-Capstone-The-Future-of-AI-in-the-Brazilian-Judicial-System-1.pdf.

53 Weidong Ji, "The Change of Judicial Power in China in the Era of Artificial Intelligence." *Asian Journal of Law and Society* 7, no. 3 (2020): 515–30. https://www.cambridge.org/core/journals/asian-journal-of-law-and-society/article/change-of-judicial-power-in-china-in-the-era-of-artificial-intelligence/374DE8EEEB28405CAE5CD3C7D8CFAD78 doi:10.1017/als.2020.37.

54 Yu, Meng, and Guodong Du. 2019. "Why Are Chinese Courts Turning to AI?" The Diplomat. https://thediplomat.com/2019/01/why-are-chinese-courts-turning-to-ai/

Por un lado, la IA como una herramienta autónoma traslada el ejercicio de la toma de decisión judicial a un algoritmo o, como se denomina para efectos de este escrito, un juez robot. Por otro lado, la IA como una herramienta asistencialista ofrece determinadas posibilidades en forma de recomendación al juez, sin que este llegue a tomar directamente la decisión final. Así, tanto la herramienta autónoma como la asistencialista tienen efectos y consecuencias distintas, pero ambas retan los sistemas judiciales tradicionales, tal y como se analiza a continuación.

3.1. La inteligencia artificial en el proceso como herramienta autónoma

El uso de IA en diversos juzgados y cortes del mundo es una realidad. Sin embargo, el grado de implementación varía y depende de la cultura judicial y de los avances tecnológicos de cada jurisdicción. Uno de los usos más discutidos sobre la IA en el proceso ha sido su implementación como una "herramienta autónoma", la cual genera una decisión judicial sobre una controversia de derecho, sin intervención humana en su producción. Es decir, se trata de una justicia "codificada", porque sus fallos estandarizados son la respuesta a la información que le es dada a partir de una compilación de instrucciones denominada código[55]. De ahí que la implementación de una herramienta tan controversial en los procesos judiciales implique aceptar el reemplazo de los jueces humanos por jueces robot.

De acuerdo con Sourdin, el uso de esta herramienta autónoma se puede clasificar como disruptivo en el proceso, dado que tiene la capacidad de prestar asesoramiento legal y tomar decisiones[56]. Sin embargo, para que el reemplazo del juez sea posible, el robot-juez deberá ser el encargado de dirigir todo el proceso judicial a través de, por ejemplo, interrogar a las partes, identificar hechos relevantes, aplicar reglas de derecho y emitir su decisión. Así, en esta justicia codificada, la decisión será vinculante y de obligatorio cumplimiento a pesar de que no haya intervenido un humano en su producción.

Si bien esto puede parecer una utopía, países como Estonia y China están transformando sus sistemas de justicia para que la IA pueda estar a cargo de algunas decisiones judiciales. Por ejemplo, en 2019, atender y decidir demandas de cuantía menor a €7,000[57]. Igualmente, en diciembre de había usado jueces con IA en procesos de comercio digital y *copyright* a través de la red social WeChat, la cual manejó más de 3 millones de casos desde su lanzamiento[58]. Así pues, los jueces robot son hoy en día una realidad y seguramente a medida que pase el tiempo otros países también lo implementarán, especialmente porque permiten descongestionar los juzgados de casos simples y permite que esta analice los asuntos más complejos con mayor disponibilidad de tiempo.

55 Richard Re y Alicia Solow-Niederman."Developing Artificially Intelligent Justice". Stanford Technology Law Review 22, no. 242. (2019):249-250. https://ssrn.com/abstract=3390854

56 Tania Sourdin, "Judge v. Robot: Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making". University of New South Wales Law Journal 41, no. 4. (2018): 1114-1133, doi: http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wpcontent/uploads/2018/12/Sour din.pdf

57 Park, "Your Honor, AI" , 1.

58 The Japan Times. "In brave new world of China's digital courts, judges are AI and verdicts come via chat app". The Japan Times, 7 de diciembre de 2019, acceso el 9 de junio de 2020. https://www.japantimes.co.jp/news/2019/12/07/asia-pacific/crime-legal-asia-pacific/ai-judges-verdicts-via-chat-app-brave-new-world-chinas-digital-courts/

No obstante, para implementar este tipo de IA se requiere de un marco legal que brinde valor jurídico a la tecnología para asegurar que las instituciones, ciudadanos y todo aquel que intervenga en el proceso no vea vulnerado su derecho al debido proceso cuando es un algoritmo el que toma la decisión[59]. Por ello, es imperativa la reforma legislativa con el objetivo de que la tecnología no vulnere los principios que fundamentan el proceso judicial ni los derechos de quienes la utilizan. Asimismo, no basta con cambiar la estructura del sistema, sino que también es necesario cambiar la cultura y las percepciones sociales para que el software de IA se considere autoridad suficiente, con el fin de emitir la resolución de un caso concreto.

Por lo tanto, si bien el uso de la IA como herramienta autónoma es una posibilidad para el sistema de justicia, el presente artículo no opta por la implementación de este tipo de tecnología pues, como se estudiará, esto conlleva una serie de peligros y vulneraciones a los derechos de las personas. En particular, en el escenario latinoamericano consideramos que no es posible ni viable su aplicación hasta que, al menos, se introduzcan otras tecnologías de información en los procesos judiciales o se relacione la IA como herramienta asistencialista, concepto que se desarrollará a continuación.

3.2. La inteligencia artificial en el proceso como herramienta asistencialista

La IA como método asistencialista implica que es una mera herramienta para el juez en la toma de decisiones[60]. Por otro lado, el sistema mixto supone que el juez mantiene la dirección del proceso y la toma de decisiones, pero cuenta con elementos previos de IA que le ayudan a resolver con mejor acceso a diversos recursos. De esta forma, se garantiza en un mayor grado la independencia judicial y a su vez se solucionan problemáticas recurrentes en el método autónomo como, por ejemplo, la corrección de sesgos sociales que se encuentren en las bases de datos de las que se alimenta la IA[61].

En este sentido, pensar la implementación de la IA como una herramienta asistencialista mixta se convierte en una solución plausible, en la medida en que es el juez, quien con base en sus conocimientos, experiencia y criterio judicial, opta por admitir el resultado arrojado por el algoritmo o, por el contrario, tomar la decisión en contravía de la recomendación algorítmica. De esta manera, se logra proteger y garantizar en un mayor grado los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Así, se garantiza la publicidad de la debida motivación del fallo por parte del juez, quien analiza no sólo los datos sino el contexto de los hechos[62], en contraposición a una decisión automatizada y sin un razonamiento crítico identificable.

En este sentido, el uso asistencialista de la IA no solo protege el derecho fundamental al debido pro-

59 Mathias Risse, "Artificial Intelligence and the Past, Present, and Future of Democracy." *Harvard Kennedy School: Carr Center Discussion Paper Series*. 2021: 7. https://carrcenter.hks.harvard.edu/files/cchr/files/ai-and-democracy
60 Jordi Nieva Fenoll, Inteligencia artificial y proceso judicial (Madrid: Ed. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018).
61 Tania Sourdin y Richard Cornes "Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging" En: The Responsive Judge: International Perspectives. Comp. Tania Sourdin y Archie Zariski (Singapore: Springer, 2018), 87-119.
62 Michele Taruffo, Páginas sobre justicia civil, trad. Maximiliano Aramburo Calle (Madrid: Marcial Pons, 2009), 517-520.

ceso, sino que también disminuye el riesgo de decisiones discriminatorias, derivadas de aquellos datos que contengan información que perpetúe los sesgos sociales y que se pueden constituir en una barrera de acceso para los usuarios de la justicia. Dado que el enfoque asistencialista centra la toma de la decisión en el juez humano, permite el adecuado desarrollo del proceso judicial garantizando la igualdad de las partes y el derecho al debido proceso.

A continuación, se estudiarán los principales problemas que pueden surgir de la interacción entre el derecho procesal en la toma de decisiones y la IA.

3.2.1. El fenómeno del *black box*

Generalmente, el problema de la caja negra (*black box*) se puede definir como "la incapacidad de comprender completamente el proceso de toma de decisiones de la IA y la incapacidad de predecir las decisiones o resultados de ésta"[63], pues es imposible ver el razonamiento producido por el algoritmo debido a su funcionamiento técnico, de la misma forma que no es posible conocer plenamente los pensamientos de una persona[64]. Es importante anotar que a mayor capacidad técnica de la IA, más difícil será conocer los inputs que el software tomó en cuenta al momento de tomar una decisión. De ello, se desprende un problema para el sistema jurídico, que se materializa en falta de transparencia en el análisis y en la argumentación de las decisiones en las que intervenga la IA.

Bathaee diferencia entre dos tipos de *black box:* (i) la fuerte (*strong black box*) y (ii) la débil (*weak black box*). El primer tipo, trata de IA con procesos de toma de decisiones en donde no hay forma de determinar cómo llegó a una decisión o predicción, qué información es determinante para la respuesta que arroja la IA, ni permite obtener una clasificación de las variables procesadas por la misma en el orden de relevancia o prioridad[65]. Con todo lo anterior, se puede afirmar que en este tipo de caja negra no es posible analizar las motivaciones de las decisiones *ex post* incluso haciendo uso de técnicas avanzadas de ingeniería inversa para revertir el proceso de toma de decisión[66].

Así, los sistemas más robustos implican mayor riesgo de *black box* fuerte, pues llega un punto en el que es imposible seguir manualmente todos los procesos de toma de decisiones por los que atraviesa la IA para llegar a una o varias conclusiones, por la gran cantidad de procesos artificiales que se van formando a medida que llegan nuevos datos, tal como se evidenció en el caso COMPAS.

El segundo tipo, *black box* débil, también implica procesos de toma de decisiones a partir del uso de IA, pero permite cierto grado de explicación de la sentencia, de forma que se cumple con el deber de

63 Yavar Bathaee "The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation", Harvard Journal of Law & Technology 31, Nº 2 (2018): 898. https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/The-Artificial-Intelligence-Black-Box-and-the-Failure-of-Intent-and-Causation-Yavar-Bathaee.pdf.
64 Ibid., 890 - 919.
65 Ibid., 903-907.
66 Mario Betancur Rodriguez "Ingeniería inversa aplicada: metodología y aplicaciones industriales" (Tesis de grado para optar por el título de especialista en diseño mecánico, Universidad EAFIT, 2011) 1-42 https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/9080/Mario_BetancurRodriguez_2011.pdf?sequence=2&isAllowed=y

motivación de la decisión judicial[67]. El *black box* débil se diferencia de la *fuerte* en que los factores que motivan la decisión sí pueden reconstruirse mediante procedimientos técnicos o ser sometidos a ingeniería inversa -al menos parcialmente-, de forma que es posible auditar los datos que tiene en cuenta y la importancia que la IA le asignó a cada variable para tomar la decisión.

Teniendo en cuenta lo anterior se propone un acercamiento asistencialista frente al uso de IA en el campo del derecho procesal en Colombia, pues entre mayor capacidad de procesamiento y de almacenamiento tenga un sistema de IA, será más potente como herramienta. Sin embargo, el riesgo que implica es que son estos tipos de sistemas los que conllevan al fenómeno de black boxing fuerte, pues llega un punto en el que es imposible seguir manualmente todos los procesos de toma de decisiones por los que atraviesa la IA, para llegar a una o varias conclusiones por la gran cantidad de neuronas artificiales que se van formando a medida que llegan nuevos datos. Este fenómeno se puede evidenciar en el caso State v. Loomis, dado que el algoritmo utilizado, COMPAS, no explicaba por qué y ni el cómo se había llegado a esa decisión, lo que genera que no se pueda trazar el razonamiento detrás del algoritmo y que una decisión que limita la libertad de una persona sea abiertamente vulneradora del debido proceso.

En consecuencia, al hacer uso de la IA para aspectos de búsqueda de información, seguimiento del proceso y toma de decisiones poco complejas, se puede asegurar mayor transparencia en los distintos procesos, pues en estos casos se podría presentar black box débil, en los que como ya se mencionó, sí es posible hacerle seguimiento, asegurando el debido proceso y permitiendo hacer uso de la IA como herramienta que hace al proceso más eficiente y eficaz. Un ejemplo de esto en el caso colombiano sería que las cortes o juzgados pudieran implementar una IA que genere un escrito que emule la explicación o razonamiento seguido para llegar a la respuesta. No obstante, para los casos más complejos se mantendría la figura central del juez como la providencia que dicte la sentencia final.

3.2.2. Sesgos

Otra de las grandes preocupaciones frente al uso de la IA es la calidad de los datos, pues, dependiendo del tipo de información que haya recibido y analizado en su proceso de programación inicial y entrenamiento, puede haber información sesgada, lo que termina generando resultados que estén a su vez sesgados[68]. Esto podría representar un problema cuando en la predicción de decisiones judiciales mediante la IA se emita un resultado basado en el sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión u opinión política, pues se estarían perpetuando e incentivando resultados discriminatorios, basados en datos personales sensibles[69].

No obstante, debe tenerse en cuenta que los jueces al tomar sus decisiones también pueden estar ses-

67 Bathaee, "The Artificial Intelligence Black Box", 905.
68 Osonde Osoba y William Welser, An Intelligence in Our Image: The Risks of Bias and Errors in Artificial Intelligence (Santa Mónica: RAND Corporation, 2017), acceso en el 2020 https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR1744.html
69 Marco Almada y Maria Dymitruk, "Privacy and Data Protection Constraints to Automated Decision-Making in the Judiciary" *Researchgate*. DOI:10.13140/RG.2.2.22053.65760. https://www.researchgate.net/publication/340594815_Privacy_and_Data_Protection_Constraints_to_Automated_Decision-Making_in_the_Judiciary

gados personalmente. Esto conduce a que tanto las estructuras legales como los resultados de la IA contengan sus propios sesgos, que afectan de una u otra manera los derechos de los usuarios del sistema de justicia. En este escenario, el uso de la IA podría utilizarse como una herramienta que exponga los prejuicios desconocidos pero existentes en el sistema actual que pueden haberse pasado por alto[70]. De esta forma, en el marco de un proceso judicial en el que se implemente la IA, surge la necesidad de la intervención humana para evitar la reproducción de errores o sesgos que vulneren la tutela judicial efectiva de los derechos, como también, ilustrar posibles prejuicios que los jueces pueden tener al momento de decidir.

3.2.3. Estandarización del precedente judicial

La implementación de IA en el proceso puede traer como consecuencia la estandarización de las decisiones judiciales, afectando la discrecionalidad del juez. De acuerdo con la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), el uso de herramientas de IA puede crear una nueva forma de normatividad que podría conducir a decisiones judiciales basadas ya no en el razonamiento de caso acaso por los jueces, sino en un cálculo estadístico vinculado a la compensación promedio otorgada previamente por otras autoridades judiciales[71].

Por lo anterior, confiar única y exclusivamente en algoritmos resulta peligroso para el sistema judicial, porque la naturaleza de este ordenamiento jurídico requiere de la interpretación, análisis y experticia de un ser humano que entienda el contenido del lenguaje del derecho, así como el contexto del caso y pueda emitir una decisión a través del razonamiento legal[72]. De ahí que la labor del juez cobra mayor prevalencia cuando hay IA en el proceso, pues es él quien efectivamente puede conducirse por un razonamiento legal y apartarse del precedente judicial cuando lo considere necesario. Así, la IA como herramienta asistencialista puede brindar parámetros que sirvan de guía al juez para que la decisión sea informada y en sintonía con la jurisprudencia, pero no impide que la autoridad judicial se aleje del precedente y genere cambios sustanciales que son necesarios en el derecho y en la sociedad[73].

70 Harry Surden. 2019. "Artificial Intelligence and Law: An Overview". State University Law Review, Vol, 35, no. 4: 1305-1339. Acceso en 2020. https://ssrn.com/abstract=3411869.

71 European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). 2018. "European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment." 15. https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-%20 2018/16808f699c

72 Casey, Anthony J. y Anthony Niblett, Will Robot Judges Change Litigation and Settlement Outcomes? *MIT Computational Law Report. No.* 4, 2020.

73 Re y Solow-Niederman, Developing Artificially Intelligent Justice, 248.

4. La justicia equitativa

Retomando la discusión planteada, surge el interrogante de si los jueces deben ser reemplazados por IA que decida los casos, o solamente debe ser tomada como una herramienta asistencial. En el caso en que el juez sea reemplazado, el dilema que se ha suscitado es que, por un lado, permitiría sustituir a los jueces humanos eliminando riesgos como corrupción o vacíos en el conocimiento de la ley. Pero, por el otro, haría las sentencias más rígidas, pues no se aplicaría adecuadamente el "arbitrio judicial" a cada caso concreto, y puede generar el riesgo de fallar sesgadamente, como se mencionó anteriormente[74].

En este sentido, es importante aclarar los conceptos de justicia equitativa y justicia codificada[75]. La justicia equitativa es el arbitrio judicial administrado por los jueces, puesto que desarrolla los criterios auxiliares de la actividad judicial establecidos en el artículo 230 constitucional[76]. La equidad, los valores y principios permiten aplicar las normas según el contexto de cada caso en concreto, en lugar de ser una regla inflexible y generalizada. Sin embargo, la justicia equitativa requiere razonamientos abstractos y relacionados con distintas percepciones -como la razonabilidad-, que actualmente no pueden ser programadas en los algoritmos.

La justicia codificada se refiere a la autonomía de la IA en la toma de decisiones judiciales como resultado de la aplicación mecánica de la ley a procesos estandarizados. Tradicionalmente, las normas jurídicas en las que se basan los jueces para resolver los casos han sido compiladas en codificaciones jurídicas que sistematizan la información, creando un conjunto centralizado de reglas. En el mismo sentido, las reglas a partir de las cuales la IA construye sus resultados surgen de compilados de grandes bases de datos que contienen reglas e instrucciones sobre cómo llegar a un resultado, el cual es el algoritmo, así que es posible integrarlas para lograr una justicia codificada[77].

Ahora bien, es importante aclarar que la IA, tal como está desarrollada hoy en día, es principalmente "débil", [78]. La clasificación fuerte implica que a mayor razonamiento y análisis independiente, la IA tendrá una mayor capacidad, mientras que la débil está especializada en un único procedimiento o un solo fin y se limita principalmente a labores mecánicas o repetitivas, siendo de menor capacidad. Esto significa que las máquinas pueden proponer la solución a un caso o realizar la tarea asignada con base en las correlaciones que hagan entre los datos que tienen disponibles, pero no comprenden qué significan los datos, o qué significa la solución propuesta, de la misma forma en que un humano lo haría[79]. Es por esta razón

En este sentido, consideramos que la autoridad judicial no debe ser reemplazada completamente por

74 Ibíd. Osonde Osoba y William Welser, 2017.
75 Re y Solow-Niederman, Developing Artificially Intelligent Justice, 252-253.
76 El Artículo 230 de la Constitución Política de Colombia consagra que ''los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial''.
77 Re y Solow-Niederman, Developing Artificially Intelligent Justice, 253.
78 Ibid. Harry Surden, 2019, p. 1309.
79 Ibid. Harry Surden, 2019, p. 1315.

la IA, puesto que esta última no tiene la capacidad de garantizar la toma de decisiones con enfoque en la justicia equitativa. Esto se complementa con el importante rol que cumple el juez en la sociedad, dado que es reconocido no solo como una autoridad de derecho, sino como una autoridad moral[80]. Igualmente, se ha entendido que "las funciones judiciales bajo la ley implican un complejo cóctel de racionalidad legal y juzgamiento humano entrenado"[81]. Lo anterior resulta en que la legitimidad de la decisión también está dada porque las partes consideren que fueron tratadas justamente y acepten más fácilmente la decisión[82].

En este orden de ideas, el rol esencial de los jueces corresponde a la interpretación de las normas y principios que tienen en su ordenamiento jurídico, con el objetivo de resolver un caso concreto, de forma razonable y justa[83]. De esta manera, se ha entendido que el juez "es la figura central del derecho, es un ser humano que requiere ser sensible y atento a todos los cambios y fenómenos sociales"[84]. Además, dentro de un conjunto de normas y principios existen aquellas que presentan vaguedad en el lenguaje o textura abierta, es decir, que de su interpretación se desprende más de un significado. Por lo tanto, el juez en su compromiso de impartir justicia y siendo el intermediario entre el poder del Estado y los ciudadanos, resuelve esta vaguedad en el lenguaje de las normas asignando sentido específico de manera discrecional e independiente[85].

De este modo, esta capacidad de interpretación y análisis legal de normas ambiguas no puede ser adoptada por un tipo de IA autónoma en este proceso. Sería desventajoso para un ordenamiento jurídico que una IA resuelva los conflictos y vaguedades del lenguaje de las normas. Esto se sustenta en que, como lo menciona Corvalán, en un ordenamiento jurídico no se puede establecer una lista de las normas que presentan alguna vaguedad en su lenguaje, por lo tanto, no es posible programar los algoritmos de la IA para que ésta sea capaz de solucionar conflictos[86].

Una de las preocupaciones relativas a la IA consiste en que el litigio estratégico desaparecería sin jueces humanos, pues las decisiones judiciales son herramientas de control de poder y variación del *status quo* judicialmente[87]. Ahora bien, para mantener la corriente de derecho vivo, sería posible hacerle a la IA actualizaciones de valores o de reglas periódicamente. La actualización de reglas[88] implica que se

80 Couture, Eduardo Juan. Obras "Los mandamientos del abogado". 5a ed. La Ley, 2010. V.5 https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat07441a&AN=cpu.630317&lang=es&site=eds-live&scope=site.
81 Ibid, p. 98.
82 Ibíd p. 88.
83 Godo, Juan Morales. 2010. "La función del juez en una sociedad democrática". Revista de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Vol. 4 Núm. 1. Acceso en 2020. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/download/2397/2348/.
84 Carlos Colmenares. 2012. "El rol del juez en el Estado democrático y social de Derecho y justicia" Dialnet. Acceso en 2020. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6713638.pdf.
85 Ibid.
86 Juan Corvalán. Inteligencia Artificial y Proceso Judicial - Desafíos Concretos de Aplicación. En: Diario DPI. Septiembre, 2019. https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/09/IA-y-Proceso-Judicial.pdf
87 Hirschl, Ran. 2004. "'Juristocracy' - Political, not juridical". The Good Society, Vol. 13, Núm. 3: 6-11. Acceso en 2020. https://www-jstor-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/stable/20711181.
88 Re y Solow, Developing Artificially Intelligent Justice, 248-248.

debe cambiar la forma de aplicación de la antigua ley a unas nuevas circunstancias. De esta forma, en un primer momento los valores de decisión se mantienen fijos, aunque las normas se puedan modificar después para ajustarlas a las innovaciones.

Por otra parte, la actualización de valores[89] consiste en que la tecnología puede tener efectos para crear nuevas capacidades, conocimientos, prácticas sociales y riesgos en cuanto a las metas preestablecidas por el legislador. Estos cambios generan la creación de nueva legislación e influencian los principios detrás de las normas. Así, tales valores se modifican mediante el cambio de la tecnología, por lo que las actualizaciones deberían estar en manos del legislador y no del programador, ya que es el primero el llamado a modificar la ley.

Gracias a todo lo anterior, los beneficios de utilizar IA (ya sea asistencial o autónoma), consisten en que la reducción del marco de discrecionalidad judicial permite aplicar la ley dejando de lado ciertos sesgos, por lo que las decisiones judiciales serían más imparciales, siempre que se revise con cuidado que los datos que alimentan la IA no contengan, a su vez, sesgos. Sin embargo, la IA no deberá sustituir a los jueces debido a la importancia que juegan estos sujetos dentro del derecho y la sociedad, como se mencionó en párrafos anteriores.

Sección II: Ética e inteligencia artificial

1. La ética dentro de la implementación de IA en el proceso judicial

La IA en el proceso judicial tiene efectos y consecuencias muy diversas, lo que puede generar situaciones en las que se vulneren derechos de las personas. Además, existe la preocupación latente de que el uso de IA cambie los valores centrales del sistema legal, por lo que es necesario garantizarlos y conservarlos en la transición tecnológica. De esta forma, es importante resaltar distintos principios y valores éticos que sirvan de guía a todos aquellos que están involucrados en el sistema judicial y que tengan una aproximación con la IA.

En este sentido, no se busca defender una teoría ética específica, sino por el contrario, rescatar principios como la transparencia, explicabilidad, no discriminación y rendición de cuentas[90], para asegurar el debido proceso y la tutela efectiva de los derechos de los intervinientes dentro del proceso judicial cuando se usa IA. Estos principios éticos se derivan de los derechos fundamentales según cada jurisdicción[91].

En primer lugar, el principio de transparencia se refiere a la capacidad de acceder y entender el pro-

89 Re y Solow, Developing Artificially Intelligent Justice, 249-252.
90 Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre la inteligencia artificial de la Unión Europea y CEPEJ 2019, 1-55.
91 Ibíd. p. 2.

grama de IA, como también de asegurar que la decisión sea imparcial y justa[92]. No obstante, puede surgir una tensión entre la propiedad intelectual que se tiene sobre el programa de IA, el black box y la posibilidad de acceder a este por los usuarios cuando se vulnera un derecho, razón por la que es necesario buscar un equilibrio entre estos. Sin embargo, el creador del sistema de IA deberá procurar que la decisión pueda ser rastreada y que esté acorde con los derechos de quienes la utilizan. Adicionalmente, este principio no se refiere solo a la parte técnica, sino que es necesario que haya transparencia en la comunicación con los usuarios para que sean conscientes que están interactuando con IA[93].

En segundo lugar, el principio de explicabilidad se refiere a "la capacidad de explicar tanto los procesos técnicos de un sistema de IA, como las decisiones humanas asociadas"[94]. Es decir que la decisión que adopte un sistema de IA pueda ser comprensible para los humanos y sea posible rastrear la manera como se llega a ese resultado. Esto cobra especial relevancia cuando se está afectando un derecho y sea necesario reclamar una explicación adecuada del proceso llevado a cabo por el sistema de IA. Es por ello por lo que, si un programa de IA es transparente, explicable y rastreable, el debido proceso y la tutela efectiva judicial primarán aun cuando se utilice IA en el proceso.

En tercer lugar, el principio de no discriminación y equidad busca "garantizar una distribución justa e igualitaria de los beneficios y costes, y asegurar que las personas y grupos no sufran sesgos injustos, discriminación ni estigmatización"[95]. Lo anterior, está relacionado con evitar que la IA emita decisiones que sean abiertamente discriminatorias o perpetúen sesgos, tal como ocurrió con el programa COMPAS.

En cuarto lugar, el principio de rendición de cuentas y auditoría tiene como objetivo que se garantice la responsabilidad sobre los sistemas de IA y sus resultados, tanto antes de su implementación como después de ésta[96]. Así pues, mediante evaluaciones de impacto se pueden minimizar efectos negativos que se puedan generar, y así asegurar el buen funcionamiento y respeto de los derechos de las personas.

Para concluir, la ética necesariamente hará parte de las discusiones entre la IA y el Derecho, por lo que tener estos principios éticos claros y presentes en la implementación puede asegurar el buen funcionamiento de la rama judicial. No obstante, debe resaltarse que estos principios no son justiciables o exigibles, por lo que dependerá de cada Estado procurar su inclusión.

92 Ibíd. p. 11.
93 Ibíd. p. 22.
94 Ibíd.
95 Ibid. p. 15.
96 Ibid. p. 24.

Recomendaciones y conclusiones

En síntesis, después de haber desarrollado los diferentes puntos del presente artículo, consideramos que la IA es una herramienta que presta múltiples beneficios a la administración de justicia, haciéndola más eficiente y transparente. Por esto, a partir del examen de los modelos autónomos y asistencialistas, la opción que mejor se adecúa a las necesidades del sistema judicial colombiano es la aplicación de IA con un modelo asistencialista mixto en el que el juez mantiene el control del proceso. De esta forma, se reducen los sesgos, la inflexibilidad del precedente judicial y se mantiene la obligación de motivar adecuadamente las decisiones judiciales. A continuación, se enlistan las recomendaciones.

En primer lugar, es clave diseñar las herramientas de IA y cualquier otro tipo de software o plataforma que permita la interoperabilidad entre entidades del Estado, es decir, que sean compatibles entre sí y no sea necesario modificar el tipo de archivo para que el sistema de otra entidad lo pueda procesar. El marco de interoperabilidad se define como "la estructura de trabajo común donde se alinean los conceptos y criterios que guían el intercambio [seguro y eficiente] de información"[97]. Así, se permite garantizar el flujo adecuado de información e interacción entre entidades estatales[98], desarrollando el principio de colaboración armónica entre entidades públicas (artículo 113 CP) y acercando el Estado a los ciudadanos a través de la prestación de servicios más eficientes[99].

En segundo lugar, es importante tener en cuenta que por el simple hecho de adoptar una herramienta tecnológica (ya sea IA o procesos de automatización), no todos los problemas se resolverán inmediatamente. Se denomina "determinismo tecnológico" al fenómeno de considerar la tecnología como "motor [intrínseco] de desarrollo y una causa primaria del cambio social, sin tener en cuenta las condiciones sociales de su implementación y las repercusiones estructurales que afectan distintos ámbitos de la vida social"[100]. Por ello, hay que tener en cuenta que ninguna tecnología tiene la capacidad de resolver un problema por sí misma sin que (i) la comunidad a la cual va destinada se disponga al cambio en la forma en que se relaciona con el sistema judicial[101] y (ii) que la tecnología esté adaptada según las características de la realidad judicial a nivel nacional.

En tercer lugar, resulta menester reconocer las limitaciones que ha mostrado el sistema judicial colombiano para adoptar medidas efectivas y no trasplantes jurídicos o tecnológicos[102] diseñados para

97 Colombia. Presidente de la República. 2 de mayo de 2020. Decreto 620 de 2020 por medio del cual se establecen lineamientos generales en el uso y operación de servicios ciudadanos digitales. Artículo 2.2.17.1.4. numeral 9.

98 Castaño, Daniel. 2019. Estudio jurídico: GovTech: legalidad, privacidad y ética digital. Bogotá: Secretaría Jurídica Distrital.https://www.secretariajuridica.gov.co/transparencia/informacion-interes/publicacion/estudios/govtech-legalidad-privacidad-y-%C3%A9tica-digital P. 14

99 Colombia. Consejo Nacional de Política Económica y Social. 2019. Documento CONPES 3975 "Por medio del cual se establece la política nacional para la transformación digital e inteligencia artificial". Bogotá. P. 14.

100 Delgado, Juan, Julián Penagos, y Camilo Tamayo. 2007. Hacer lo real virtual: Discursos del desarrollo, tecnologías e historia del internet en Colombia. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana y Colciencias. http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/cinep/20100831075004/hacer_real_lo_virtual.pdf P. 61

101 Ibid. p. 85.

102 Bonilla Maldonado, Daniel. 2009. "Introducción." En Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate, 11-

contextos socioeconómicos diferentes, que a la larga representarán un mayor gasto presupuestal, pero no cumplirán con su cometido. Inclusive, puede que una forma de resolver algunos problemas sea el "diseño de servicios para la justicia", que está orientado a mejorar el servicio desde la experiencia del usuario, eliminando fases innecesarias o simplificándolas[103]. Para lograr esto, es importante estudiar las experiencias latinoamericanas en la implementación de este tipo de soluciones, y adaptarlas a nuestro contexto.

En cuarto lugar, es prioritario reconocer las brechas de conectividad, dificultades de acceso y falta de habilidades en el uso de la tecnología que existen en las diferentes regiones del país, además de las barreras que fueron descritas al caracterizar la justicia. Esto, pues el principal insumo para producir esta apertura al uso de estas herramientas es la educación tecnológica[104], que debe estar especialmente enfocada a la alfabetización en estas habilidades. Por lo tanto, según el documento CONPES 3975 de 2019, el Ministerio de Educación está obligado a dictar los lineamientos de esta educación en todos los niveles académicos[105], y el Ministerio de las TIC debe coordinarse con entidades de la Rama Ejecutiva que tengan funciones jurisdiccionales con la finalidad de implementar el proyecto de expediente electrónico, dictar lineamientos para manejo de tecnología[106], garantizar la interoperabilidad de los expedientes electrónicos y la autenticación digital de los usuarios[107].

Finalmente, es fundamental cumplir los lineamientos de transparencia de datos en el Gobierno mediante el acceso gratuito para que se puedan hacer mediciones, estudios y veeduría[108], como ya se ha aplicado en el sector privado[109]. Si bien es cierto que la privacidad de las personas y la información sensible deben ser protegidas con especial cuidado[110], todos los datos públicos que correspondan a las entidades públicas deben ser de acceso abierto y solamente serán reservados por disposición constitucional o legal previa[111]. Esta aparente contradicción se supera con el diseño de plataformas que

36. Bogotá: Siglo del hombre editores. ISBN: 9789586651462.

103 Hagan, Margaret. 2018. "Human-centered design approach to access to justice: Generating new prototypes and hypotheses for interventions to make courts user-friendly." Indiana Journal of Law and Social Equality. Vol. 6 (2): 200-242. https://ssrn.com/abstract=3186101.

104 Colombia. CONPES Ibid. Recomendación Nº 8 p. 59.

105 Ibídem. También ver Colombia. Ministerio TIC. 2020. Formalización del plan institucional de capacitación 2020. https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-72779_Plan_Institucional_capacitacion_2020_25032020.pdf.

106 Colombia. Ministerio TIC. 2020. Recomendaciones para los Planes de Desarrollo Territoriales 2020 – 2023. https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-126556_recomendaciones.pdf.

107 Ibíd. Adicionalmente, Colombia. Ministerio TIC. Decreto 1008 de 2018. Manual de Gobierno Digital. Accessed 2020. https://estrategia.gobiernoenlinea.gov.co/623/articles-81473_recurso_1.pdf.

108 Colombia. Presidente de la República. Decreto 1413 de 2017 "Por el cual se adiciona el título 17 a la parte 2 del libro 2 del Decreto Único Reglamentario del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Decreto 1078 de 2015, para reglamentar parcialmente el capítulo IV del título III de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 45 de la Ley 1753 de 2015, estableciendo lineamientos generales en el uso y operación de los servicios ciudadanos digitales". Arts. 2.2.17.1.3 num. 6, 2.2.17.1.5 num. 17 y 2.2.17.6.5 a 2.2.17.6.7.

109 ANDI. 2019. Encuesta de transformación digital de 2019 de la ANDI. Bogotá: Asociación Nacional de Empresarios de Colombia. http://www.andi.com.co/Uploads/ANALISIS%20%20ENCUESTA%20DE%20TRANSFORMACI%C3%93N%20DIGITAL%202019%20-%20ANDI.pdf.

110 Colombia. Congreso de la República. Ley 1581 de 2012 "Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales". Arts. 5 y 6.

111 Colombia. Congreso de la República. Ley 1712 de 2014. "Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones." Arts. 1,2 y 4.

permitan la interoperabilidad manteniendo la confidencialidad, seguridad y circulación restringida de la información de los usuarios (*privacy by design*), y también formulando evaluaciones de impacto o riesgo en la privacidad para prevenir su ocurrencia (*privacy impact assessment*)[112].

112 Remolina, Nelson, y Luisa Fernanda Álvarez. 2018. Guía GECTI para la implementación del principio de responsabilidad demostrada —accountability— en las transferencias internacionales de datos personales: Recomendaciones para los países latinoamericanos. Bogotá: Universidad de los Andes, GECTI. ISBN e-book: 978-958-774-697-6.

Bibliografía

Doctrina:

Agudelo Londoño, Santiago. "Inteligencia Artificial en el proceso penal: análisis a la luz del fiscal Watson". *Pensamiento Jurídico* 1 No. 54 (2021): 147-164. https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/96091

Almada, Marco y Dymitruk, Maria, "Privacy and Data Protection Constraints to Automated Decision-Making in the Judiciary" *Researchgate*. DOI:10.13140/RG.2.2.22053.65760. https://www.researchgate.net/publication/340594815_Privacy_and_Data_Protection_Constraints_to_Automated_Decision-Making_in_the_Judiciary

ANDI. 2019. *Encuesta de transformación digital de 2019 de la ANDI.* Bogotá: Asociación Nacional de Empresarios de Colombia. http://www.andi.com.co/Uploads/ANALISIS%20%20ENCUESTA%20DE%20TRANSFORMACI%C3%93N%20DIGITAL%202019%20-%20ANDI.pdf.

Barry, Brian "Judicial Impartiality in the Judicial Council Act 2019: Challenges and Opportunities", *Irish Judicial Studies Journal.* 2022, 10. DOI: 10.21427/2AJT-PF62 https://arrow.tudublin.ie/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=aaschlawart

Bathaee, Yavar. "The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation". *Harvard Journal of Law & Technology* 31, Nº 2 (2018): 890-938. https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/The-Artificial-Intelligence-Black-Box-and-the-Failure-of-Intent-and-Causation-Yavar-Bathaee.pdf.

Betancur, Mario. "Ingeniería inversa aplicada: metodología y aplicaciones industriales". Tesis de grado para optar por el título de Especialista en diseño mecánico. Universidad EAFIT, 2011. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/9080/Mario_BetancurRodriguez_2011.pdf?sequence=2&isAllowed=y.

Big Brother Watch. 2019. "Big Brother Watch's written evidence on algorithms in the justice system for the Law Society's Technology and the law Policy Commission." https://bigbrotherwatch.org.uk/wp-content/uploads/2019/02/Big-Brother-Watch-written-evidence-on-algorithms-in-the-justice-system-for-the-Law-Societys-Technology-and-the-Law-Policy-Commission-Feb-2019.pdf.

Boden, Margaret. (2016). *AI: Its nature and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Boletín. 2018. "Pretoria, un ejemplo de incorporación de tecnologías de punta en el sector justicia". *Sala de Prensa de la Corte Constitucional*, 27 de julio. Acceso en 2020. https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?PRETORIA,-un-ejemplo-de-incorporacion-de tecnologias-de-pun-

ta-en-el-sector-justicia-8970.

Bonilla Maldonado, Daniel. 2009. "Introducción." En *Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate*, 11-36. Bogotá: Siglo del hombre editores. ISBN: 9789586651462.

Brehm, Katie. 2020. "The Future of AI in The Brazilian Judicial System. AI Mapping, Integration, and Governance." Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio. https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/06/SIPA-Capstone-The-Future-of-AI-in-the-Brazilian-Judicial-System-1.pdf.

Calderón, Felipe, Juan José Pérez-Montoya, y Fausto Santos de Morais. "Sistemas de IA en la experiencia del Supremo Tribunal Federal Brasileño y la Corte Constitucional Colombiana: Análisis Prospectivo." *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações* 13, no. 1 (January 2021): 143–69. doi:10.26512/lstr.v13i1.35614.

Casey, Anthony J. y Anthony Niblett, Will Robot Judges Change Litigation and Settlement Outcomes? *MIT Computational Law Report. No.* 4, 2020.

Castaño, Daniel. 2019. Estudio jurídico: GovTech: legalidad, privacidad y ética digital. Bogotá: Secretaría Jurídica Distrital.https://www.secretariajuridica.gov.co/transparencia/informacion-interes/publicacion/estudios/govtech-legalidad-privacidad-y-%C3%A9tica-digital

Certicámara. 2013. "Instrumentos jurídicos habilitantes para la incorporación de TIC a la Administración de Justicia". Acceso en 2020. https://web.certicamara.com/media/23647/tecnologia_-y_administracion_de_justicia_en_colombia.pdf

Colmenares, Carlos. 2012. "El rol del juez en el Estado democrático y social de Derecho y justicia" *Dialnet*. Acceso en 2020. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6713638.pdf

Comisión Internacional De Juristas. Acceso a la justicia: Casos de abuso de Derechos Humanos por parte de empresas, (Ginebra: 2010). https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/09/Colombia-access-to-justice-corporations-thematic-report-2010-spa.pdf.

Contini, Francesco, and Antonio Cordella. 2017. "Law and Technology in Civil Judicial Procedures." In *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, 1-25. 1st ed. Londres: Oxford University Press: Brownsword R. Scotford E Y Yeung K. 10.1093/oxfordhb/9780199680832.001.0001.

Corporación Excelencia en la Justicia, Caracterización de la Justicia formal en Colombia y elementos para la construcción de una agenda estratégica para su mejoramiento (Bogotá: CEJ, 2017), 17. https://cej.org.co/wp-content/uploads/2019/07/Caracterizaci%C3%B3n-de-la-justicia-formal-en-Colombia-y-elementos-para-la-construcci%C3%B3n-de-un-agenda-estrat%C3%A9gica-para-su-mejoramiento-1.pdf

Corporación Excelencia en la Justicia, La eficiencia en el sector justicia colombiano, énfasis en la jurisdicción ordinaria (Bogotá: CEJ, 2019), 13. https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3793/Repor_Mayo_2019_Camacho_et_al_final.pdf?sequence=5&isAllowe-

d=y

Corvalán, Juan Gustavo. "Inteligencia Artificial GPT-3, Pretoria y Oráculos Algorítmicos en el Derecho: GPT-3 Artificial Intelligence, Pretoria, and Algorithmic Oracles in Law". *International Journal of Digital Law* 1, No. 1 (2020): 11-52. DOI: 10.47975/digital.law.vol.1.n.1 https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/libraryFiles/downloadPublic/24

Corvalán, Juan Gustavo, "Inteligencia Artificial y Proceso Judicial - Desafíos Concretos de Aplicación", *Diario DPI,* Septiembre, 2019. https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/09/IA-y-Proceso-Judicial.pdf

Couture, Eduardo Juan. Obras "Los mandamientos del abogado". 5a ed. La Ley, 2010. V.5 https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat07441a&AN=cpu.630317&lang=es&site=eds-live&scope=site.

Delgado, Juan, Julián Penagos, y Camilo Tamayo. 2007. *Hacer lo real virtual: Discursos del desarrollo, tecnologías e historia del internet en Colombia.* Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana y Colciencias. http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/cinep/20100831075004/hacer_real_lo_virtual.pdf

Dixon, Herbert. 2013. "Technology and the Courts: A Futurist View." https://www.americanbar.org/groups/judicial/publications/judges_journal/ 2013/summer/technology_and_the_courts_a_futurist_view.

Estevez, Elsa; Linares, Sebastián y Fillottrani, Pablo, *Prometea. Transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial.* Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2020. https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/PROMETEA-Transformando-la-administracion-de-justicia-con-herramientas-de-inteligencia-artificial.pdf

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). 2018. "European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment." https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-%202018/16808f699c

García, Héctor. 2018. "La justicia colombiana y las TIC. La modernización es inminente". *Portafolio*, 22 de marzo Acceso en 2020. http://blogs.portafolio.co/seguridad-informatica-certicamara-sa/la-justicia-colombiana-las-tic-la-modernizacion-inminente.

Godo, Juan Morales. 2010. "La función del juez en una sociedad democrática". *Revista de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú,* Vol. 4 Núm. 1. Acceso en 2020. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/download/2397/2348/.

Gómez, Germán. 2018. "Alianza por la transformación de la justicia con Expediente Electrónico". *Sala de Prensa de la Corte Suprema de Justicia*, 12 de diciembre. Acceso en 2020. http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/12/12/alianza-por-la-transformacion-de-la-justi-

cia-con-expediente-electronico-judicial/.

Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre la inteligencia artificial de la Unión Europea y CEPEJ. *Directrices éticas para una IA fiable.* CEPEJ, 2019. DOI 10.2759/14078. Disponible en: https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.

Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre la inteligencia artificial de la Unión Europea y CEPEJ. *Una definición de la inteligencia artificial: Principales capacidades y disciplinas científicas.* CEPEJ, 2018. Disponible en: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60656.

Hagan, Margaret. 2018. "Human-centered design approach to access to justice: Generating new prototypes and hypotheses for interventions to make courts user-friendly." *Indiana Journal of Law and Social Equality*. Vol. 6 (2): 200-242. https://ssrn.com/abstract=3186101.

Hirschl, Ran. 2004. "'Juristocracy' - Political, not juridical". *The Good Society*, Vol. 13, Núm. 3: 6-11. Acceso en 2020. https://www-jstor-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/stable/20711181.

Hunter, Garry. 2012. "Implementation of Information Communication Technology (ICT) in Courtrooms-An Overview Around the World." *Law Technology* 45 (3): 1 - 62. http://worldjurist.org/publications/lawtechnology.

JI, Weidong. "The Change of Judicial Power in China in the Era of Artificial Intelligence." *Asian Journal of Law and Society* 7, no. 3 (2020): 515–30. https://www.cambridge.org/core/journals/asian-journal-of-law-and-society/article/change-of-judicial-power-in-china-in-the-era-of-artificial-intelligence/374DE8EEEB28405CAE5CD3C7D8CFAD78 doi:10.1017/als.2020.37.

Larson, Jeff, Surya Mattu, Lauren Kirchner, and Julia Angwin. 2016. "How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm." ProPublica. https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm.

Maritano, Ana. "Colombia – Justicia Digital: Avanza la implementación del expediente electrónico". *Diario Jurídico*, 28 de enero. Acceso en 2020. https://www.diariojuridico.com/justicia-digital-avanza-la-implementacion-del-expediente-electronico/.

Michele Taruffo. *Páginas sobre justicia civil.* Traducido por Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Miguel La Rota y Sebastián Lalinde y Rodrigo Uprimny, Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas: Análisis general y comparativo para tres poblaciones (Bogotá: Dejusticia, 2013) 11. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_618.pdf

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 2018. "Gobierno y Rama Judicial le apuestan a la transformación de la justicia con el piloto 'Expediente Electrónico Judicial'". *Sala de Prensa*, 12 de diciembre. Acceso en 2020. https://www.mintic.gov.co/portal/

inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/81972:Gobierno-y-Rama-Judicial-le-apuestan-a-la-transformacion-de-la-justicia-con-el-piloto-Expediente-Electronico-Judicial.

Nieva Fenoll, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Ed. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018. ISBN-10: 8491235833

Osoba, Osonde y Welser, William. *An Intelligence in Our Image: The Risks of Bias and Errors in Artificial Intelligence.* Santa Mónica: RAND Corporation, 2017. Acceso en 2020.

Oyetunde, Blessing, "Introducing Salme, Estonian courts' speech recognition assistant", *E-Estonia*, 2022. https://e-estonia.com/introducing-salme-estonian-courts-speech-recognition-assistant/

Paolo Comoglio, Nuove tecnologie e disponibilitá della prova - L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze. 1 ed. (Torino: Giappichelli, 2018). https://books.google.com.co/books?id=OHvStQEACAAJ

Park, Joshua. 2020. "Your Honor, AI." Harvard International Review. https://hir.harvard.edu/your-honor-ai/.

Procopiuck, Mario. 2018. "Information technology and time of judgment in specialized courts: What is the impact of changing from physical to electronic processing?" *ELSEVIER* 35, no. 3 (09): 491-501. https://doi.org/10.1016/j.giq.2018.03.005.

ProPublica. n.d. "ProPublica en español." Accessed 2021. https://www.propublica.org/espanol.

Ramos, Ana María, "La digitalización de la Justicia en Colombia: en busca del tiempo perdido", *Sistemas Judiciales,* 20 No. 24 (2022). https://inecip.org/wp-content/uploads/2022/02/Sistemas-Judiciales-N%C2%BA24-Ramos-Serrano.pdf

Re, Richard y Solow-Niederman, Alicia. "Developing Artificially Intelligent Justice". *Stanford Technology Law Review* 22, no. 242 (2019): 249-250. https://ssrn.com/abstract=3390854

Redacción Judicial. 2018 "Así funciona "Watson", la inteligencia artificial de la Fiscalía". *El Espectador.* 31 de agosto. Acceso en 2020. https://www.elespectador.com/noticias/judicial/asi-funciona-watson-la-inteligencia-artificial-de-la-fiscalia.

Remolina, Nelson y Álvarez, Luisa Fernanda. 2018. *Guía GECTI para la implementación del principio de responsabilidad demostrada —accountability— en las transferencias internacionales de datos personales: Recomendaciones para los países latinoamericanos.* Bogotá: Universidad de los Andes, GECTI. ISBN e-book: 978-958-774-697-6.

Rivadeneira, Juan. 2019. "Prometea, inteligencia artificial para la revisión de tutelas en la Corte Constitucional." Ámbito Jurídico. https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/constitucional-y-derechos-humanos/prometea-inteligencia-artificial-para-la.

Saavedra, Víctor y Upegui, Juan Carlos. *PretorIA y la automatización del procesamiento de causas de de-*

rechos humanos. Bogotá: Dejusticia y Derechos Digitales, 2021. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2021/04/CPC_informe_Colombia.pdf

Schaefer, Taylor. 2020. "The ethical implications of artificial intelligence in the law." Gonzaga Law Review. https://gonzagalawreview.com/article/11470-the-ethical-implications-of-artificial-intelligence-in-the-law.

Sourdin, Tania. "Judge v. Robot: Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making". *University of New South Wales Law Journal* 41, no. 4 (2018): 1114-1133. Url: http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wpcontent/uploads/2018/12/Sourdin.pdf

Surden, Harry. 2019. "Artificial Intelligence and Law: An Overview". *State University Law Review*, Vol, 35, no. 4: 1305-1339. Acceso en 2020. https://ssrn.com/abstract=3411869.

Tania Sourdin y Richard Cornes "Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging". En *The Responsive Judge: International Perspectives.* Compilado por Tania Sourdin y Archie Zariski, 87-119. Singapore: Springer, 2018.

The Japan Times. "In brave new world of China's digital courts, judges are AI and verdicts come via chat app". *The Japan Times*, 7 de diciembre de 2019, acceso el 9 de junio de 2020.https://www.japantimes.co.jp/news/2019/12/07/asia-pacific/crime-legal-asia-pacific/ai-judges-verdicts-via-chat-app-brave-new-world-chinas-digital-courts/

Turing, Alan Computing Machinery and Intelligence (*Mind 49*, 1950).

Tuulik , Maria-Elisa, "Estonia does not develop AI Judge", *Republic of Estonia Ministry of Justice*. 2022 https://www.just.ee/en/news/estonia-does-not-develop-ai-judge

Verrill, Louise. 2017. "Artificial Intelligence: Change before you have." Brownrudnick, 25-27. http://www.brownrudnick.com/wpcontent/uploads/2017/07/Artificial_Intelligence_Change_Before_you_Have_To_-__Eurofenix_68_Summer_2017_Final.pdf

Yu, Meng, and Guodong Du. 2019. "Why Are Chinese Courts Turning to AI?" The Diplomat. https://thediplomat.com/2019/01/why-are-chinese-courts-turning-to-ai/.

Normatividad:

Colombia. Congreso de la República. *Ley 1581 de 2012 "Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales".*

Colombia. Congreso de la República. *Ley 1712 de 2014. "Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones."*

Colombia. Consejo Nacional de Política Económica y Social. 2019. *Documento CONPES 3975 "Por medio*

del cual se establece la política nacional para la transformación digital e inteligencia artificial". Bogotá.

Colombia. Ministerio TIC. 2020. *Formalización del plan institucional de capacitación 2020*. https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-72779_Plan_Institucional_capacitacion_2020_25032020.pdf.

Colombia. Ministerio TIC. 2020. *Recomendaciones para los Planes de Desarrollo Territoriales 2020 – 2023.* https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-126556_recomendaciones.pdf.

Colombia. Ministerio TIC. *Decreto 1008 de 2018. Manual de Gobierno Digital.* Revisado en 2020. https://estrategia.gobiernoenlinea.gov.co/623/articles-81473_recurso_1.pdf.

Colombia. Presidente de la República. *Decreto 620 de 2020 "Por medio del cual se establecen lineamientos generales en el uso y operación de servicios ciudadanos digitales"*. Artículo 2.2.17.1.4. numeral 9.

Colombia. Presidente de la República. *Decreto 1413 de 2017 "Por el cual se adiciona el título 17 a la parte 2 del libro 2 del Decreto Único Reglamentario del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Decreto 1078 de 2015, para reglamentar parcialmente el capítulo IV del título III de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 45 de la Ley 1753 de 2015, estableciendo lineamientos generales en el uso y operación de los servicios ciudadanos digitales"*. Arts. 2.2.17.1.3 num. 6, 2.2.17.1.5 num. 17 y 2.2.17.6.5 a 2.2.17.6.7.

Colombia. Presidente de la República. *Decreto Legislativo 806 de 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*.

Colombia, Congreso de la República. *Ley 2213 de 2022. "Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones"*.

Jurisprudencia:

Corte Constitucional de Colombia. STC C-242 del 20 de mayo de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia. STC T-608 del 12 de diciembre de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. STC C-341 del 4 de junio de 2014. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. STC C-426 del 29 de mayo de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia STC T-799 del 21 de octubre de 2011, Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia, STC T-421 del 26 de octubre de 2018, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Conseil Constitutionel Français, Décision nº 2019-778 DC del 21 de marzo de 2019, Magistrado Ponente: Laurent Fabius, 22. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2019778dc/2019778dc.pdf

Consejo de Estado de Colombia. STC Rad. 68001 del 21 de agosto de 2014. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. SC 2420-2019 – radicación Nº 11001-02-03-000-2017-01497-00- del 4 de julio de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. https://dernegocios.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/2/2019/09/SC2420-2019-2017-01497-00.docx

Corte Suprema de Justicia de Colombia. STC Rad. 29775 del 15 de octubre de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza. Reiterada en sentencia de la misma sala del 3 de junio de 2020 M.P. Fernando Castillo Cadena (pág. 7).

United States. Supreme Court of Wisconsin. 2015. "State of Wisconsin, Plaintiff-Respondent, v. Eric L. LOOMIS, Defendant-Appellant." https://epic.org/algorithmic-transparency/crim-justice/Loomis-Brief.pdf.

La declaración de interés público de medicamentos en Colombia como mecanismo de protección del derecho a la salud desde el derecho internacional de los derechos humanos*

María José Arango Salazar, Gabriela Arévalo Campo*****
Recibido: 12 de mayo de 2022. Aceptado: 27 de junio de 2022.

Resumen

Una de las soluciones para la tensión entre patentes y salud es la implementación de las licencias obligatorias, por medio de las cuales un gobierno otorga permiso a empresas –o personas distintas del propietario de la patente– para utilizar los derechos de esta. El marco jurídico colombiano existente en materia de licencias obligatorias son la Decisión 486 de la CAN y los Decretos reglamentarios 4302 de 2008 y el 670 de 2017; además, dentro del bloque de constitucionalidad existe una obligación de proteger el acceso a medicamentos –en conexidad con el derecho a la vida– por haber ratificado diferentes instrumentos de derecho internacional. A pesar de esto, se encontró que el marco jurídico colombiano de licencias obligatorias no ha sido idóneo para conseguir su cometido, pues –en un principio– el Estado tardó 8 años en regular el procedimiento y cuando por fin se emitió regulación alguna se contravieron los principios de progresividad y la prohibición de regresividad. Por lo que, este trabajo analiza si la normativa vigente sobre declaratoria de interés público y licencia obligatoria –como un mecanismo para proteger y promover el acceso a medicamentos–, se ajusta al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Palabras clave

Licencia obligatoria, patente farmacéutica, declaración de interés público, derecho a la salud, derecho internacional de los derechos humanos, Declaración de Doha.

* Artículo de revisión.

** Abogada de la Universidad de los Andes (Colombia). Correo: mj.arango@uniandes.edu.co.
*** Abogada de la Universidad de los Andes (Colombia). Correo: gl.arevalo@uniandes.edu.co

The Declaration of Public Interest of Medicines in Colombia as a Mechanism for the Protection of the Right to Health from the International Law of Human Rights*

María José Arango Salazar, Gabriela Arévalo Campo*****
Received: May 12, 2022. Accepted: June 27, 2022.

Abstract

One of the solutions to the tension between pharmaceutical patents and health is the implementation of compulsory licenses, by using them a government grants permission to companies –or people other than the owner of the patent– to use the rights of the patent. The existing Colombian legal framework regarding compulsory licenses is Decision 486 of the CAN and Regulatory Decrees 4302 of 2008 and 670 of 2017; in addition, within the "constitutional block" there is an obligation to protect access to medicines –in connection with the right to life– for having ratified different instruments of international law. Despite this, it was found that the Colombian legal framework for compulsory licenses has not been suitable for achieving its goal. Initially, the State took 8 years to regulate the procedure; and when a regulation was finally issued, the principles of progressivity and the prohibition of regressivity were contravened. Therefore, this paper analyzes whether the current regulations on the declaration of public interest and compulsory license –as a mechanism to protect and promote access to medicines– are in line with International Human Rights Law (IHRL).

Key words

Compulsory license, pharmaceutical patent, declaration of public interest, right to health, international human rights law, Doha Declaration

* Review article.

** Lawyer from Universidad de los Andes (Colombia). Emai: mj.arango@uniandes.edu.co.
*** Lawyer from Universidad de los Andes (Colombia). Email: gl.arevalo@uniandes.edu.co

1. Introducción

1.1. Acceso a medicamentos como problema de salud global

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) contiene como uno de sus principios que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es un derecho fundamental de todo ser humano [1]. A su vez, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental[2]. Esto incluye más que la sola atención médica, pues debe abarcar los determinantes subyacentes de la salud[3], como lo es el derecho efectivo a acceso de medicamentos esenciales[4].

A pesar de que el tratamiento médico y el acceso a medicamentos son elementos vitales para la garantía del derecho a la salud, la OMS advierte que cerca de dos mil millones de personas alrededor del mundo carecen de acceso a las medicinas esenciales que necesitan[5]. La falta de acceso a medicamentos provoca una cadena de miseria y sufrimiento cuando no se tiene a la mano lo necesario para curar o tratar las enfermedades.[6] La falta de acceso también genera miles de muertes por enfermedades que representan los mayores problemas de salud global, las cuales se pueden prevenir o curar fácil y económicamente[7].

De acuerdo con la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la posibilidad o no de acceder a un medicamento constituye una de las manifestaciones más tangibles de las desigualdades e inequidades entre países en la región y entre poblaciones dentro de los países[8], siendo el aspecto económico una de las principales barreras para acceder a las medicinas. El desequilibrio derivado del alto costo de los productos y los presupuestos familiares y de los sistemas de financiamiento de los diferentes sistemas de salud, amplía brecha entre los recursos disponibles para financiar los medicamentos y el costo total pagado por los mismos.

1 Organización Mundial de la Salud. Constitución (dada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19/06-22/7/1946, firmada el 22/07/1946 por los representantes de 61 Estados, y que entró en vigor el 07/04/1948)

2 ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171

3 Dentro de los determinantes subyacentes de la salud se encuentran: el acceso a la vivienda segura, agua potable y sanidad, información relativa a la salud y educación, la salud maternal, la salud infantil y el acceso a las medicinas esenciales. Asimismo, involucra libertades como no ser discriminado y la de rechazar un tratamiento medico.

4 Paul Hunt, *The human right to the highest attainable standard of health: new opportunities and challenges.* Transactions of the Royal Society of Tropical Medicine and Hygiene, nº 100(7) (2006) 603–607. https://doi.org/10.1016/j.trstmh.2006.03.001

5 Joo-Young Lee y Paul Hunt, *Human rights responsibilities of pharmaceutical companies in relation to access to medicines.* J Law Med Ethics. 40(2) (2012) :220-233. doi:10.1111/j.1748-720X.2012.00660.x

6 Organización Mundial de la Salud. *Access to medicines: making market forces serve the poor. Ten years in public health 2007–2017* (2017). Consultado el 3 de octubre de 2021 https://www.who.int/publications/10-year-review/chapter-medicines.pdf

7 Nicole Hassoun, *Global Health Impact: ending access to essential medicines*. (New York, NY: Oxford University Press, (2020)

8 Organización Panamericana de la Salud, *El acceso a los medicamentos de alto costo en las Américas: contexto, desafíos y perspectivas*. Serie Técnica No. 1 Medicamentos esenciales, acceso, e innovación. (2009) Washington, DC: OPS. Consultado el 3 de octubre de 2021 https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2009/Acceso-alto-costo-Inf-Tec-1-Oct-5-2009.pdf

Entre las múltiples causas reconocidas para explicar el alto costo de medicamentos hay dos en particular relacionadas con la propiedad intelectual que son de amplio interés: el abuso del sistema de patentes y la inelasticidad relativa de la demanda que elevan el precio de las medicinas[9] y la falta de investigación y el desarrollo (I+D) en medicamentos necesarios para tratar algunas enfermedades, especialmente aquellas que afectan las regiones más pobres del planeta[10].

1.2. Propiedad intelectual, medicamentos, patentes y licencias obligatorias

Para analizar la relación entre propiedad intelectual y acceso a medicamentos es importante iniciar con una descripción de los conceptos de patente y licencia obligatoria. De acuerdo con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), una patente es un derecho exclusivo que se concede sobre una invención.[11] La patente faculta a su titular a explotar, monopolizar, y decidir si la invención puede ser utilizada por terceros y en qué forma, entre otros. El motivo por el cual se hace la protección, en un principio, es para incentivar y estimular la innovación, la invención y la creación de tecnología[12]. En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), que tiene a su cargo la Oficina de Patentes y Marcas, sostiene que es un título de propiedad otorgado por el Gobierno de un país que da a su titular el derecho a impedir por un tiempo determinado a otros la fabricación, venta y/o utilización comercial de la invención protegida[13]. Es decir, una vez la patente expira, esta protección se acaba, y se integra la invención al dominio público. Por tanto, se abren las puertas para que esta sea fabricada, vendida o utilizada por quien lo desee.

Las licencias obligatorias, por otro lado, son el resultado de un proceso por medio del cual un gobierno otorga permiso a empresas –o personas distintas del propietario de la patente– para utilizar los derechos de esta[14]. De esta forma, el licenciatario puede fabricar, usar, vender o importar un producto que se encuentra sujeto a patente, sin necesitar el permiso del titular pero con autorización del Estado, con la obligación de dar una retribución económica razonable al titular[15]. Los desarrolladores de nuevos medicamentos usualmente buscan proteger sus invenciones a través de patentes, lo cual les

9 Karen Van Rompaey, *Salud global y derechos humanos: propiedad intelectual, derecho a la salud y acceso a los medicamentos*. Montevideo: Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XV (2009), PP. 497-522, ISSN 1570-4974

10 Solo 16 de las 1.393 nuevas medicinas patentadas entre 1975 y 1999 son desarrolladas para tratar enfermedades tropicales. (Patrice Trouiller, *et al*., *Drug development for neglected diseases: a deficient market and a public-health policy failure*. *Lancet 359*(9324) (2002), 2188–2194. https://doi.org/10.1016/S0140-6736(02)09096-7)

11 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Patentes. Consultado el 2 de octubre de 2021. https://www.wipo.int/patents/es/

12 Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*. (1994) https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm

13 Superintendencia de Industria y Comercio, *Guía de la propiedad industrial, patente de invención y patente de modelo de utilidad*. Bogotá (2008)

14 William A. Reinsch, *Compulsory Licensing: A Cure for Distributing the Cure?*. CSIS. Center for Strategic and International Studies (2020). Consultado el 14 de octubre de 2021 https://www.csis.org/analysis/compulsory-licensing-cure-distributing-cure

15 Cristian Camilo Roa Ortiz, *Utilidad de las licencias obligatorias para el acceso a medicamentos: lecciones de Suramérica y análisis del caso colombiano. Revista La Propiedad Inmaterial*. 31 (2021), 65–102. https://doi.org/10.18601/16571959.n31.03.

otorga un monopolio para su fabricación y comercialización. Como lo describiremos más adelante, las licencias obligatorias son medidas que puede tomar un gobierno para intervenir en el mercado e incentivar la producción o importación de medicamentos protegidos por una patente en casos en los que lo consideren necesario.

El sistema de patentes tiene una amplia historia, en donde es posible ver cómo se ha ha ido cambiando de un régimen con poca presencia en las naciones a un sistema, que a pesar de no estar completamente armonizado[16], sí es adoptado. En 1883 se firma el Convenio de París, uno de los primeros pasos hacia la protección de obras intelectuales y que dio origen a los conceptos de patentes y marcas[17]. Posteriormente, en 1886, se firma el Convenio de Berna sobre derechos de autor[18]. Estos convenios no significaron ni impusieron un régimen de patentes fuerte, por el contrario, existía una patentabilidad débil –incluso inexistente en algunos lugares–[19].

Posteriormente, con la celebración del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC)[20], añadido por la Organización Mundial del Comercio (OMC), la comunidad internacional elevó los estándares de protección, impuso obligaciones de garantía y estableció un mecanismo internacional de cumplimiento conocido como el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD)[21].

Sin embargo, académicos y organizaciones de la sociedad civil han señalado que el fortalecimiento de las reglas de propiedad intelectual ha repercutido en el encarecimiento del precio de las medicinas[22] y ha demostrado que los derechos de propiedad intelectual tienen una alta influencia en la capacidad de los países para regular la salud pública[23].

1.2.1. Problemas de acceso y movimientos sociales (TAC South Africa)

Aunque con la implementación de un sistema global de patentes el mundo enfrentó un problema de accesibilidad de medicamentos a escala global, el caso de Sudáfrica significó un episodio importante en la relación entre propiedad intelectual y acceso a medicamentos. La Campaña de Acción por el

16 Rochelle C. Dreyfuss y , César Rodríguez Garavito. "*La disputa por la regulación de las patentes y el acceso a los medicamentos en América Latina: la gobernanza global, la propiedad intelectual y el movimiento por el derecho a la salud",* en Entre las salud y las patentes: la disputa por la propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos en América Latina. (Bogotá, D.C: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2015), 5.

17 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Intelectual.* 1883.

18 Dreyfuss y Rofriguez Garavito, *La disputa por la regulación, 4.*

19 Ipek Eren-Vural, *Domestic contours of global regulation: Understanding the policy changes on pharmaceutical patents in India and Turkey*. Review of International Political Economy, 14(1) (2007), 105-142. doi:10.1080/09692290601081079

20 Ibid, 105-142.

21 Dreyfuss y Rofriguez Garavito, *La disputa por la regulación, 4.*

22 Van Rompaey. *Salud global y derechos,* 497-522.

23 Pablo Zapatero Miguel, *Legal and policy foundations for global generic competition: Promoting affordable drug pricing in developing societies*. Global Public Health: An International Journal for Research, Policy and Practice (2015), 901-916 DOI: 10.1080/17441692.2015.1014824

Tratamiento (Treatment Action Campaign o TAC), que surgió en 1998 para mejorar el acceso al tratamiento del SIDA, logró que la Corte Constitucional africana en 2002 ordenara al gobierno proporcionar los medicamentos antirretrovirales para prevenir la transmisión del VIH de madres a bebés durante el parto[24]. En los años posteriores a la sentencia, las campañas de la TAC fueron fundamentales para asegurar un programa universal de tratamiento del SIDA proporcionado por el gobierno, que desde entonces se ha convertido en el más grande del mundo[25].

Lo anterior es importante para el contexto del acceso a medicamentos pues muestra cómo los esfuerzos en materia de garantizar este derecho humano no son simplemente ejercidos por los gobiernos. Además, demuestra la estrategia más efectiva para lograr concretar estos derechos que fue el empoderamiento de las comunidades empobrecidas y afectadas por la enfermedad. De esta manera, popularizaron "el derecho al tratamiento" y en particular el acceso a los medicamentos para el VIH –considerado un derecho humano– por medio del *treatment literacy*, que reconoce que para poder luchar por derechos efectivamente, las personas también debían entender la ciencia del VIH, lo que le estaba haciendo a su cuerpo, los medicamentos que podrían funcionar en su contra, la investigación que se necesitaba, etc.[26]. Así, con las personas instruidas en su enfermedad, estas se convirtieron en sus propias defensoras, exigieron acceso al tratamiento antirretroviral en sus clínicas locales y asumieron voz y visibilidad pública[27].

En el caso específico del tratamiento para la prevención de la transmisión del VIH de madres a sus hijos, TAC hizo un llamado por el derecho de las mujeres embarazadas a acceder a una intervención médica simple (un curso corto del medicamento AZT), que podría reducir significativamente el riesgo de infección por VIH de la madre embarazada al bebé durante y después del parto. La respuesta del Gobierno de Sudáfrica fue que la principal barrera para el uso de AZT era el alto precio de la droga. En respuesta, TAC argumentó que la especulación de precios de GlaxoSmithKline (GSK), –el titular de la patente de AZT, un medicamento esencial– era una violación del derecho a la vida, y exigió una reducción de precios. Entonces, al enmarcar el lucro de las compañías farmacéuticas como una violación de derechos y exigirlo con referencia a la Constitución de Sudáfrica, TAC convirtió esto en un tema que exigía un remedio legal. Esta campaña (y las futuras), comenzaron a centrarse en los deberes positivos del gobierno de Sudáfrica que surgen de los derechos humanos que están consagrados en la ley suprema del país.

24 Treatment Action Campaign (TAC). *"Our History – Timeline"*. Consultado el 4 de octubre de 2021. https://www.tac.org.za/our-history/
25 Íbid.
26 Mark Heywood. 2009. "South Africa's Treatment Action Campaign: Combining Law and Social Mobilization to Realize the Right to Health." *Journal of Human Rights Practice 1 (1): 14–36*. P. 17. https://doi.org/10.1093/jhuman/hun006.
27 *Ibid*., 18.

1.2.2. Declaración de Doha y flexibilidades de los ADPIC

Como resultado de la falta de acceso a medicamentos desde la introducción de los ADPIC, los miembros de la OMC se han visto en la necesidad de empezar un proceso de aprendizaje para rebalancear el problema que existe entre los altos precios –producto del monopolio que otorgan las patentes– y la protección a la salud dentro del Acuerdo[28]. Con este proceso de re-regulación se pretendió asegurar las que denominaron "flexibilidades" de las reglas contenidas en el ADPIC[29]. De esta forma nace la Declaración de Doha, emitida en noviembre de 2001 por la OMC con el fin de abordar las preocupaciones que había hasta el momento y también para poder implementar las flexibilidades. Esta Declaración firma que: "[el ADPIC se debe interpretar y aplicar] de manera que apoye la salud pública, promoviendo tanto el acceso a los medicamentos existentes como la investigación y desarrollo [I+D] de nuevos medicamentos"[30]

Además, la Declaración reafirma los derechos que tienen los países miembros a la hora de determinar los motivos por los cuales se pueden emitir las licencias obligatorias, determinar de forma autónoma lo que se constituye un interés público, una emergencia nacional o circunstancia de extrema urgencia y de esta forma determinar su propio régimen de agotamiento de los derechos de propiedad intelectual[31].

1.3. Propiedad intelectual y acceso a medicamentos en Colombia

Así como se han presentado casos de movilización social en otros países a raíz de la problemática de acceso a medicamentos, Colombia no se queda atrás. Como se explicó antes, esta es una problemática global y en el caso nacional hay antecedentes de tensiones entre patentes y problemas de acceso. Ejemplos de lo anterior son los casos del medicamento Kaletra, Glivec y Sofusvubir, en los que varias organizaciones de la sociedad civil solicitaron la declaración de interés público, con la intención de que se expidieran licencias obligatorias para los mismos, debido al alto costo que tenían y la gran importancia en el tratamiento de las personas que padecían de VIH/SIDA, cáncer y hepatitis C respectivamente.

Teniendo en cuenta la problemática global del acceso a medicamentos este artículo busca responder si la normativa vigente en Colombia sobre licencia obligatoria, como un mecanismo para proteger y promover el acceso a medicamentos, se ajusta al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

28 Sol Picciotto, *Defending the Public Interest in TRIPS and the WTO* [pp 224-243] En Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development. (Londres: Palgrave Macmillan, 2002.), 224-243.
29 Zapatero Miguel, *Legal and policy,* 901-916.
30 Organización Mundial del Comercio, *Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública*, Doha (2001). Consultado el 3 de octubre de 2021 https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/dohaexplained_s.htm.
31 Jillian, Cohen *et al*., *TRIPS, the Doha Declaration and increasing access to medicines: policy options for Ghana.* Globalization and Health (2005), 1-17. https://doi.org/10.1186/1744-8603-1-17

2. Marco jurídico colombiano frente a licencias obligatorias

2.1. Antedecentes

La protección de la propiedad intelectual en Colombia fue integrada a nuestro ordenamiento jurídico mediante regulaciones regionales andinas[32]. La Decisión 85 de 1978 del Pacto Andino trató de fomentar la creación de industrias farmacéuticas nacionales en la región andina restringiendo la concesión de patentes a las empresas transnacionales[33]. Posteriormente, en aras de fomentar la protección de los derechos de propiedad –en los que se incluye la propiedad intelectual– se hizo un cambio de énfasis en las normativas[34]. De esta forma, mediante la Decisión 344 de 1993[35] se le da fin a la prohibición de las patentes farmacéuticas; y posteriormente, las leyes 170 de 1994[36] y 178 de 1994[37] aprueban el ADPIC y el Convenio de París, respectivamente[38]. También, se aprueba el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes y el Reglamento del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes[39]. Así pues, se empieza a dar un protagonismo a las patentes dentro del ordenamiento colombiano.

2.2. Decisión 486

De esta forma, en el 2000, la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina (CAN) incorporó el concepto de "declaración de interés público", además de acordar un régimen común de propiedad industrial para los miembros de la Comunidad Andina. Específicamente el artículo 65 de la Decisión establece que "una vez el País Miembro declare las razones de interés público, de emergencia o seguridad nacional y solo cuando estas persistan puede, en cualquier momento, someter las patentes a licencia obligatoria"[40]. Además, establece que no se requiere permiso del dueño de la patente, pero este sí debe ser notificado "en un plazo razonable". Asimismo, afirma que es la oficina nacional competente, en el caso de Colombia la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), quien establece el alcance de la licencia obligatoria, es decir el período, el objeto, el monto y las condiciones de compensación

32 César Rodríguez Garavito, ¿Una camisa de *fuerza dorada? La disputa por las patentes y el acceso a medicamentos en Colombia*. En Entre la salud y las patentes: la disputa por la propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos en América Latina. (Bogotá, D.C: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2015), 233-268.
33 *Ibíd.*
34 *Ibíd.*
35 Comunidad Andina*, Decisión 344: Régimen común de propiedad intelectual*. (1993) Consultada el 2 de octubre de 2021. http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec344s.asp
36 Congreso de Colombia, Ley 170 *"Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la "Organización Mundial de Comercio (OMC)", suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino"* (Diciembre 15 de 1994) Consultado el 2 de octubre de 2021 https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37805
37 Congreso de Colombia, Ley 178 *"Por medio de la cual se aprueba el "Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial", hecho en París el 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979"*, (28 de diciembre de 1994) Consultado el 2 de octubre de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0178_1994.html
38 Andres F. Florez y Carlos A. Mondragón, *Patentes farmacéuticas en Colombia. Entre la protección a la propiedad industrial y la tutela del interés público.* Precedente. Revista Jurídica (2013) DOI 10.18046/prec.v3.1728
39 *Ibíd.*
40 Comisión de la Comunidad Andina, *Régimen Común sobre la Propiedad Industrial [Decisión 486]*, (2000), (Art. 65)

económica. Por último, cabe añadir que esta provisión aclara que para las licencias obligatorias por razones de interés público no se menoscaba el derecho del titular de la patente de seguir explotándola.

2.3. Decretos de la Decisión 486

El Presidente de la República de Colombia, por medio del Decreto 4302 de 2008[41], fijó el procedimiento para la declaratoria de existencia de razones de interés público de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 de la Decisión 486 de la CAN. Este decreto es clave para entender el funcionamiento del mecanismo, ya que define como declaratoria de existencia de razones de interés público el"[a]cto administrativo mediante el cual la autoridad competente declara la existencia de razones de interés público que soportan la necesidad de someter a licencia obligatoria las patentes de invención."[42]

Según el artículo 4 del mencionado decreto, la solicitud de declaratoria la debe presentar el interesado ante la respectiva autoridad competente; luego, esa autoridad, mediante acto motivado, dispone adelantar o no la actuación administrativa y comunica dicha providencia al peticionario; cuando considere que terceros determinados o indeterminados pueden estar directamente afectados con la decisión también se les debe comunicar conforme a lo señalado en el Código Contencioso Administrativo. La autoridad competente tiene un término de tres (3) meses para adoptar la decisión que corresponda, la cual debe comunicar al solicitante y a terceros, y, finalmente, se expide la resolución de declaratoria de razones de interés publico y se publica en el Diario Oficial[43]. Cabe añadir que el artículo 6 del decreto establece la conformación de un comité técnico para efectos de las razones de interés público que trata el artículo anteriormente mencionado; este tiene la labor de examinar los documentos sometidos, solicitar más información, apoyo de otras entidades y hacer recomendación al Ministerio que los crea sobre la solicitud[44].

En línea con lo anterior, el mismo decreto define a la autoridad competente como es el Ministerio o el Departamento Administrativo encargado de la formulación y adopción de las políticas y proyectos del sector que dirigen. Esto es clave para entender quién posee la competencia en Colombia de recibir y decidir sobre estas solicitudes. Así pues, para el caso de la declaración de interés público de medicamentos, la persona competente es quien haga las veces de Ministro de Salud y Protección Social.

Siguiendo la normativa existente, también se encuentra el Decreto 670 de 2017[45] que es el que modifica el procedimiento anterior. Lo que más se resalta de este es que se cambia la integración del Comité Técnico que decide si existen razones de interés público o no. A este se le agrega un delegado del Min-

41 Presidente de la República de Colombia, *Decreto 4302 de 2008*. (24 de octubre de 2008). DO: N. 47172. 13.
42 Comisión de la Comunidad Andina. *Decisión 486*, Art. 65
43 Rubiela Pacanchique. 2015. "Licencia Obligatoria de Patentes: Un Estudio de Caso de La Patente Imatinib." *Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia - RIUCaC*. http://hdl.handle.net/10983/2603.
44 Presidente de la República de Colombia. (24 de octubre de 2008). Decreto 4302 de 2008. DO: N. 47172. 13. Art. 6.
45 Presidente de la República de Colombia. (25 de abril de 2017). Decreto 670 de 2017. DO:50215.

isterio de Industria y Comercio (MINCIT) y un delegado del Director del Departamento Nacional de Planeación. Lo anterior, pues según las consideraciones el principio de colaboración e integración con fundamento en el artículo 45 de la Ley 489 de 1998 hace necesario que participen las entidades competentes en materia de propiedad industrial.

2.4. Intentos de utilizar licencias obligatorias en Colombia

2.4.1. Kaletra

En primer lugar, está el caso del medicamento Kaletra –utilizado para el tratamiento del VIH/SIDA y fabricado por laboratorios Abbott–, cuya protección por medio de patente ha sido fuertemente criticada en tanto "que el medicamento se compone de dos principios activos ya conocidos (lopinavir y ritonavir) "[46] y por ello distintos países consideran que no cumple con el requisito de "actividad inventiva"[47]. Además, su costo era tres veces mayor que en los países vecinos, por lo que en 2008, la Mesa de Organizaciones con Trabajo en VIH/SIDA, Recolvih, Fundación IFARMA, AIS y Fundación Misión Social intentaron obtener una licencia obligatoria para este medicamento. Al momento de la solicitud que hicieron las organizaciones de la sociedad civil, el procedimiento para la solicitud de licencias obligatorias no estaba regulado en Colombia; y de hecho fue la primera vez en el mundo que este tipo de organizaciones de la sociedad civil iniciaron un proceso para obtener una licencia obligatoria[48].

Ante esto el Ministerio de Protección Social creó un comité para definir si el medicamento era de interés público o no. En 2009, el gobierno respondió negativamente señalando que "los problemas de acceso al Kaletra no se habían demostrado, puesto que estaba en la lista de medicamentos cubiertos por los planes de salud públicos y privados"[49]. Pero ante esta respuesta negativa se prosiguió a presentar otro tipo de acciones tanto nacionales como internacionales para lograr que los precios bajaran y en 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmó el fallo contra el Ministerio de Protección Social, aunque también negando la licencia obligatoria solicitada por esta vía[50].

Si bien el Tribunal reconoció que la falta de control por parte del Estado afecta el acceso de los pacientes a una infraestructura que garantice la salud pública, determinó que Abbott no había cometido algún acto ilegal pues los precios de referencia eran una recomendación que podía ser tomada o no y de igual manera respetó el precio máximo de venta establecido por el Estado en 2009. Así, aunque los demandantes perdieron el caso y fracasaron en su intento de obtener una licencia obligatoria, el efecto indirecto del pleito fue la reducción del precio del Kaletra. De hecho, el precio del medicamento en Colombia se redujo en un 60%, en gran parte debido a las demandas y a la publicidad negativa derivada de ellas[51].

46 Rodríguez Garavito, "¿Una camisa de fuerza dorada?", 262.
47 *Ibíd.*
48 *Ibíd.*
49 *Ibíd.,* 263.
50 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decisión n.o 2009-00269-01, 27 de septiembre del 2012
51 Rodríguez Garavito, "¿Una camisa de fuerza dorada?", 264.

2.4.2. Glivec

El caso de Glivec (cuyo principio activo es imatinib) presenta otro panorama, pues para la fecha la regulación pertinente de la declaratoria de interés público sí estaba en firme. El Imatinib es un medicamento aprobado para el tratamiento de leucemia mieloide crónica (LMC) y otras formas de cáncer[52]. Así pues, la Fundación Ifarma, junto con otras organizaciones, realizaron la petición de declaratoria de interés público de estos medicamentos, considerando que el laboratorio Novartis había obtenido en 2012 una nueva patente para Glivec, a pesar de no completar los requisitos de nivel inventivo según la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)[53].

Esto generó un monopolio después de la existencia de un mercado competitivo que surgió cuando la SIC había negado la patente en principio; y a consideración de los peticionarios "[e]l interés público se afecta de manera evidente cuando un paciente o una familia se ve obligada a pagar estas diferencias de precio de su bolsillo, lo que constituye una violación del derecho fundamental a la salud, pero también ocurre cuando los limitados recursos públicos del [Sistema General de Salud y Seguridad Social] SGSSS deben destinarse a productos costosos existiendo alternativas terapéuticas más económicas que contribuyen a la estabilidad financiera del sistema de salud y a la prestación de otros servicios prioritarios al pueblo colombiano"[54]. Así, mediante Resolución 2475 del 14 de junio de 2016 se logró finalizar el proceso en una declaración de Interés público, que recomendó al Ministro de Salud llevar adelante una negociación de precios antes de recurrir a una licencia obligatoria[55].

2.4.3. Hepatitis C

En el año 2015, la Fundación Ifarma, en coadyuvancia con la organización Misión Salud, presentó una solicitud ante el Ministerio de Salud y Protección Social para que se declare el interés público de los antivirales para curar la hepatitis C, considerando los altos costos de estos. Dos años después de la presentación, el Ministerio dio inicio al proceso por medio de la Resolución 5246 de 2017, "por la cual se inicia una actuación Administrativa para el estudio de la declaratoria de existencia de razones de interés público del acceso a los antivirales de acción directa para el tratamiento de la hepatitis

52 Ministerio de Salud y Protección Social. 2014. Ref: Petición en interés general. Solicitud de una declaración de interés público en el acceso al medicamento IMATINIB bajo condiciones de competencia. 2.
53 Luisa Díaz-Pinilla, *et al.,* "Caso Imatinib: análisis técnico y jurídico del trámite de patente en Colombia". *Revista La Propiedad Inmaterial*. *22 (dic. 2016)*: 149. DOI: https://doi.org/10.18601/16571959.n22.08
54 Ministerio de Salud y Protección Social. 2014. Ref: Petición en interés general. Solicitud de una declaración de interés publico en el acceso al medicamento IMATINIB bajo condiciones de competencia. 5.
55 Carlos M. Correa, Germán Velázquez Arango, "Acceso a Medicamentos: Experiencias con licencias obligatorias y uso gubernamental. El Caso de la Hepatitis C", (2018), *Serie Buscando remedio* No. 4, Ifarma: 42. ISBN: 978-958-57014-3-4

C"[56]. Posterior a esto, por medio de la Resolución 1187 de 2018[57] se creó una delegación encargada de estudiar la declaratoria de interés público de estos medicamentos. Pero hasta la fecha no se ha dado conclusión al proceso, ni se ha adelantado algo sustancial frente al mismo.

3. Acceso a medicamentos y derecho internacional de los derechos humanos

Resulta relevante saber de dónde surge el derecho a la salud y en específico del acceso a medicamentos en materia internacional, pues se quiere saber si Colombia está cumpliendo efectivamente con sus obligaciones internacionales en este aspecto al implementar satisfactoriamente o no la declaratoria de interés público y las licencias obligatorias.

3.1. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El derecho humano a la salud está consagrado expresamente en el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto DESC), donde se reconoce como el derecho que tiene toda persona a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental[58]. Además, también llama a los Estados a tomar medidas para crear "condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad"[59].

De lo anterior se puede entender implícito el derecho del acceso a medicamentos, pues como afirma Marta Ortega "[a]unque no existe ningún acuerdo internacional o declaración política de carácter internacional que reconozca expresamente el derecho de toda persona a acceder a los medicamentos esenciales, cabe entender que este derecho se infiere del derecho a la vida y del derecho a la salud, constituyendo un aspecto esencial de ambos derechos"[60]. Así, de acuerdo con el literal d del artículo 12 del Pacto, los Estados deberían desplegar acciones, tales como destinar los recursos públicos necesarios disponibles para la adquisición de medicamentos esenciales[61], para poder asegurar a todas las personas los servicios médicos en caso de enfermedad, en cumplimiento con el texto del artículo 12. Además,

56 Ministerio de Salud y Protección Social. 20 de diciembre de 2017. Resolución 5246 de 2017 "por la cual se inicia una actuación Administrativa para el estudio de la declaratoria de existencia de razones de interés público del acceso a los antivirales de acción directa para el tratamiento de la Hepatitis C". https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resolución%20No.%2005246%20de%202017.pdf

57 Ministerio de Salud y Protección Social. 5 de abril de 2018. Resolución 1187 de 2018 "por la cual se adelanta y se asigna una función". https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/MET/resolucion-1187-de-2018.pdf

58 ONU: Asamblea General. 16 de diciembre de 1966. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1996. Naciones Unidas*. Serie de Tratados, vol. 993, p. 3. Artículo 12. Consultado el 31 de octubre de 2021. https://www.refworld.org.es/docid/4c0f50bc2.html

59 *Ibíd.*

60 Marta Ortega Gómez, "El derecho de acceso a los medicamentos y el derecho de patente en países en desarrollo", *Revista de Bioética y Derecho* 37, (2016): 26, doi: https://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.37.16148

61 *Ibíd.,* 27.

deben de abstenerse de adoptar normas internacionales que interfieran directa o indirectamente en el ejercicio de este derecho o que limiten las posibilidades de ejercicio efectivo del mismo[62].

3.2. Convención Americana Sobre Derechos Humanos

A pesar de que dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se encuentra estipulado de manera explícita el derecho a la salud, el artículo 4 sostiene que: "Derecho a la Vida [...] toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."[63] Y a su vez, los artículos 5, 17, 24 y 32, respectivamente sostienen:

> *Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal [...] Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*
>
> *Artículo 17. Protección a la Familia [...] La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.*
>
> *Artículo 24. Igualdad ante la Ley [...] Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*
>
> *Artículo 32. Correlación entre Deberes* y Derechos [...] Toda persona *tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. [...] Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.*[64]

Además, el Sistema Interamericano cuenta con el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como el "Protocolo de San Salvador", el cual en su artículo 10 estipula explícitamente el derecho a la salud:

> *Artículo 10 [...] 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social [...]*[65]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por medio de su jurisprudencia, ha establecido la estrecha relación que existe entre el derecho a la salud y todos los artículos anteriormente citados[66]. Sostiene que a pesar de que la Convención no contempla de forma literal el derecho a la

62 *Ibíd.*
63 Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, 22 noviembre 1969. Consultado el 2 de noviembre de 2021 https://www.refworld.org.es/docid/57f767ff14.html
64 *Ibíd.*
65 Organización de los Estados Americanos (OEA), Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", 17 Noviembre 1988. Consultado el 2 Noviembre 2021 https://www.refworld.org.es/docid/5ccb1b164.html
66 Jesús Sanabria Moyano, Cindy Merchán López y Mayra Saavedra Ávila, *Estándares de protección del Derecho Humano a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. El Ágora USB, 19(1) (2019), 132-148. https://doi. org/10.21500/16578031.3459

salud, este debe ser protegido al estar implícitamente en el documento. Así pues, la Corte IDH logra crear estándares para los Estados Parte a la hora de brindar una protección adecuada al derecho a la salud[67] y al acceso de medicamentos por conexidad.

De igual forma, la Corte analiza el derecho a la salud como un derecho prestacional, es decir "de contenido programático, [que] se desarrolla por medio de la gestión estatal, exigiendo así, planeación, presupuesto, logística y demás para la efectividad del mismo"[68]. Es por lo anterior, que el derecho a la salud tiene una estrecha conexión con los derechos económicos, sociales y culturales –aquellos que aspiran el bienestar de las personas y crean condiciones de igualdad para las personas–.[69]

Sin embargo, desde la sentencia poblete Vilches contra Chile, la Corte –en la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana[70]– ha venido realizando un desarrollo jurisprudencial en donde se reconoce el derecho a la salud como un DESC en sí mismo –de manera *autónoma*– sin necesidad de conectarlo con otros[71].

Así mismo, destacó que de este artículo se desprenden las obligaciones de adopción de medidas de manera progresiva, de carácter inmediato y la obligación de no regresividad[72]. Al afirmar que los Estados se comprometen a adoptar providencias para:

> *[L]ograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos [...]*[73].

De esta forma, queda claro que dentro del sistema regional de protección de derechos humanos –Convención Americana Sobre Derechos Humanos–, el derecho a la salud –y el acceso a medicamentos por conexidad– es contenido y debe ser respetado no solo por su estrecha relación con los derechos humanos a la vida, integridad personal, entre otros, sino por su autonomía.

3.3. Otros instrumentos internacionales

Ahora bien, el derecho a la salud no solo ha sido reconocido en el Pacto DESC y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, sino que también se ha identificado en múltiples instrumentos de derecho internacional suscritos por Colombia. Entre estos se encuentran la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ACNUDH), de 1965; la

67 *Ibíd.*
68 *Ibíd.,* 132-148.
69 Magda Yadira Robles, *El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014).* Cuestiones constitucionales, 35 (2016)., 199-246. Consultado el 25 de noviembre de 2021. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932016000200199&lng=es&tlng=es.
70 OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 noviembre 1969. Art. 26
71 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Poblete Vilches y otros vs Chile*. 8 de marzo del 2018. Consultado el 8 de julio de 2022 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_349_esp.pdf
72 *Ibíd.*
73 OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 noviembre 1969.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), de 1979; y la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989.

De esta forma, en el artículo 5 de la ACNUDH se puede apreciar el compromiso de los Estados a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales en condiciones de igualdad[74]. Adicionalmente, la CEDAW en su artículo 11 compromete a los Estados a adoptar medidas para eliminar la discriminación en contra de la mujer, garantizando derechos como la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción[75]; y en su artículo 12 insta a los Estados a implementar medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia[76]. Por último, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 24 reconoce también el derecho del niño al disfrute más alto posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud[77].

3.4. Soft Law: Observación 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas

El *soft law* se ha convertido en un instrumento muy utilizado dentro del marco de la OMS al ser fácil y rápido de adoptar por los Estados[78]. Gracias a su naturaleza no vinculante consigue consenso en áreas donde difícilmente los países pueden lograrlo al tener diferentes intereses, pero también donde están involucrados los intereses comerciales de actores privados[79]. De esta forma, la OMS usa estos instrumentos para aclarar las normas de los tratados, establecer estándares, garantizar el seguimiento y la rendición de cuentas y servir como precursor de la *hard law*, especialmente cuando la ciencia aún es incierta o hay una falta de consenso político[80].

Uno de los principales órganos creador de *soft law* en materia del derecho a la salud es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), el cual ha realizado una interpretación de este

74 ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (21 de diciembre de 1965*)*. Consultado el 2 de noviembre de 2021: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx . Art. 5

75 ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, (18 de diciembre de 1979), disponible en esta dirección: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx [Consultado el 2 de noviembre 2021] art. 11.

76 *Ibíd.*, art. 12.

77 ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, (20 noviembre 1989), disponible en esta dirección: https://www.refworld.org.es/docid/50ac92492.html [Consultado el 2 de noviembre 2021], art 24.

78 Sharifah Sekalala y Haleema Masud, *Soft Law Possibilities in Global Health Law*. Journal of Law, Medicine & Ethics, 49(1) (2021), 152-155. doi:10.1017/jme.2021.20

79 *Ibid.*

80 *Ibid.*

derecho en su Observación general No. 14 sobre el derecho al más alto nivel posible de salud[81]. El cual, a pesar de que formalmente no es vinculante, es una interpretación autorizada de las obligaciones de los Estados Partes en virtud del artículo 12 del Pacto DESC.

La Observación 14 expande el contenido del derecho a la salud, recordando el carácter de derecho humano fundamental. También aclara que si bien no se utilizó la definición de salud que figura en el preámbulo de la Constitución de la OMS, que concibe la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades"[82], la expresión del "más alto nivel posible de salud física y mental" no se limita solo al hecho de atención en salud, sino que abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones en que las personas pueden llevar una vida sana[83].

Así, además de explicar el carácter extensivo de este derecho, el Comité en la Observación 14 presenta los elementos esenciales del derecho a la salud en todas sus formas y niveles que son: i) disponibilidad, ii) accesibilidad, iii) aceptabilidad y iv) calidad. Cabe aclarar que estos criterios se aplican de igual forma al suministro y acceso a medicamentos al entenderse como un componente vital del derecho a la salud.[84] Es así como en el primer elemento de disponibilidad se obliga a los Estados a contar con suficientes servicios públicos de salud, que deben comprender los "factores determinantes básicos de la salud", siendo los medicamentos esenciales considerados como tal[85]. En adición, el elemento accesibilidad expande este derecho al afirmar que también los servicios de salud deben ser asequibles, basándose en el principio de equidad para que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos[86].

En consecuencia, se establece que dentro de las obligaciones que tienen los Estados Parte están tres tipos de niveles respecto del derecho a la salud, que son *respetar, proteger y cumplir*. Para lo cual el Comité explica que:

> *La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.*[87]

81 Jennifer Anna Sellin, *Does One Size Fit All? Patents, the Right to Health and Access to Medicines*. Netherlands International Law Review, 62(3) (2015), 445–473. doi:10.1007/s40802-015-0047-5
82 Organización Mundial de la Salud, Constitución, preámbulo.
83 ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general Nº 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 11 agosto 2000, E/C.12/2000/4, consultado el 2 noviembre 2021: https://www.refworld.org.es/docid/47ebcc492.html .
84 Sellin, *Does One Size Fit All?* 445–473
85 ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general Nº 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 11 Agosto 2000, E/C.12/2000/4, consultado el 2 Noviembre 2021: https://www.refworld.org.es/docid/47ebcc492.html . P. 4. Para. 12, literal a).
86 *Ibíd.,* P. 4. Para. 12, literal b), núm. iii).
87 *Ibíd.,* P. 9. Para. 33.

Adicionalmente, se incluye dentro la obligación de proteger, el hecho de "controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros"[88] y dentro de la obligación de cumplir, "velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud"[89], que como se explicó antes comprende a los medicamentos dentro de estos factores determinantes. Así, con esta observación se puede entender el alcance de las obligaciones de los Estados Parte en materia del derecho a la salud, lo que se entiende por salud y qué acciones debería o no tomar cada Estado para cumplir con estos lineamientos.

Por último, es necesario mencionar que en la Sentencia del 30 de noviembre de 2010, la Corte Internacional de Justicia señaló, con respecto a la jurisprudencia, incluidas las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos, que si bien "de ninguna manera está obligada [...] a modelar su propia interpretación del Pacto sobre la del Comité, considera que debe atribuir un gran peso a la interpretación adoptada por este órgano independiente que se estableció específicamente para supervisar la aplicación de ese tratado"[90].

4. Declaración de interés público en Colombia vs. Derecho internacional de los derechos humanos

4.1. ADPIC, Declaración de Doha y Decisión 486 de la CAN en materia de licencias obligatorias

El Acuerdo sobre los ADPIC significó, en un principio, una pérdida importante para los países en desarrollo en materia de reglamentación de las patentes farmacéuticas y el control de precio de medicamentos[91]. Lo anterior, se debe a que este impuso un sistema que para estas naciones era difícil de aplicar con la infraestructura y la capacidad que tienen[92]. Fue a raíz de esto que posteriormente, por medio de sus flexibilidades se creó un margen de acción para que se pueda proteger la salud pública[93] y, la Declaración de Doha reconoció la capacidad que tienen los estados para utilizar las flexibilidades contenidas en los ADPIC[94], dentro de estas flexibilidades se encuentran las licencias obligatorias.

La mencionada Declaración de Doha especifica que cada Estado Parte "tiene el derecho de conceder li-

88 *Ibíd.,* P. 10. Para. 35.
89 *Ibíd.,* P. 10. Para. 36.
90 Corte Internacional de Justicia, Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democractic Republic of the Congo), Judgment of 30 November 2010, ICJ Reports 2010, p. 639, para. 66. Citado por: Sellin, *Does One Size Fit All?* 445–473
91 Sisule Musungu, Suana Villanueva y Roxana Blasetti, *Cómo utilizar las flexibilidades previstas en el acuerdo sobre los ADPIC para proteger la salud pública mediante marcos regionales de cooperación sur-sur.* (South Centre: Ginebra, Suiza, 2004) Consultado el 2 de noviembre. https://www.who.int/medicines/technical_briefing/tbs/flexibilities_ES.pdf
92 Marla L. Mellino, *The TRIPS Agreement: Helping or Hurting Least Developed Countries' Access to Essential Pharmaceuticals?*, 20 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 1349 (2010). https://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol20/iss4/6
93 Musungu, *Cómo utilizar las flexibilidades, 2.*
94 Ibid, 4.

cencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias"[95]. Además, la misma puntualiza que el Acuerdo de los ADPIC debería ser interpretado y aplicado para ''promover el acceso a los medicamentos para todos"[96] considerando los instrumentos que protegen los derechos humanos y la garantía que debe de haber al derecho a la salud.

Y es en virtud de esto que la Decisión 486 de la CAN da pie a las licencias obligatorias en la región Andina, conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Como se mencionó anteriormente, el artículo 65 de la misma sostiene que: "previa declaratoria de un País Miembro de la existencia de razones de interés público, de emergencia, o de seguridad nacional y sólo mientras estas razones permanezcan, en cualquier momento se podrá someter la patente a licencia obligatoria. [...]"[97] (Subrayado fuera de texto) Por lo que la Decisión 486 de la CAN se convierte en un instrumento regional que pretende asegurar el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, contenido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

4.2. El marco jurídico colombiano respecto a la Declaratoria de Interés Público de medicamentos no representa una protección *de facto* del derecho a la salud desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

A continuación, presentaremos dos razones por las que consideramos que el marco jurídico actual vulnera el derecho a la salud desde los compromisos del país en materia de derecho internacional y derechos humanos:

4.2.1. Tardanza en regulación del procedimiento de la Declaración de Interés Público en Colombia (DIP)

Aunque el Estado colombiano cumplió con incorporar el régimen de declaración de interés público y licencias obligatorias –contenido en la Decisión de la CAN–, es necesario acotar que falló al tardar en reglamentar el procedimiento; como se vio en el caso de la solicitud para el medicamento Kaletra, presentada el 16 de julio de 2008. Para ese momento, el Decreto 4302 de 2008, que fija el procedimiento para la declaratoria de existencia de razones de interés público de acuerdo con lo dispuesto en la Decisión 486 de la CAN, aun no se había expedido; fue hasta el 24 de octubre de ese año que existió dicha regulación. Adicionalmente, esta Decisión fue promulgada el 14 de septiembre del 2000, y entró en vigencia el 1 de diciembre del mismo año[98]. Es decir, el Estado colombiano tardó casi 8 años para expedir regulación alguna sobre el procedimiento de la declaratoria de interés público y fue solo cuando recibieron la primera solicitud que tomó acción.

Lo anterior denota completo desinterés en formular un marco jurídico que asegurara el acceso a

95 Organización Mundial del Comercio, *Declaración relativa al acuerdo*,
96 Ibíd.
97 Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486, art. 65
98 Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486, art. 274.

medicamentos, por medio de licencias obligatorias, acorde a las herramientas internacionales. En últimas, el Comité Técnico resolvió que no era de interés público, pero tras una serie de demandas y en general mala publicidad Abbott redujo el precio del medicamento en un 60%[99]. Esta reducción no se debe al actuar del Estado colombiano, sino al activismo de las organizaciones que, a pesar de la falta de regulación, presionaron por todos los medios disponibles.

Lo anterior es una falencia clara de las obligaciones que tienen los Estados Parte del Pacto DESC respecto del derecho a la salud, especialmente la obligación de *cumplir* pues el país no toma "*medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud*"[100], en este caso, medidas sobre el acceso a medicamentos cuando se encuentra en tensión con la propiedad intelectual.

4.2.2. Violación al principio de no regresividad en el derecho internacional

La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado los principios de progresividad y la prohibición de regresividad en el ámbito internacional. En la sentencia C-228 de 2011, la Corte sostiene que se deben de respetar estos principios, toda vez que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Dichos principios, dice la Corte, se encuentran estipulados en el artículo 2 del Pacto DESC, que cita lo siguiente:

> "*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga,* ***para lograr progresivamente****, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*". Del mismo modo en el artículo 11.1 del PIDESC se establece que, "*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a* ***una mejora continua de las condiciones de existencia****...*"[101]

Además, los principios de progresividad y no regresividad del derecho a la salud –de forma *autónoma*– se encuentran protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos[102]. Lo que significa que el Estado colombiano tiene la obligación de implementar medidas que progresivamente faciliten la plena efectividad de los DESC, como lo es el derecho a la salud.

De esta forma, es posible entender que estos dos principios están contenidos dentro del ordenamiento colombiano y que no protegerlos representa ir en contra del bloque de constitucionalidad.

Entonces, respecto de la declaratoria de interés público y licencias obligatorias de medicamentos, se identifican dos errores concretos del marco jurídico colombiano que van en contra de este principio

99 Rodríguez Garavito, "¿Una camisa de fuerza dorada?", 264.
100 ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general Nº 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 11 agosto 2000, E/C.12/2000/4, consultado el 2 noviembre 2021: https://www.refworld.org.es/docid/47ebcc492.html . P. 9. Para. 33.
101 ONU, PDESC.
102 OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 noviembre 1969.

de *no regresividad,* y que violan las obligaciones pactadas por Colombia respecto del derecho a la salud. En concreto i) el cambio en el resultado de la declaratoria de interés público y ii) el cambio de los integrantes del comité técnico de la DIP.

Lo anterior, se concluye aplicando los parámetros de los lineamientos internacionales previamente expuestos sobre este derecho, que expresan que los servicios de salud deben ser asequibles[103]. Además, se evidencia cómo las obligaciones concretas de *respetar, proteger y cumplir* el derecho a la salud por parte de los Estados no son acatadas por Colombia.

4.2.3. Cambio en el resultado de la declaratoria de interés público

En Colombia, por medio del Decreto 4302 de 2008, se fijó el procedimiento para la declaratoria de existencia de razones de interés público para el otorgamiento de licencias obligatorias, de acuerdo con lo dispuesto en la Decisión 486 de la CAN. A pesar de que la disposición de la Comunidad Andina sostiene que la declaración de interés público da pie (o no) a una licencia obligatoria, el Decreto en su artículo 5 parágrafo, contiene que: "Sin perjuicio de lo aquí dispuesto, el Ministerio o Departamento Administrativo que declare la existencia de razones de interés público, en el marco de sus competencias, podrá establecer medidas diferentes a la concesión de licencia(s) obligatoria(s)."[104]

Lo anterior es importante considerando el poder coercitivo que tienen las licencias obligatorias para los países en desarrollo: "[Las flexibilidades de los ADPIC] otorgan a los países, incluso a aquellos sin capacidad de fabricación nacional, el poder de amenazar con utilizar una licencia obligatoria. Esto puede influir en los precios. [...] Pueden emitir licencias obligatorias para todos los medicamentos necesarios para proteger la salud pública sin violar el acuerdo ADPIC"[105]

Considerar un resultado diferente a las licencias obligatorias dentro del proceso de la DIP parece representar un retroceso, toda vez que se pierde como fin único una herramienta clave para asegurar el acceso a medicamentos[106]. Es curioso, además, que el Decreto 670 del 2017, el cual modifica el Decreto 4302, en su considerando sostiene que: "el procedimiento de declaratoria de existencia de razones de interés público tiene como único objetivo determinar si procede o no el otorgamiento de una licencia obligatoria, sobre productos o procedimientos objeto de patente."[107] (Subrayado fuera de texto) Sin embargo, este mismo, no modifica el parágrafo del artículo 5, dejando en pie, la posibilidad de que se tenga como resultado medidas diferentes a las concesiones de licencias obligatorias.

En el caso de Glivec, el único medicamento declarado de interés público en Colombia, el Ministerio

103 ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general Nº 14 (2000) : El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 11 Agosto 2000, E/C.12/2000/4. P. 4. Para. 12, literal b), num iii).
Consultado el 2 de noviembre de 2021 https://www.refworld.org.es/docid/47ebcc492.html.
104 Presidente de la República de Colombia. (24 de octubre de 2008). Decreto 4302 de 2008. DO: N. 47172. 13.
105 Gorik Ooms y Johanna Hanefeld, *Threat of compulsory licences could increase access to essential medicines.* BMJ, (2019). doi:10.1136/bmj.l2098.
106 *Ibíd.*
107 Presidente de la República de Colombia. (25 de abril de 2017). Decreto 670 de 2017. DO:50215.

de Salud y Protección Social en la resolución en la cual hizo dicha declaración –Resolución 2475 del 14 de junio de 2016– decidió como medida final de este proceso, solicitar a la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos que considerara someter este al régimen de control directo de precios usando la metodología general que regule las situaciones de interés público[108] (estipulado en la circular 03 del 2013). Para que lo anterior fuera posible no era necesario esperar los dos años que duró el proceso de declaración de interés público, pues para lograr esta regulación de precios no se tiene como requisito la DIP. Y es por esto mismo, que parece superfluo pasar por un proceso largo y lleno de obstáculos, como lo es la declaración de interés público, para al final no hacer uso de las flexibilidades que disponen los ADPIC.

A su vez, en Ecuador, por ejemplo, en el Decreto Presidencial 118 del 2009, en virtud de "la Norma Andina contemplada en la Decisión 486, que establece el Régimen Común de la Propiedad Industrial, contempla el Régimen de Licencias Obligatorias"[109] se decidió declarar de interés público el acceso a las medicinas utilizadas para el tratamiento de enfermedades que afectan a la población ecuatoriana y que sean prioritarias para la salud pública, "para lo cual se podrá conceder licencias obligatorias sobre las patentes de los medicamentos de uso humano que sean necesarios para sus tratamientos."[110] (Subrayado fuera de texto) Como resultado de esto, Ecuador otorgó 10 licencias obligatorias entre 2013 y 2014.[111]

Respecto a esto, en 2014, la Ministra de Salud del Ecuador, Carina Vance, refiriéndose a las licencias obligatorias otorgadas entre 2013 y el 2014 expresó que: "En estos [diez] procesos hemos generado el potencial de ahorro de entre el 23% y el 99%.", y citó como ejemplo el caso del Etoricoxib, medicamento que en el mercado podía costar $0,84 por tableta, pero con la licencia se puede alcanzar un ahorro del 99%, con lo que llega a costar $0,008457."[112] Además, los resultados de estas licencias se han resumido en: i) generación de competencia con medicamentos genéricos; ii) mejoras en el sistema de compras públicas; iii) reducción de precios de medicamentos para las subastas inversas.[113]

No se puede ignorar tampoco que no todas las licencias obligatorias concedidas en Ecuador han sido igual de exitosas y que en algunos casos se han visto limitadas para conseguir reducciones de precio significativos y mejoras en el acceso con dimensiones relevantes[114]. Sin embargo, a diferencia de Colombia, sí se ha tenido una concordancia con lo establecido por los ADPIC y la Declaración de Doha, toda vez que se ha seguido el procedimiento de declaración de interés público con el único fin de

108 Ministerio de Salud y Portección Social. 14 de junio de 2016. Resolución 2475 "Por medio de la cual se adelanta una declaratoria de existencia de razones de interés público".
109 Presidente Constitucional de la República de Ecuador. 16 de noviembre de 2009. Decreto 118.
110 Ibid.
111 Correa, *Acceso a Medicamentos*, 4.
112 Ministerio de Salud Pública, "Ecuador concedió nueve licencias obligatorias para medicamentos estratégicos" 2014, Consultado el 9 de noviembre de 2021. http://www.salud.gob.ec/ecuador-concedio-nueve-licencias-obligatorias-para-medicamentos-estrategicos/.
113 Correa, *Acceso a Medicamentos*, 4.
114 Gorik Ooms, Claudia Marcela Vargas-Peláez y Hanne Van Den Bosch, *A situational analysis of compulsory licensing in Colombia and Ecuador*. (Master Thesis. Amsterdam, The Netherlands: UV University; 2017)

lograr una licencia obligatoria y consecuentemente mejorar el acceso a medicamentos. Lo anterior, corresponde a lo establecido por el Pacto DESC, toda vez que logra progresivamente[115] la plena efectividad de los derechos allí reconocidos, y son una mejora continua de las condiciones de existencia[116].

Además de los principios de progresividad y prohibición de regresividad, este cambio parece también ir en contra de otros elementos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por un lado, el cambio de resultado del proceso de declaratoria de interés público, y el hecho que este permite que se realice un proceso tan largo que no termina únicamente en una licencia obligatoria, parece olvidar la obligación de no adoptar normas que interfieran en el ejercicio efectivo del derecho a la salud. Lo anterior, toda vez que se elimina el poder coercitivo que tienen las licencias obligatorias y se convierte en un obstáculo para el despliegue de acciones disponibles y necesarios para la adquisición de medicamentos esenciales. Además, ignora el contendido prestacional que tiene el derecho a la salud, considerando que el marco jurídico que Colombia adoptó y desarrolló a partir de la Decisión de la CAN, no parece tener la gestión estatal que exige la Convención Americana, para asegurar la efectividad del derecho a la salud desde la planeación y logística.

4.2.4. Cambio de la conformación del comité técnico

En segundo lugar, como se señaló previamente, el Decreto 670 del 2017 comete la falla de dejar en pie el parágrafo del artículo 5 del Decreto 4302 del 2008, que permite un resultado distinto a la licencia obligatoria. Esto constituye un retroceso en materia de acceso a medicamentos.

Ahora, sumado a esto, comete el error de expedir dicho decreto con falsa motivación según una acción de nulidad interpuesta por la Clínica Jurídica de Salud y Medio Ambiente (MASP) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes[117] presentada en diciembre de 2017 en contra del mismo. Lo anterior, al cambiar la conformación del Comité Técnico para el análisis de las razones de interés público. Así, por medio del Decreto 670 de 2017, se modifica la conformación de dicho comité, agregando a un delegado del Ministerio de Comercio y otro del Departamento Nacional de Planeación.

Se afirma que este cambio va en contra de las obligaciones internacionales, suscritas por Colombia, de *respetar, proteger y cumplir* el derecho a la salud. En primer lugar, al aumentar las cargas de los ciudadanos para ejercer este derecho por medio de la DIP. Lo anterior, debido a que el Ministerio de Comercio tiene como objetivo principal desarrollar las políticas económicas del país[118], por lo que

115 ONU, PDESC.
116 Ibid.
117 Clínica Jurídica de Salud y Medio Ambiente (MASP) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. 2017. Acción de Nulidad en contra del Decreto 670 del 25 de abril del 2017, expedido por el Gobierno Nacional (Presidente de la República – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), publicado en el Diario Oficial No. 50.215 del 25 de abril del 2017 [Núm. único de proceso: 11001032400020180001200].
118 **Decreto 1074 de 2015,** único **reglamentario del sector Comercio, Industria y Turismo, articulo 1.1.1.1:** "El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo tiene como objetivo primordial dentro del marco de su competencia: formular, adoptar, dirigir y coordinar las políticas generales en materia de desarrollo económico y social del país, relacionadas con la competitividad, integración y desarrollo de los sectores productivos de la industria, la micro, pequeña y mediana empresa, el comercio exterior de

salvaguardar y asegurar el derecho a la salud no está dentro de sus prioridades, o siquiera hacer un análisis objetivo sobre el interés público de algún medicamento, sino que más bien se puede prever que su presencia tiende a proteger los intereses de la industria farmacéutica.

De este modo, respecto de la obligación de *respetar* se encuentra una falla, ya que según la Observación 14 del CESCR se exige una abstención de injerir directa o indirectamente en el disfrute de este derecho. Pues, al agregar nuevos miembros al comité que estudia las razones para declarar o no de interés público un medicamento se agrega una traba a este procedimiento, que en últimas afecta también el pleno acceso a medicamentos.

En línea con lo anterior, también se incumple la obligación de *proteger*, dado que el Decreto hace todo lo contrario a lo requerido por los instrumentos internacionales para asegurar el derecho a la salud, en tanto no está adoptando medidas para evitar que intereses privados de las farmacéuticas, ahora salvaguardadas por el Ministerio de Comercio y DNP, interfieran en la aplicación de las garantías del artículo 12 del Pacto DESC cuando se esté haciendo el análisis de interés público de un determinado medicamento.

En tercer lugar, este cambio del Comité infringe también la obligación de *cumplir*, ya que esta no es una medida de carácter legislativo que de plena efectividad al derecho a la salud –como lo exige el CESCR–. Pues, este cambio no tiende a asegurar el correcto funcionamiento del mecanismo, ya que en las consideraciones del Decreto se fundamenta en la necesidad de aplicar el principio de colaboración y coordinación para incorporar permanentemente a las entidades competentes de propiedad industrial[119]. Lo que a nuestro criterio es completamente innecesario, debido a que la función que tiene el Comité Técnico es estudiar las razones por las que un producto o proceso sujeto de patente sería de interés público, pero quien toma la decisión final es el ministro de la autoridad competente según el caso.

De lo anterior, es clave mencionar que con la regulación vigente en Colombia –que de por sí afecta la no regresividad del derecho a la salud–, el Estado colombiano desliga la declaración de interés público del objetivo único de otorgar una licencia obligatoria. Así, crea dos momentos separados e independientes: i) la DIP; y ii) la licencia obligatoria u otras medidas. Entonces, con el Decreto 670 se asume erróneamente que con la DIP se toma alguna decisión sobre las licencias obligatorias.

De esta forma, de ser positivo el resultado del procedimiento de la DIP se abre es la facultad de aplicar una licencia obligatoria u otra medida; mas no se termina siempre en la concesión de la misma. Por lo que, los delegados del Ministerio de Comercio y el Departamento Nacional de Planeación (DNP) deberían presentar sus reparos y preocupaciones en el segundo momento, es decir en la circunstancia de solicitarse una licencia obligatoria. Es allí en donde sus argumentos sobre propiedad industrial y la posible afectación a las políticas económicas del país tendrían más relevancia y concordancia; mas no cuando se hace una recomendación sobre un tema que no es de su especialidad, como lo serían los

bienes, servicios y tecnología, la promoción de la inversión extranjera, el comercio interno y el turismo; y ejecutar las políticas, planes generales, programas y proyectos de comercio exterior."

119 Presidente de la República de Colombia, (25 de abril de 2017), Decreto 670 de 2017. DO:50215.

medicamentos en el caso concreto.

5. Conclusiones

Después del contraste realizado entre el marco jurídico colombiano de declaración de interés público y licencias obligatorias con los lineamientos internacionales del derecho humano a la salud y acceso a medicamentos, se encontró que el primero no ha sido idóneo para conseguir su cometido. Pues en un principio, tarda hasta 8 años en regular el procedimiento; y cuando por fin se emite regulación alguna, se contravienen los principios de progresividad y la prohibición de regresividad, además de defraudar el espíritu de los convenios internacionales en materia de salud.

Lo anterior, considerando la eliminación del poder coercitivo que tienen las licencias obligatorias en el momento en que se considera la posibilidad de un resultado diferente a la declaración de interés público. Además de la falta de correlación que existe entre lo que propone la Declaración de Doha y el marco jurídico colombiano. También, el cambio que trae el Decreto 670 de 2017 presenta una traba para lograr un estudio objetivo de las razones de interés público de medicamentos, pues los nuevos miembros del Comité Técnico salvaguardan el interés económico sobre el derecho a la salud.

Como fue expuesto anteriormente, el exitoso uso que Ecuador le ha dado a las licencias obligatorias demuestra que el problema de implementación de este instrumento no es precisamente de regulación internacional, sino que tiene que ver más con las incongruencias del marco jurídico nacional colombiano. Por lo que se hace necesario que se investigue más a fondo el tema, desde otras áreas –por fuera del derecho–, que pueden tener más herramientas para calificar la eficiencia, impacto, idoneidad y demás características que promuevan el contenido del DIDH para asegurar el acceso a medicamentos. La presente investigación es un primer paso para diagnosticar las incoherencias del marco jurídico nacional en este respecto, y valdría la pena conocer cómo afectan en casos concretos los errores encontrados.

Teniendo en cuenta que el marco jurídico colombiano no está acorde al DIDH, este debe ajustarse para cumplir sus obligaciones de asegurar la salud y el acceso a medicamentos de sus ciudadanos. Este cambio debe hacerse unificando efectivamente su regulación respecto de la DIP y licencias obligatorias, haciendo una interpretación adecuada de los instrumentos internacionales, incluyendo la Decisión 486 de la CAN y absteniéndose de poner trabas en los mismos. De no hacerlo, no solo estaría incumpliendo sus obligaciones internacionales en abstracto, también pueden presentarse precios abusivos por parte de las farmacéuticas que afectan a las personas más vulnerables.

Este ajuste es necesario considerando que las licencias obligatorias son instrumentos que parecieran resultar útiles en situaciones complejas como lo es la actual pandemia causada por el Covid-19, teniendo en cuenta que las tecnologías relacionadas con el desarrollo de las vacunas que están siendo

suministradas están protegidas por una patente. Pues, las licencias obligatorias son particularmente beneficiosas para los países en desarrollo, considerando que estas no sólo son un mecanismo que puede ayudar a adquirir medicamentos cuyos precios son altos, sino aquellos cuya disponibilidad es limitada[120].

Sin embargo, este procedimiento de emisión de licencias obligatorias –como se estudió en el presente texto– no funciona de forma efectiva cuando este contiene trabas burocráticas[121] que retrasan su implementación. Así, en la situación actual es de suma importancia tener un marco jurídico adecuado respecto de licencias obligatorias que sea ideal para conseguirlas, puesto que en este tipo de situaciones se hace evidente la necesidad de un adecuado uso de las flexibilidades de los ADPIC, que sean lo suficientemente rápidas, efectivas y fáciles de implementar.

Frente a lo anterior, en el debate actual sobre cómo afrontar la pandemia, incluso la Unión Europea –que ha estado históricamente en contra de la implementación de licencias obligatorias por parte de países en desarrollo[122] ha dicho que las licencias obligatorias deberían ser el principal instrumento para lidiar con esta[123]. Aún así existen diversas opiniones sobre el uso de licencias obligatorias para las vacunas contra el Covid-19, por ejemplo, la posición que está en contra considera que hay otras alternativas a las licencias obligatorias, como que las empresas puedan emitir licencias voluntarias o temporales o firmar acuerdos de cooperación[124].

También, es importante traer a colación la responsabilidad que se ha predicado respecto de las empresas farmacéuticas. Así Paul Hunt, Ponente Especial de Naciones Unidas para el derecho a la salud entre los años 2002 y 2008, afirma que, si bien las farmacéuticas no son entidades estatales, son corresponsables junto a los Estados, de la garantía y satisfacción del derecho a la salud, por lo que deben hacer todo lo razonable para garantizar que los medicamentos sean accesibles en cantidad suficiente en los países en que se necesitan[125]. Por lo que, si cumplieran con dicha responsabilidad no deberíamos preocuparnos por tener que implementar licencias obligatorias para que todos los países puedan acceder a las vacunas.

El Panel de Alto Nivel sobre el acceso a los medicamentos de la Organización de Naciones Unidas[126] sostiene que "las

120 Hilary Wong, *The case for compulsory licensing during COVID-19.* Journal of Global Health*,* 10(1) (2020), *010358*–. doi:10.7189/jogh.10.010358

121 Olga Gurgula, *Compulsory licensing vs. the IP waiver: what is the best way to end the COVID-19 pandemic?* Policy Brief, Nº 104 (Octubre 2021) https://www.southcentre.int/wpcontent/uploads/2021/10/PB104_Compulsory-licensing-vs.-the-IP-waiver_EN-2.pdf

122 Olga Gurgula, "Compulsory Licensing vs. the IP waiver: what is the best way to end the COVID-19 pandemic?", *South Centre*, Policy Brief, No. 104, Octubre (2021). Disponible en: https://www.southcentre.int/policy-brief-104-october-2021/.

123 *Ibíd.*

124 Astrid Prange De Oliveira, "Coronavirus: pros y contras de las licencias obligatorias para vacunas", *Deutsche Welle (DW)*, 5 de febrero de 2021, Consultado el 22 de noviembre de 2021 en https://www.dw.com/es/coronavirus-pros-y-contras-de-las-licencias-obligatorias-para-vacunas/a-56476278

125 Ortega Gómez, Marta. 2016. El derecho de acceso a los medicamentos y el derecho de patente en países en desarrollo. Revista de Bioética y Derecho, (37), 23-36. https://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.37.16148. p. 27

126 El ex secretario general de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, convocó en el año 2015 un Panel de Alto Nivel sobre el acceso a los medicamentos. El objetivo propuesto del Panel es "revisar y evaluar propuestas y recomendar soluciones para remediar la incoherencia política entre los derechos justificables de los inventores, el derecho internacional de los derechos humanos, las normas

políticas y los acuerdos relacionados con los derechos humanos, el comercio, los derechos de propiedad intelectual y la salud pública se formularon con objetivos diferentes en momentos diferentes"[127]. Las obligaciones de los Estados abarcan el deber no solo de respetar el derecho a la salud, sino también de protegerlo y garantizarlo, lo que exige tomar medidas proactivas para promover la salud pública. De esta forma, sustenta que tal como se reafirmó, es necesario asegurar el acceso a los medicamentos y vacunas, como un elemento fundamental de las obligaciones que tienen los Estados[128].

comerciales y la salud pública en el contexto de las tecnologías sanitarias"
127 Organización de Naciones Unidas (2016) Reporte del Panel de Alto Nivel del Secretario General de Naciones Unidas sobre el Acceso a Medicamentos: Promover la innovación y el acceso a las tecnologías de la salud. Disponible en: http://www.unsgaccess-meds.org/final-report
128 *Ibíd.*

Bibliografía

Doctrina:

Astrid Prange De Oliveira, "Coronavirus: pros y contras de las licencias obligatorias para vacunas", Deutsche Welle (DW), 5 de febrero de 2021, Consultado el 22 de noviembre de 2021 en https://www.dw.com/es/coronavirus-pros-y-contras-de-las-licencias-obligatorias-para-vacunas/a-56476278

Clínica Jurídica de Salud y Medio Ambiente (MASP) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. 2017. Acción de Nulidad en contra del Decreto 670 del 25 de abril del 2017, expedido por el Gobierno Nacional (Presidente de la República – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), publicado en el Diario Oficial No. 50.215 del 25 de abril del 2017 [Núm. único de proceso: 11001032400020180001200].

Cohen, Jillian, Gyansa-Lutterodt, Martha., Torpey, Kwasi. et al. 2005. TRIPS, the Doha Declaration and increasing access to medicines: policy options for Ghana. Global Health 1, 17. https://doi.org/10.1186/1744-8603-1-17

Comisión de la Comunidad Andina. *Régimen Común sobre la Propiedad Industrial [Decisión 486]* (2000). (Art. 65)

Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 344: Régimen común de propiedad intelectual*. (1993) Consultada el 2 de octubre de 2021. http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec344s.asp

Correa, Carlos M., Velazquez Arango, Germán. 2018. Acceso a Medicamentos: Experiencias con licencias obligatorias y uso gubernamental. El Caso de la Hepatitis C. Serie Buscando remedio No. 4. Bogotá D.C: Ifarma. ISBN: 978-958-57014-3-4

Díaz Pinilla, L., Guevara, R., Lamprea, N. y Lizarazo-Cortés, Óscar 2016. Caso Imatinib: análisis técnico y jurídico del trámite de patente en Colombia. Revista La Propiedad Inmaterial. 22 (dic. 2016), 141-172. DOI: https://doi.org/10.18601/16571959.n22.08

Dreyfuss, Rochelle C. y Rodríguez Garavito, César. 2015. La disputa por la regulación de las patentes y el acceso a los medicamentos en América Latina: la gobernanza global, la propiedad intelectual y el movimiento por el derecho a la salud. En: Dreyfuss, Rochelle C. y Rodríguez Garavito, César [Coord.] Entre las salud y las patentes: la disputa por la propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos en América Latina. Bogotá, D.C: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes.

Eren-Vural, Ipek. 2007. Domestic contours of global regulation: Understanding the policy changes on

pharmaceutical patents in India and Turkey. Review of International Political Economy, 14(1), 105-142. doi:10.1080/09692290601081079

Florez, Andres F. y Mondragón, Carlos A. 2013. Patentes farmacéuticas en Colombia. Entre la protección a la propiedad industrial y la tutela del interés público. Precedente. Revista Jurídica: DOI 10.18046/prec.v3.1728

Gurgula, Olga, *Compulsory licensing vs. the IP waiver: what is the best way to end the COVID-19 pandemic?* Policy Brief, Nº 104 (Octubre 2021) https://www.southcentre.int/wpcontent/uploads/2021/10/PB104_Compulsory-licensing-vs.-the-IP-waiver_EN-2.pdf

Hassoun, Nicole. 2020. Global Health Impact: ending access to essential medicines. New York, NY: Oxford University Press.

Heywood, Mark. 2009. "South Africa's Treatment Action Campaign: Combining Law and Social Mobilization to Realize the Right to Health." Journal of Human Rights Practice 1 (1): 14–36. https://doi.org/10.1093/jhuman/hun006.

Hunt, Paul. 2006. *The human right to the highest attainable standard of health: new opportunities and challenges.* Transactions of the Royal Society of Tropical Medicine and Hygiene, 100(7), 603–607. https://doi.org/10.1016/j.trstmh.2006.03.001

ICJ, Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democractic Republic of the Congo), Judgment of 30 November 2010, ICJ Reports 2010, p. 639, para. 66. Citado por: Sellin, J. A. (2015). Does One Size Fit All? Patents, the Right to Health and Access to Medicines. Netherlands International Law Review, 62(3), 445–473. doi:10.1007/s40802-015-0047-5

Lee, Joo-Young, and Paul Hunt. 2012. *Human rights responsibilities of pharmaceutical companies in relation to access to medicines.* J Law Med Ethics. 2012;40(2):220-233. doi:10.1111/j.1748-720X.2012.00660.x

Musungu, Sisule FVillanueva, Susana, y Blasetti, Roxana. (2004) Cómo utilizar las flexibilidades previstas en el acuerdo sobre los adpic para proteger la salud pública mediante marcos regionales de cooperación sur-sur. South Centre: Ginebra, Suiza.

Olga Gurgula, "Compulsory Licensing vs. the IP waiver: what is the best way to end the COVID-19 pandemic?", South Centre, Policy Brief, No. 104, Octubre (2021). Disponible en: https://www.southcentre.int/policy-brief-104-october-2021/.

Ooms Gorik, Vargas-Peláez CM, van den Bosch H. A situational analysis of compulsory licensing in Colombia and Ecuador. Master Thesis. Amsterdam, The Netherlands: UV University; 2017.

Ooms, Gorik; Hanefeld, Johanna (2019). Threat of compulsory licences could increase access to essen-

tial medicines. BMJ, (), l2098–. doi:10.1136/bmj.l2098

Ortega Gómez, Marta. 2016. El derecho de acceso a los medicamentos y el derecho de patente en países en desarrollo. Revista de Bioética y Derecho, (37), 23-36. https://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.37.16148

Organización Mundial de la Salud. 2017. Access to medicines: making market forces serve the poor. Ten years in public health 2007–2017. https://www.who.int/publications/10-year-review/chapter-medicines.pdf

Organización Mundial de la Salud. Constitución (dada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19/06-22/7/1946, firmada el 22/07/1946 por los representantes de 61 Estados, y que entró en vigor el 07/04/1948)

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Patentes. Consultado el 2 de octubre de 2021. https://www.wipo.int/patents/es/

Organización Mundial del Comercio OMC (2001). Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, Doha.

Pacanchique, Rubiela. 2015. "Licencia Obligatoria de Patentes: Un Estudio de Caso de La Patente Imatinib." Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia - RIUCaC. http://hdl.handle.net/10983/2603.

Picciotto, Sol. 2002. Defending the Public Interest in TRIPS and the WTO [pp 224-243] En: Drahos, Peter y Mayne, Ruth. Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development. Londres: Palgrave Macmillan.

Organización de Naciones Unidas (2016) Reporte del Panel de Alto Nivel del Secretario General de Naciones Unidas sobre el Acceso a Medicamentos: Promover la innovación y el acceso a las tecnologías de la salud. Disponible en: http://www.unsgaccessmeds.org/final-report

Organización Panamericana de la Salud (2009) El acceso a los medicamentos de alto costo en las Américas: contexto, desafíos y perspectivas. Serie Técnica No. 1 Medicamentos esenciales, acceso, e innovación. Washington, DC: OPS. https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2009/Acceso-alto-costo-Inf-Tec-1-Oct-5-2009.pdf

Reinsch, William A. (2020) Compulsory Licensing: A Cure for Distributing the Cure?. CSIS. Center for Strategic and International Studies. https://www.csis.org/analysis/compulsory-licensing-cure-distributing-cure

Roa Ortiz, C.C. 2021. Utilidad de las licencias obligatorias para el acceso a medicamentos: lecciones

de Suramérica y análisis del caso colombiano. Revista La Propiedad Inmaterial. 31 (jun. 2021), 65–102. DOI:https://doi.org/10.18601/16571959.n31.03.

Robles, Magda Yadira. (2016). El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014). Cuestiones constitucionales, (35), 199-246. Recuperado en 01 de noviembre de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932016000200199&lng=es&tlng=es.

Rodríguez Garavito, César. 2015. ¿Una camisa de fuerza dorada? La disputa por las patentes y el acceso a medicamentos en Colombia. En: Dreyfuss, Rochelle C. y Rodríguez Garavito, César [Coord.] Entre la salud y las patentes: la disputa por la propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos en América Latina. Bogotá, D.C: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes.

Sanabria Moyano, J., Merchán López, C. y Saavedra Ávila, M. (2019). Estándares de protección del Derecho Humano a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Ágora USB, 19(1). 132-148. https://doi. org/10.21500/16578031.3459

Sekalala, S., & Masud, H. (2021). Soft Law Possibilities in Global Health Law. Journal of Law, Medicine & Ethics, 49(1), 152-155. doi:10.1017/jme.2021.20

Sellin, J. A. (2015). Does One Size Fit All? Patents, the Right to Health and Access to Medicines. Netherlands International Law Review, 62(3), 445–473. doi:10.1007/s40802-015-0047-5

Treatment Action Campaign (TAC). "Our History – Timeline". https://www.tac.org.za/our-history/ . Consultado el 4 de octubre de 2021.

Trouiller P, Olliaro P, Torreele E, Orbinski J, Laing R, Ford N. 2002. Drug development for neglected diseases: a deficient market and a public-health policy failure. Lancet. London, England, 359(9324), 2188–2194. https://doi.org/10.1016/S0140-6736(02)09096-7

Van Rompaey, Karen. 2009. Salud global y derechos humanos: propiedad intelectual, derecho a la salud y acceso a los medicamentos. Montevideo: Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XV, PP. 497-522, ISSN 1570-4974

Wong, Hilary (2020). The case for compulsory licensing during COVID-19. Journal of Global Health, 10(1), 010358–. doi:10.7189/jogh.10.010358

Zapatero Miguel, Pablo. 2015. Legal and policy foundations for global generic competition: Promoting affordable drug pricing in developing societies. Global Public Health: An International Journal for Research, Policy and Practice, DOI: 10.1080/17441692.2015.1014824

Normatividad:

Congreso de Colombia, Ley 170 "Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la "Organización Mundial de Comercio (OMC)", suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino" (Diciembre 15 de 1994) Consultado el 2 de octubre de 2021 https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37805

Congreso de Colombia, Ley 178 por medio de la cual se aprueba el "Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial", hecho en París el 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979. (28 de diciembre de 1994) Consultado el 2 de octubre de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0178_1994.html

Ministerio de Salud Pública, "Ecuador concedió nueve licencias obligatorias para medicamentos estratégicos" 2014, http://www.salud.gob.ec/ecuador-concedio-nueve-licencias-obligatorias-para-medicamentos-estrategicos/.

Ministerio de Salud y Protección Social. 14 de junio de 2016. Resolución 2475 "Por medio de la cual se adelanta una declaratoria de existencia de razones de interés público".

Ministerio de Salud y Protección Social. 20 de diciembre de 2017. Resolución 5246 de 2017 "por la cual se inicia una actuación Administrativa para el estudio de la declaratoria de existencia de razones de interés público del acceso a los antivirales de acción directa para el tratamiento de la Hepatitis C". https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resolución%20No.%2005246%20de%202017.pdf

Ministerio de Salud y Protección Social. 2014. Ref: Petición en interés general. Solicitud de una declaración de interés publico en el acceso al medicamento IMATINIB bajo condiciones de competencia.

Ministerio de Salud y Protección Social. 5 de abril de 2018. Resolución 1187 de 2018 "por la cual se adelanta y se asigna una función". https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/MET/resolucion-1187-de-2018.pdf

ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, (20 noviembre 1989), disponible en esta dirección: https://www.refworld.org.es/docid/50ac92492.html [Consultado el 2 de noviembre 2021]

ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a

la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999

ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, disponible en esta dirección: https://www.refworld.org.es/docid/4c0f50bc2.html [Consultado el 10 Noviembre 2021]

ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general Nº 14 (2000) : El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 Agosto 2000, E/C.12/2000/4, disponible en esta dirección: https://www.refworld.org.es/docid/47ebcc492.html [Consultado el 2 Noviembre 2021].

ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, (18 de diciembre de 1979), disponible en esta dirección: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx [Consultado el 2 de noviembre 2021]

ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (21 de diciembre de 1965), disponible en esta dirección: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx [Consultado el 2 de noviembre de 2021].

Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 Noviembre 1969, disponible en esta dirección: https://www.refworld.org.es/docid/57f767ff14.html [Accesado el 2 Noviembre 2021]

Organización de los Estados Americanos (OEA), Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", 17 Noviembre 1988, disponible en esta dirección: https://www.refworld.org.es/docid/5ccb1b164.html [Accesado el 2 Noviembre 2021]

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. 1883. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Intelectual.

Presidente Constitucional de la República de Ecuador. (16 de noviembre de 2009). Decreto 118.

Presidente de la República de Colombia. (24 de octubre de 2008). Decreto 4302 de 2008. DO: N. 47172. 13.

Presidente de la República de Colombia. (25 de abril de 2017). Decreto 670 de 2017. DO:50215.

Jurisprudencia:

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Poblete Vilches y otros vs Chile*. 8 de marzo del 2018. Consultado el 8 de julio de 2022 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_349_esp.pdf

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decisión n.o 2009-00269-01, 27 de septiembre del 2012.

La reparación de las víctimas de acuerdo a los parámetros del SIDH frente al acuerdo de paz en Colombia*

Cristian Fernando Boyacá Manrique**
Recibido: 16 de abril de 2022. Aceptado: 14 de julio de 2022.

Resumen

El presente artículo de investigación planteó como problema central el conceptualizar la reparación de las víctimas y sus parámetros en lo que respecta al sistema interamericano de derechos humanos frente al acuerdo de paz en Colombia. Lo anterior en virtud de las vicisitudes presentadas por la premura de la implementación en el escenario interno y para esto se trazó el objetivo de determinar si el acuerdo de paz que se llevó a cabo en Colombia cumplió o no con los parámetros establecidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Partiendo del análisis del concepto y la calidad de víctima, desglosándolo desde su concepción a nivel constitucional y su posterior evolución a nivel normativo y jurisprudencial, aunado a su uso dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos según precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para de este modo aterrizar en el marco colombiano con las obligaciones que derivan del Estado frente al deber de reparar a las víctimas en el marco del posconflicto sobre la base de los acuerdos de paz. La metodología de la presente investigación atiende a un enfoque jurídico básico, de tipo explicativo y exploratorio, mediante el método de análisis y síntesis de los instrumentos jurídicos objeto de estudio. Lo anterior, en atención a que el objeto de conocimiento, son las normas sustantivas y procesales, jurisprudencia y doctrina, nacional e internacional sobre la reparación de víctimas en el ordenamiento colombiano y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Palabras clave

Acuerdo de paz, reparación de las víctimas, justicia transicional, corte IDH, Derechos Humanos.

* Artículo de revisión.

** Abogado egresado de la facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad Libre Seccional Socorro, Candidato a Magister de la Universidad Libre Seccional Bogotá y asesor jurídico de los Centros de Familia de la Primer y Quinta Brigada de Ejército Nacional.

UNA Rev. Derecho (En línea). Vol. 7 (1). Julio 2022. e-ISSN2539-5343·

The Reparations of the Victims According to the Parameters of the IACHR in contrast to the Colombian Peace Accord*

Cristian Fernando Boyacá Manrique**
Received: April 16, 2022. Acceptado: July 14, 2022.

Abstract

The present research article raised as a central problem the conceptualization of the reparation of the victims and its parameters with regard to the inter-American human rights system in the face of the peace agreement in Colombia. The foregoing by virtue of the vicissitudes presented by the urgency of its implementation in the internal scenario and for compliance, the objective of determining whether the peace agreement that was carried out in Colombia complied or not with the parameters established in the Inter-American System of Human rights. Starting from the analysis of the concept and the quality of victim, breaking it down from its conception at the constitutional level and its subsequent evolution at the normative and jurisprudential level, together with its use within the Inter-American Human Rights System, according to jurisprudential precedents of the Inter-American Court of Human Rights in order to land in the Colombian framework with the obligations that derive from the State in the face of the duty to repair the victims in the post-conflict framework based on the peace agreements. The methodology of the present investigation attends to a basic legal approach, of an explanatory, exploratory and correlational type, through the method of analysis and synthesis of the legal instruments under study. The foregoing, in view of the fact that the object of knowledge, are the substantive and procedural norms, jurisprudence and doctrine, national and international on the reparation of victims in the Colombian legal system and in the Inter-American Human Rights System.

Keywords

Peace Agreement, reparation for victims, transitional justice, Inter-American Court, Human Rights.

* Review article.

** Lawyer graduated from the Faculty of Law and Political Sciences of the Universidad Libre Seccional Socorro, Candidate for a Magister of the Universidad Libre Seccional Bogotá and legal adviser to the Family Centers of the First and Fifth Brigades of the National Army.

Introducción

Las reparaciones han tomado un papel importante en los contextos de justicia transicional, principalmente cuando se habla de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos. En estos casos, la justicia transicional se ocupa del contexto de la transición democrática y política en relación con las situaciones del conflicto armado interno, por medio del cual la sociedad exija y obtenga: i) La verdad de los hechos; ii) Una reparación integral del daño, justicia, y iii). La reconciliación nacional. Es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en adelante Corte IDH, ha influido decisivamente en muchos países para que esos objetivos de justicia y verdad, de reparación y reconciliación nacional, no sólo lleguen a una persona o a un grupo de personas, sino a todo un país[3].

La historia de Colombia ha estado marcada por sus constantes luchas y revoluciones desde sus orígenes y aun en épocas modernas se observa como el conflicto armado ha estado latente en una lucha sin fin entre el Estado y grupos al margen de la ley, los cuales inicialmente fueron consolidados por deseos altruistas pero que con el pasar de los años sus ideales han sido desdibujados, generando enfrentamientos constantes y un derramamiento de sangre no solo de combatientes sino de terceros ajenos al conflicto que se ven inmersos eventualmente en ataques dirigidos contra objetivos militares legítimos y que son reconocidos con la calidad de víctimas. Sin embargo, estas terceras personas que se han visto inmersas en contra de su voluntad y que han tenido que soportar una carga extra por parte del Estado no siempre han sido acreedoras de una reparación equivalente al daño y que pudiese resarcir las secuelas productos del conflicto armado, pues el derecho está en constante evolución y atiende a las realidades sociales, por ende, lo concerniente a la reparación de victimas ha tenido un desarrollo exponencial en los últimos años a raíz de los avances realizados por el acuerdo de paz llevado a cabo en 2016.

Con base en esto, el presente artículo busca determinar si el acuerdo de paz llevado a cabo en Colombia en 2016 cumplió o no con los parámetros que establece el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Para llevar a cabo este objetivo, se trazaron tres objetivos: I. Establecer los criterios jurídicos del derecho a la reparación de víctimas en el ordenamiento interno, partiendo desde el marco normativo donde el legislador define en el año de 1993 la noción de víctima con la expedición del Decreto 444 que reconoce por primera vez esta calidad a todas aquellas personas que hubiesen sufrido perjuicios indirectos como consecuencia de atentados terroristas cometidos con bombas o artefactos que afecten a la población civil y su evolución hasta llegar a la Ley 1448 de 2011 que otorga un sentido más amplio a la calidad de víctima; ll. Analizar el concepto de reparación de víctimas como derecho fundamental en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tomando como base los precedentes jurisprudenciales de la Corte IDH, iniciando con el análisis de los criterios requeridos para fijar la responsabilidad del Estado frente a un hecho ilícito internacional atribuible, que puede configurarse por actos u omisio-

3 Carlos María Pelayo Moller, (2010). La reparación del daño y la efectiva protección de los derechos humanos. Revista de derechos humanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26925.pdf

nes de cualquier poder u órgano de éste que incurran en una violación de la Convención Americana, teniendo en cuenta que en materia de reparaciones no siempre es posible garantizar al afectado el pleno goce de los derechos involucrados, pues en muchos casos resultan imposibles de restituir pero se torna procedente y necesario el pago de una indemnización de carácter compensatorio más no sancionatorio para el Estado; III. Finalmente, el tercer objetivo se enfoca en las obligaciones que derivan del Estado colombiano frente al deber de reparar a las víctimas en el marco del posconflicto sobre la base de los acuerdos de paz, comenzando por el estudio del concepto de la justicia transicional como forma de transición de un sistema político de gobierno a otro, del conflicto armado a la paz y analizando para esto los pormenores del proceso de paz en Colombia que definió las acciones concretas para reparar a las víctimas, donde se incluyen las sanciones a los responsables, y diez principios básicos enfocados en los derechos de las mismas.

1. Criterios jurídicos del derecho a la reparación de víctimas en el ordenamiento colombiano según la jurisprudencia de la Corte Constitucional

A partir de un amplio marco normativo, el legislador ha definido la noción de víctima, así, desde 1993 con el Decreto 444 se reconoció la calidad de víctima a aquellas personas que hayan sufrido perjuicios indirectos como consecuencia de atentados terroristas cometidos con bombas o artefactos que afecten a la población civil[4]. Posteriormente, se fue ampliando la figura de víctima e incluyó a la población afectada como consecuencia de tomas guerrilleras[5] (artículo 18 Ley 104 de 1993), a las que sufran por combates y masacres indiscriminadas por motivos ideológicos o políticos[6] (artículo 10 de la ley 241 de 1995) y, en 1997 se consagra como víctimas a la población civil que sufra perjuicios en su vida, integridad personal y/o bienes, como consecuencia de actos relacionados con el marco del conflicto armado interno como son: atentados terroristas, combates, ataques y masacres[7] (artículo 15 de la Ley 418 de 1997). Asimismo, mencionó que para los efectos de esa ley y de acuerdo con normas de Derecho Internacional Humanitario, se entiende por grupo armado al margen de la ley, "aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas"

Con la Ley 975 de 2005 se creó un marco legal para establecer los derechos y deberes del Estado con el fin de reincorporar a la vida civil a los miembros de grupos armados al margen de la ley e igualmente,

4 Presidente de la República de Colombia. Decreto 444 de 1993. Por el cual se dictan medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas. (Bogotá: 40.784 de 1993)

5 Congreso de la Republica de Colombia. Ley 104 de 1993. Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. (Bogotá: 41.158 de 1993).

6 Congreso de la Republica de Colombia. Ley 241 de 1995. Por la cual se prorroga la vigencia, se modifica y adiciona la Ley 104 de 1993. (Bogotá: 42.719 de 1996)

7 Congreso de la Republica de Colombia. 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. (Bogotá: 43.201 de 1997)

garantizar los derechos de las víctimas del conflicto a la verdad, justicia y reparación[8].

Por su parte, el Decreto 1290 de 2008 dispuso la creación de un programa de reparación individual por vía administrativa de las víctimas de los grupos armados al margen de la ley, en cabeza de la otrora Agencia Presidencial para la Acción Social. Para ello consagró en virtud del principio de solidaridad, la reparación por vía administrativa como una reparación anticipada del Estado por hechos punibles realizados por grupos al margen de la ley, "sin perjuicio de la responsabilidad de los victimarios y de la responsabilidad subsidiaria o residual del Estado"[9] Dicho Decreto establece como medidas de reparación individual por vía administrativa (art. 3), la *indemnización solidaria*, entendida como una suma de dinero determinada dependiendo de los derechos fundamentales vulnerados (art. 5), la *restitución*, es decir, acciones encaminadas a volver a la víctima al estado anterior al daño (art. 6), *rehabilitación*, esto es, asistencia para la recuperación de traumas físicos y psicológicos (art. 7), *medidas de satisfacción públicas* (art. 8) y, garantías de *no repetición* (art. 9).

Posteriormente, se promulgó la Ley 1448 de 2011, encuadrada dentro del campo de justicia transicional y su objeto es establecer medidas de índole social, económica, judicial y administrativa para las víctimas del conflicto armado (art. 1), su propósito entonces es definir acciones concretas para garantizar los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición. El artículo 3º dispone quiénes son víctimas, beneficiarios de las medidas adoptadas en la mencionada ley y en los decretos que la reglamentan. Así:

> "aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 10 de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno. También son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente. De la misma forma, se consideran víctimas las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. La condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima"[10]

8 Congreso de la Republica de Colombia. 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. (Bogotá: 45.980 de 2005)
9 Presidente de la Republica de Colombia. Decreto 1290 de 2008. Por el cual se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la ley. (Bogotá: 46.968 de 2006)

10 Congreso de la República de Colombia. Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. (Bogotá: 48.096 de 2011).

En varias sentencias de constitucionalidad, la corte ha estudiado la exequibilidad del artículo 3º de la Ley 1448 de 2011. En la primera de ellas, la C-250 de 2012 los demandantes consideraban que dicha disposición vulnera el principio de igualdad, en la medida que según el artículo 3º solo existen víctimas en Colombia desde el 1º de enero de 1985, dicho criterio temporal, a su juicio no obedece a la realidad del conflicto colombiano.

En esta ocasión la Corte declaró exequible a expresión "a partir del primero de enero de 1985", contenida en el artículo 3º y recordó que la jurisprudencia constitucional ha acogido un concepto amplio de la noción de víctima o perjudicado, al definirla como aquella persona que ha sufrido un daño real, concreto y especifico, cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio o el delito que lo ocasionó, lo cual lo legitima para que sea beneficiario de los derechos a la verdad, justicia y reparación. Igualmente, consideró que no se ajusta a la Constitución las regulaciones que restrinjan de manera excesiva la condición de víctima y que excluyan categorías de perjudicados sin fundamento en criterios constitucionalmente legítimos.

A partir de las sentencias C-253A de 2012 y C-781 del 2012, la corte ha entendido que la expresión consagrada en el artículo 3º referente a la noción de víctima "con ocasión al conflicto armado", incorpora una definición operativa que delimita el alcance de personas beneficiarias de unas prerrogativas especiales establecidas en la Ley 1448 de 2011, es compatible con el principio de igualdad en la medida en que aquellas personas cuyos hechos victimizantes no estén circunscritos al conflicto armado, siguen siendo acreedores de medidas ordinarias previstas en el resto del ordenamiento jurídico, la expresión "con ocasión" hace alusión a una *"relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado"*[11].

La jurisprudencia constitucional ha entendido que "el conflicto armado" debe interpretarse de manera amplia, así, "lejos de entenderse bajo una óptica restrictiva que la limite a las confrontaciones estrictamente militares, o a un grupo específico de actores armados con exclusión de otros, ha sido interpretada en un sentido amplio que incluye toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto armado interno colombiano. Estos criterios, fueron tenidos en cuenta por el Legislador al expedir la Ley 1448 de 2011 y constituyen criterios interpretativos obligatorios para los operadores jurídicos encargados de dar aplicación concreta a la Ley 1448 de 2011" [12] y "ante la ocurrencia de una afectación grave de derechos humanos o de una infracción de las normas del derecho humanitario, en caso de duda sobre ti tal hecho ha ocurrido en el marco del conflicto armado interno, debe darse prevalencia a la interpretación en favor de la víctima" [13]

11 Corte Constitucional, Sala plena, Expediente D-8643 y D-8668, Sentencia C- 253A/12 *de* Marzo 29 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
12 Corte Constitucional, Sala plena, Expediente D-8997, Sentencia C- 781/12 *de octubre 10 de 2012.* MP. Maria Victoria Calle Correa.
13 Corte Constitucional, Sala plena, Expediente D-8997, Sentencia C- 781/12 *de octubre 10 de 2012.* MP. Maria Victoria Calle Correa.

> Por otra parte en la sentencia C-753 del 30 de octubre del 2013, se refirió al derecho que tienen las víctimas del conflicto armado en el país a la reparación integral. En dicha sentencia la Corte Constitucional se refirió a la naturaleza, alcance, definición, y límites de la reparación de quienes han sido afectados por el enfrentamiento armado interno de hace más de 50 años.

El pronunciamiento se destacó porque por primera vez se reconoció que el derecho a la reparación integral era un derecho fundamental. En ese sentido, indicó que "... la reparación se cataloga como un derecho fundamental porque: 1) busca restablecer la dignidad de las víctimas a quienes se les han vulnerado sus derechos constitucionales; y 2) por tratarse de un derecho complejo que se interrelaciona con la verdad y la justicia, que se traduce en pretensiones concretas de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y no repetición. De esta manera, el reconocimiento de la reparación como derecho fundamental se ajusta a los estándares internacionales en la materia y hace posible su amparo por vía de tutela"[14].

Esto fue entonces un paso muy importante ya que la Corte, además de advertir el carácter fundamental de la reparación integral, explicó que esta no solo se limitaba a la indemnización económica, sino a una importante gama de medidas de restauración a favor de las víctimas.

Sin embargo, el pronunciamiento se restringió a un ámbito muy limitado: el de la justicia transicional, el conflicto armado y los afectados por graves violaciones de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario.

2. Concepto sobre la reparación de víctimas en el Sistema Interamericano de DDHH, según precedentes jurisprudenciales de la Corte IDH aplicable a la determinación de las reparaciones

Con el objeto de lograr una mayor protección internacional de los derechos humanos se han creado diferentes sistemas, de orden universal y regional con el objetivo de ampliar la protección de los mismos, asegurar su respeto y defensa.

El sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, como contexto regional, cuenta con dos órganos, para tal efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), los cuales son garantes del cumplimiento de los derechos y deberes contemplados en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CASDH) a favor de la persona humana, la cual a su vez establece los límites de competencia de ambos organismos

14 Corte Constitucional, Sala plena, Expediente D-9608, Sentencia C- 753A/13 *de* octubre 30 de 2013. M.P. Mauricio Gonzales Cuervo.

y las obligaciones que para ambos y los Estados Parte derivan de la misma. La diferencia entre estos dos órganos radica en que mientras la Comisión puede realizar proposiciones y recomendaciones que estime adecuadas cuando medien violaciones de derechos humanos, la Corte haciendo por medio de su naturaleza jurisdiccional puede disponer de medidas de garantía para los derechos o libertades afectados, ordenando la reparación de las consecuencias y el apego de una justa Indemnización. En el derecho internacional en materia de responsabilidad encontramos elementos como la existencia de un Ilícito atribuible al Estado y la Imputación de responsabilidad de amplia aceptación, sin embargo la Corte IDH exigió en su momento la concurrencia de un tercer elemento consistente en la existencia de un daño efectivo a partir de una violación a la Convención, o sea que era necesario la existencia de una víctima que se viera afectada por el ilícito censurable al Estado; en su momento así ocurrió en el Caso Genie Lacayo Vs Nicaragua (1997) [15]

Posteriormente, la Corte limita los elementos requeridos para fijar la responsabilidad del Estado frente a un hecho Ilícito internacional atribuible, entendiendo que:

> Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado[16]

La Corte IDH señalo en relación al artículo 63.1 de la CASDH que "no puede disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. En cambio, es procedente la reparación de las consecuencias de la situación que ha configurado la violación de los derechos especificados en este caso por la Corte, contexto dentro del cual cabe el pago de una justa indemnización" [17]

A pesar de que la CASDH dispone que se garantice al afectado de violaciones convencionales el goce de sus derechos, y adicionalmente una reparación de las consecuencias de dicha violación mediante la integración de un pago que permita la respectiva indemnización, no es menos cierto o evidente la imposibilidad de garantizar el goce de derechos tales como la vida, la libertad personal, la integridad personal entre otros muchos derechos que pueden ser objeto de menoscabo bajo circunstancias específicas, derechos que en la eventualidad de mediar fallecimiento o desaparición de la víctima son imposibles de restituir.

Otro aspecto que vale la pena resaltar de la referida sentencia y contenido en el artículo 63.1 de la CASDH se refiere a la denominada justa indemnización que se dirige a la parte lesionada con un

15 Rodríguez Bejarano, carolina y Deiner Andrade Armijo. Las Reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Revista Memorando de Derecho. Universidad libre seccional Pereira. Núm. 2 (2011): 83 - 94

16 Corte IDH (2001). Caso La Última Tentación de Cristo Vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 72. Recuperado el 6 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

17 Corte IDH (1989). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Párr. 189. Recuperado el 6 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf

sentido de compensación más que de sanción y que efectivamente se integra a las reparaciones que comprende hasta la reparación a los familiares de la victima de los daños y perjuicios materiales y morales que sufrieron[18]

En lo referente al lucro cesante, el cual es otro de los aspectos abordados en dicha providencia, preciso:

> "Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el cálculo del lucro cesante debe hacerse considerando dos situaciones distintas. Cuando el destinatario de la indemnización es la víctima afectada de incapacidad total y absoluta, la indemnización debe comprender todo lo que dejó de percibir con los ajustes correspondientes según su expectativa probable de vida. En este supuesto, el único ingreso para la víctima es lo que habría recibido como importe de ese lucro cesante y que ya no percibirá. Si los beneficiarios de la indemnización son los familiares, la cuestión se plantea en términos distintos. Los familiares tienen, en principio, la posibilidad actual o futura de trabajar o tener ingresos por sí mismos. Los hijos, a los que debe garantizarse la posibilidad de estudiar hasta una edad que puede estimarse en los veinticinco años, podrían, por ejemplo, trabajar a partir de ese momento. No es procedente, entonces, en estos casos atenerse a criterios rígidos, más propios de la situación descrita en el párrafo anterior, sino hacer una apreciación prudente de los daños, vistas las circunstancias de cada caso"[19].

Es claro que el alcance y naturaleza de las reparaciones aplicables a eventos de violaciones de derechos humanos suelen variar dependiendo si la afectación es individual o colectiva, si es sistemática o variable en tiempo y lugar entre otras, las reparaciones siempre deben de ajustarse a parámetros de proporcionalidad conforme a la gravedad de los del daño sufrido. Es claro que el concepto sobre reparaciones que maneja la corte IDH tiene en cuenta la forma en la que una violación de derechos humanos incide y afecta la historia personal de la víctima y comprende que su entorno presenta un alto nivel de complejidad, la misma corte en su sentencia sobre reparaciones del caso Aloeboetoe vs. Suriname señaló que:

> "Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: causa causæ est causa causati. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos"[20].

La Corte IDH, constantemente ha señalado en su jurisprudencia que:

18 Corte IDH (1989). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. . Párr. 39. Recuperado el 6 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf
19 Corte IDH (1989). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Párr. 47. Recuperado el 6 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf

20 Corte IDH (1993). Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Párr. 48.. Recuperado el 6 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf

> "Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial"[21].

Se debe partir de que la reparación integral consiste en el pleno restablecimiento de las obligaciones de respeto y garantía y que requiere un complejo diseño de medidas de reparación que busquen, borrar no solo las huellas que el hecho ha generado, sino también comprenda las medidas tendientes a evitar su repetición. Las mismas no sólo tendrán como principal objetivo las consecuencias patrimoniales, sino que además se deberá trabajar en las medidas extramatrimoniales. Un papel crucial juega en este trabajo la víctima del caso. Para entender los diversos aspectos que puede comprender reparar una violación a los derechos humanos se utilizara la clasificación de rubros reparables propuestos por el Relator Especial de Naciones Unidas, Theo van Boven, en el Proyecto de Principios y Directrices Básicos relativos a la reparación de violaciones flagrantes de los derechos humanos[22]. Esta puede presentarse bajo los siguientes modos: I) la restitución; II) la indemnización; III) Proyecto de vida; IV) la satisfacción y las garantías de no–repetición[23].

En primer término, nadie dudaría de que la mejor respuesta al daño que se ha ocasionado sería el restablecimiento de las cosas al estado anterior al evento dañoso, en palabras de la propia Corte:

> "Es preciso tomar en consideración que en muchos casos de violaciones a derechos humanos, como el presente, no es posible la restitutio in integrum, por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, inter alia, según la jurisprudencia internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria"[24].

En lo referente a la indemnización pecuniaria, no cabe duda de que es uno de los elementos más utilizados en el diseño de las medidas de reparación, por su capacidad de funcionar como elemento fungible, frente a aquellas cosas que no se podrán ya recuperar. La misma, siempre ostentará carácter compensatorio y no sancionatorio[25].

La finalidad de fijar montos indemnizatorios no es constituir una sanción por la conducta imputable a

21 Corte IDH (2006). Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 175. Recuperado el 6 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_144_esp.pdf

22 "Estudio relativo al derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales", Documento E/CN.4/Sub.2/1993/8 de fecha 2 de julio de 1993, numeral 137, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Comisión de Derechos Humanos, 45° Período de Sesiones de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías).

23 Andrés Javier Rousset Siri, (2011). El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Internacional de derechos humanos. Disponible en https://www.cladh.org/wp-content/uploads/2012/07/a1-n1-2011-art03.pdf

24 Corte IDH (2004). Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. párr. 189. Recuperado el 8 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf

25 Corte IDH (1989). Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. párr. 36. Recuperado el 8 de junio de 2016 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf

un Estado, sino que busca reparar las consecuencias del mismo. En la generalidad de los casos incluirá lo relativo al daño moral, como así también el daño emergente y el lucro cesante o pérdida de ingresos como también lo ha denominado la Corte IDH en su jurisprudencia:

> "El daño al proyecto de vida (...) atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas[26].

Por último, están las medidas de satisfacción y no repetición, las cuales poseen un enorme poder de reparación que trascienden lo material y apuntan según palabras de la Corte a:

> "(...) el reconocimiento de la dignidad de las víctimas, el consuelo de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que se repitan violaciones como las del presente caso" [27].

En términos generales, estos elementos comprenden las diversas facetas que forman parte del concepto de reparación integral y que deberán analizarse en cada caso concreto a resolver.

3. Obligaciones que derivan del Estado colombiano frente al deber de reparar a las víctimas en el marco del posconflicto sobre la base de los acuerdos de paz.

La justicia transicional hace énfasis en la transición de un sistema político de gobierno a otro, del conflicto armado a la paz, pero en dicho proceso existe un aspecto muy relevante, el cual es buscar un equilibrio entre las garantías de los derechos de las víctimas, donde entran a jugar un papel fundamental la verdad, la reparación, la justicia, y especialmente la garantía de no repetición, que habrá una paz estable y duradera, el establecimiento de la justicia transicional para Gamboa Tapias, esta "se caracteriza por una combinación de estrategias judiciales y no judiciales, tales como la persecución de criminales, la creación de comisiones llamadas de la verdad y otras formas de investigación del pasado violento, la reparación a las víctimas de los daños causados, la preservación de la memoria de las víctimas" [28] y la reforma de instituciones con el fin de prevenir las violaciones o abusos en un futuro, esta teoría de justicia surge en el período de Postguerra de la Segunda Guerra Mundial (1945-1947) con la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y los juicios de los soldados japoneses, en los años 80 y principios de los 90, debido a los cambios políticos en América Latina y Europa Oriental y por la reclamación de justicia y el conocimiento de la verdad de las víctimas.

Para Caballero Díaz, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus de-

26 Corte IDH (1998). Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. párr. 147.. Recuperado el 8 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf
27 Corte IDH (2003). Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. párr. 268.. Recuperado el 8 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_ing.pdf
28 Camila de Gamboa Tapias, (2006). Justicia transicional: Teoría y praxis. Editorial Universidad de Rosario. Disponible en https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/979/Justicia%20Transicional.pdf?sequence=1&isAllowed=y

rechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de Derecho. Dentro del proceso de paz que cursa en La Habana se discuten como temas de negociación las violaciones masivas de los derechos humanos, los derechos de las víctimas, entre otros, a ver castigados a los autores, saber la verdad y a ser reparados [29]

La justicia transicional es la forma como el estado colombiano abordara desde una situación de conflicto la reparación y rendición de cuentas de las víctimas, proporcionando a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, es un esfuerzo por obtener la confianza en las instituciones del Estado y la justicia, para fortalecer el Estado social y democrático de derecho que reza la constitución política de 1991.

En el proceso de paz en Colombia son cinco las acciones concretas para reparar a las víctimas, donde se incluyen las sanciones a los responsables, y diez principios básicos enfocados en los derechos de las mismas, empezando por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición que busca esclarecer la verdad sobre lo ocurrido con las víctimas del conflicto armado; busca promover el reconocimiento de esas víctimas y de las responsabilidades de quienes participaron directa e indirectamente en el conflicto armado; así como propiciar la convivencia en los territorios para garantizar la no repetición. Esta comisión busca evidenciar las formas en las que el conflicto afectó a las mujeres, niños, jóvenes, adultos mayores, a las personas en situación de discapacidad, pueblos indígenas, comunidades campesinas, a las poblaciones afrocolombianas, a la población LGTBI, a las personas desplazadas, defensores de derechos humanos, entre otros afectados, Como segunda acción se encuentra la Unidad especial para la búsqueda de desaparecidos en el marco del conflicto armado que será una unidad especial de alto nivel, que se encargar de dirigir y coordinar acciones humanitarias de búsqueda e identificación de todas las personas dadas por desaparecidas que se encuentren con vida. En los casos de fallecimiento, cuando sea posible, los restos serán localizados y entregados a sus familiares. Como tercera acción se encuentra la Jurisdicción Especial para la Paz y esta estará constituida por una serie de salas de justicia, entre las que se incluye una Sala de Amnistía e Indulto, y un Tribunal para la Paz, para investigar y sancionar a los miembros de las Farc de acuerdo al delito cometido. Habrá penas privativas de la libertad de 15 a 20 años, en régimen ordinario de cárcel, para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad. Igualmente, se prevén penas privativas de la libertad de cinco años en régimen ordinario de cárcel para quienes reconozcan tardíamente verdad y responsabilidad pero en todo caso antes de la sentencia pero no habrá prisión para quienes reconozcan de entrada su responsabilidad, aporten verdad plena y procedan a realizar acciones reparadoras. Como cuarta y uno de los más relevantes se tiene las Medidas de reparación integral para la construcción de la paz que se trata de medidas que buscan asegurar la reparación integral de las víctimas, incluyendo los derechos a la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la no repetición.
Para ello, una vez firmado el acuerdo, el Gobierno Nacional apoyará la realización de actos públicos

29 Orlando Caballero Diaz, (2014), Política para una justicia transicional, Periódico el Heraldo, Barranquilla. Disponible en https://www.elheraldo.co/columnas-de-opinion/politica-para-una-justicia-transicional-162402

en los cuales el Gobierno, las Farc y diferentes sectores de la sociedad que hayan tenido alguna responsabilidad en el conflicto, reconozcan su responsabilidad colectiva por el daño causado y pidan perdón y como quinta se propone las Garantías de No Repetición, estas son el resultado, por una parte, de la implementación coordinada de todas las anteriores medidas y mecanismos, así como en general de todos los puntos del Acuerdo Final; y por la otra, de la implementación de medidas de no repetición que se acuerden en el marco del Punto 3 – 'Fin del Conflicto'. Por su parte, en el marco del fin del conflicto y dentro de los parámetros del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, las FARC-EP como organización insurgente que actuó en el marco de la rebelión, se comprometen a contribuir a la reparación material de las víctimas y en general a su reparación integral, sobre la base de los hechos que identifique la Jurisdicción Especial para la Paz. Los términos de esa reparación material serán precisados en el marco del Acuerdo Final. En todo caso, la aprobación y puesta en marcha de las anteriores medidas no podrá suponer limitación, anulación o restricción de los derechos actualmente adquiridos de las víctimas[30].

Existe un problema en relación con las reparaciones que propone el acuerdo de paz, Carlos Bernal Pulido hablo sobre el constitucionalismo transicional en Colombia: la reparación de las víctimas en su conferencia donde dijo que existen previsiones según las cuales En 5 años la cantidad de recursos que tendrá que emplear el Estado para pagar a las víctimas de daño sin contar a las víctimas del conflicto (7 millones) será mayor a todo el presupuesto de educación esto, aparte existe un principio en materia de derecho social que es el principio de reserva de lo posible, en el cual nadie está obligado a cumplir un derecho social más allá de la reserva de lo posible, esto significa que si el Estado no tiene capacidad financiera para cumplir un derecho social pues no puede hacerlo, el Estado no puede pagar las indemnizaciones a esas 7 millones de víctimas con las tarifas existentes en base a los criterios financieros existentes en el derecho colombiano[31].

Conclusiones

El concepto de victima en el ordenamiento interno ha cambiado y evolucionado con el pasar de los años, pasando de ser un concepto de carácter restrictivo que únicamente vinculaba a las víctimas del conflicto armado a un concepto amplio que incluye toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto armado interno colombiano entendiendo que si bien, según el Art 90 de la Constitución Política, el Estado tiene que reparar todos los daños imputables a las acciones u omisiones de las autoridades públicas entonces el Estado debe garantizar la vida, honra, bienes y todos los demás derechos fundamentales de la población. No obstante, si no los garantiza existe un sistema de responsabilidad

30 Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Disponible en https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf
31 Carlos Bernal Pulido, (2016). El constitucionalismo transicional en Colombia: la reparación de las víctimas. Conferencia llevada en Macquarie University, Australia. Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=lJWMm23Xeek

objetiva, por el cual, el Estado tendría que reparar a las víctimas.

El derecho a la reparación integral ha evolucionado a tal punto de ser catalogado actualmente como un derecho fundamental, reconocido así por la Corte Constitucional, mediante sentencia C 753 de 2013, por tratarse de un derecho complejo que se interrelaciona con la verdad y la justicia, y que se traduce en pretensiones concretas de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y no repetición.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de la Corte IDH cuenta con la facultad de disponer medidas de garantía para la reparación a las víctimas como consecuencia de una violación a los derechos humanos, es así que ha variado los criterios para fijar la responsabilidad del Estado frente a un hecho ilícito internacional atribuible, que puede generarse por actos u omisiones de cualquier órgano u poder de este que violen la Convención Americana. Así mismo, para hablar sobre reparaciones tiene en cuenta diversos factores como la forma en la que una violación de derechos humanos incide y afecta la historia personal de la víctima y comprende que su entorno presenta un alto nivel de complejidad,

Los parámetros sobre reparación de victimas que establece el acuerdo de paz se ajustan a los que establece la corte IDH, en razón a que tiene en cuenta los pilares fundamentales, a saber: la verdad de los hechos, la reparación integral del daño, justicia, y la reconciliación nacional.

Resulta pertinente plantear una inquietud como conclusión del resultado de trabajo investigativo y es si serían suficientes los recursos que tendrá que proveer el Estado para asumir y garantizar efectivamente dicha carga reparatoria. Lo anterior, en el hipotético caso, en el que se vería afectado en determinado momento un ciudadano o un grupo de ciudadanos, que acuden por la debida reparación y no es obtenida en razón al déficit que presentaría el Estado por las indemnizaciones ya realizadas. Todo esto, supone un reto del posconflicto para encarar una posible falta de previsión idónea que salvaguarde los derechos a la reparación de las víctimas de daño, sin contar las más de 7 millones de víctimas del conflicto, este dato según lo manifestado por el maestro Carlos Bernal Pulido. Generando como interrogante si sería aplicable el principio de reserva de lo posible a favor del Estado, como una forma de cumplir la exentarse reparación con las tasas que actualmente están establecidas y si en dicho caso se podría acudir al sistema interamericano de derechos humanos, en busca de salvaguardar este derecho.

Bibliografía

Doctrina:

Carlos María Pelayo Moller, (2010). La reparación del daño y la efectiva protección de los derechos humanos. Revista de derechos humanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26925.pdf

"Estudio relativo al derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales", Documento E/CN.4/Sub.2/1993/8 de fecha 2 de julio de 1993, numeral 137, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Comisión de Derechos Humanos, 45º Período de Sesiones de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías).

Andrés Javier Rousset Siri, (2011). El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Internacional de derechos humanos. Disponible en https://www.cladh.org/wp-content/uploads/2012/07/a1-n1-2011-art03.pdf

Camila de Gamboa Tapias, (2006). Justicia transicional: Teoría y praxis. Editorial Universidad de Rosario. Disponible en https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/979/Justicia%20Transicional.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Orlando Caballero Diaz, (2014), Política para una justicia transicional, Periódico el Heraldo, Barranquilla. Disponible en https://www.elheraldo.co/columnas-de-opinion/politica-para-una-justicia-transicional-162402

Carlos Bernal Pulido, (2016). El constitucionalismo transicional en Colombia: la reparación de las víctimas. Conferencia llevada en Macquarie University, Australia. Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=lJWMm23Xeek

Rodríguez Bejarano, Carolina y Andrade Armijo, Deiner. Las Reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Revista Memorando de Derecho. Universidad libre seccional Pereira. Núm. 2 (2011): 83 - 94.

Normatividad:

República de Colombia. Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Disponible en https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf.

Presidente de la República de Colombia. Decreto 444 de 1993. Por el cual se dictan medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas. (Bogotá: 40.784 de 1993)

Congreso de la Republica de Colombia. Ley 104 de 1993. Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. (Bogotá: 41.158 de 1993).

Congreso de la Republica de Colombia. Ley 241 de 1995. Por la cual se prorroga la vigencia, se modifica y adiciona la Ley 104 de 1993. (Bogotá: 42.719 de 1996)

Congreso de la Republica de Colombia. 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. (Bogotá: 43.201 de 1997)

Congreso de la Republica de Colombia. 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. (Bogotá: 45.980 de 2005)

Presidente de la Republica de Colombia. Decreto 1290 de 2008. Por el cual se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la ley. (Bogotá: 46.968 de 2006)

Congreso de la República de Colombia. Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. (Bogotá: 48.096 de 2011).

Jurisprudencia:

Corte Constitucional, Sala plena, Expediente D-8643 y D-8668, Sentencia C- 253A/12 de Marzo 29 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, Sala plena, Expediente D-8997, Sentencia C- 781/12 de octubre 10 de 2012. MP. Maria Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sala plena, Expediente D-8997, Sentencia C- 781/12 de octubre 10 de 2012. MP. Maria Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sala plena, Expediente D-9608, Sentencia C- 753A/13 de octubre 30 de 2013. M.P. Mauricio Gonzales Cuervo.

Corte IDH (2001). Caso La Última Tentación de Cristo Vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 72. Recuperado el 6 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

Corte IDH (1989). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Párr. 189. Recuperado el 6 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf

Corte IDH (1989). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. . Párr. 39. Recuperado el 6 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf

Corte IDH (1989). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Párr. 47. Recuperado el 6 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf

Corte IDH (1993). Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Párr. 48.. Recuperado el 6 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf

Corte IDH (2006). Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 175. Recuperado el 6 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_144_esp.pdf

Corte IDH (2004). Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. párr. 189. Recuperado el 8 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf

Corte IDH (1989). Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. párr. 36. Recuperado el 8 de junio de 2016 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf

Corte IDH (1998). Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. párr. 147.. Recuperado el 8 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf

Corte IDH (2003). Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. párr. 268.. Recuperado el 8 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_ing.pdf

El alcance de la renta vitalicia: Una institución olvidada con un nuevo aire*

Alejandro Nieto Hernández**
Recibido: 30 de abril de 2022. Aceptado: 11 de julio de 2022.

Resumen

La renta vitalicia no se limita a un contrato aleatorio regulado por el Código Civil. Su esencia es especial. Provenga del derecho romano o de la Edad Media, aquella institución que presupone el constreñimiento de una persona de pagar durante la vida de otro una renta o una pensión periódica es tan veterana como enigmática. Su trayectoria principia y viaja no solo por la fuente contractual, sino que puede nacer de otros actos jurídicos diferentes o incluso de la ley. Su regulación y entendimiento pone en tensión instituciones decimonónicas como la clasificación de los contratos en onerosos y gratuitos, y su subclasificación en conmutativos y aleatorios. Cuando nace de la fuente contractual, su perfeccionamiento es tan sui generis que abre la posibilidad de que existan verdaderos contratos solemnes y reales al mismo tiempo. Una conceptualización cabal de su alcance permite integrar otras figuras similares o atípicas a nuestro ordenamiento jurídico, así como invita al interprete a plantearse preguntas todavía vigentes de nuestro derecho civil moderno.

Palabras clave

Renta vitalicia; contrato de renta vitalicia; contratos aleatorios; contratos conmutativos y aleatorios; renta vitalicia gratuita; renta vitalicia inmobiliaria.

---

* Trabajo realizado bajo la dirección de Mariana Bernal Fandiño, Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Artículo de revisión.

**Abogado de la Universidad de los Andes, fue asistente de investigación del Área de Derecho Privado de esa misma Universidad, así como monitor de Fundamentos de Derecho de los Negocios, Obligaciones y Contratos. Miembro del Semillero de Derecho Contractual 'Francesco Galgano'. Actualmente trabaja en la firma de abogados DLA Piper Martínez Beltrán. anieto@dlapipermb.com. El autor agradece infinitamente a Mariana Bernal Fandiño por su guía, no solo en la elaboración de este texto, sino en buena parte de su formación como abogado. Así mismo, a Marcela Castro de Cifuentes, Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes por sus comentarios a uno de los borradores de este escrito. Adicionalmente, a Jordi E. Buitrago Soetendal por la traducción de varios textos en francés que aparecen en este trabajo.

The scope of the annuity: A forgotten institution with a new air*

Alejandro Nieto Hernández**
Received: April 30, 2022. Accepted: July 11, 2022.

Abstract

An annuity is not only a random contract regulated by the Civil Code. Its essence is especial. However, whether it comes from Roman Law or Middle Age, it is an institution that presupposes the constraint of a person to pay during the life of another a periodic income or pension. It is as old as it is enigmatic. Its trajectory begins and goes not only through the contract source, but it could be born through other juridical acts or even from the law. Its regulation and understanding put Nineteenth-Century institutions in tension, such as the classification of contracts as onerous and free, and their subclassification as commutative and random. When it is born from the contract source, its improvement is so sui generis that it opens the possibility that there are true solemn and real contracts at the same time. A thorough conceptualization of its range allows integration of other similar figures to our legal system, as well as invites the interpreter to consider some questions which are still valid about our modern Civil Law.

Key words

Annuity; life annuity; random contracts; commutative and occasional contracts; free annuity; real estate annuity.

* Work carried out under the direction of Mariana Bernal Fandiño, Associate Professor of the Faculty of Law of the Universidad de los Andes. Review article.

** Lawyer from the Universidad de los Andes, he was a research assistant in the Private Law Area of the same University, as well as a monitor of Fundamentals of Business Law, Obligations and Contracts. Member of the "Francesco Galgano" Contract Law Seedbed. He currently works at the law firm DLA Piper Martínez Beltrán. anieto@dlapipermb.com. The author is infinitely grateful to Mariana Bernal Fandiño for her guidance, not only in the preparation of this text, but in much of her training as a lawyer. Likewise, to Marcela Castro de Cifuentes, Full Professor of the Faculty of Law of the Universidad de los Andes for her comments on one of the drafts of this document. Additionally, to Jordi E. Buitrago Soetendal for the translation of several texts in French that appear in this work.

Introducción

Es común asociar la expresión "renta vitalicia" con el régimen de la seguridad social. Los fondos de pensiones son, por lo general, los que conceden un dinero mensual a las personas mayores de cierta edad para asegurar su manutención y cuidado. Directa o indirectamente, todos somos conscientes de la gran importancia de tener al menos una expectativa de poder gozar de un ingreso durante la vejez. Lo que algunos ignoran es que la locución "renta vitalicia" antecede al régimen pensional así como está consagrada en nuestro ordenamiento jurídico incluso antes que lo estuviera la regulación del trabajo.

No es usual tampoco que la renta vitalicia ocupe un lugar preponderante en el estudio de las instituciones jurídico-civiles de las facultades de derecho. La doctrina más reciente no la estudia a fondo y, junto con el juego y la apuesta —otros contratos aleatorios— la renta vitalicia pasa de largo en los manuales de derecho civil. Quizás se pueda pensar que su poco uso en el tráfico jurídico contemporáneo o la misma institución pensional del derecho de la seguridad social hayan desplazado el interés por esta figura.

No obstante, el estudio de la expresión "renta vitalicia" puede resultar interesante y práctico. Algunas operaciones financieras como la renta vitalicia inmobiliaria, de reciente inclusión en nuestro sistema, pueden entenderse mejor por medio de una esquematización cabal de su contenido y alcance. Este trabajo hace énfasis en esto último ¿cuál es el verdadero alcance de la renta vitalicia en nuestro derecho privado? ¿se trata de una figura que se limita a un contrato aleatorio definido por el artículo 2287 del Código Civil?

Por medio de este artículo respondemos esas preguntas con base en una aproximación dogmática al estudio de las fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales que tienen que ver con la noción de "renta vitalicia". Este texto se divide en cinco partes. En primer lugar, se responde a la pregunta de qué es la renta vitalicia, a partir de un breve antecedente histórico y del análisis de su naturaleza jurídica. Afirmaremos que la voz "renta vitalicia" consiste en una relación jurídica que nace de diversas fuentes. En segundo lugar, nos detendremos en la noción de contrato aleatorio para destacar su naturaleza azarosa. En tercer lugar, estudiaremos el contrato propiamente dicho de renta vitalicia en su modalidad de oneroso y de gratuito. En cuarto lugar, ofreceremos una breve aproximación al contrato de renta vitalicia inmobiliaria, de reciente introducción legal. Finalmente, daremos unas conclusiones.

I. ¿Qué es la renta vitalicia?

1. Breve antecedente histórico

El origen de la renta vitalicia es aún discutido[1]. Un sector mayoritario de la doctrina señala que los

1 Estrella Toral Lara, "El contrato de renta vitalicia" (tesis de doctorado, Universidad de Salamanca, 2008), 16.

antecedentes de esta figura provienen del Derecho Romano, mientras que otro, minoritario, considera que no era conocida para ese tiempo[2]. No obstante, la generalidad de los autores coincide en que los primeros "trazos" de la figura provienen de las fuentes romanas, puesto que existía una prestación autónoma de dar dinero o cosas fungibles a otro, durante su vida[3]. Adicionalmente, se concuerda en afirmar que algunos textos[4], a través de la "stipulatio"[5], recogen la constitución de rentas vitalicias[6], así como también mediante el testamento, el legado[7], la donación o un contrato innominado[8].

Se afirma que otro de sus antecedentes más importantes fue el contractus vitalicius, originado del precario en la Edad Media. Dicha figura consistía en que una persona transmitía la propiedad de un bien a otra, comúnmente de derecho eclesiástico, quien se obligaba a entregarle una suma periódica de dinero o de cosas fungibles durante toda su vida[9]. Al inicio, el precario tuvo un carácter alimentario, de alojamiento y vestido, pero posteriormente, por la evolución de la economía, se empezaron a reconocer pensiones consistentes en dinero[10]. Con el tiempo, la practica de esa operación económica dio lugar a preocupaciones originadas en la usura o el abuso por parte de quienes recibían la propiedad de los bienes[11], haciendo que se originaran disposiciones tendientes a defender a los acreedores de las rentas[12].

Adicionalmente, dicha preocupación se proyectaba sobre los deudores puesto que, al darse prestaciones periódicas en el tiempo, existía la posibilidad de que estas superaran el capital pagado para su obtención generando un enriquecimiento injusto para el beneficiario[13]. Esta última situación repercutiría en conceptualizar a la renta vitalicia tiempo después como un contrato aleatorio. Del mismo

2 Cristoforo de Villa, "voz vitalizio", *Novo Digesto Italiano*, UTET (Torino, 1940), citado de María Candelaria Domínguez Guillén, "En torno a la renta vitalicia", *Revista Bolivariana de Derecho*, n.º 30 (2020): 236.
3 Enrique Quiñonero Cervantes, "La situación de la renta vitalicia", *Anales de la Universidad de Murcia* XXXIII, n.º 1-2 (1975): 8.
4 *Digesto*, XLV, 1, 56, §4: "El que estipula así: «¿prometes que se me darán diez mientras yo viva?» con derecho pide que se den los diez desde luego; pero su heredero ha de ser rechazado con la excepción del pacto convenido; porque es evidente que el estipulante hizo esto, para que no los pidiese su heredero; á la manera que el que estipula que se dé hasta las calendas puede ciertamente pedir también después de las calendas, pero será rechazado con la excepción del pacto. Porque también el heredero de aquel quien se le concedió la servidumbre de un predio, para que tuviese el derecho de pasar mientras viviese, será rechazado con la excepción del pacto convenido"; D. XLV, 1, 16, §1: "Esta estipulación: «en cada año», es una, és incierta, y perpétua, y no se extinguirá á la manera que un legado semejante, con la muerte del legatario". Traducción del compilador: F. P. S. Justiniano, *Cuerpo del derecho civil romano*, primera parte *Digesto*, t. II, traducido por D. Idelfonso L. García del Corral (Barcelona: Editorial Jaime Molinas, 1897).
5 La *stipulatio* o estipulación era "un contrato perfeccionado por una pregunta y una respuesta solemnes y concordantes en sus términos y declaradas sin discontinuidad. El estipulante (*stipulator*) pregunta: "¿prometes? (*Sponsne?*) y el promitente (*promissor*) responde: "prometo" (*Spondeo*)". Eduardo Álvarez-Correa Duperly, *Curso de Derecho Romano,* t. II, editado por Carlos E. Tejeiro López (Bogotá: Universidad de los Andes, 2015), 249.
6 Quiñonero Cervantes, "La situación de la renta vitalicia", 8; Toral Lara, "El contrato de renta vitalicia", 17.
7 Toral Lara, "El contrato de renta vitalicia", 17. La autora cita el D. XXXIII, 1, 5.
8 Toral Lara, "El contrato de renta vitalicia", 26; "Domínguez Guillén, "En torno a la renta vitalicia", 236; Quiñonero Cervantes, "La situación de la renta vitalicia", 10-11.
9 Miguel Rodríguez Bustamante, "El contrato de renta vitalicia", *Temas de Derecho* V (2012): 197.
10 Toral Lara, "El contrato de renta vitalicia", 39.
11 Quiñonero Cervantes, "La situación de la renta vitalicia", 12.
12 Algunas como los Capítulos de Carlos el calvo del año 846, citada de Quiñonero Cervantes, "La situación de la renta vitalicia", 12. Así como también la Bula *Sollicitudo officii* del Papa Nicolás V, de 30 de septiembre de 1451, citado de Rodríguez Bustamante, "El contrato de renta vitalicia", 197.
13 Toral Lara, "El contrato de renta vitalicia", 64.

modo, algunos autores afirman que otro de los antecedentes de lo que hoy conocemos como "renta vitalicia" es la figura del censo, conclusión derivada del desarrollo de la figura por parte del Derecho germánico[14]. El censo, al margen de sus diversas acepciones, consiste en aquel contrato en virtud del cual una parte, denominada censualista, percibe un canon al ceder una finca o capital al censuario, que paga una pensión por la heredad o suma de dinero que ha recibido[15].

Ulteriormente, en el derecho francés, la renta vitalicia fue incluida en el artículo 1968 del Code, el cual señalaba que esta podría constituirse a título oneroso mediante una cantidad de dinero, por una cosa mueble con precio estimable o por un inmueble. Pothier categorizó a la institución que nos ocupa como un contrato, más precisamente como una especie del contrato de venta. Así, la rente viagère difería de la compraventa por su carácter unilateral, en la que la obligación del "vendedor" de pagar la pensión nacía después de la transferencia de la propiedad que hacía el acreedor como contraprestación por el derecho a percibirla[16]. Además, difería sustancialmente de la venta común por su carácter aleatorio, característica que también le confirió el Código francés.

En la América colonial, más precisamente en la Nueva Granada, el antecedente más próximo a una noción de renta vitalicia pudo haber sido el censo. En virtud de dicho convenio, se le daba el derecho a una persona de percibir un rédito anual por la cesión —también gravamen— de un bien, o la transferencia de un dinero a otro, principalmente a las instituciones eclesiásticas[17]. Varios lustros después, la Ley 153 de 1887 en su artículo 101 regularía el censo como aquel contrato por el cual "una persona contrae una obligación de pagar a otra un rédito anual, reconociendo el capital correspondiente y gravando una finca suya con la responsabilidad del crédito y el capital (...)".

Finalmente, la inclusión del artículo 2287 del Código Civil colombiano —casi idéntico al artículo 2264 del Código Civil chileno[18]—consolidó una noción propia de renta vitalicia entendida como la de un "contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero"[19].

14 Hans Planitz, *Principios de derecho privado germánico* (Barcelona, Bosch, 1957), 138, citado de Toral Lara, "El contrato de renta vitalicia", 50.

15 Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. II, 20.ª ed. (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1981), 122.

16 Robert Joseph Pothier, "Traité du contrat de constitution de rente", *Oeuvres completes de Pothier*, t. IV, (Paris: P. J. Langlois Libraire, A. Durand libraire, 1806), 3. Dicho razonamiento fue afianzado por la doctrina subsiguiente que, al asimilarlo también al préstamo, le dio el carácter de contrato real, Quiñonero Cervantes, "La situación de la renta vitalicia", 16.

17 Amanda Carolina Ortiz Molina, "Antecedentes del crédito en Colombia: los censos en la ciudad de Santafé en la segunda mitad del siglo XVIII", *Tiempo & economía* 3, n.º 11 (2016): 3. Así, para el sustento de diversas instituciones eclesiásticas, se celebraban unos *censos enfitéuticos* que consistían en que la iglesia recibía solo el dominio útil de un bien por parte de su dueño a cambio de una renta mensual. También existían los *censos consignativos* por medio de los cuales se traspasaban sumas de dinero y se recibía un rédito por ellas.

18 Solo se diferencia dicha definición con la chilena cuando se le agrega la palabra "natural" a la palabra "vida".

19 José Victorino Lastarria, comentarista del Código Civil chileno, menciona que la renta vitalicia es equiparable al llamado "censo vitalicio" que se constituye sobre un bien inmueble que quedará afectado de forma perpetua por el censo independientemente de quién lo detente. José Victorino Lastarria, *Instituta del derecho civil chileno*, 2.ª ed. (Gante: Imprenta de Eug . Vanderhaeghen, 1864), 313.

2. Naturaleza jurídica de la renta vitalicia

Algunos autores se han acercado al concepto de renta vitalicia desde la perspectiva de la prestación[20]. Se ha definido entonces como una obligación que tiene sustantividad propia, de dar a otro, por el tiempo de la vida de una persona prestaciones determinadas periódicamente de dinero u otras cosas fungibles[21]. Así como se ha delimitado también como una obligación que tiene por objeto una prestación vitalicia, entendida como aquella vinculada a la vida de una persona que se relaciona con prestaciones periódicas consistentes en cosas fungibles o dinero, debidas en virtud de un derecho independiente, no accesorio a la deuda de un capital[22].

En relación con su fuente, son más los autores que coinciden en que la renta vitalicia no solamente nace del contrato, sino de una variedad de fuentes distintas. Pothier sostenía que la renta vitalicia podía constituirse de diferentes maneras, ya sea como un contrato o una disposición testamentaria[23]. Los hermanos Mazeaud explican también que puede constituirse una renta vitalicia, ya sea por un contrato a título oneroso o a título gratuito, o por testamento[24]. Concuerdan también Planiol y Ripert en el hecho de que se pueda constituir de forma gratuita u onerosa[25], así como lo confirman Ripert y Boulanger[26], Aubry y Rau[27], o Laurent[28]. Cierta doctrina hispanoamericana coincide igualmente con que la renta vitalicia puede nacer de una diversidad de fuentes[29]. La mayoría concuerda que dichas fuentes pueden ser el contrato, el testamento, la ley, o una sentencia judicial. De la misma forma, existe cierta disidencia sobre si, al nacer de fuentes diferentes, su regulación legal y entendimiento debe ser generalizada[30] o depender estas de los efectos propios de cada matriz.

Al margen de la anterior discusión, es palmario que una situación idéntica a la renta vitalicia que hemos esbozado pueda nacer de diferentes fuentes. Por ejemplo, el artículo 1802 del Código Civil

20 Antonio M. Rodríguez Ramos, "Consideraciones sobre la renta vitalicia gratuita en los derechos español y colombiano", *Revista de Derecho Privado*, n.º 6 (2000): 18; Quiñonero Cervantes, "La situación de la renta vitalicia", 18.
21 Ludwig Enneccerus, *Derecho de obligaciones*, vol. II, segunda parte, traducido por Blas Pérez González y José Alguer, 3.ª ed. (Barcelona: Bosch, 1966), 772.
22 Toral Lara, "El contrato de renta vitalicia", 103. Concuerda: Domínguez Guillén, "En torno a la renta vitalicia", 234; Rodríguez Ramos, "Consideraciones sobre la renta vitalicia gratuita en los derechos español y colombiano", 18.
23 Robert Joseph Pothier, "Les traités de droit francais", *Oeuvres completes de Pothier*, t. II (A Bruxelles, Chez les éditeurs J.-P. Jonker, Ode et Wodon, H. Tarleier, 1829), 224.
24 Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte 3.ª, vol. IV, traducido por Luis Alcalá-Zamora (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa América, 1962), 603.
25 Marcel Planiol y Georges Ripert, *Droit civil français*, t. XI (París: Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1932), 515.
26 Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de derecho civil: según el tratado de Planiol*, t. VIII, traducido por Delia García (Buenos Aires, La Ley, 1964), 603-604.
27 Charles Aubry y Charles Rau, *Cours de Droit civil français*, t. VI (París: Librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, 1920), 81.
28 François Laurent, *Droit civil*, t. V (París, Libraire A. Maresco, 1887), 90-91.
29 Carmen Pérez Conesa y Fernando Peña López, "Contratos aleatorios" en *Tratado de contratos*, t. III, 2ª ed., dirigido por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *et. al*., y coordinado por Nieves Moralejo y Susana Quicios (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013), 4263. Concuerda: Manuel Albaladejo García, *Derecho Civil II: Derecho de obligaciones* 14.ª ed. (Madrid: Edisofer, 2011), 841; Quiñonero Cervantes, "La situación de la renta vitalicia", 18; Domínguez Guillén, "En torno a la renta vitalicia", 238; Rodríguez Ramos, "Consideraciones sobre la renta vitalicia gratuita en los derechos español y colombiano", 19.
30 Quiñonero Cervantes, "La situación de la renta vitalicia", 18.

español, el 2774 del Código Civil para el Distrito Federal de México, y los artículos 2287 y 2284 del Código colombiano y chileno apelan a la constitución de una renta por medio de un contrato oneroso. Así como también puede nacer de un contrato gratuito como los señalan los artículos 2301 del Código colombiano y 1807 del español. Igualmente puede nacer de una disposición testamentaria como en el caso del artículo 930 del Código Civil venezolano, o del 1192 colombiano. De la misma manera, existe la posibilidad, al menos técnica, de que una situación de renta vitalicia pueda nacer de una sentencia judicial, como aquella que reconoce una indemnización consistente en el pago de una suma de dinero durante la vida del deudor[31].

En síntesis, se podría concluir que la expresión "renta vitalicia" se refiere a diversas situaciones jurídicas. Podría referirse a un contrato, ya sea gratuito u oneroso, a una prestación que nace de una indemnización de perjuicios o a un acto o negocio jurídico unilateral como el testamento. No obstante, consideramos que debe hacerse una conceptualización adicional para demarcar su alcance. En ese sentido, nos detendremos en el concepto de la relación jurídica obligatoria para concluir que la renta vitalicia, desde una perspectiva omnicomprensiva, debe entenderse como una relación singular de acreedor y deudor.

La definición de obligación del Derecho Romano consistía principalmente en un vínculo por el cual una persona debía satisfacer a otra, un constreñimiento que tiene el deudor para con el acreedor[32]. Sin embargo, al referirse a "obligación" solamente se apela a un extremo, ese "constreñimiento" de dar, hacer o no hacer algo se proyecta sobre el deudor y no describe la relación completa[33].

La obligación es una situación bipolar[34], donde el deudor tiene precisamente una deuda o un deber de prestación, mientras que el acreedor detenta un poder jurídico, un derecho subjetivo que tiene como contenido la facultad de instar al deudor a cumplir. La relación jurídica obligatoria, como preferimos llamarla, se concibe sobre los dos extremos de un vínculo reconocido por el derecho, no sobre uno solo. El carácter propio de una relación de esta estirpe es su bilateralidad, el deber prestacional de uno, y la expectativa de ser satisfecho para el otro, y su poder correlativo.

Por otro lado, los actos o negocio jurídicos han sido entendidos, desde una perspectiva amplia, como toda manifestación de voluntad que tenga por fin producir un efecto jurídico[35]. Dichos actos tienen dos expresiones o clasificaciones: los actos jurídicos unilaterales y los actos jurídicos bilaterales, o pluriperso-

31 Domínguez Guillén, "En torno a la renta vitalicia", 238.
32 *Instituta*, III, 13, pr.; *Digesto*, XLIV, 7, 3, pr.
33 Concuerda: Cfr. Henri Mazeaud, Lèon Mazeaud, y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte 2.ª, vol. I, traducido por Luis Alcalá-Zamora (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960), 8.
34 Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial* vol. II, 5.ª ed. (Madrid: Civitas, 1996), 55.
35 Henri Mazeaud, Lèon Mazeaud, y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte 2.ª, vol. I, traducido por Luis Alcalá-Zamora (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960), 65. Concuerda la doctrina colombiana: Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2019), 17.

nales[36]. Estos últimos concretados tradicionalmente en la convención o contrato[37], entendido este como un acuerdo que tenga por objeto modificar una situación jurídica: crear, modificar o extinguir derechos[38].

Las relaciones obligatorias nacen de los contratos, es su fuente más importante. Sin embargo, pueden nacer también de la ley, del hecho jurídico, o de otros actos jurídicos diferentes al contrato.

La anterior teorización es pertinente para entender mejor el contenido de la noción "renta vitalicia". Como se dijo, esta noción puede tener un alcance diverso precisamente porque nace de varias fuentes. Su conceptualización varía siempre entre el carácter de prestación, de situación jurídica generada por cierto acto o por su carácter de obligación. Nosotros compartimos la idea de que la "renta vitalicia", en su sentido más lato, es una relación jurídica de carácter especial que puede nacer de un acto jurídico o de la ley.

La renta vitalicia por lo general está contenida en una prestación única y autónoma. Una persona se compromete a proveer periódicamente dinero o cosas fungibles a otra, a cambio de una contraprestación o sin ella, que depende de la vida del beneficiario de la renta o de un tercero. El objeto que contiene la prestación es único y dependiente. Lo primero porque se adquiere el deber prestacional de pagar periódicamente unos bienes, y lo segundo, porque dicho deber se circunscribe a un plazo indeterminado: la muerte de otro ser humano. La trayectoria de la prestación viaja hasta la ocurrencia de ese hecho.

3. Concepto

Proponemos entonces el siguiente concepto de "renta vitalicia" como aquella relación jurídica originada de un acto o de ley consistente en que una persona se obligue a pagar, de forma periódica, una pensión o renta en dinero o cosas fungibles a otra, independientemente de recibir o no una contraprestación, durante la vida del beneficiario de la renta, de quien se obliga, o de un tercero que se designe.

II. Los contratos aleatorios

El capítulo II el Título XXXII del Libro Cuarto de nuestro Código Civil se refiere a "la constitución de renta vitalicia", figura que regula desde el artículo 2287 hasta el 2301. El título mencionado no sola-

36 "Son actos jurídicos *unilaterales* aquellos que para formarse necesitan de la manifestación de voluntad de una sola parte, *bilaterales* los que requieren el acuerdo de las voluntades de dos o más partes", Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somariva Undurraga, *Curso de Derecho Civil*, t. I, vol. I, 3.ª ed., revisado por Antonio Vodanovic (Santiago: Editorial Nascimiento, 1961), 283.

37 La doctrina clásica francesa clasifica al contrato dentro del género de la convención. Esta entendida como el "acuerdo entre dos o más personas con el fin de crear, modificar o extinguir una obligación". Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de derecho civil: según el tratado de Planiol*, t. IV, vol. I, traducido por Delia García (Buenos Aires: La Ley, 1964), 35. En este trabajo se entenderán como nociones sinónimas.

38 Henri Mazeaud, Lèon Mazeaud, y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte 2.ª, vol. I, traducido por Luis Alcalá-Zamora (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960), 65.

mente regula la figura acá estudiada, sino que también prescribe disposiciones normativas atinentes al contrato de juego y a la apuesta. Dicho acápite se refiere generalmente a los llamados "contratos aleatorios", género al que pertenece la renta vitalicia.

En ese sentido, antes de adentrarnos en la regulación contenida en los artículos 2287 y siguientes, consideramos necesario referirnos al "contrato aleatorio", categoría definida por el artículo 1498 de nuestro Código Civil, para luego referirnos al contrato oneroso de renta vitalicia, y después a su modalidad gratuita.

Así pues, el artículo 1498 del Código Civil señala que el "contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida se llama aleatorio".

Tradicionalmente se ha entendido que el contrato aleatorio, junto con el conmutativo, son especies de los contratos onerosos. Esto último posiblemente por la influencia de Pothier, quien afirmaba que los contratos que son de interés para las dos partes se clasificaban como aleatorios y conmutativos[39]. Ese razonamiento fue compartido por Bello en la redacción del Código Civil, no solo por la ubicación del artículo[40], sino por que este expresa las características de aleatorio y conmutativo como caracteres propios del contrato oneroso[41].

Se afirma que el carácter diferenciador del contrato aleatorio con el conmutativo ha oscilado de uno técnico dogmático que atiende a las obligaciones que resultan para las partes, la "equivalencia", y otro económico, basado en el provecho o utilidad reportado para los contratantes[42]. Sobre la expresión "equivalencia" podrían ofrecerse dos características principales: (i) que en los contratos conmutativos la equivalencia se funda en la apreciación o proyección que tienen las partes sobre las prestaciones del contrato al momento de obligarse; y (ii) que en los contratos aleatorios la equivalencia se identifica con el alea, que repercute en una ganancia o pérdida[43]. En ese sentido, podría mirarse a la equivalencia desde una perspectiva subjetiva y otra objetiva. La primera referida a la proyección que tienen las partes sobre las prestaciones y su querer de sujetarse a un alea, y la segunda, como la desmejora patrimonial, ya sea de ganancia o pérdida que las partes reportarían del negocio.

Una variedad de autores de la doctrina clásica francesa sostiene que el contrato aleatorio es aquel donde la ventaja que las partes obtendrán del contrato no es apreciable al momento de su perfeccio-

39 Robert Joseph Pothier, *Tratado de las obligaciones*, parte 1.ª (Barcelona: Imprenta y litografía de J. Roger, 1839), 17.
40 El artículo 1948 se ubica en el Código Civil seguido de la distinción de los contratos gratuitos y onerosos.
41 José Victorino Lastarria comentador chileno del Código Civil de Bello señala que "el contrato oneroso es también *conmutativo*, cuando cada una de las partes se obliga a dar o a hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer a su vez; i aleatorio el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida", José Victorino Lastarria, *Instituta del derecho civil chileno*, 2.ª ed. (Gante: Imprenta de Eug. Vanderhaeghen, 1864), 313.
42 Rodrigo de la Vega Parra, "Los orígenes del contrato aleatorio y su recepción en el Código Civil" (tesis de doctorado, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2018), 208.
43 Rodrigo de la Vega Parra, "Los orígenes del contrato aleatorio y su recepción en el Código Civil" (tesis de doctorado, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2018), 214.

namiento, porque esta depende de un alea[44]. Se argumenta que el contrato, para que sea aleatorio, no solo requiere que se constate efectivamente una ganancia o una pérdida, sino que esta provenga de una contingencia incierta a la que las partes han decidido sujetarse. Igualmente se ha sostenido de forma reiterada que el alea no puede ser unilateral, sino afectar a todas las partes del acto[45]. A su turno, alguna parte de doctrina colombiana coincide en que los contratos aleatorios son una especie de los contratos onerosos; así como estos contratos lo son por la representación del riesgo de ganancia o pérdida que asumen los contratantes[46].

Los principales y comúnmente concebidos como contratos aleatorios son el juego, la apuesta y la constitución de renta vitalicia. Según nuestro sistema civil el juego y la apuesta no producen acción ni excepción[47], a menos que la contingencia incierta provenga de los juegos de fuerza o destreza corporal, según lo prescrito por el artículo 2286 del Código Civil. No obstante, existen otros contratos aleatorios tales como el seguro, la compraventa de un derecho litigioso, la venta de la esperanza, etc.

Adicionalmente, la utilidad de la distinción entre los contratos aleatorios y conmutativos se concreta en la imposibilidad de aquellos de ser rescindidos por lesión enorme, ya que los contratos aleatorios, por depender de una contingencia incierta, no pueden estar sujetos a un criterio de justo precio o de equilibrio económico[48].

III. El contrato de renta vitalicia

Como lo habíamos señalado anteriormente, la "constitución de renta vitalicia" está regulada expresamente en nuestro Código Civil. En acápites previos sostuvimos la idea de que la noción genérica de "renta vitalicia" respondía al concepto de relación jurídica. Argumentamos también que dicha relación podía nacer de diversas fuentes como el acto jurídico o la ley. El artículo 2287 del Código Civil refuerza esa idea al enunciar simplemente la prestación de deudor "quien se obliga, a título oneroso,

44 Henri Mazeaud, Lèon Mazeaud, y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte 2.ª, vol. I, traducido por Luis Alcalá-Zamora (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960), 118; Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de derecho civil: según el tratado de Planiol*, t. IV, vol. I, traducido por Delia García (Buenos Aires: La Ley, 1964), 64-65; Ambroise Colin y Henry Capitant, *Curso elemental de derecho civil*, vol. IV (Madrid: Reus, 1925), 565; Jean Gaudemet, *Théorie génerale des obligations*, 24, citado de Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. II (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 371.
45 François Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, t. IV (París: Librairie A. Marescq, Ainé, 1887), 83. En contra: Ambroise Colin y Henry Capitant, *Traité de droit civil*, t. II (París: Librairie Dalloz, 1959), 316.
46 Fernando Vélez, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. VIII, complementado por Jairo López Morales (Bogotá: Ediciones Lex Ltda, 1983), 411. Álvaro Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, vol. I, parte 1.ª, 2.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 1953), 62; Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. II (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 371. En contra de que los contratos aleatorios sean siempre onerosos: Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y el negocio jurídico*, 7.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2019), 63.
47 Artículo 95 de la Ley 153 de 1887.
48 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y el negocio jurídico*, 7.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2019), 64.

a pagar a otra una renta o pensión periódica". En ese sentido, la relación nace en este caso de un auténtico contrato, puesto que, en virtud de un acuerdo, la obligación del deudor es asumida como una contraprestación del pago de un precio por parte del beneficiario de la renta periódica. Así mismo, las disposiciones siguientes regulan sus requisitos y sus efectos tales como la pluralidad de beneficiarios (2288), los requisitos del precio (2290), la estipulación de la pensión (2291), las causales de nulidad del contrato (2293), etc.

En los acápites posteriores estudiaremos las disposiciones normativas contenidas desde el artículo 2287 al 2300 del Código Civil, relativas a la regulación de un contrato oneroso. Así como estudiaremos el artículo 2301 que hace referencia al contrato de renta vitalicia gratuito.

1. Función económica

Provenga del Derecho Romano, o sea un eslabón moderno del precario o del censo, la renta vitalicia se identifica con su propio objeto: el pago de una prestación de forma periódica que depende siempre de la vida de una persona humana. Quien se obliga puede hacerlo atendiendo a diversos incentivos, unos derivados de la caridad, de la solidaridad o de un fin altruista, otros procedentes de la especulación o de una mera expectativa de ganancia. Lo cierto es que los beneficiarios de la pensión pueden verse favorecidos para satisfacer ciertas necesidades, sean estas gozar de una vida más cómoda, proveerse de un sustento vital, o invertir en educación, en salud o en la manutención de otros miembros de su familia.

Independientemente de la causa, motivo o móvil determinante por el cual los contratantes celebran un contrato de renta vitalicia, que pueden ser varios, las repercusiones económicas para las partes pueden concretarse de esta manera: para el acreedor de una renta la necesidad es clara: desea percibir una pensión periódica y tener la certeza de recibirla de forma consistente por lo que le queda de vida[49]. Independientemente de que el acreedor tenga o no una carencia económica, su interés se proyecta sobre la periodicidad y la certeza de recibir una prestación. Para el deudor de la renta, por el contrario, la necesidad puede ceñirse a dos formas: (i) proyectar su ganancia a recibir una contraprestación lo suficientemente rentable para poder sostener el pago constante de una renta, y recibir de todas formas un beneficio; o (ii) la mera liberalidad o beneficencia.

2. Noción

El artículo 2287 del Código Civil señala que "La constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la

49 También por la vida de un tercero, o del deudor.

vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero". Dicha definición normativa presenta varias características del contrato oneroso de renta. En primer lugar, señala que es aleatorio, lo que repercute en que las partes al celebrarlo estarán atenidas a una contingencia incierta que determinará la ganancia o pérdida de sus prestaciones —cuánto tiempo vivirá el acreedor o el tercero—. En segundo lugar, la disposición normativa señala que la persona que se obliga al pago de la renta lo hace a título oneroso, es decir que lo hace por la motivación de recibir una contraprestación por parte del rentista. En tercer lugar, se señala el objeto del contrato entendido como la renta o pensión periódica a pagar, así como que dicha prestación depende de la vida del deudor, del acreedor o de un tercero.

A su turno, el artículo 2288 del Código Civil prescribe que la renta podrá constituirse a favor de dos o más personas que gocen de ella de forma simultánea, o de forma sucesiva una tras otra según un orden convenido con la condición de que existan al tiempo del contrato. Adicionalmente, el artículo 2289 del Código Civil señala que la prestación objeto del contrato de renta vitalicia podrá depender de la vida de varios individuos que se designen o de uno solo siempre y cuando existan al tiempo del contrato.

Sobre la contraprestación necesaria para que se origine el derecho de percibir la pensión, el artículo 2290 del Código preceptúa que "el precio de la renta vitalicia, o lo que se paga por el derecho de percibirla, puede consistir en dinero, o en cosas raíces o muebles". Además, que la pensión por la que se paga "no podrá ser sino el dinero". Así, desde la perspectiva de ambos contratantes existe un amplio margen de libertad para pactar el precio del contrato. No es así para la pensión misma, que por disposición legal solo podrá ser dinero, cuando la relación jurídica de renta vitalicia nace precisamente de un contrato oneroso.

Entendidos los anteriores presupuestos, proponemos la definición del contrato oneroso de renta vitalicia del artículo 2287 del Código Civil como aquel en virtud del cual un sujeto, denominado rentista o acreedor de la renta, después de pagar un precio consistente en dinero, o en cosas muebles o inmuebles, genera a cargo de otro sujeto denominado debi-rentista o deudor de la renta la obligación de pagar una pensión periódica, durante la vida del o de los beneficiarios, del acreedor o de un tercero.

3. Características

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[50] se refirió a las características de este con-

50 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que se refiere a este contrato es bastante escasa. Se puede citar al respecto: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 09 de mayo de 1933. G.J., t. XLI, n.º 1894-03, 328 [M.P. José Joaquín Hernández]. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 10 de marzo de 1942. G.J., t. LIII, n.º 1983-18, 106 [M.P. Isaías Cepeda]. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de febrero de 1946, G.J., t. LX, n.º 2029-2031-07, 40. [M.P. Pedro Castillo Pineda]; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de abril de 1946. G.J., t. LX, n.º 2032-2033-70, 372. [M.P. Arturo Tapias Pilonieta]; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de junio de 1943, G.J., t. LXXV, n.º 2130-53, 316. [M.P. Pedro Castillo Pineda]. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 11 de julio de 1943. G.J., t. LXXV, n.º 2131-92, 559. [M.P. Gualberto Rodríguez Peña]; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 25 de septiembre de 1958. G.J., LXXXIX, n.º 2202-32, 152. [M.P.

trato[51]. En primer lugar, lo categorizó como un contrato aleatorio, "porque el alcance integral de la prestación a cargo del debi-rentista no se conoce en el momento de la formación del contrato, pues ella depende de la duración de la vida de otra persona". En segundo lugar, como un contrato oneroso, no solo por la presencia de dicha característica en la definición del artículo 2287 del Código Civil, sino porque, verdaderamente, el derecho de percibir la renta nace después del pago de un precio. En tercer lugar, su carácter de solemne por la necesidad de otorgarse por escritura pública según el artículo 2293. En cuarto lugar, su carácter de real, por perfeccionarse este contrato solo por la entrega del precio[52]. Finalmente, su condición de contrato unilateral, puesto que como el contrato solo se perfecciona por la entrega del precio, de ese hecho surge solo una obligación de pagar la pensión periódica[53].

Vélez afirma que el contrato de renta vitalicia puede ser bilateral porque "ambas partes de obligan recíprocamente, la una al dar el precio de la renta y la otra a satisfacer esta". Sostiene también que el contrato es oneroso aleatorio porque la utilidad de cada parte depende de una contingencia incierta[54]. Por su parte, Valencia Zea sostiene que el artículo 2287 del Código Civil se refiere a un contrato bilateral que se constituye a título oneroso y que es aleatorio[55]. A su turno, Hernán Salamanca se refiere al contrato de renta vitalicia como uno aleatorio, solemne y unilateral[56]. Finalmente, Lafont Pianetta le confiere al contrato estudiado el carácter de principal, solemne, real, oneroso, aleatorio, unilateral, de ejecución sucesiva y de libre discusión[57].

Entendidas las posturas descritas, podemos afirmar que el contrato de renta vitalicia del artículo 2287 del Código Civil es principal, típico, nominado, solemne, real, unilateral, aleatorio y de ejecución sucesiva con prestación periódica.

Así, el contrato es principal porque contiene una obligación que no es accesoria de otra[58]. Es típico por su regulación legal expresa, y nominado puesto que recibe el nombre genérico de "constitución de ren-

Arturo C. Posada]; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 22 de agosto de 1967. G.J., CXIX, n.º 2285-2286-27, 191 [M.P. Gustavo Fajardo Pinzón]; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de febrero de 1972. GJ., CXLII, n.º 2352-2353-10, 68. [M.P. Ricardo Uribe-Holguín].

51 Particularmente, la Corte se ha referido a las características del contrato en los fallos de 16 de junio de 1943 y de 27 de febrero de 1946.

52 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de febrero de 1946. G.J., t. LX, n.º 2029-2031-07, 40. [M.P. Pedro Castillo Pineda]. Coincide: Sentencia de 16 de junio de 1943. G.J., t. LXXV, n.º 2130-53, 316. [M.P. Pedro Castillo Pineda].

53 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de junio de 1943. G.J., t. LXXV, n.º 2130-53, 316. [M.P. Pedro Castillo Pineda].

54 Fernando Vélez, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. VIII, complementado por Jairo López Morales (Bogotá: Ediciones Lex Ltda, 1983), 435.

55 Arturo Valencia Zea, *Derecho civil: de los contratos*, t. IV, 6.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 1985), 175-176.

56 Hernán Salamanca, *Derecho civil*, curso VI, 2.ª ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1974), 254-255. Este autor sostiene que el contrato de renta vitalicia es un contrato consensual, solemne y real al mismo tiempo. No podemos compartir esa opinión ya que un contrato no puede perfeccionarse de esas tres formas paralelamente, eso no tendría sentido lógico ni jurídico. Se sostendrá en este trabajo que, por disposición legal, el contrato estudiado es solemne y real, pero bajo ningún respecto también consensual.

57 Pedro Lafont Pianetta, *Manual de contratos*, t. I, 2.ª ed. (Bogotá: Ediciones del profesional, 2005), 75.

58 Según Ospina Fernández y Ospina Acosta, "no hay contratos principales y contratos accesorios, según que subsistan por sí mismos o no, respectivamente, pues todo contrato subsiste por sí mismo. Lo que hay es contratos que producen obligaciones principales, como el de compraventa, el de permuta, el de mandato, y contratos que producen obligaciones accesorias, como la anticresis y la fianza". Coincidimos con dicho razonamiento. Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2019),65.

ta vitalicia". Es solemne y es real por la disposición normativa del artículo 2292 del Código Civil, tema al que nos referiremos más adelante. Es, así mismo, unilateral puesto que solo produce una obligación a cargo del deudor de la renta[59], ya que, por tratarse de un contrato real, la entrega del precio perfecciona el contrato. Es aleatorio, característica a la que nos referimos anteriormente. Finalmente, es de ejecución sucesiva con una prestación cumplida por periodos de tiempo, puesto que el cumplimiento de las obligaciones del único obligado —el deudor de la renta— se cumplen en ciertos lapsos[60], sea en mensualidades, anualidades, o como lo fijen las partes. La naturaleza propia de la renta vitalicia es que la trayectoria de sus efectos, y su cumplimiento, se da a través del tiempo, por épocas[61].

4. Elementos esenciales

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 1501 del Código Civil, son los elementos de la esencia de un contrato "aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente"[62]. Los elementos de la esencia se proyectan sobre el tipo de contrato que las partes quieren celebrar y son necesarios para que la convención produzca los efectos esperados. De acuerdo con la definición que propusimos del contrato oneroso de renta vitalicia explicaremos los elementos esenciales de este contrato.

A. Que el contrato origine una relación jurídica de renta vitalicia

El contrato debe generar la obligación, para una de las partes, de pagar una renta periódica que dependa de una vida[63]. Este es un elemento imprescindible del contrato y su omisión lo hace ineficaz por inexistente. La vida sobre la cual se fija la trayectoria de la obligación de pagar la renta deberá ser de una persona humana, y esta última tendrá que existir al tiempo del contrato y no adolecer de una enfermedad que le haya de causar la muerte dentro de los treinta días subsiguientes. Lo anterior, de acuerdo con los artículos 2288 y 2293 del Código Civil.

59 En contra: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 09 de marzo de 1943, G.J. t. LV, n.º 1993-1994-1995-09, 44 [M.P. José Miguel Arango]. En esta providencia se refiere la Corte a que en la renta vitalicia nacen obligaciones para ambas partes.

60 Henri Mazeaud, Lèon Mazeaud, y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte 2.ª, vol. I, traducido por Luis Alcalá-Zamora (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960), 120.

61 Carlos Julio Giraldo Bustamante, "Categorías de contratos", en *Derecho de las obligaciones: con propuestas de modernización*, t. II, coordinado por Marcela Castro de Cifuentes, 2.ª ed. (Bogotá: Universidad de los Andes y Temis), 58-59. Existe una clasificación intermedia entre los contratos de ejecución sucesiva y los contratos de ejecución instantánea que se proyecta sobre dos categorías: los contratos de ejecución periódica y los contratos de ejecución diferida. Al atender a dicha distinción, podemos afirmar que el deudor de la renta vitalicia ejecuta las prestaciones de forma periódica, atendiendo a unos lapsos de tiempo prefijados por las partes para cumplir con la obligación.

62 Los elementos de la esencia, o *essentialia negotii,* según Von Thur, son el mínimo que las partes han de acordar para que exista el contrato. Andreas Von Thur, *Obligaciones,* t. I, 112, citado por Álvaro Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, vol. I, parte 1.ª, 2.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 1953), 71.

63 Arturo Valencia Zea, *Derecho civil: de los contratos*, t. IV, 6.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 1985), 174.

A su turno, el artículo 2287 del Código se refiere a que la vida sobre la que se fija la renta puede ser tanto de los contratantes como de un tercero. Así mismo, el artículo 2888 señala que la renta podrá constituirse a favor de dos o más personas, de forma paralela o sucesivamente, una tras de otra. Sostenemos que ambas disposiciones contienen auténticos elementos accidentales del contrato, no esenciales puesto que solo es necesario para que el contrato exista y produzca efectos que la renta dependa de una vida humana que exista. Las estipulaciones concernientes a la cantidad de beneficiarios, o a si la persona sobre la que pende la renta es parte o no del contrato son meras modificaciones convencionales que no alteran ni su esencia ni su naturaleza[64].

B. La obligación de pagar la renta deberá nacer como contrapartida de un precio

El precio de la renta podrá pagarse en dinero, o en cualquier cosa mueble o inmueble que esté en el comercio y que sea lícita. Tal como lo señala el artículo 2292 del Código Civil, la entrega del precio perfeccionará también el contrato.

Es necesario anotar que, según el inciso final del artículo 2291 "La ley no determina proporción alguna entre la renta y el precio". Esto descarta de plano que la fijación del precio deba atender a un "justo precio" o a un "equilibrio económico"[65]. Lo que quiere decir, como es común en los contratos aleatorios, que no le es aplicable la recisión por lesión enorme[66].

Adicionalmente, cabe decir que el contrato de renta vitalicia no genera una obligación de pagar un precio, puesto que esta circunstancia perfecciona el contrato. Lo que es verdaderamente necesario es que dicho precio se fije antes del perfeccionamiento del convenio, y que efectivamente se pague.

C. El monto de la renta deberá ser fijado en dinero

Como lo preceptúa el inciso final del artículo 2290 del Código Civil, la renta solo podrá ser pagada precisamente en dinero, lo que excluye el pago mediante otro tipo de bienes. La fijación del monto de la renta podrá ser determinada o determinable, siempre que consista en dinero.

64 Concuerda: Fernando Vélez, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. VIII, complementado por Jairo López Morales (Bogotá: Ediciones Lex Ltda, 1983), 436.
65 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de febrero de 1972. GJ., CXLII, n.º 2352-2353-10, 68. [M.P. Ricardo Uribe-Holguín].
66 Concuerda: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de junio de 1943. G.J., t. LXXV, n.º 2130-53, 316. [M.P. Pedro Castillo Pineda]. En contra: Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. II (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 372. El maestro Hinestrosa afirma que «la renta vitalicia será rescindible por lesión cuyo precio sea inferior a los frutos civiles del bien enajenado», claramente en contra del artículo 2291 del Código Civil.

5. Perfeccionamiento

El articulo 2292 del Código Civil dispone que "El contrato de renta vitalicia deberá precisamente otorgarse por escritura pública, y no se perfeccionará sino por la entrega del precio". Esta disposición plantea dudas con respecto a la forma propia de su perfeccionamiento, no sabemos si estamos ante un contrato que nace a la vida jurídica con la entrega o tradición, o con la concreción de una solemnidad sustancial.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 16 de junio de 1943, señalo que "por cuanto solo se perfecciona por la entrega, el contrato no existe antes de que ella se cumpla, y una vez perfeccionado, apenas surge la obligación a cargo del debi-rentista de pagar la pensión acordada"[67]. Concuerda con ese precepto Valencia Zea, pero señala que antes de otorgada la escritura pública estaríamos ante una promesa de renta vitalicia que genera la obligación para ambos contratantes de cumplir lo prometido a semejanza de lo que sucede con los demás contratos reales[68].

Consideramos que el contrato de renta vitalicia para ser perfecto necesitará de la entrega del precio y de la solemnidad[69]. La anterior conclusión se deriva de las siguientes reflexiones.

La doctrina diferencia los actos solemnes o formales de los informales o no solemnes al conferir en aquellos una exigencia de la ley que condiciona su existencia[70]. No se trata de que el consentimiento no sea necesario para que la convención exista, sino que este debe estar sujeto a una forma obligatoria[71]. La solemnidad sustancial implica que la forma da el ser a la cosa (forma dat esse rei)[72]. Los actos informales, por el contrario, se perfeccionan con la mera voluntad de los agentes que en aquellos intervienen[73].

El artículo 1500 del Código Civil dispone que el contrato es solemne "cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil". En concordancia, el artículo 2292 señala que "el contrato de renta vitalicia deberá precisamente otorgarse por escritura pública". Lo anterior no deja lugar a equívocos. El legislador no prescribe una mera facultad, ni es una norma de la naturaleza del contrato, es efectivamente un imperativo.

La disposición contenida en el artículo 1760 de nuestro Código confirma la interpretación que proponemos, ya que "La falta de instrumento público [como lo es la escritura pública de la que habla el artículo

67 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de junio de 1943. G.J., t. LXXV, n.º 2130-53, 316. [M.P. Pedro Castillo Pineda].
68 Arturo Valencia Zea, *Derecho civil: de los contratos*, t. IV, 6.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 1985), 175. Concuerda: Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de derecho civil: según el tratado de Planiol*, t. VIII, traducido por Delia García (Buenos Aires, La Ley, 1964), 58-59. Esa postura debe ser entendida a que, antes de otorgar la escritura pública, exista al menos una escritura privada junto con los demás criterios establecidos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887.
69 Artículo 1760 del Código Civil.
70 Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somariva Undurraga, *Curso de Derecho Civil*, t. I, vol. I, 3ra ed., revisado por Antonio Vodanovic (Santiago: Editorial Nascimiento, 1961): 288.
71 Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de derecho civil: según el tratado de Planiol*, t. IV, vol. I, trad. por Delia García (Buenos Aires: La Ley, 1964), 11.
72 Cfr. Henri Mazeaud, Lèon Mazeaud, y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte 2.ª, vol. I, traducido por Luis Alcalá-Zamora (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960),79.
73 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2019), 47.

2292] no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados". Estamos ante un contrato con una solemnidad sustancial.

Adicionalmente, la renta vitalicia es un contrato real. Recordemos que estos contratos son aquellos en los que su perfeccionamiento depende de la entrega o de la tradición de una cosa. Constituye una auténtica excepción al principio general de consensualidad justificado más por razones históricas que prácticas. Uribe-Holguín, por ejemplo, sostiene que el contrato real es una "reliquia" que está fuera de lugar en nuestro derecho civil moderno[74].

Al margen de su real utilidad, nuestro Código Civil señala en la primera parte de su artículo 1500 que el contrato es real "cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere". Dicha disposición debe ser aparejada con el contenido normativo del artículo 2292 puesto que señala que la renta vitalicia "no se perfeccionará sino por la entrega del precio".

Parece extraño o particular que un contrato tenga una forma doble de perfeccionamiento. Sin duda, el contrato oneroso de renta vitalicia es una figura sui generis. Sin embargo, no es el único convenio civil que tiene esa particularidad. Recuérdese que el contrato de hipoteca necesita la escritura pública y el registro de dicho instrumento para que sea perfecto[75].

La renta vitalicia, para producir efectos plenos, requiere de la escritura pública y de la entrega del precio, y no será eficaz hasta que concurran esas dos circunstancias. Dada esa situación, surgen varias dudas con respecto a qué ocurre si se presenta la omisión del documento público, o la omisión de la entrega. Así, si el contrato se otorgó por escritura, pero no se dio la entrega no habría contrato, su eficacia quedaría en suspenso hasta que concurra la entrega del precio. Esa misma solución es la que ha de desatarse en el caso de que el precio efectivamente se entregue y se obvie el otorgamiento del instrumento público.

Es preciso señalar que los contratos inexistentes[76] no se sanean por regla de principio. Otorgarle valor a un acto que no existía en el pasado es hacer un acto nuevo, la autonomía de la voluntad en ese escenario no puede darle valor retroactivamente[77]. Por el contrario, cuando los agentes han obrado de facto, como si estuvieran realmente obligados, como en el caso de aquel que paga la renta sin recibir el precio o sin otorgar el instrumento público, ese pago efectuado deja de ser un mero hecho y se vuelve un acto real, pero inválido, pues podría alegarse un pago de lo no debido. En ese caso, en el interregno ocurrido entre el pago de la prestación periódica y la entrega del precio o el otorgamiento de la escritura, la ratificación dotará de validez a la ejecución de la prestación y la eficacia del contrato será retroactiva o ex tunc[78]. En

74 Ricardo Uribe-Holguín, *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*, 2.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 1979), 232.

75 Artículo 2435 del Código Civil: "La hipoteca deberá además ser inscrita en el registro de instrumentos públicos; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción".

76 "El acto inexistente no debe ser confundido con el acto nulo. La ley no se ocupa del acto inexistente por ser un mero hecho que no produce consecuencias jurídicas" Henry Capitant, citado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 10 de abril de 1936. G.J., t. XLII, n.º 1900, 351.

77 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2019), 432.

78 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed. (Bogotá:

ese sentido, una renta vitalicia sin las solemnidades legales del artículo 2292 será inexistente, y solo podrá convalidarse en el caso de que el deudor de la pensión efectúe los pagos de las prestaciones periódicas. En ese caso, la ratificación se hace sobre un acto real pero nulo, mientras que, sin presentarse la ejecución de esa prestación, la entrega del precio o la solemnidad sustancial hará que el contrato nazca desde ese preciso instante y su eficacia se proyectará irretroactivamente, o ex nunc[79].

Entonces, en el escenario de que se otorgue la escritura pública, pero no se dé la entrega del precio, la existencia del acuerdo quedará en suspenso y de derecho nacerá una condición suspensiva consistente en que efectivamente se dé la entrega. No habiéndose ejecutado la prestación del deudor de pagar la renta, el nacimiento del contrato estará sujeto a que se entregue el precio. Situación diferente si se ejecuta la prestación del debi-rentista y el contrato no ha nacido por la entrega, circunstancia que podría convalidarse como se explicó más atrás. En este caso, la escritura pública operaría como una promesa de contrato de renta vitalicia sujeta para su cumplimiento de una condición suspensiva, siempre que se cumplan los presupuestos del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, aplicables también al caso anterior.

Cuando la renta vitalicia no ha nacido por omisión de la escritura pública, pero el acreedor pagó el precio, ocurre algo similar: el nacimiento del contrato se suspende y nace de derecho una condición suspensiva consistente en otorgar el instrumento público.

6. Efectos del contrato

El efecto principal del contrato oneroso de renta vitalicia consiste en que el acreedor de la pensión entregue el precio y que de ese hecho nazca la obligación de pagar una renta consistente en dinero. No obstante, nuestro Código Civil regula de forma expresa distintos escenarios en donde la eficacia esperada del contrato falla por alguna razón. Nos detenemos en esa regulación a continuación.

A. Ineficacia del contrato

El artículo 2293 del Código Civil establece que "es nulo el contrato si antes de perfeccionarse muere la persona de cuya existencia pende la duración de la renta, o al tiempo del contrato adolecía de una enfermedad que le haya causado la muerte dentro de los treinta días subsiguientes". Como se ha explicado anteriormente, al momento del perfeccionamiento del contrato deberá existir la persona humana de la cual depende la duración de la renta, o esta no deberá sufrir una grave enfermedad que

Editorial Temis, 2019), 432-433.

79 Señalan Ospina Fernández y Ospina Acosta que, "Por ejemplo, la venta de un bien inmueble por documento privado no existe ante la ley mientras no se otorgue la escritura prescrita […]. Cuando esto último ocurra, el contrato de compraventa inicia su vida en el campo de los actos jurídicos y cobra su eficacia propia para el futuro (*ex nunc*). Pero si en el interregno entre el acto legalmente desconocido y el acto nuevo y aceptado, el vendedor ha hecho entrega de la cosa y el comprador ha pagado el precio, no hay razón lógica ni jurídica que se oponga a que estos *actos reales*, pero que en el momento de su ejecución carecían de una de las condiciones *para el valor de pago*, puedan ser saneados *ex tunc*, como cualquier acto nulo que no sea ilícito". Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2019), 432-433.

pueda pronosticar su muerte cercana.

Sobre dicha disposición afirmamos que estaremos ante un requisito de existencia del acto. Antes y durante el perfeccionamiento del contrato la persona humana sobre la cual depende la duración de la renta deberá existir. De no ocurrir esto último, el contrato sería ineficaz por la omisión de uno de sus elementos esenciales. Por no disponer nuestro Código Civil de una acción por inexistencia podría pensarse que la nulidad de la que habla el artículo es en realidad por la invalidez del acto. Sin embargo, en este trabajo se comparte que la ineficacia de los actos jurídicos derivada de la inexistencia tiene cabida en nuestro sistema, puesto que no se puede reputar como inválido algo que nunca llegó a nacer a la vida jurídica.

B. Irrevocabilidad del contrato y exigibilidad de la prestación

El artículo 2294 del Código Civil señala que "el acreedor no podrá pedir la rescisión del contrato, aún en el caso de no pagársele la pensión, ni podrá pedirla el deudor aún ofreciendo restituir el precio, y restituir o devengar las pensiones devengadas, salvo que los contratantes hayan estipulado otra cosa". Sobre dicha disposición tenemos varios comentarios.

En primer lugar, el legislador en realidad está hablando de la terminación del contrato, no de la rescisión. Esa terminación se traduce en una resolución con efectos irretroactivos[80] ya que el contrato de renta vitalicia es de tracto sucesivo y sus prestaciones ejecutadas no podrían ser objeto de restituciones mutuas.

En segundo lugar, aún cuando exista un incumplimiento no es posible terminar el contrato por su carácter de perpetuo, ya que su principal obligación depende de una vida humana. Sin embargo, las partes pueden prever el incumplimiento del contrato y hacer posible su terminación[81]. El carácter de perpetuidad, al ser un elemento de la naturaleza del contrato, puede ceder ante la convención contraria.

En tercer lugar, al igual que Vélez, coincidimos en que la expresión "devengar" se refiere a la de "restituir", "condonar" o "remitir". Deberá entenderse así para darle sentido a la disposición normativa, más aún cuando así se refiere el Código Civil chileno[82], que tiene una regulación exactamente igual[83].

80 Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de derecho civil: según el tratado de Planiol*, t. IV, vol. I, traducido por Delia García (Buenos Aires: La Ley, 1964), 66. Concuerda: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 09 de mayo de 1933. G.J., t. XLI, n.º 1894-03, 328 [M.P. José Joaquín Hernández]; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 25 de septiembre de 1958. G.J., LXXXIX, n.º 2202-32, 152. [M.P. Arturo C. Posada].

81 Así fue reconocido por la jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de febrero de 1946, G.J., t. LX, n.º 2029-2031-07, 40. [M.P. Pedro Castillo Pineda]; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 09 de marzo de 1943, G.J. t. LV, n.º 1993-1994-1995-09, 44 [M.P. José Miguel Arango].

82 Artículo 2271 del Código Civil chileno: "El acreedor no podrá pedir la rescisión del contrato aun en el caso de no pagársele la pensión, ni podrá pedirla el deudor, aun ofreciendo restituir el precio y restituir o condonar las pensiones devengadas, salvo que los contratantes hayan estipulado otra cosa".

83 Fernando Vélez, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. VIII, complementado por Jairo López Morales (Bogotá: Ediciones Lex Ltda, 1983), 450.

En cuarto lugar, la solución del artículo comentado debe aparejarse con la del 2295 que señala que "En caso de no pagarse la pensión podrá procederse contra los bienes del deudor para el pago de lo atrasado, y obligarle a prestar seguridades para el pago futuro". Es obvio que así ocurra porque, como se ha insistido, el contrato de renta vitalicia es unilateral, por lo cual no podrá exigirse la regla del artículo 1546 referida a la condición resolutoria tácita[84].

En quinto lugar, deberá también precisarse que la prestación de seguridades del artículo 2295 deberá entenderse como la de constituir obligaciones de garantía que, de no hacerse y persistir el incumplimiento, sí le da derecho al acreedor de pedir la resolución del contrato —creemos que también con indemnización de perjuicios— de acuerdo con el tenor del artículo 2296 del Código Civil: "si el deudor no presta las seguridades estipuladas podrá el acreedor pedir que se anule el contrato"[85].

C. Muerte de la persona sobre la cual pende la renta

A esta situación se refieren los artículos 2297 y 2299 del Código Civil. El primero de ellos señala que, "si el tercero, de cuya existencia pende la duración de la renta, sobrevive a la persona que debe gozarla, se transmite el derecho de esta a los que la sucedan por causa de muerte". En este caso, los contratantes convienen que el pago de la renta vitalicia depende de la vida de un tercero. Si ese tercero vive más que el rentista, no existe una razón lógica para que el debi-rentista deje de pagarla, pero no al beneficiario normal, sino a sus herederos. Esto pone de relieve que el contrato de renta vitalicia no es intuito personae, la prestación seguirá siendo exigible con la muerte del beneficiario. La muerte de una persona no es más que un plazo extintivo que sujeta la obligación de pagar una renta y, por ende, el término del contrato.

La segunda disposición normativa indica que "Muerta la persona de cuya existencia pende la duración de la renta vitalicia, se deberá la de todo el año corriente, si en el contrato se ha estipulado que se pagase con anticipación, y a falta de esta estipulación se deberá solamente la parte que corresponda al número de días corridos".

Para entender esta última disposición, téngase este caso ilustrativo: Sergio paga una renta vitalicia a Andrés sujeta a la vida de Pedro. Si Pedro muere el 12 de mayo, y Sergio fijó con Andrés que la renta se pagaría anticipadamente, previo a finalizar el periodo de pago (cada año, por ejemplo), este le deberá a Andrés la renta de todo el año, y no tendrá derecho aquel a pedir el reintegro. Con el mismo ejemplo, pero con la salvedad de que no se pactó el pago anticipado, si Pedro muere el 12 de mayo, Sergio le pagará a Andrés solamente el dinero correspondiente hasta esa fecha.

D. Prescripción del derecho

84 En contra: Fernando Vélez, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. VIII, complementado por Jairo López Morales (Bogotá: Ediciones Lex Ltda, 1983), 451. Este autor considera que solo la renta vitalicia cuyo precio es el dinero es realmente un contrato unilateral. No compartimos esa posición, puesto que, si se diera a título de precio un bien de otra clase, ya sea mueble o inmueble, el contrato no existirá hasta que medie su tradición.
85 Véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 10 de marzo de 1942. G.J., t. LIII, n.º 1983-18, 106 [M.P. Isaías Cepeda].

No merece muchos comentarios la disposición contenida en el artículo 2300 del Código Civil, más que decir que la prescripción que se menciona no es de veinte años, puesto que el artículo primero de la Ley 791 de 2002, redujo ese periodo a diez.

7. El contrato de renta vitalicia gratuito

El artículo 2301 del Código Civil señala que "Cuando se constituye una renta vitalicia gratuitamente no hay contrato aleatorio. Se sujetará, por tanto, a las reglas de las donaciones y legados, sin perjuicio de regirse por los artículos precedentes en cuanto le fueren aplicables". El contenido de esta disposición se refiere a dos aspectos del contrato: a la naturaleza del acto, como uno gratuito, pero no aleatorio; y a su regulación legal. Así se abordará su estudio en lo que sigue.

A. ¿Un contrato gratuito, pero no aleatorio?

Los contratos gratuitos, o a título de beneficencia, son aquellos por medio de los cuales "una sola de las partes procura una ventaja a la otra sin recibir nada a cambio"[86]. El acto a título gratuito "supone un elemento psicológico, la intención liberal. Más exactamente, [...] el acto a título gratuito supone entre las partes la conciencia de que una de ellas procura a la otra una ventaja, sin contrapartida equivalente"[87]. Mientras el criterio de distinción de los contratos unilaterales y bilaterales es la reciprocidad de las obligaciones[88], en los onerosos y gratuitos el criterio es la reciprocidad de ventajas. Se ha entendido que, mientras en los contratos onerosos hay dos desplazamientos en sentido recíproco e inverso, en los gratuitos solo hay "una atribución patrimonial y un solo desplazamiento"[89].

Como se dijo en líneas pasadas, tradicionalmente se ha entendido que los contratos aleatorios y conmutativos son una subclasificación de los contratos onerosos. Entender a los contratos aleatorios como onerosos dificulta la posibilidad de que existan, correlativamente, contratos aleatorios y gratuitos. Lo anterior, porque si los contratos aleatorios son tales porque la equivalencia de ganancia o pérdida de sus prestaciones dependen de una contingencia incierta, no podrían ser gratuitos porque en estos no hay reciprocidad de las partes y solo una reportaría ventaja por lo que no podría analizarse su equivalencia. Pareciera que el criterio por el cual un contrato es aleatorio o no se centra en la incertidumbre que tienen las partes sobre la ganancia o pérdida que les reporte el contrato[90], mientras que, en los

86 Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de derecho civil: según el tratado de Planiol*, t. IV, vol. I, traducido por Delia García (Buenos Aires: La Ley, 1964), 62.
87 Henri Mazeaud, Lèon Mazeaud, y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte 2.ª, vol. I, traducido por Luis Alcalá-Zamora (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960), 113.
88 "Los contratos se llaman bilaterales o también sinalagmáticos, cuando crean obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes", Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 1, 5.ª ed. (Madrid: Civitas, 1996), 104.
89 Carlos Julio Giraldo Bustamante, "Categorías de contratos", en *Derecho de las obligaciones: con propuestas de modernización*, t. II, coordinado por Marcela Castro de Cifuentes, 2.ª ed. (Bogotá: Universidad de los Andes y Temis), 41.
90 Rodrigo De la Vega Parra, "Los orígenes del contrato aleatorio y su recepción en el Código Civil" (Tesis de doctorado, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2018), 169.

gratuitos, desde el inicio se sabe a ciencia cierta quién soporta la pérdida y quien reporta la ventaja.

De admitirse que la categoría de "aleatorio" no es una clasificación de los contratos onerosos, y que en realidad su ámbito de aplicación no se circunscribe a la equivalencia de las prestaciones, sino al ánimo de las partes a sujetar su ganancia o pérdida a un alea, podría haber contratos aleatorios y gratuitos a la vez. Por ejemplo, la cesión de un derecho litigioso a título gratuito no deja de ser aleatoria porque el cedente no haya recibido un precio como contraprestación, ya que el destino del litigio permanece incierto y la expectativa de ganancia o pérdida solo atañe al cesionario[91]. Otro ejemplo paradigmático es la donación de la pesca que haya de recoger el donante en un día[92]. El donatario y el donante no tendrán equivalencia en las prestaciones si el donante no pesca nada, y tampoco la tendrán si pesca mucho porque el criterio reside en que el pescador desea, sin retribución a cambio, pagar al donatario su cosecha. El alea solo tiene efectos en la ganancia o pérdida de uno, no en la de ambos contratantes. Así mismo, los contratos celebrados en el moderno tráfico jurídico traen ejemplos de convenciones gratuitas atadas a un alea. Piénsese en los concursos televisivos de puro azar, donde un participante gira una puerta y hay un premio. En este caso, no hay desplazamiento patrimonial por parte del concursante, y el canal de televisión pagará o no según lo determine la suerte[93].

Tradicionalmente, se ha entendido que la contingencia incierta del alea deberá proyectarse sobre las dos partes de un contrato, para que este sea verdaderamente aleatorio[94]. Sin embargo, algunos ejemplos que propusimos son contrarios a ese precepto. El contrato puede ser aleatorio para una sola de las partes[95] como ocurre con la cesión de derechos litigiosos a título gratuito o con la donación de una pesca. Ambos ejemplos paradigmáticos de contratos gratuitos y a su vez aleatorios.

En la renta vitalicia gratuita, la expectativa de provecho o de ganancia mediada por un alea está presente, a pesar de que una de las partes no realice un desplazamiento patrimonial. El deudor de la renta no sabe al inicio del contrato cuánto dinero deberá pagarle al acreedor, puesto que no se sabe la duración de la vida de la persona sobre la cual se fijó la trayectoria de la prestación. Esa persona puede morir intempestivamente un día después de la celebración del contrato, o puede llegar a ser centenario.

Una conducta derivada de la liberalidad, como la del debi-rentista, permite inferir lógicamente que su

91 "En las transferencias gratuitas, el cesionario puede así mismo obtener un resultado muy favorable o desfavorable que le afecta solo a él, porque el cedente se desprendió del derecho pretendido; este nada debe y nada puede reclamar". Marcela Castro de Cifuentes, "Cesión de derechos litigiosos", en *Derecho de las obligaciones: con propuestas de modernización*, t. IV, coordinado por Marcela Castro de Cifuentes (próximo a publicarse, Universidad de los Andes y Temis).
92 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2019), 63.
93 Luis F.P. Leiva Fernández, *Tratado de los contratos, parte general,* t. I (Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, 2017), 90.
94 "El acontecimiento que aprovecha a uno de ellos, implica una pérdida para el otro, *no se concibe que el azar sea unilateral*". Henri Mazeaud, Lèon Mazeaud, y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte 2.ª, vol. I, traducido por Luis Alcalá-Zamora (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960), 118; "Cuando un contrato es aleatorio, lo es necesariamente para *todas las personas que han participado en él*". Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de derecho civil: según el tratado de Planiol*, t. IV, vol. I, traducido por Delia García (Buenos Aires: La Ley, 1964), 64.
95 Concuerda: Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. II (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 371; Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2019), 63.

interés en el contrato no es ganar mucho, o perder poco. Estará dispuesto a pagar la renta durante la vida de una persona. Mientras que, para el acreedor, es aún más apreciable su interés en la prestación ya que tiene la seguridad de recibirla hasta que muera. Algo diferente ocurre cuando la obligación de pagar la pensión depende de la vida de un tercero, donde ese interés será muchísimo mayor, en la medida de que su renta puede durar lo que dura un día, o varias décadas. El alea está en el acuerdo[96]. La incertidumbre yace en la dimensión de la traslación económica del deudor que depende de una contingencia incierta: la muerte[97].

Por lo explicado anteriormente, seguir clasificando a los contratos aleatorios como una variedad de los onerosos puede causar inconsistencias. Ese entendimiento debería girar, al contrario de lo que preceptúa nuestro Código Civil, a una clasificación autónoma. "La influencia del alea en los contratos aleatorios constituidos a título gratuito sigue siendo especial. A pesar de que uno de los contratantes sabe que no prestará desconoce qué obtendrá con el contrato, es más, ni siquiera sabe si se beneficiará. La cuantía de la prestación y su mera existencia siguen dependiendo del evento incierto que necesariamente acontecerá"[98].

B. ¿Es el contrato de renta vitalicia gratuito equiparable a una donación?

La donación es una convención por la cual una parte atribuirá a la otra algo de forma gratuita, sea la transmisión de una cosa, la constitución de un derecho real o la cesión de un crédito. Su carácter se proyecta sobre el animus donandi, la intención de cumplir una liberalidad[99]. La liberalidad es la característica ulterior de la donación, su contenido envuelve una verdadera intensión desinteresada de enriquecer a otro[100].

La donación se diferencia de otros actos liberales porque el donante, en favor del donatario, pierde una cosa, desmejora su patrimonio y enriquece otro. Cosa que no pasa en un comodato, o en un mutuo sin cobro de intereses, donde la percepción de enriquecimiento no se concreta en una mejora o desmejora patrimonial correlativa[101].

En nuestro derecho, el artículo 1443 del Código Civil define a la donación así: "La donación entre vivos

96 Como lo afirma Antonio Rodríguez Ramos, "Negar la aleatoriedad de una renta cuyo pago está supeditado a la muerte de alguien, muerte que seguro que llegará pero sólo Dios sabe cuándo, es como vendar el mar para no verlo. El *alea* está". Rodríguez Ramos, "Consideraciones sobre la renta vitalicia gratuita en los derechos español y colombiano", 29.
97 Rodríguez Ramos, "Consideraciones sobre la renta vitalicia gratuita en los derechos español y colombiano", 32.
98 Toral Lara, "El contrato de renta vitalicia", 290-291.
99 Juan Carlos Martín, "La donación en la concepción romana y su recepción en el Derecho Argentino", *Revista anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n.º 47 (2017): 740. Afirmaba Domat, en ese mismo sentido que "La donación entre vivos es un contrato que se hace por medio del consentimiento recíproco entre el donador que se despoja de lo que dona para transmitirlo gratuitamente al donatario, y este que acepta y adquiere lo que se le ha donado". Jean Domat, *Las leyes civiles en su orden natural*, t. I, (ABC Editores y Arkhé, 2015), 302.
100 Vincenzo Roppo, *El contrato*, 1.ª ed. peruana, traducido por Eugenia Ariano (Lima: Gaceta Jurídica, 2009), 409. Concuerda: Manuel Albadalejo García y Silvia Díaz Albart, *La donación* (Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006), 25: "Por acto de liberal se entiende aquel por el que, sin estar obligado a ello, una persona proporciona a otra alguna ventaja o beneficio gratuito, es decir, sin nada a cambio".
101 Lucía Costas Rodal, "Contrato de donación", en *Tratado de contratos*, t. II, 2ª ed., dirigido por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *et. al*., y coordinado por Nieves Moralejo y Susana Quicios (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013), 2828.

es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que las acepta". La donación, como ya se dijo, tiene que provenir de un ánimo de liberalidad y concretar una mejora y una desmejora patrimonial correlativa. El artículo 1455 del Código señala que no habrá donación "si habiendo por una parte una disminución de patrimonio, no hay por otra aumento".

La relación de renta vitalicia puede nacer de una donación por varias razones. La primera, porque el deudor de una renta puede constituirla como un acto de mera liberalidad. Su patrimonio se verá desmejorado y el del acreedor reportará un beneficio en virtud de un ánimo desinteresado. La segunda, porque nada impide que una de las partes pueda donar una cantidad periódica de dinero a otra[102], siempre y cuando se cumpla con los requisitos de la insinuación del art. 1458 del Código Civil. La tercera, porque la obligación que nace de la relación de renta vitalicia puede nacer de diversas fuentes y tiene vocación traslaticia de dominio, y puede provenir de una liberalidad en estricto sentido, o de una causa onerosa (art. 1461).

No obstante, existen algunas dificultades para afirmar que la renta vitalicia gratuita nace siempre de una donación.

Recordemos que la relación lleva incito un alea, las partes no saben desde el inicio a cuánto ascenderá la prestación. Eso dificulta que, desde el inicio, se sepa a ciencia cierta si existirá un enriquecimiento del rentista contrapuesto a un empobrecimiento del deudor. El contrato podría nacer y la persona sobre la que depende la renta podría morir antes de que se realice el primer pago de la pensión. La contingencia incierta, de alguna forma, podría interferir con la naturaleza del contrato de donación[103].

Adicionalmente, si dos personas desean constituir una renta vitalicia gratuita y no cumplen con algunos de los requisitos de la donación, sería equivocado pensar que ese contrato no pueda tener efectos plenos sin observar dichas exigencias. No debería pensarse tampoco que, por el inciso final del artículo 2301[104], la renta gratuita siempre nace de una donación, cuando ese mismo artículo permite aplicar las normas de la renta vitalicia onerosa cuando le fueren aplicables. Lo anterior, sin perjuicio de considerar que si la relación jurídica de renta vitalicia nace de un acto a título gratuito deberá, en lo que le fuere aplicable, ceñirse a las prerrogativas de la donación entre vivos, como la figura de la insinuación, por ejemplo.

Consideramos que, si bien una relación de renta vitalicia puede nacer de una donación, como de otro

102 Art. 1459 del Código Civil: "Cuando lo que se dona es el derecho de percibir una cantidad periódicamente, será necesaria la insinuación, siempre que la suma de las cantidades que han de percibirse en un decenio excediere de dos mil pesos". Sobre la naturaleza de la donación Albadalejo García y Díaz Albart señalan que una donación puede ser obligatoria, a diferencia de la traslaticia, en donde el donatario en realidad se obliga a donar. Manuel Albadalejo García y Silvia Díaz Albart, *La donación* (Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006), 36.
103 Toral Lara, "El contrato de renta vitalicia", 302.
104 Artículo 2301 del Código Civil: "Se sujetará, por tanto, a las reglas de las donaciones y legados, sin perjuicio de regirse por los artículos precedentes en cuanto le fueren aplicables".

tipo de fuentes, también pueden existir contratos autónomos de renta gratuita, siempre que estén en concordancia con las normas aplicables a la renta vitalicia onerosa y a la donación entre vivos, y se respete su naturaleza aleatoria[105].

IV. El contrato de renta vitalicia inmobiliaria

1. Breve antecedente

A mediados de 2020, el Gobierno de Colombia anunció un proyecto de decreto[106] que introducía dos figuras contractuales nuevas al ordenamiento jurídico nacional: la "hipoteca inversa" y la "renta vitalicia inmobiliaria"[107].

La primera figura estaba definida como "una operación negocial a través de la cual se otorga un préstamo o crédito al propietario de un bien inmueble quien garantiza el cumplimiento de la obligación mediante una hipoteca". El Gobierno justificó esta figura por su consagración legal en diversos países y por tener un claro potencial para aumentar los ingresos líquidos de los hogares de las personas propietarias. Su fin era ofrecer una alternativa de ingresos a las personas mayores de 65 años, quienes debían tener esa edad mínima para poder obligarse por medio de ese convenio. Dicho mecanismo generó varias críticas en la opinión pública[108].

La segunda figura que estaba prevista en el proyecto de decreto aludido, la renta vitalicia inmobiliaria, se definía como "un contrato aleatorio a través del cual el deudor otorga una renta periódica durante la vida de una o más personas a cambio de un precio o capital, representado en la transferencia del título de propiedad de un bien inmueble". Dentro de las justificaciones propuestas por el Gobierno se incluyen las mismas de la hipoteca inversa, y la consagración legal del contrato de renta vitalicia en el Código Civil. Dicha figura también estaba prevista para personas mayores de 65 años que fueran propietarias.

Finalmente, el Gobierno promulgó el Decreto 1398 de 26 de octubre de 2020[109]. No es muy claro por qué solo se introdujo al ordenamiento la renta vitalicia inmobiliaria y no el contrato de hipoteca inversa, lo cierto es que algunas voces insinúan que próximamente se presentará un decreto independiente[110]. A la fecha de realización de este trabajo no tenemos noticias de que así sea.

105 Concuerda: Toral Lara, "El contrato de renta vitalicia", 303.
106 Proyecto de Ley n.º 186, "Por el cual se reglamentan las condiciones de operación de la hipoteca inversa y la renta vitalicia inmobiliaria", Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de Colombia. https://www.minvivienda.gov.co/sites/default/files/consultasp/Proyecto%20de%20decreto_186.pdf.
107 "Presidente Duque lanza el mecanismo 'hipoteca inversa' con el que los mayores de 65 años podrán recibir una renta mensual por su vivienda", *Presidencia de la República de Colombia*, 11 de junio de 2020. https://bit.ly/3wxkCEQ.
108 Por ejemplo: Angélica Camargo Sierra, "Hipoteca inversa, otro mecanismo reproductor de las desigualdades", *CIDER*, 09 de agosto de 2020. https://cider.uniandes.edu.co/es/noticia/hipoteca-inversa-mecanismo-reproductor-desigualdades-agosto-20; Juan Manuel Benjamín, "La hipoteca inversa desde el Derecho", *Ámbito jurídico*, 14 de julio de 2020. https://www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/la-hipoteca-inversa-desde-el.
109 Decreto 1398 de 2020, 26 de octubre de 2020, "Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con las condiciones de operación de la renta vitalicia inmobiliaria y se dictan otras disposiciones". *Diario Oficial* n.º 51.479.
110 Mario Fernando Cruz, "La renta vitalicia inmobiliaria sienta sus bases en Colombia", *Revista Fasecolda*, n.º 179 (2020): 16.

Una de las principales motivaciones para introducir al ordenamiento jurídico colombiano la figura de la renta vitalicia inmobiliaria es la promoción de instrumentos financieros que brinden una alternativa de generación de ingresos para los adultos mayores[111]. La motivación radica en convertir en líquido el patrimonio inmobiliario sin que los propietarios tengan que dejar de habitarlo. Según las motivaciones del Decreto, existen condiciones propicias para la puesta en marcha de una operación de tales características puesto que, en Colombia, el 11% de los hogares son unipersonales, y para 2018 la población mayor de 65 años era el 9,2% del total, de los cuales un 67% es propietario de su vivienda[112].

El artículo primero del Decreto 1398 de 2020 adiciona disposiciones normativas al Libro 31 de la parte segunda del Decreto 2555 de 2010 al agregar un Título séptimo. Su inclusión en la normativa compilatoria del sector Financiero y del Mercado de Valores no es accidental. Son las compañías aseguradoras de vida las entidades que podrán ofrecer la renta vitalicia inmobiliaria y no otras.

A la fecha de publicación de este trabajo, ninguna aseguradora ofrece la renta vitalicia inmobiliaria a los consumidores del sistema financiero. Se conoce que Positiva Seguros le solicitó a la Superintendencia Financiera de Colombia el permiso necesario para poner en marcha esa operación. Por su regulación, las compañías aseguradoras no están muy interesadas en promover ese negocio[113].

No existen desarrollos doctrinales en Colombia acerca del contrato de renta vitalicia inmobiliaria posiblemente por su reciente inclusión normativa. Este acápite pretende proponer una introducción al entendimiento jurídico de ese contrato que sirva para los operadores jurídicos nacionales, y para las personas interesadas en la materia.

2. Noción

El artículo 2.31.7.1.1 del Decreto 2555 de 2020 no define expresamente el contrato de renta vitalicia inmobiliaria como sí lo hacía el proyecto de decreto que también incluía a la figura de la hipoteca inversa. Solo se define la obligación de la aseguradora de otorgar "una renta periódica a cambio del precio de la prima, representado en la transferencia de la nuda propiedad del inmueble por parte del tomador a la compañía aseguradora o el tercero que ésta determine". El decreto aludido nombra también a las partes del contrato: se entenderá como "tomador" al propietario del inmueble objeto del precio del contrato, como "beneficiario" a quien se designe como tal en el contrato —y auténtico acreedor de la renta—, y a la compañía aseguradora como "el asegurador".

El artículo 2.31.7.1.2 señala dos modalidades de renta vitalicia inmobiliaria que pueden ofrecer las compa-

111 Camilo Hernández, Liliana Walteros, Daniel Quintero, Aníbal Yamhure y Daniel Tocaría, "Documento técnico: renta vitalicia inmobiliaria", *Unidad de proyección normativa y estudios de regulación financiera* (2020): 3.
112 Cifras del DANE, citadas en Camilo Hernández, Liliana Walteros, Daniel Quintero, Aníbal Yamhure y Daniel Tocaría, "Documento técnico: renta vitalicia inmobiliaria", *Unidad de proyección normativa y estudios de regulación financiera* (2020): 3.
113 Portafolio, "Por vacíos en la renta vitalicia inmobiliaria hay poco interés", 17 de agosto de 2021. https://www.portafolio.co/mis-finanzas/jubilacion/por-vacios-en-la-renta-vitalicia-inmobiliaria-hay-poco-interes-555234.

ñías aseguradoras. Tanto en la "renta vitalicia inmobiliaria inmediata" como en la "renta temporal cierta con renta vitalicia inmobiliaria diferida" el Gobierno señala que son auténticos contratos de seguro.

A su vez, el artículo 2.31.7.1.3 prescribe la operación describiendo algunas de sus etapas que se resumen así: (1) el tomador debe acreditar la propiedad sobre el bien y transferir la nuda propiedad a la compañía aseguradora; (2) el monto de la renta se determinará, entre otros, al tener en cuenta el valor del bien inmueble y la edad de los beneficiarios; (3) los tomadores deberán recibir una asesoría por parte de la compañía de seguros; y (4) los tomadores del contrato, o el beneficiario, podrán conservar el uso y disfrute del bien inmueble transferido mediante la constitución de un usufructo a su favor.

Las normas aludidas permiten hacer una aproximación a la renta vitalicia inmobiliaria. Esta entendida como una pensión periódica que realiza una compañía aseguradora a una persona mayor de 65 años a cambio de un precio consistente en el traspaso de la nuda propiedad de un bien inmueble de esta última. Sin embargo, no deja de ser relevante, antes de proponer una definición íntegra, el hecho de que el legislador le confiere a la figura el carácter de seguro.

La ley colombiana no define el seguro[114]. Sin embargo, se entiende que es un contrato consensual, bilateral, oneroso y aleatorio "en que intervienen como partes un asegurador, persona jurídica que asume los riesgos [...] y el tomador que, obrando por cuenta propia o por cuenta de tercero, traslada los riesgos"[115]. El artículo 1036 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 1 de la Ley 389 de 1997, no define el contrato, sino que apela a sus características de bilateral, consensual, de ejecución sucesiva, etc.

Según el artículo 1045 del Código de Comercio, los elementos esenciales del seguro son el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador.

El primer elemento esencial del contrato de seguro, el interés asegurable, es el objeto del contrato. Consiste en "la relación económica, amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular"[116]. El interés asegurable es un concepto subjetivo, su alcance se proyecta sobre el individuo que ve amenazada la integridad de su patrimonio por un riesgo determinado. Este elemento debe estar presente durante toda la vigencia del contrato, so pena de que termine[117]. El segundo elemento, el riesgo asegurable, es entendido como la incertidumbre de si el suceso que amenaza el patrimonio del asegurado se presentará o no, cuya ocurrencia "no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador"[118].

114 Alguna doctrina colombiana ha definido al contrato de seguro, por ejemplo, Fernando Palacios lo delimita como "un contrato consensual mediante el cual una persona jurídica denominada asegurador, debidamente autorizada para ello, asume los riesgos que otra persona, natural o jurídica, le traslada, a cambio de una prima". Fernando Palacios Sánchez, "Derecho de seguros", en *Seguros: temas esenciales*, dirigido por Fernando Palacios, 3.ª ed. (Bogotá: ECOE y Universidad de la Sabana, 2007), 13.
115 J. Efrén Ossa, *Teoría general del seguro: el contrato*, 2.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 1991), 2.
116 J. Efrén Ossa, *Teoría general del seguro: el contrato*, 2.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 1991), 73.
117 Hernán Fabio López Blanco, *Comentarios al contrato de seguro*, 4.ª ed. (Dupre Editores, 2004), 83.
118 Artículo 1054 del Código de Comercio.

El tercer elemento esencial, el precio del seguro o también denominado prima, consiste en el costo de la protección brindada por el asegurador, la retribución del contrato[119]. El cuarto elemento esencial se refiere a la obligación condicional del asegurador que, bajo su égida, ante la ocurrencia del siniestro, nace una obligación por parte del asegurador de pagar el valor del seguro a al beneficiario[120].

En el ámbito de los seguros de vida, para el caso de la muerte, el asegurador se obliga a pagar el valor del contrato ante la ocurrencia del fallecimiento del asegurado. El riesgo presente en ese contrato es sin duda el hecho de la muerte, la incertidumbre se proyecta sobre el momento de su ocurrencia, que es incierto. La relación de renta vitalicia comparte esta última característica del seguro de vida, pero se diferencia de este porque su obligación termina con la extinción de la persona sobre la que depende. En el seguro de vida generalmente considerado, la obligación del asegurador nace después de la ocurrencia del fallecimiento[121].

El artículo 1070, general en materia de seguros, señala que el asegurador devengará las primas de acuerdo con el estado y la proporción del riesgo acontecido. Ese es el principio general en este tipo de convenciones. No obstante, su inciso final señala que la modificación de las partes sobre el contenido de esa norma valdrá cuando tengan el objeto de favorecer "los intereses del asegurado". Del análisis de este precepto normativo se podría inferir que las partes podrán modificar el momento en que el asegurado pague el valor de la prima. Nada obstaría tampoco para que se anticipe el pago del valor del contrato.

La renta vitalicia, como auténtica relación jurídica, puede ser el objeto de un contrato de seguro de personas. Más aún cuando ambas instituciones conllevan la presencia de un alea. En realidad, el interés del asegurado es que durante la vida que le queda pueda suplir sus necesidades. El verdadero riesgo es asegurar su supervivencia por el tiempo que dure el contrato, y es claro que un asegurador puede suplir ese riesgo. Adicionalmente, la obligación del asegurador puede ser anticipada, más aún cuando la prima del seguro es la transferencia de la nuda propiedad de un bien inmueble a favor de la aseguradora. En la renta vitalicia inmobiliaria, el monto de la pensión se pacta de acuerdo con el valor del inmueble, y con la edad de los beneficiarios[122].

La renta vitalicia inmobiliaria es una auténtica modalidad del contrato de seguro que origina, como acá se ha insistido, una relación de renta vitalicia[123], entendida esta como aquella que nace de varias fuentes y que implican la entrega periódica de una renta que depende de una vida humana. Si bien el contrato de seguro y el contrato oneroso de renta vitalicia son figuras diferentes, nada obsta para que una relación jurídica de renta nazca del seguro bajo una modalidad especial.

119 Jorge Eduardo Narváez, *El seguro de cumplimiento*, (Bogotá Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibáñez, 2011), 192-193.
120 Fernando Palacios Sánchez, "Derecho de seguros", en *Seguros: temas esenciales*, dirigido por Fernando Palacios, 3.ª ed. (Bogotá: ECOE y Universidad de la Sabana, 2007), 13.
121 Toral Lara, "El contrato de renta vitalicia", 124.
122 Artículo 2.31.7.1.3 del Decreto 2555 de 2010.
123 Concuerda: Toral Lara, "El contrato de renta vitalicia", 124.

Atenidos a las consideraciones precedentes proponemos un concepto de renta vitalicia inmobiliaria entendida como aquel contrato de seguro en virtud del cual, un sujeto denominado asegurador, se obliga a pagar una renta periódica mensual a otro sujeto llamado asegurado, cuya edad sea igual o sobrepase los 65 años, a cambio de una prima consistente en la transferencia de la nuda propiedad de un inmueble, que puede seguir disfrutando hasta el momento de su muerte o la de un tercero.

3. Características

El contrato de renta vitalicia inmobiliaria tiene algunas de las características del seguro, que a su vez coinciden con las del contrato oneroso de renta vitalicia: su onerosidad, su aleatoriedad, y su carácter de tracto sucesivo. Ampliamente nos hemos referido a la esencia de esas características.

No obstante, la renta vitalicia inmobiliaria tiene el carácter de solemne, diferente al seguro corriente, que es por esencia consensual, y de bilateral, distinto al contrato oneroso de renta vitalicia del Código Civil.

Sin previsión legal expresa, llegamos a la conclusión de que el contrato es solemne por varias razones. La primera, porque el Decreto 1398 de 2020 no dice nada al respecto, sería entonces lógico ceñirse a lo señalado por el artículo 1036 del Código de Comercio que prescribe el carácter consensual del seguro. No obstante, la renta vitalicia inmobiliaria se constituye en favor del propietario de un inmueble. De hecho, el precio pagado por percibir la renta es la transferencia de la nuda propiedad. La constitución de la renta deberá hacerse entonces por el mismo mecanismo previsto para generar la obligación de dar: la escritura pública.

Lo anterior también se sostiene porque creemos que las normas del Código Civil relativas a la renta vitalicia (Arts. 2287 a 2301) le son aplicables.

Adicionalmente, sostenemos que el contrato es bilateral, diferente a la renta vitalicia onerosa del Código Civil, que por perfeccionarse por la entrega del precio es real y, por ende, solo surge una obligación a cargo del debi-rentista. No solo nace la obligación de pagar el precio, sino que también se genera la obligación de constituir un derecho de usufructo a favor del acreedor de la renta. El ordinal sexto del artículo 2.31.7.1.3 del Decreto 2555 de 2010 señala que "para efectos del uso y el goce del inmueble se seguirá lo establecido en el Código Civil para para los contratos de usufructo". Las partes deberán entonces seguir las reglas de constitución del derecho real de usufructo de los artículos 825, ordinal 3º, y 826 del Código Civil. En ese sentido, el acto entre vivos que conceda el derecho de usufructo deberá constar en instrumento público, otro argumento más para defender la solemnidad del contrato.

V. Conclusiones

La noción de "renta vitalicia" tiene un antecedente histórico profundo. Provenga del Derecho romano o de la Edad Media, su función económica sigue siendo relevante. La necesidad de muchas personas de asegurar un sustento hasta su muerte no solo ha sido, sino es y será de una importancia capital en nuestra sociedad moderna. Por medio de este texto describimos su naturaleza jurídica y alcance no solo desde la mera conceptualización de un contrato, sino de una verdadera relación jurídica que nace de diversas fuentes. Algunas de ellas también fueron descritas en este trabajo: su naturaleza de contrato oneroso, su naturaleza gratuita, su capacidad propia derivada de su esencia de nacer a través de un contrato de donación o de seguro. Así mismo, su naturaleza azarosa puso en duda el entendimiento de instituciones decimonónicas como la del contrato aleatorio.

Esta es una contribución, desde la academia, que pretende dejar algunos cimientos para que futuros trabajos profundicen sobre el estudio de las figuras acá mencionadas. Sin duda, la discusión sobre la naturaleza propia de la renta vitalicia, así como de sus fuentes no se agota con este trabajo. Aún hoy en día el estudio de la clasificación de los contratos, de contratos olvidados como el juego, la apuesta o la renta vitalicia siguen siendo relevantes en nuestra disciplina jurídica.

El estudio posterior de figuras como la renta vitalicia constituida a través del contrato de donación puede resultar relevante, más en un país como el nuestro, en donde las carencias de la población son más bien la regla que la excepción. La inclusión en el orden jurídico nacional de otras figuras como las annuities[124], del derecho anglosajón, pueden generar un interés y un estudio posterior más profundo de la institución jurídica acá estudiada. Indudablemente, conceptualizaciones ulteriores de la renta vitalicia inmobiliaria, cuando entre en marcha su operación en el sector asegurador, serán de suma importancia, más aún cuando su operación puede reñir con derechos fundamentales de las personas tales como su mínimo vital o su derecho a la dignidad humana.

124 Las *annuities* son productos financieros ofrecidos en los Estados Unidos a jubilados por medio de los cuales se les garantiza un pago anual de dinero.

Bibliografía

Doctrina:

Albadalejo García, Manuel y Silvia Díaz Albart. La donación. Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.

Albaladejo García, Manuel. Derecho Civil II: Derecho de obligaciones 14.ª ed. Madrid: Edisofer, 2011.

Alessandri Rodríguez, Arturo, y Manuel Somariva Undurraga. Curso de Derecho Civil, t. I, vol. I, 3.ª ed., revisado por Antonio Vodanovic. Santiago: Editorial Nascimiento, 1961.

Álvarez-Correa Duperly, Eduardo. Curso de Derecho Romano, t. II, editado por Carlos E. Tejeiro López. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.

Aubry, Charles y Charles Rau. Cours de Droit civil français, t. VI. París: Librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, 1920.

Cabanellas, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual, t. II, 20.ª ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1981.

Castro de Cifuentes, Marcela. "Cesión de derechos litigiosos", en Derecho de las obligaciones: con propuestas de modernización, t. IV, coordinado por Marcela Castro de Cifuentes. próximo a publicarse, Universidad de los Andes y Temis.

Colin, Ambroise y Henry Capitant. Curso elemental de derecho civil, vol. IV. Madrid: Reus, 1925.

Colin, Ambroise y Henry Capitant, Traité de droit civil, t. II. París: Librairie Dalloz, 1959.

Costas Rodal, Lucía. "Contrato de donación", en Tratado de contratos, t. II, 2ª ed., dirigido por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, et. al., y coordinado por Nieves Moralejo y Susana Quicios. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

De la Vega Parra, Rodrigo. "Los orígenes del contrato aleatorio y su recepción en el Código Civil". Tesis de doctorado, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2018.

Diez-Picazo, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial vol. II, 5.ª ed. Madrid: Civitas, 1996.

Diez-Picazo, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial, vol. 1, 5.ª ed. Madrid: Civitas, 1996.

Domat, Jean. Las leyes civiles en su orden natural, t. I. ABC Editores y Arkhé, 2015.

Domínguez Guillén, María Candelaria. "En torno a la renta vitalicia", Revista Bolivariana de Derecho, n.º 30 (2020): 232-275.

Enneccerus, Ludwig. Derecho de obligaciones, vol. II, 2.ª parte, traducido por Blas Pérez González y José Alguer, 3.ª ed. Barcelona: Bosch, 1966.

F. P. S. Justiniano, Cuerpo del derecho civil romano, primera parte Digesto, t. II, traducido por D. Idelfonso L. García del Corral. Barcelona: Editorial Jaime Molinas, 1897.

Giraldo Bustamante, Carlos Julio. "Categorías de contratos", en Derecho de las obligaciones: con propuestas de modernización, t. II, coordinado por Marcela Castro de Cifuentes, 2.ª ed. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis.

Hinestrosa, Fernando. Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico, vol. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Lafont Pianetta, Pedro. Manual de contratos, t. I, 2.ª ed. Bogotá: Ediciones del profesional, 2005.

Lastarria, José Victorino. Instituta del derecho civil chileno, 2.ª ed. Gante: Imprenta de Eug . Vanderhaeghen, 1864.

Laurent, François. Droit civil, t. V. París: Libraire A. Marescq, 1887.

Laurent, François. Cours élémentaire de droit civil, t. IV. París: Librairie A. Marescq, Ainé, 1887.

Leiva Fernández, Luis F.P. Tratado de los contratos, parte general, t. I. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, 2017.

López Blanco, Hernán Fabio. Comentarios al contrato de seguro, 4.ª ed. Dupre Editores, 2004.

Martín, Juan Carlos. "La donación en la concepción romana y su recepción en el Derecho Argentino", Revista anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, n.º 47 (2017): 739-750.

Mazeaud, Henri, León Mazeaud y Jean Mazeaud. Lecciones de derecho civil, parte 3.ª, vol. IV, traducido por Luis Alcalá-Zamora. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa América, 1962.

Mazeaud, Henri, Lèon Mazeaud, y Jean Mazeaud. Lecciones de derecho civil, parte 2.ª, vol. I, traducido por Luis Alcalá-Zamora. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1960.

Narváez, Jorge Eduardo. El seguro de cumplimiento. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibáñez, 2011.

Ortiz Molina, Amanda Carolina. "Antecedentes del crédito en Colombia: los censos en la ciudad de Santafé en la segunda mitad del siglo XVIII", Tiempo & Economía 3, n.º 2 (2016): 9-31.

Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. Teoría general del contrato y del negocio jurídico, 7.ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2019.

Ossa, J. Efrén. Teoría general del seguro: el contrato, 2.ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1991.

Palacios Sánchez, Fernando. "Derecho de seguros", en Seguros: temas esenciales, dirigido por Fernando Palacios, 3.ª ed. Bogotá: ECOE y Universidad de la Sabana, 2007.

Pérez Conesa, Carmen y Fernando Peña López. "Contratos aleatorios" en Tratado de contratos, t. III, 2ª ed., dirigido por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, et. al., y coordinado por Nieves Moralejo y Susana Quicios. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

Pérez Vives, Álvaro. Teoría general de las obligaciones, vol. I, parte 1.ª, 2.ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1953.

Planiol, Marcel y Georges Ripert. Droit civil français, t. XI. París: Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1932.

Planitz, Hans. Principios de derecho privado germánico. Barcelona, Bosch, 1957.

Pothier, Robert Joseph. "Les traités de droit francais", Oeuvres completes de Pothier, t. II. A Bruxelles, Chez les éditeurs J.-P. Jonker, Ode et Wodon, H. Tarleier, 1829,

Pothier, Robert Joseph. "Traité du contrat de constitution de rente", Oeuvres completes de Pothier, t. IV. Paris: P. J. Langlois Libraire, A. Durand libraire, 1806.

Pothier, Robert Joseph. Tratado de las obligaciones, 1.ª parte. Barcelona: Imprenta y litografía de J. Roger, 1839.

Quiñonero Cervantes, Enrique. "La situación de la renta vitalicia", Anales de la Universidad de Murcia XXXIII, n.º 1-2 (1975): 4-91.

Ripert, Georges y Jean Boulanger. Tratado de derecho civil: según el tratado de Planiol, t. VIII, traducido por Delia García. Buenos Aires, La Ley, 1964.

Ripert, Georges y Jean Boulanger. Tratado de derecho civil: según el tratado de Planiol, t. IV, vol. I, traducido por Delia García. Buenos Aires: La Ley, 1964.

Rodríguez Bustamante, Miguel. "El contrato de renta vitalicia", Temas de Derecho V (2012).

Rodríguez Ramos, Antonio M. "Consideraciones sobre la renta vitalicia gratuita en los derechos español y colombiano", Revista de Derecho Privado, n.º 6 (2000): 17-34.

Roppo, Vincenzo. El contrato, 1.ª ed. peruana, traducido por Eugenia Ariano. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

Salamanca, Hernán. Derecho civil, curso VI, 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1974.

Toral Lara, Estrella. "El contrato de renta vitalicia". Tesis de doctorado, Universidad de Salamanca, 2008.

Uribe-Holguín, Ricardo. Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos, 2.ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1979.

Vélez, Fernando. Estudio sobre el derecho civil colombiano, t. VIII, complementado por Jairo López Morales. Bogotá: Ediciones Lex Ltda, 1983.

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 09 de mayo de 1933. G.J., t. XLI, n.º 1894-03, 328. M.P. José Joaquín Hernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 10 de marzo de 1942. G.J., t. LIII, n.º 1983-18, 106. M.P. Isaías Cepeda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 09 de marzo de 1943, G.J. t. LV, n.º 1993-1994-1995-09, 44. M.P. José Miguel Arango.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de febrero de 1946, G.J., t. LX, n.º 2029-2031-07, 40. M.P. Pedro Castillo Pineda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de abril de 1946. G.J., t. LX, n.º 2032-2033-70, 372. M.P. Arturo Tapias Pilonieta.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de junio de 1943, G.J., t. LXXV, n.º 2130-53, 316. M.P. Pedro Castillo Pineda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 11 de julio de 1943. G.J., t. LXXV, n.º 2131-92, 559. M.P. Gualberto Rodríguez Peña.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 25 de septiembre de 1958. G.J., LXXXIX, n.º 2202-32, 152. M.P. Arturo C. Posada.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 22 de agosto de 1967. G.J., CXIX, n.º 2285-2286-27, 191; M.P. Gustavo Fajardo Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de febrero de 1972. GJ., CXLII, n.º 2352-2353-10, 68. M.P. Ricardo Uribe-Holguín.

Otros:

Benjamín, Juan Manuel. "La hipoteca inversa desde el Derecho", Ámbito jurídico, 14 de julio de 2020. https://www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/la-hipoteca-inversa-desde-el.

Camargo Sierra, Angélica. "Hipoteca inversa, otro mecanismo reproductor de las desigualdades", CIDER, 09 de agosto de 2020. https://cider.uniandes.edu.co/es/noticia/hipoteca-inversa-mecanismo-reproductor-desigualdades-agosto-20

Camilo Hernández, Liliana Walteros, Daniel Quintero, Aníbal Yamhure y Daniel Tocaría, "Documento técnico: renta vitalicia inmobiliaria", Unidad de proyección normativa y estudios de regulación financiera (2020).

Decreto 1398 de 2020, 26 de octubre de 2020, "Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con las condiciones de operación de la renta vitalicia inmobiliaria y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial n.º 51.479.

Mario Fernando Cruz, "La renta vitalicia inmobiliaria sienta sus bases en Colombia", Revista Fasecolda, n.º 179 (2020).

Portafolio, "Por vacíos en la renta vitalicia inmobiliaria hay poco interés", 17 de agosto de 2021. https://www.portafolio.co/mis-finanzas/jubilacion/por-vacios-en-la-renta-vitalicia-inmobiliaria-hay-poco-interes-555234.

Presidencia de la República de Colombia, 11 de junio de 2020. "Presidente Duque lanza el mecanismo 'hipoteca inversa' con el que los mayores de 65 años podrán recibir una renta mensual por su vivienda". https://bit.ly/3wxkCEQ.

Proyecto de Ley n.º 186, "Por el cual se reglamentan las condiciones de operación de la hipoteca inversa y la renta vitalicia inmobiliaria", Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de Colombia. https://www.minvivienda.gov.co/sites/default/files/consultasp/Proyecto%20de%20decreto_186.pdf.

Antecedentes históricos de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MASC): Aportes desde el derecho romano*

Juan Pablo Naranjo Vallejo**
Recibido: 1 de mayo de 2022. Aceptado: 27 de junio de 2022.

Resumen

Este texto estudia las bases del arbitraje desde las recopilaciones del Corpus *Iuris Civilis* y sus desarrollos posteriores. Se plantea que antes de que surgiera un medio institucionalizado público de impartir justicia existieron formas privadas de resolución de conflictos que luego fueron cada vez más institucionalizadas por el poder público imperial. En efecto, se propone que el surgimiento del arbitraje fue producto de la masificación de las relaciones mercantiles e integración de nuevas culturas al ordenamiento jurídico romano en función que el poder público-emperador se ampliaba. Es en esta evolución donde nacen las bases aún presentes en el arbitraje moderno y se concluye que para entender este mecanismo alternativo de solución de conflictos se deben estudiar las raíces romanísticas que son de su esencia. Por ende, este ensayo trata de resolver los siguientes interrogantes: ¿Cuáles son los orígenes de la institución romana del arbitraje? ¿Qué aportes hace el derecho romano en los MASC del derecho contemporáneo colombiano?

Palabras clave

Historia, derecho romano, MASC, arbitraje, evolución, derecho público, derecho privado, monismo, dualismo, ley 1563 de 2012, jurisdicción, contractualismo.

* Artículo de revisión.

**Abogado Junior en Naranjo Vallejo Abogados S.A.S., egresado de la Universidad de los Andes, Bogotá - Colombia. Correo: jp.naranjo@uniandes.edu.co

Historical background of Alternative Dispute Resolution Methods (MASC): Contributions from Roman law.*

Juan Pablo Naranjo**
Received: mayo 1 2022. Accepted: june 27, 2022.

Abstract

This text studies the bases of arbitration from the compilations of the Corpus Iuris Civilis and its subsequent developments. It is argued that before a public institutionalized means of imparting justice emerged, there were private forms of conflict resolution that were later increasingly institutionalized by the imperial public power. Indeed, it is proposed that the emergence of arbitration was the product of the massification of mercantile relations and the integration of new cultures into the Roman legal system as the public-emperor power expanded. It is in this evolution where the bases still present in modern arbitration are born and it is concluded that to understand this alternative conflict resolution mechanism, the romanistic roots that are of its essence must be studied. Therefore, this essay tries to resolve the following questions: What are the origins of the Roman institution of arbitration? What contributions does Roman law make in the MASC of Colombian contemporary law?

Key words

History, roman law, ADR, arbitration, evolution, public law, private law, monism, dualism, Law 1563 of 2012, jurisdiction, contractualism.

* Review article.

** Lawyer from Universidad de los Andes, Bogotá - Colombia. Email: jp.naranjo@uniandes.edu.co

1. Introducción

Una breve definición de arbitraje.

En latín la palabra *arbitror* significa pensar, juzgar, creer, opinar[3]. Por otro lado, *arbitrium* adquiere el significado de "fallo", "juicio", "decisión de juzgar"[4]. No obstante, *ad arbitrium* adquiere en latín una concepción distinta, esta expresión significa "libre albedrio", "libertad de juzgar" u "obrar". Igualmente, en latín *arbitrium* puede significar "derecho". Todas estas definiciones muy distintas a la palabra *arbitrarius* que significa "arbitrario" o voluntad incierta o dudosa de un tercero[5]. Aquí se pregunta: ¿Qué era entonces el arbitraje?

Para Justiniano, dícese el último emperador romano[6]:

> *"el arbitraje era un mecanismo por el cual los que diputan sobre su derecho transigible eligen hombres buenos que den a cada uno de ellos lo que le toque. Los así elegidos reciben arbitrium-facultad de juzgar- y si bien no son jueces, ejercen las funciones de tales y en muchas cosas se les asemejan. Su decisión se llama laudo y siendo de interés público cerrar la puerta a los litigios, su sentencia debe observar ciertos requisitos para que sea válida y los comprometientes la obedezcan" (Sala, 1848)[7].*

En esta medida, es innegable la semejanza de la institución romana del arbitraje a lo dispuesto en el artículo 1 ero de la ley 1563 de 2012 que define la noción así:

> *"El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.*
> *El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.*
> *El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.*
> *En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecu-*

3 Por ejemplo, *ut ego arbitror* significa a mi parecer
4 *Arbitro preatoris*, por decisión del pretor
5 Diccionario Latín- Español. VOX 2019, 38
6 El Digesto de Justiniano, libro 4to, parte octava dedica una sección entera a la materia del arbitraje y su definición.
7 Extractos escogidos expresamente del Autor de Digesto Romano Español, Don Juan Sala (1848). Original. D.4.8.Lit. 23;26;29;30.

ción, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho".

El arbitraje: evolución del concepto.

Ahora bien, es importante hacer la aclaración en esta introducción para que el lector entienda el surgimiento del arbitraje. Por ello, se debe tener en cuenta que el arbitraje es producto de una evolución: el paso de un hombre primitivo de las cavernas que soluciona sus problemas mediante la violencia, a un hombre "civilizado" que comienza a entender el mundo desde un punto de vista lógico, filosófico y finalmente jurídico.

Así, hay que enfatizar en que la noción de arbitraje no nace de la nada[8]. Esta institución se consolida a medida que la concepción de justicia varía; en función del paso de una justicia basada en la violencia privada- autotutela- hacia una justicia impartida por un tercero imparcial- justicia hetero compositiva[9]. La noción moderna de existencia de un juez público que soluciona los conflictos es producto de una evolución jurídica-histórica. Es en esa evolución en donde se rastrean las primeras figuras autocompositivas de solución de controversias.

Es de resaltar que en Roma el concepto de justicia adquiere un valor jurídico, no abstracto. Por ende, mientras Grecia se aproximó a la definición de justicia desde un punto de vista filosófico, la justicia en Roma en la edad imperial adquiere un valor jurídico: un mecanismo monopolizado por el emperador accesible a toda la comunidad[10]. Cuando esto sucede, el arbitraje se convierte en una institución jurídica en manos de los particulares con el fin de impartir justicia. Empero, durante muchos años el procedimiento romano se caracterizó por ser privado[11]- *ordo iudiciorum privatorum* -, la concepción de justicia

8 En latín antiguo, la palabra *arbitrer* -árbitro en español- significaba mediador- tercero que interfería para ayudar a las partes a llegar a un acuerdo-, más no tercero investido por las partes con poder de emitir sentencia frente a la controversia -árbitro- (VOX 2019, 38). Solo con el paso del tiempo y la evolución jurídica histórica romana *arbitrer* llegará a aproximarse a las nociones de arbitraje que conocemos hoy en día.

9 La justicia hetero compositiva es cuando un tercero diferente a las partes se encarga de dirimir el conflicto, mientras justicia autocompositiva es el mecanismo por el cual las mismas partes en conflicto toman la decisión de terminar con su disputa- hay mecanismos pacíficos y violentos de justicia autocompositiva en la roma arcaica (autotutela).

10 Los griegos se aproximaron a la noción de justicia desde un punto filosófico: *daikon*- lo justo mediante una regla socialmente convenida- o *daikon outei* – lo justo por naturaleza-. Por el contrario, los romanos transformaron este concepto en un valor concreto: el *ius*- elemento explícito en la norma- que solo puede ser decretada por un funcionario público o los facultados para ello. (Correa 2015, 64)

11 Cuando Leopold Wenger (1955, 29)habla del procedimiento privado romano se refiere al *ordo privatorum:* proceso de las *legis actiones* y proceso *formulario* en donde la fase *apud iudicem* o *in iudicio* está en manos de los ciudadanos elegidos por las mismas partes a través de una lista. En otras palabras, el procedimiento romano hasta el 286 D.C, se resuelve entre los mismos miembros de la comunidad, es decir, de carácter privado. Según Wenger, solo con la abolición del *proceso ordinario* y con la llegada de la *cognitio extraordinaria* como proceso de todo el imperio se está ante un proceso completamente público, puesto que, es el funcionario imperial quien conoce y decide sobre la controversia:"*Roman Law of Private Procedure lex directs the Praetor to leave with a folk-judge appointed by the parties (iudex privatus) the rendering of judgment, in the so-called* ***cognitio****-procedure,o or in the bureaucratic* ***cognitio****, as we may call the procedure resting upon the imperium of officials, the magistrate can himself dispose of the whole matter from beginning to end, or, for cer- tain procedural steps, even for rendering judgment, he can make use of subordinate judges (iudices dati), in whose appointment the parties have no part, although as a matter of fact upon occasions such part is vouch- safed to them. ...Only secondarily is mention made of the* ***cognitio****-procedure too, which in the course of the development of the Roman state, as a bureaucratic. The frequent expression (occasioned by the sources) "extraordinary procedure," cognitio ex-*

pública y arbitraje solo llegaría con la evolución histórica de Roma. Por lo mismo, solo cuando Roma se expande comienza a evidenciarse la diferencia entre juez y árbitro[12].

Abordar el Conflicto: El paso del derecho absoluto al relativo.

Llegado a este punto, el lector debe hacer una reflexión de lo que es el conflicto y como se llega a solucionar una disputa entre los seres humanos, puesto que, existen diversas formas de solucionar las controversias entre las partes: la violencia, el dialogo mutuo, o el delegar la solución a un tercero imparcial. En consecuencia, hay que tener presente que algunas teorías del origen del "conflicto" han expuesto que las disputas están presentes por naturaleza en el ser humano[13], otras corrientes se oponen a esta idea, pero hay cierto consenso en que el derecho se convierte en un mecanismo de regulación de los conflictos en beneficio del Estado - una herramienta de poder-[14]. Es por esto por lo que cuando Roma se extiende, el poder público-emperador se preocupa en monopolizar la resolución de las controversias.

Por lo anterior, para poder entender el surgimiento del arbitraje se debe hacer un recuento histórico de la evolución del ordenamiento jurídico; del paso del derecho relativo al absoluto y de la evolución de una justicia autocompositiva a una hetero compositiva[15].

a. Derecho absoluto.

Cuando se habla de derecho absoluto se está en la época arcaica y preclásica de Roma. Aquí, el deudor responde con su propio cuerpo, no existe la noción de patrimonio individual de la persona[16]y la venganza privada es el medio por el cual se solucionan gran parte de los conflictos. En efecto, la Ley de las XII Tablas del 450 A.C permite la ley del talión y la venta del deudor confeso o condenado[17]. A su

traordinaria, or ***cognitio*** *extra ordinem points to a contrast with the privatum iudicium, and is therefore a negative idea and, as such, ambiguous, in that it can also express a contrast with other "ordinary" transactions".*

12 Juez- Diocleciano en lo ateniente a *iurisdictio* expuso que la jurisdicción no puede ser objeto de compromiso- voluntad exclusiva de las partes. No hay juez alguno que no sea nombrado por autoridad pública. Para los romanos la *iurisdictio* es el elemento que permite que la sentencia adquiera la connotación de cosa juzgada, sin *iurisdictio* no hay *actio iudicata*. Entiéndase *iurisdictio* como capacidad de decir derecho, competencia para decir el derecho y coerción por tutela del derecho. Digesto Romano-español. (1848). pg.51.

13 Ver sección que trata del conflicto en el presente texto en lo relacionado con la corriente liberal.

14 Ver Garcia, G. S. (2019). Las teorias del conflicto y fenomenología en el análisis socio jurídico del derecho. Pg.85-101.

15 Por ejemplo, Mitteis y Meylan explican este paso del derecho absoluto al derecho relativo a través de las figuras del *nexum, praedes, vades, vindex* y *spontio* (Correa 2015, 153).

16 Es difícil determinar cuando se habla formalmente de la aparición de la noción de patrimonio como característica inherente de la persona. Es decir, cada persona posee, por el hecho de ser persona, un patrimonio, el cual se compone de un conjunto de bienes estimables en dinero- bienes dentro del comercio. En Roma, durante la monarquía la noción de patrimonio es colectiva, el *pater* es el único que puede detentar la *familiae pecuniae.* Del mismo modo, para la época arcaica los bienes inmuebles, los predios, no son bienes que se encuentran dentro del patrimonio del *pater familias*, puesto que son bienes que pertenecen a la *gens*- al clan. En consecuencia, el patrimonio cómo se conoce en el derecho arcaico romano es colectivo y mucho más limitado. Dicha noción de patrimonio evolucionó a medida que Roma pasó al derecho relativo, aparecieron los peculios, y se llegó a la noción de que cada persona es igual a un patrimonio- bona. Ver. *Salvador Morales Ferrer; Sandra Milena Daza (2016) El concepto de patrimonio y su aplicación en España.* Universidad Católica de Colombia. Bogotá D.C. pg-12.

17 Tabla III, punto 5 a 9: "5. Si no paga dentro los 30 días, el acreedor puede prenderlo y presentarlo ante el pretor"; "6. Si aún no pagase, y nadie se presentase por él ni defenderlo en juicio, el acreedor puede hacerlo poner en la cárcel amarrado con collar o grillos que no pesen más de 15 libras y si menos, a arbitrio del acreedor"; (…) "9. Si los acreedores fuesen muchos, al cabo de tres *nundinos*, hagan trozos el cuerpo del deudor, pudiendo coger cada uno más o menos parte sin incurrir en fraude. O véndanlo a la otra parte del Tíber; si prefieren haberlo así. Tabla VII, punto 11: "11. Si alguno rompiese a otro algún miembro, queda sujeto a la

vez, el derecho y la religión se confunden, todavía no existe el concepto de magistrado: el derecho es monopolizado por los sacerdotes-pontífices[18]. En este periodo se aplica el proceso de las *legis actiones*: un proceso privado sacramental, formalista, exclusivo para ciudadanos romanos y donde se responde por actos de terceros.

b. Derecho Relativo.

A medida que Roma evoluciona, el derecho comienza a desacralizarse y a ser accesible a los peregrinos[19]. Durante el periodo clásico y postclásico de Roma, se pasó del procedimiento de las *legis actiones* al proceso *formulario* y *extraordinario*. Como consecuencia de ello, nace la magistratura pública y para el 326 A.C se prohíbe la venta del individuo para satisfacer una deuda pendiente: se responde con los bienes y no con la persona[20]. Además, se permitió al deudor ser su propio garante para comparecer al juicio, figura que se conoció como la *spontio pro se*[21]. Así, en el derecho relativo nace la noción de *patrimonio* como conjunto de bienes estimables en dinero de una persona -*bona*-[22], la responsabilidad es individual y se castiga la violencia en contra del deudor[23].

Este recuento histórico es importante, puesto que, el arbitraje privado[24] solo pudo consolidarse a medida que se desacralizaba el derecho y nacían las figuras de la *spontio* (fianza) y *stipulatio* (contrato verbal

pena del talión, a no ser que pactasen otra cosa el ofensor y ofendido" (Quisbert 2006).

18 En el derecho arcaico la tabla III de las XII tablas (450ª.c) establece el procedimiento de la *manus injectio*. Cuando el *confessus* o el *indefenssus* no pagaba en los 30 días siguientes a su confesión o sentencia era encadenado- *obligatus* o *addictus*- por el acreedor y este lo exhibía en tres *nundinos* -aproximadamente 60 días- para que algún familiar pagara la deuda (Quisbert 2006, 8). En caso de superar este límite de tiempo, el deudor era vendido *trans tiberim* o descuartizado en caso de pluralidad de acreedores. Además, el deudor podía celebrar el *nexum*; ceder su propio cuerpo a su acreedor en calidad servil hasta la satisfacción de una obligación (Reyes López y Buigues Oliver 1996, 1456-1463). A su vez, las nociones de *praedes* y *vades* son conceptos de derecho absoluto; la persona responde físicamente por actos de terceros. Por un lado, el *vas* garantizaba la asistencia a juico de una persona en el procedimiento de las *legis actiones*. Por otra parte, el *praedes* era quien garantizaba la entrega material de la cosa en la *actio in sacramentum in rem* y se exponía personalmente en caso de no restitución (1996, 1456-1463). Todo ello obedece a un periodo en donde se responde físicamente por las obligaciones, se permite la venganza privada, hay una conexidad entre derecho y religión y la responsabilidad aún no es individual.

19 Extranjeros. Pueblos integrados por la conquista a territorio romano

20 Leopold Wenger (1954, pg.19-21), en *Actio Iudicati*, manifiesta como efectivamente la *manus iniectio* fue remplazada por la *actio iudicati* para exigir el cobro de una obligación.

21 La promesa propia de pagar la obligación es suficiente garantía. Se responde de forma individual por sus actos.

22 El patrimonio es un conjunto de bienes propios de una persona o de una institución, susceptibles de estimación económica. La noción de Patrimonio nace cuando se pasa de una familia arcaica romana donde la tierra es colectiva a una noción económica de los bienes y propiedad privada. Es el paso hacia la noción de *bona*- antiguamente conjunto de bienes (Correa 2015, pg.287).

23 A medida que Roma evolucionó, el derecho comenzó a desacralizarse. Se pasó del procedimiento de las *legis actiones* al *proceso formulario* y *extraordinario*. Las antiguas nociones del *praedes, vades, nexum, vindex* fueron desapareciendo para dar lugar a la s*pontio*. Para el 326 A.C se prohíbe el *nexum* con la *Lex Poetelia Papira*; se comienza a responder con el patrimonio y no con la persona. De igual forma, la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* "aceptó que un condenado pudiese ser garantizado por un fiador" (Correa 2015, 154). Posteriormente, el *sponsor* pudo librarse de la *manus injectio* si pagaba una suma de dinero convenida. En este proceso per *iudicis arbitrive postulationem* se solicitaba al magistrado que nombrara juez o árbitro para que determinara el monto que debía pagar. Para terminar, hacia el 200 A.C la Lex Valia permitió al deudor ser su propio garante para comparecer al juicio, esta figura fue el origen de la *spontio pro se* (2015, 156). Finalmente, la *legis actio per condictionem* permitió la exigencia de la obligación en sentido abstracto. Así, en el derecho relativo la persona es responsable por sus propios actos, responde con sus bienes y se castiga la violencia en contra del deudor. Ver también Hinestrosa, 2003. "Del nexum a la spontio". *Tratado de las Obligaciones I*. Pg.60-63

24 Entiéndase como mecanismo paralelo al poder público emperador por el cual se autoriza a terceros para que nombren a voluntad un tercero para solucionar su controversia. La decisión es de obligatorio cumplimiento en virtud del *compromissum*.

de promesa) propias del derecho relativo[25]. Estas figuras permitieron una mayor amplitud del derecho y flexibilización de este. Se adelanta que en Roma el arbitraje se garantizaba a través de *stipulatios penalis* reciprocas entre las partes[26]. En consecuencia, solo cuando se pasó a una justicia en cabeza de un magistrado público se institucionalizó el arbitraje. Por lo anterior, este trabajo se concentra en estudiar la época clásica del derecho romano.

El arbitraje como producto de la expansión comercial y geográfica en la época clásica del derecho romano.

Al adentrarnos en el estudio histórico de la institución del arbitraje, el lector deberá comprender, como ya se ha resumido hasta el momento, que dicha institución tiene orígenes intrínsecos en la forma de como el individuo comienza a ver el mundo jurídico a través de una evolución paulatina de la forma de resolver el conflicto. Por lo anterior, entender el arbitraje es entender la historia misma del hombre, de sus relaciones personales y comerciales con la comunidad.

a. Como bien se sabe, Roma no se construyó en un día. Según el reconocido historiador Edward Gibbon, el Imperio Romano:

> *"media más de 3.200 Kilómetros de anchura desde el muro de Antonino y los limites septentrionales de Dacia hasta el Atlas y el trópico de Cáncer; que, a lo largo, media más de 4800 kilómetros desde el Océano Occidental al Éufrates (...) y que ocupaba en total más de cuatro millones de kilómetros cuadrados (...)"* (Gibbon 2003, 53).

Ahora bien, este resumen de lo que llegó a ser la amplitud del Imperio Romano para los siglos I y II D.C contrasta con la extensión de Roma descrita por Tito Livio (2011) en su libro *Ab Urbe Condita* para el 753 A.C; donde, Roma solo era un pequeño asentamiento a orillas del rio Tíber, una civilización cargada de leyendas, mitos y supersticiones (4-6).

Por ello, se debe entender que la historia de Roma abarcó más de 1200 años de evolución. Una evolución que le permitió al mundo deslumbrarse, tal vez, con el imperio y sociedad más desarrollada y poderosa del mundo antiguo; que agrupó un sin número de pueblos y culturas, aprendió de ellas y adoptó soluciones jurídicas de resolución de conflictos entre los distintos habitantes del imperio. Por ello, a medida que Roma crecía, el tráfico mercantil se multiplicaba y las relaciones con los diferentes pueblos del mediterráneo aumentaban (Gibbon 2003, 43). En paralelo, se pasó de ser un pueblo primi-

25 Cuando se pasa del *nexum, preades, vades* a la *sponsio* se dan los elementos necesarios para crear las bases contractualistas aún presentes en nuestro ordenamiento. Así, la *stipulatio* nació de esa evolución del paso del derecho absoluto al relativo y se consolidó como el comodín contractual que permitía celebrar cualquier tipo de contrato atípico mediante esta figura. La *stipulatio*, en un inicio solemne y exclusiva para ciudadanos romanos, luego fue accesible a los peregrinos visto que se permitió realizar dicho contrato en otras lenguas- griego. Hinestrosa, 2003. "Del nexum a la spontio". *Tratado de las Obligaciones I*. Pg.60 y s.s.

26 Ver Zappalá 2010, pg. 202 y Digesto 4.8.23.2-27.2

tivo a una organización social que cada vez más monopolizaba la justicia; la autotutela se reemplazó por un sistema hetero compositivo y la violencia a mano propia fue prohibida[27].

b. En este contexto, en el transcurso del paso de una horda bárbara a una civilización organizada, aparece el origen de la composición de conflictos por los particulares. Cuando se pasó de ser una pequeña ciudad a orillas del Tíber a una República que se extendía a lo largo de toda la cuenca mediterránea, hasta conformar un imperio, nació el arbitraje como producto de las relaciones mercantiles con los pueblos extranjeros y de la necesidad de romanizar -apaciguar- a los pueblos conquistados[28]. En consecuencia, se sostiene que los hechos históricos y geográficos influenciaron la conformación del arbitraje y los orígenes de las formas de composición de conflictos entre particulares. En virtud de lo anterior, se defiende que antes de que surgiera un medio institucionalizado público de impartir justicia[29] existieron formas privadas de resolución de conflictos que luego fueron cada vez más institucionalizadas por el poder público imperial. El surgimiento del arbitraje fue producto de la ampliación de las relaciones mercantiles e integración de nuevas culturas al ordenamiento romano a medida que el poder público-emperador se iba ampliando[30]. Pero, ¿Cómo, por qué y para qué? ¿Cómo medio de aceptar autonomías, sin poner en riesgo la "soberanía" del imperio? ¿Por qué hubo una costumbre mercantil consentida y protegida y al unísono un prínceps[31] que buscaba controlar cada aspecto de la vida del individuo?

Por lo tanto, se proponen las siguientes preguntas de investigación: i) ¿Cuáles son los orígenes de la institución romana del arbitraje? ii) ¿Qué aportes hace el derecho romano en los MASC en el derecho contemporáneo colombiano? Para el desarrollo del siguiente trabajo, i) primero, se estudiará la definición del conflicto en las relaciones humanas, después, ii) se establecerá cuáles fueron los instrumentos adoptados por Roma para la solución de los conflictos desde el derecho, para luego, iii) establecer cuáles son los mecanismos alternativos de solución de conflictos en manos de particulares que conocieron los romanos. Todo esto para culminar con iv) un análisis de las diferentes figuras de arbitraje que existieron en esta civilización antigua durante el periodo clásico de Roma, v) rastrear la

27 Augusto mediante la *Lex iulia de vis publica et privata* impide que el acreedor utilicé la fuerza para hacer comparecer al deudor a juicio. (Correa 2015, 125)

28 Incluso, algunas culturas actuales son el ejemplo viviente del legado de Roma producto de su expansión territorial y comercial:"actualmente, los Bereberes o *Amazigh*, habitantes autóctonos del Norte de África, aplican el arbitraje primitivo como forma de dirimir los conflictos, de acuerdo con una jurisdicción especial ejercida por el sacerdote de la plaza de mercado, cuya competencia, similar a la potestad de la magistratura del *ædile curule* de la Roma republicana, se concentraba en la resolución de conflictos entre comerciantes, y entre éstos y los extranjeros" (Zappalá 2010).

29 Entiéndase Justicia ya como mecanismo jurídico en servicio de la comunidad. Los griegos se aproximaron a la noción de justicia desde un punto filosófico- *daykon*- lo justo mediante una regla socialmente convenida, los romanos transformaron este concepto en un valor concreto ius- elemento explícito en la norma- que solo puede ser decretada por un funcionario público o facultados para ello. (Correa 2015, 64)

30 Ver Zappalá (2010, pág.201). Universalismo Histórico del Arbitraje.

31 En Roma la palabra *imperator* no significaba emperador. *Imperator* era el cargo máximo otorgado en la cadena de mando militar- general supremo. Esto se explica porque en la república ser *imperato*r era equivalente a ser magistrado portador de *imperium*. Ahora bien, el emperador, al tener *imperium militae*- poder absoluto para comandar las legiones del imperio- también era *imperato*r. No obstante, en Roma el emperador se denominaba bajo la palabra *prínceps* y sus sucesores bajo la palabra *cesar*- en honor a Julio Cesar. Por consiguiente, cuando en el texto se utiliza la palabra *prínceps* se está haciendo referencia al emperador.

aparición del arbitraje en las codificaciones del siglo XIX y XX y vi) finalmente evidenciar similitudes de la institución del arbitraje romano y el arbitraje moderno colombiano.

2. Marco teórico: El conflicto, una reflexión desde la ciencia política y la sociología.

En efecto, para entender el origen de la autocomposición entre particulares y el surgimiento del arbitraje es necesario hacer una aproximación a la noción de conflicto desde la perspectiva de las relaciones humanas.

i) Para comenzar, es de recordar que los estudios de la sociología y la ciencia política han estudiado a profundidad la noción de *conflicto*. Por ejemplo, German Silva García (2019, pg.89) manifiesta que existen varias formas de entender *el conflicto*. En esta medida, desde la aproximación de la corriente liberal[32] *"el conflicto es algo normal e inherente a la vida en sociedad"* Por ello, la teoría liberal recuerda el precepto filosófico de Heráclito, filósofo griego pre socrático y fundador del pensamiento estoico, que propone la idea: *"todo se mueve y nada permanece, y, comparando las cosas con la corriente de un río, (...) en el mismo río no nos bañamos dos veces"*, por lo cual de allí se ha interpretado que *"todas las cosas se hallan en perpetuo flujo y cambio; ninguna parte del universo se podrá encontrar en reposo eterno, la estabilidad inmutable. Y no sólo hay en él perpetuo cambio sino también perpetuo conflicto"* (Paris 2013, 5).

ii) De forma adicional, la corriente liberal se ha apoyado en la idea de Aristóteles que explica la existencia del ser humano en función del choque constante e inherente de las relaciones humanas. Es por esto por lo que Aristóteles manifiesta que los seres humanos siempre buscan la manera de resolver el *conflicto*, como en las relaciones *inter-amicos*:

> *"es evidente que la amistad se concibe básicamente sobre el principio do ut des[33], por lo que se plantean como muy importantes problemas como «quién mide, y de qué manera, la devolución de una prestación»; o bien, «a quién hay que devolver primero la prestación en caso de conflicto»" (2005, 30).*

Por ende, según la visión de Aristóteles, recogida por las corrientes liberales de la teoría del *conflicto*, se puede concluir que la interacción de los seres humanos está enmarcada dentro de una constante oposición de opiniones, intereses o ideologías que solo pueden ser atemperadas mediante comunicación, concordia, regulación y cooperación.

32 Una de las corrientes que se opone a la corriente liberal es la teoría Marxista que argumenta que a lo largo de la historia lo que ha existido son luchas de clases. En esta medida, siempre se encontrará una sociedad segmentada y en conflicto cuando existe la contradicción antagónica entre trabajo y capital. No obstante, aunque el marxismo propone la existencia del conflicto a través de una oposición de clases, al final su teoría se reduce al igual que la corriente liberal a un tema económico de quien posee los recursos. Por otra parte, la teoría funcionalista del conflicto se opone tanto a la corriente liberal como la marxista al considerar que no existen problemas antagónicos no reconciliables.

33 Traducción por el autor: Doy para que des.

En este mismo sentido García expone:

> *"la sociedad es definida como una acumulación de grupos contrarios y dinámicos en permanente reconstitución que pretenden realizar sus intereses o ideologías, de los cuales se desprenden relaciones de cooperación y/o conflicto, que generan un cierto orden social y también, alguna clase de desorden" (2019, 90).*

Para Hegel el derecho se convierte en una herramienta del Estado para mitigar ese *conflicto* y mantener un status quo: *"la filosofía del derecho[…] tiene una existencia que afecta a lo público y […] se desarrolla […] al servicio del Estado"* [34]. Sin embargo, el mismo Hegel consideró que esta connotación del derecho al servicio del Estado no es exactamente como lo conocieron los romanos o griegos, puesto que estos se aproximaron al derecho desde un punto de vista individualista, visto que la figura de Estado no existía para aquel entonces. No obstante, es evidente cómo las ideas de derecho, ley y solución de conflictos, sí podemos encontrarlas en los pueblos antiguos, cuyos pensamientos filosóficos y jurídicos permearon nuestros ordenamientos actuales. Por ejemplo, las XII Tablas fueron una herramienta jurídica con el fin de mitigar el descontento de los plebeyos y mantener el orden social que data del 450 A.C[35] . O recordemos la famosa frase citada por Modestino "*Roma communis nostra patria est*"[36] que demuestra que la noción de soberanía sí pudieron concebirla los romanos (Modestino s.f., D. 50.1.33).

III) Ahora bien, al hacer una comparación de la teoría del conflicto a través de la experiencia jurídico-romana, se puede evidenciar que hay un paso paulatino de una resolución de controversias a través de la autotutela (la violencia), ante la ausencia del derecho, hacia una justicia hetero compositiva cada vez más monopolizada por el emperador. En Roma el conflicto comenzará a ser tratado mediante la figura del *proceso*. El *proceso* se define como un mecanismo reglado y sistemático[37] que busca terminar con una controversia. En Roma existieron 3 tipos de procesos[38] que abordaron de manera distinta los conflictos entre los miembros de la comunidad. No obstante, la figura de proceso se consolida a medida que el poder público imperial comienza a tener mayor participación en la resolución de los conflictos de los ciudadanos romanos.

IV) Se reitera lo dicho por Álvarez Correa: *"en el derecho primitivo, el individuo hacia justicia por sí mismo, (…) en las sociedades sofisticadas surgió la práctica de solicitarle a un tercero que resolviera el conflicto entre*

34 Hegel 1968, 30.

35 Correa 2015, 24

36 Roma es la patria común. Allí donde está el emperador está Roma. Este concepto explicado por Modestino permite entender que la soberanía sí la concibieron los romanos bajo la figura de un único emperador, una única fuente de coerción.

37 La Ley de las XII tablas conlleva la aparición del proceso en Roma y el *ius scriptum*. Wlassak atribuye el origen del proceso civil en roma a la recepción del arbitraje privado por parte del Estado, mientras Ihering plantea que el proceso nace de la defensa privada. Ver: Silva (1994) Derecho Romano. En torno al ordo *iudiciorum privatorum*. Pág. 479.

38 i) El proceso de las *legis actiones*- un proceso sacramental, en cabeza del pontífice y donde se permite la *vis* o violencia privada, ii) el *proceso formulario*, se desacraliza el derecho, nace la figura del pretor como moderador del litigio, se limita la violencia privada y iii) el proceso *cognitio extraordinem* en donde se monopoliza totalmente la justicia en cabeza del emperador, accesible a todos los habitantes del imperio y los funcionarios son especializados en derecho (Correa 2015, 126).

adversarios, como juez o árbitro" (2015.123-124). Del mismo modo, a partir de la costumbre la decisión del tercero se volvió obligatoria y surgió el concepto de *tribunal* y *sentencia*. Con el tribunal surge el concepto de *procedere*, manera de proceder ante el conflicto, y la decisión *-sententia-* se torna de obligatorio cumplimiento para los involucrados[39]. Esta obligatoriedad creada en un inicio por la práctica jurídica será reconocida de forma posterior por el poder público cuando este se expande.

Por ejemplo, cuando se pasa del proceso de las *legis actiones* al *proceso formulario* (150 A.C) hay cada vez una mayor participación del Estado[40] en el aparato judicial. Además, la *Lex Iulia de vis publica et privata*, durante el reino de Augusto, prohibió el uso de la *vis* - violencia- privada. Como resultado de esto, solo quien tenía *imperium*[41] podía ejercer la fuerza - derecho a coerción por uso de las armas -.

v) Para acabar, en el periodo del Dominado[42], como indica Riccobono, se eliminan viejos procedimientos para dar paso a un monopolio judicial calificado en cabeza de funcionarios imperiales en el siglo IV D.C:

> *"(...) según lo definido por Diocleciano (286 D.C.) y por Constantino el Grande (...) se provocaron los siguientes cambios: 1. La abolición del sistema clásico de procedimiento (ordo iudiciorum privatorum), que fue reemplazado por la cognitio extraordinaria, un poder judicial estatal calificado*" (2021, 502-503).

Por lo tanto, los pueblos de la antigüedad comenzaron a abordar las disputas, primero desde un ámbito privado, para luego moderar cada vez más esta interacción de particulares en la resolución de controversias, y culminar con una regulación total por parte del poder público-emperador. De allí se puede concluir que las formas de resolución de conflictos en manos de particulares fueron los primeros métodos utilizados por los hombres para solucionar sus disputas, los cuales fueron poco a poco regularizados por el derecho en pro del bienestar colectivo y convivencia social[43].

A pesar de lo anterior, habrá momentos en el presente trabajo en donde se cuestione esta última afirmación. El lector deberá decidir si el arbitraje se institucionaliza para regular los conflictos en pro de la comunidad, o para permitir que el poder público controle cada aspecto de la vida de las personas. La respuesta parece encontrarse en el medio: a un Estado no le interesa dejar demasiada libertad a los individuos para decidir sobre sus disputas, pero, en caso de inmiscuirse demasiado en la vida del individuo el arbitraje desaparece. Así, se da paso a una justicia totalmente controlada por el *prínceps*,

39 *Abitrium* en latín nace del género *sententia*. La *sententia* tiene dos dimensiones: *arbitrium* o *iudicium*. En esta medida, como ya se explicó al inició de este texto, *arbitrium* en latín significa libre albedrio, por ende, si hablamos de *arbitrium* se habla de equidad, mientras que cuando se habla de *iudicium* se habla de lo que es correcto o incorrecto (Garavito 2013, 2).

40 Entiéndase Estado como poder público imperial en este texto. Para llegar a la noción de Estado moderno se tendrá que pasar por el contractualismo, noción de bien público, la paz de Westfalia, las ideas de la revolución francesa, entre otros periodos y nociones muy posteriores. Para la época romana la concepción de Estado no existe, pero si está presente el elemento de soberanía en virtud del poder público imperial.

41 Solo ciertos magistrados poseían *imperium*- derecho del uso de las armas. El pretor tenía *imperium* para dirigir legionarios en Roma en virtud de la *iurisdictio*. Correa (2019, pg.10).

42 Cuando se habla del Dominado se refiere a la época del bajo imperio o periodo postclásico del derecho romano -286 d.c en adelante-.

43 VerZumpano y Donati 2014, 3

donde la autonomía privada no tiene lugar.

3. El arbitraje en la historia del derecho romano.

Vista una aproximación teórica de lo que es el conflicto y cómo el derecho interactúa con la sociedad, se pasa a determinar cuáles fueron las distintas formas de abordar *el conflicto* en Roma; para así evidenciar el origen de la composición de conflictos entre particulares, en especial el arbitraje. Por ello se debe comprender que Roma pasó de ser un pequeño asentamiento a orillas del Tíber, un pueblo primitivo tribal que realizaba sacrificios humanos y pregonaba la Ley del ojo por ojo, a un sistema que poco a poco repudió la violencia, el incesto y otras conductas de los pueblos primitivos "reprochables". Roma a medida que evolucionaba expandía su territorio y de una pequeña monarquía surgió una república que dominó el mediterráneo, hasta luego llegar a ser una super potencia que ocupó ¼ del globo terráqueo y convertirse en el imperio mas grande y duradero de la historia de la humanidad. Por consiguiente, desprender la historia de Roma de la historia del arbitraje sería tratar de explicar que la tierra gira alrededor del Sol sin haber conocido a Copérnico. Por lo mismo, hay que entender que el derecho no es otra cosa que un mecanismo de dominación y por ello se debe analizar si este artículo trata sobre el arbitraje en la historia o de la historia misma del arbitraje.

I) La monarquía.

A) Como explica Peter Stein (1999, 3):

> *"Rome was a small community on the left bank of the river Tiber (...). Its people believed that they were descended from refugees from the city of Troy after its sack by the Greeks. Their law was a set of unwritten customs, passed on orally from one generation to the next, which were regarded as part of their folk heritage as Romans. These laws were applicable only to those who could claim to be Roman citizens (ius civile, law for cives, citizens)*[44].

En consecuencia, durante este periodo Roma se encuentra en su etapa más primitiva; el derecho y religión se confunden y básicamente no existe derecho escrito. La única fuente del derecho era la costumbre- *mores maiorum*-[45]. Además, como en todos los pueblos primitivos, la personalidad del derecho prevalecía; es decir, que el derecho no era aplicable en función de donde se originó la disputa (principio de territorialidad), sino por la proveniencia del individuo: solo la comunidad donde se nace es competente para juzgar[46]. No obstante, aunque no existía derecho como tal, según lo expuesto

44 Traducción por el autor: Roma era una pequeña comunidad situada en el lado izquierdo del rio Tíber. Este pueblo creía ser descendiente de los sobrevivientes de Troya después de que está fuese saqueada por los griegos. Sus leyes eran un acoplo de costumbres no escritas, conservadas por la oralidad de generación en generación, lo cual constituía la herencia folclórica de lo que significaba ser romano. Dichas leyes eran solo aplicables a los ciudadanos romanos (*ius civile*, para ciudadanos).

45 Esto puesto que para algunos "las leyes regias no eran leyes sino declaraciones confirmatorias de la antigua costumbre que el pueblo reconocía como tal" (Correa 2015, 18).

46 Friederick Karl Von Savigny, romanista y miembro de la corriente historicista del derecho, planteó que el derecho exigía tomar

por Zumpano & Donati: *"(...) los procedimientos informales de resolución de controversias fueron largamente utilizadas en el curso de la historia por parte de las más variadas culturas*[47]".

B) Por ejemplo, es de resaltar la institución del *consilium* o *iudicium domesticum*[48]; institución que para algunos constituía un verdadero tribunal familiar, el cual permitía al *pater familias*[49], junto a un órgano colegiado allegado a la familia, decidir sobre determinados asuntos familiares de suma importancia sustrayéndolos del conocimiento público y con fuerza vinculante. Aún cuando la discusión en la materia no es pacífica, según Bonfante:

> *"(...) gli esempi della storia manifestano che esso (consilium domesticum) viene in campo non per mancamenti dell'ordine domestico, ma per veri delitti contro la patria, contro la familia, contro le persone e i beni; deliti che più tardi concorre l'azione dello stato con quella del pater familias" (1925, 74)*[50].

En esta medida, si la posición de Bonfante fuese cierta no cabría duda de la existencia de una figura parecida al arbitraje que data desde la monarquía. Sin embargo, esta hipótesis es altamente debatida por autores como Volterra que argumentan que:

> *" (...) la veritá è che nel campo della famiglia romana è erroneo parlare di giurisdizione del paterfamilias. (...) essa non consiste nè in un'attuazzione della legge, nè in un rendere giustizia nel caso concreto, nè si esprime in un atto processuale*[51]" (Vallejo Pérez 2018, 82).

C) Ahora bien, no importa qué postura se tome, se evidencia que, en la Monarquía Roma es todavía un pueblo primitivo donde el poder público es tenue y débil, por lo cual la resolución de controversias mediante la venganza privada y la autocomposición de las partes prevalece en el ámbito privado. Por lo anterior, existiese o no tribunal familiar -forma de arbitraje primitivo- con el *iudicium domesticum*, lo cierto es que resulta innegable la presencia desde la Monarquía de figuras de resolución de conflictos

en cuenta situaciones de hecho que remiten a un lugar en el espacio donde la relación jurídica es creada, concretada o produce sus efectos. Así, la escogencia del derecho implica para este autor, ante todo, la escogencia del lugar. Para Savigny, en Roma con la aparición del *derecho de gentes* y *el ius honorario* aparece este principio de territorialidad, puesto que al individuo no romano le es aplicable el *derecho de gentes*, *ius commune* dentro de los *limes* romanos. En este sentido, cuando Roma se expande se crea un doble estatus que desdibuja la personalidad del derecho: el individuo es tracio, pero a su vez es súbdito de Roma (Junker 2017, 97).

47 Zumpano y Donati 2014, 3-4. Traducción del italiano por este autor.

48 Tribunal o consejo domestico en cabeza del *pater familias* que buscaba solucionar conflictos que se originaran al interior de la *domu*s -casa-. Los Romanos identificaron una división entre el carácter público y privado de las personas. (Vallejo Pérez 2018, 81).

49 *Pater familias*- surge etimológicamente de la palabra *caput* en latín que significaba literalmente cabeza y familias que se refería a la familia propiamente dicha. De allí una traducción literal de esta palabra seria cabeza de familia. En Roma el *pater familias* era el dueño de la *domus*-casa y sus integrantes- y de los bienes que la componían. El *pater familias* debía ser hombre, ciudadano romano y para gozar de plena capacidad-debía tener más de 25 años.

50 Traducción por el autor: Los ejemplos de la historia manifiestan que el *consilium domesticum* no aparece por vulneración al orden doméstico, sino por verdaderos delitos contra la patria, la familia, los bienes y donde luego concurre la acción pública del estado con la del *pater familias*.

51 Traducción por el autor: La verdad es que en el campo de la familia romana es erróneo hablar de una jurisdicción del *pater familias*, esta no consistía en una actuación de la ley o en rendir justicia en el caso concreto, ni tampoco expresaba un acto procesal ()

en manos de particulares; en donde, como mínimo se encontraba la figura del amigable componedor a causa de esta preponderancia de solución privada de controversias.

D) Tal vez, es importante aclarar que el *iudicium domesticum* no podía constituir un verdadero tribunal porque faltaba el elemento de la *iurisdictio*. Mientras la *iurisdictio* es la capacidad otorgada de acuerdo al *imperium* -coerción- de decir el derecho, dicho de otro modo, la capacidad de otorgar acciones y medidas procesales por un funcionario competente (Correa 2015, pg.10)- el Rey como Pontífice Máximo en la Monarquía, por ejemplo- ; el *pater familias* no tenía ese elemento jurisdiccional, por lo que el *consilium domesticum* solo podía ser interpretado como un acto voluntario permitido dentro de la esfera privada de las partes para llevar un conflicto a *termine.*

II) La república

Llegado a este punto el lector debe entender que de una monarquía primitiva romana surgió luego una república que ocupó toda la cuenca mediterránea. Los romanos tuvieron que decidir si rechazar o integrar al extranjero al sistema político y jurídico romano a la medida que roma se ampliaba. Por ende, en una ampliación constante del territorio y del comercio Roma adoptó por la integración del individuo a un proyecto político y económico común, dio autonomía a los individuos y allí el arbitraje encontró su función: integrar al extranjero al comercio y permitir autonomía con el fin de "romanizar" al individuo, hacerlo parte del sistema.

A) Al pasar de la Monarquía a la República – siglo VI A.C - vemos cómo aparecen nuevas fuentes del derecho[52] en el seno de la organización político-social romana. En este sentido, el *ius scriptum* – la ley- aparece como fuente de derecho desde la promulgación de la Ley de las XII Tablas. El derecho comienza una gradual desacralización, nacen los jurisconsultos[53] y se crean nuevas magistraturas que son fuente de derecho[54]. Además, el derecho pasa a ser interpretado progresivamente por juristas laicos y accesible a los plebeyos[55].

B) Del mismo modo, aún si la resolución privada de las controversias sigue siendo la regla general, el derecho comienza a institucionalizar la autotutela. En particular, Peter Stein manifiesta:

52 Según Gayo: "*Lex ex quad populus iubet atque constituit"*-lo que el pueblo prescribe y establece (Correa, 2015 pg. 6). Así mismo, nace la figura del magistrado judicial a medida que el cónsul delega sus funciones a otros funcionarios: el pretor nace en el 242D.C. Estas nuevas fuentes del derecho se basan en lo que denomina Kunkel (1972) como los cuatro fundamentos del derecho romano: *el imperium, la auctoritas, la potestas y la maiestas.* Además de lo anterior, con el nacimiento de la ley como fuente de derecho comienza a surgir la división de las fuentes de las obligaciones. Gayo distingue dos "causas" en el Alto Imperio: el contrato y el delito (Gayo III,88), mientras que luego en el siglo III D.C Modestino llega a la teoría tripartita de la división de las fuentes de las obligaciones agregando la Lex y el *ius honoraria* (D.44.7.25). Solo con Justiniano se llegará a la división que se asemeja a la que se tiene hoy en día (Correa.2015 Pg30).

53 Stein,1999. Pg.13*: "From the second half of the third century B.C we hear of a class of legal experts, jurists, who had no formal role to play in the administration of justice but who were prepared to explain the law to the main players in the legal drama"*

54 El edicto del magistrado. El más importante el edicto del pretor (Correa 2015, 28)

55 En el año 304ª c el *ius flavianus* permitió la publicación las fórmulas de las *legis actiones* y en el año 252 A.C. *Tiberius Coruncanus*, primer pontífice plebeyo, comenzó a realizar consultas en público; por lo que todo ciudadano pudo eventualmente conocer el derecho (Correa 2015, 27).

> *"In certain cases self-help was tolerate (...). The Twelve Tables show, however, a determination to institutionalize such cases and keep them within strict limits. When a dispute arose that the parties were unable to settle for themselves, they had normally to appear before a magistrate"* (1999, 4)[56].

A su vez, este autor determina que:

> *"As Rome expanded, a special magistrate, called the praetor, also elected annually, was established in 367B.C, to deal exclusively with the administration of justice"*[57] (Stein 1999, 8).

Verbigracia, a medida que Roma se iba expandiendo, se ampliaron las fuentes jurídicas, se empezó a distinguir el derecho de la religión y se comenzó a regular la autotutela para dar paso a las primeras nociones de magistrado- justicia hetero compositiva. El poder público iba ganando terreno.

C) Entre otras cosas, Roma durante este periodo no solo amplió la aplicabilidad del derecho a los ciudadanos romanos. Cada vez que se anexaba un nuevo territorio a la República miles de peregrinos se incorporaban a Roma. Stein, explica este hecho así:

> *"After the Roman victory over the Carthaginians in the Punic Wars of the third century, Roman rule extended over the whole of the western Mediterranean and the number of non-citizens, or peregrines, in daily contact with Romans increased to such an extent that they had to be brought expressly within the ambit of the law. In 242B.C a second praetor was introduced specially to deal with cases in which one or both parties was a peregrine and the two praetors were henceforth distinguished as urban and peregrine"(1999)*[58].

D) En este contexto nace la necesidad de un derecho más flexible e integrador, lo cual explica la aparición del *ius gentium* y el *derecho honorario*[59]. Así, tenemos un gran número de personas y ordenamientos jurídicos que pasan a ser dominados a través de las armas[60]. En consecuencia, las relaciones mercantiles se

56 Traducción y contextualización por el autor: En ciertos casos la autocomposición de los conflictos era autorizada (…). Las XII tablas muestran, sin embargo, una determinación de institucionalizar estos casos mantenerlos bajo ciertos límites estrictos. Cuando una disputa nacida entre las partes no era susceptible de ser resuelta entre las mismas, estas tenían que comparecer ante el magistrado.

57 Traducción del autor: En función de que Roma se expandía, un magistrado especial, llamado *praetor*, también elegido anualmente, fue establecido en el 367ª.C para lidiar exclusivamente con la administración de justicia

58 Traducción por el autor: Después de la victoria de Roma sobre Cartago en las guerras púnicas, el gobierno romano se extendió sobre todo el mediterráneo occidental y los no ciudadanos, peregrinos, en constante contacto con los romanos se incrementaron tanto que tuvieron que ser tenidos en cuenta por el derecho. En el 242 A.C un segundo pretor fue introducido para lidiar con los casos en donde una o ambas personas eran peregrinas y los dos pretores, por consiguiente, se distinguieron como urbano y peregrino.

59 *Ius gentium*: *communis ratio*, razón común de todos los pueblos civilizados. Aplicable a todos los seres humanos. *Ius Honorario*: por edicto del pretor, en función de su imperio podía interponer acciones útiles con el fin de evitar el formalismo del *ius civile* -exclusivo para *cives* romanos-. (Correa 2015, 62-64)

60 Se adelanta que Mommsen T., (1942, pag. 397)consideraba que los romanos no reconocían derecho que no fuese el suyo. Esto se explica en un pie de página posterior. Para este autor, el derecho romano solo consideró un *ius comune* desde un punto de vista del derecho natural-*ius naturalis*-. Ahora bien, Cicerón, en *De off*. 3, 5, 23; *Tusc*. 1, 13, 30, establece que existe un derecho común a todos los individuos racionales a través de una herencia griega de la *humanitas*. Rudolf von Ihering admite que tanto en Grecia

multiplican y se debe interactuar con estas poblaciones extranjeras que son culturalmente diferentes, piensan diferente y poseen normas autónomas. Por lo tanto, Roma opta por la inclusión de dichos ordenamientos y da autonomía a los diferentes pueblos conquistados; se podía aplicar a elección del individuo el derecho romano ante el magistrado-*ius civile*, *ius gentium, ius honorario*[61]-, o de solucionar de manera privada sus controversias con la aplicación de las normas y costumbres locales[62]. Se recuerda lo expuesto por Gibbon con respecto a la tolerancia de otras culturas:

> *"La política del senado (...), en lo que respecta a la religión, estaba felizmente secundada por las reflexiones de los instruidos y por las costumbres de los supersticiosos, ya que todos ellos eran súbditos. (...) De modo que la tolerancia produjo no solo indulgencia mutua, sino incluso tolerancia religiosa".* (2003, 54-55)

Igualmente, José Felix Chamié Gandur[63] reitera que:

> "*El proceso de integración de los extranjeros en Roma no fue un proceso de "aculturación", sino más bien de "transferencia cultural" como consecuencia de una verdadera y propia "cosmopolitización"*[64]*. Las inscripciones en otras lenguas de la antigua Roma revelan cómo los inmigrantes, que, si*

como en Roma existía la creencia de haberse adoptado instituciones de origen extranjero, y da ejemplos de la adopción de instituciones jurídicas extrañas a Roma (1852: 13). Von Ihering, establece a partir de ello que el *jus gentium* había crecido sobre el suelo de Roma. Monateri va más allá y establece que los glosadores alemanes que estudian el derecho antiguo tienen el síndrome de "afecto alemán por Grecia"; olvidan que el derecho romano y griego son un cúmulo de traslados del derecho africano, sirio y egipcio. En otras palabras, Monateri nos propone el otro extremo de la visión crítica de la romanística que establece que Roma no tenía derecho y tampoco el genio romano aceptaba estos ordenamientos por utilidad, sino por necesidad (Cordoba 2007, 14).Sea lo que fuere, lo cierto es que es innegable que Roma al expandirse territorialmente si tenía que considerar la existencia de otros sistemas jurídicos o fuentes de derecho ¿Quién puede negar al menos la herencia griega por ejemplo en el derecho romano? Se recuerda que Roma se fundó en el 753ª.C y solo hasta Publio Cornelio Escipión – el africano- sometió a Grecia.

61 Mommsen, en *Droit publique*, (1942.pág. 397-398) en lo que concierne a *"las relaciones (de Roma) con el extranjero"* afirma que el *derecho de gentes* y el *ius honorario* fue producto de la necesidad del derecho público de subyugar a los pueblos conquistados al mismo tiempo que debía tener en cuenta a estos individuos. Por ello, Mommsen crítica la idea de comparar a Roma como la precursora del derecho internacional. Este autor afirma que: "*no hubo un derecho internacional*" en Roma porque esta consideraba "*carentes de derecho y fuera de él*" a todos los pueblos fuera del *limes*. En otras palabras, la visión de Mommsen nos hace pensar que Roma solo integró a los peregrinos mediante el *ius honorario* e *ius gentium* por necesidad y su deseo de controlar cada aspecto de la vida social de las personas a medida que se expandía el territorio romano. Si la visión de Mommsen fuese cierta, no se explica por qué en efecto Roma sí integró soluciones jurídicas de costumbre local de otros pueblos en sus decisiones. No obstante, parece ser que dicha decisión de acogerse al derecho romano o a sus costumbres locales solo era otorgada a peregrinos o la elite local para evitar confrontación con los pueblos conquistados. Se recuerda que cuando Roma conquistaba su política de inclusión aumentaba, ejemplo de esto es las concesiones que dio Roma a los pueblos itálicos luego de la guerra de los socii en el 90 A.C. Además, Claudio reconoció que el declive de Esparta y Atenas se debió a la no inclusión de los pueblos conquistados, lo cual originó una disminución en el censo de ciudadanos, pero Roma no repetiría la historia (Santos 2007, 260). No obstante, Mommsen puede estar en lo cierto en casos excepcionales, se recuerda la política de Catón en Hispania de completo exterminio de las poblaciones hispánicas (Mommsen 1983). Este tema de la inclusión y de la existencia o no de un reconocimiento jurídico del extranjero no nos incumbe en este trabajo, pero abre las puertas a interrogantes interesantes que no son pacíficos.

62 López y Molina 2016, 27

63 Maestro y doctor en sistema jurídico romanístico: Universitá degli Studi di Roma"*Tor Vergata*". Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

64 Cosmopolita deriva del griego- *kosmopolite- κόσμου πολιτεία* - ciudadano del cosmos o mundo. Dícese que fue la escuela cínica la primera a adoptar el término de *kosmmopolite*, la cual fue luego desarrollada en la escuela estoica junto con el concepto de *humanitas*: comunidad de todos los seres humanos. Este concepto desarrollado por los estoicos en Grecia y Roma derivará en nuevo cosmopolitismo del proyecto ilustrado plasmado en el universalismo kantiano. Por ejemplo, en los Estados modernos se

bien conservaban un vínculo fuerte con su patria de origen, en Roma acumulaban más identidad" (2019, 361).

Aquí es de aclarar que la ciudadanía romana cambió a lo largo de la historia. Cuando Roma se convirtió en un "Imperio Mundial" los romanos abandonaron el concepto originario de ciudadanía ligado a vínculos gentilicios y étnicos culturales para convertirla en un concepto político[65]. No obstante, a pesar de lo que muchos piensan por su sesgo admirador hacia Roma, cuando se universaliza la ciudadanía en el 212 D.C, cuando Caracalla la otorga a todos los habitantes del imperio, esta pierde todo su significado para volverse sinónimo de súbdito. En todo caso, la ciudadanía romana no significaba *per se* perder la condición de tracio, hispano, egipcio, por lo cual el concepto de "transferencia cultural" es acertado[66]

E) De este modo, algunos autores sostienen que, en la República, debido a esta necesidad de interacción comercial con el extranjero, podemos rastrear el origen del arbitraje:

> *"El origen del moderno arbitraje en Roma se encuentra en el ámbito de la protección que el pretor otorga a las prácticas, usos y costumbres peculiares del tráfico comercial y del ius gentium, en el cual el fundamento no es ni el ius ni las leges sino la fides y la moralidad.*
> *Durante la República romana la intensidad de las actividades comerciales, marítimas y terrestres hace inevitable que los pretores salvaguarden y adopten en sus edictos las convenciones y acuerdos supranacionales, característicos del ius gentium, proponiendo formas procesales más adaptadas a la realidad económica, procurando evitar el vacío reglamentario del ius civile (...). Con fundamento en el arbitraje privado practicado en Roma entre romanos y extranjeros sin ius actiones[67], en el cual jugaba un rol esencial la bona fides, el pretor romano modeló el proceso por fórmulas* (Zappalá 2010, 201).

Cabe preguntarse ahora si ¿Realmente el arbitraje obedeció únicamente a la necesidad de un tráfico mercantil y aceptación de la costumbre local entre comerciantes? Hay suficientes argumentos para

entiende como *cosmopolitización* el hecho de que existen unos derechos inalienables ejercidos en el espacio público, debe extenderse consecuentemente a todos aquellos que comparten dicho espacio, que, en el límite, coincide con el mundo entero, puesto que tales derechos fundamentales se atribuyen por la mera condición de humanos (Santos 2007, 254). Este concepto fue tal vez desarrollado por los romanos con el *ius gentium* por medio de la creencia de que una comunidad universal de todos los humanos es perfectamente compatible con la existencia de distintas entidades políticas particulares en las cuales llevar a cabo el ejercicio de derechos (Santos 2007, 255).

65 Ver Santos 2007, 259

66 *Ihering* establece acertadamente que "*Roma representa el triunfo de la idea de universalidad sobre el principio de las nacionalidades. Un ciudadano romano podía ser por su origen itálico, galo, hispano, germano o africano, pues ser ciudadano romano nada tenía que ver con el origen, la lengua o la confesión religiosa. Ser ciudadano romano en tiempos del final de la República y el Principado era sólo una cuestión política, si bien siempre jugó un papel el grado de aculturación o "romanización" de los sujetos receptores de la concesión de ciudadanía"* (Santos 2007, 259-260). Se recuerda la *Lex Iulia* 90D.C que concedió la ciudadanía a todos los Itálicos, *Lex Roscia* durante Julio Cesar otorgó la ciudadanía a los habitantes de la Galia Transpadana. En el 70 D.C Vespasiano otorgó la ciudadanía a toda Hispania y así muchos ejemplos.

67 Al ciudadano romano se le aplicaba el derecho romano, sin embargo, en contiendas entre extranjeros y romanos era posible aplicar costumbres locales ya que el peregrino no tenía *ius actiones*. Como lo demuestra el archivo de *Babatha*, en una contienda entre peregrinos y ciudadanos romanos se aplicaron costumbres locales y solo cuando hubo acuerdo entre las partes, se aplicó derecho romano para asuntos determinados (Hartman 2016).

sostener que el arbitraje fue utilizado por los romanos como un mecanismo de romanización del individuo para que aceptara someterse voluntariamente a Roma. En consecuencia, entretanto el poder público da la idea de libertad, institucionaliza el arbitraje para controlar las esferas privadas de las personas.

F) Previo a tratar las distintas formas de arbitraje que existieron en Roma, conforme a los módulos siguientes de este ensayo, resulta de interés este recuento histórico puesto que permite dilucidar que la composición entre particulares -en este caso el Arbitraje- antecede a las formas institucionalizadas públicas de impartir justicia. Por ejemplo, el profesor Francesco Zappalá, confirma que:

> *"El arbitraje es cronológicamente anterior a las formas estatales de administración de justicia. Someter el conflicto de los particulares a otra persona también particular, aceptando de forma anticipada y obligatoria la sentencia, fue una práctica anterior a la administración judicial estatal; posteriormente el perfeccionamiento de la organización de la sociedad permitió el nacimiento de la institución judicial" (2010, 194).*

Por consiguiente, parece estar zanjado el tema de que los sistemas privados de solución de controversias anteceden al poder público. Ahora, lo importante es entender si la institucionalización de estos mecanismos privados obedece a la voluntad magnánima de un buen príncipe, que quiere ser amado, que quiere evitar la violencia, que le interesa el bienestar de sus súbditos, o de un príncipe que quiere ser simplemente obedecido.

III) Alto Imperio

Visto todo lo anterior, es de recordarle nuevamente al lector que el arbitraje debe entenderse desde un punto de vista histórico, pues solo allí se encuentra la conclusión de que esta institución ante todo es un mecanismo de dominación utilizado por los romanos para dar la ilusión de autonomía y libertad a los individuos e incentivar el comercio. Por consiguiente, de una república se pasó a un imperio que se preocupó en como establecer una relación entre Roma y las provincias anexadas. Rápidamente Roma se dio cuenta que su verdadero poder no residía en la antigua ciudad, sino en los territorios y poblaciones conquistadas: individuos que debían convertirse en romanos sin perder sus lazos étnicos y culturales originales. En este orden de ideas, el arbitraje jugaba un papel esencial en ese proyecto político de la romanización, es decir, en el ideal de una manera de obrar pensar y vivir romano.

A) Tras la guerra civil entre Cesar y Pompeyo -a mediados del siglo I A.C- y con la proclamación de Augusto en el 27 D.C como emperador, se pasa a la época clásica del derecho romano bajo el Alto Imperio. En este periodo los jurisconsultos florecen, el derecho es desacralizado, las constituciones imperiales nacen como fuente jurídica y coexisten el poder imperial con las magistraturas republicanas. Como bien explica Álvarez Correa (2015. pg.32): *"En efecto la época del Alto Imperio se identifica con*

el derecho clásico romano. Por ello se entiende el más alto nivel de sofisticación y coherencia desarrollado por el derecho romano". Del mismo modo, dicho periodo también se caracterizó por un escalonado aumento del poder en cabeza del *prínceps*- emperador- y una paulatina desaparición de las instituciones de la república como fuente de derecho. En particular, Gibbon establece que:

> *"Una república de dioses de intereses y caracteres tan opuestos requería (...) la mano moderadora de un magistrado supremo, el cual, con los avances de los conocimientos y la adulación, iba siendo investido gradualmente con las sublimes perfecciones y poderes de un Padre Eterno y un Monarca Omnipotente*" (2003, 55).

B) Aquí Gibbon se refiere a la aparición[68] de la noción de *Roma communis patria est* (D. 50.1.33) de Modestino (allí donde está el emperador está Roma): "*allí donde el emperador estuviera presente, su mando extraordinario sustituía a la jurisdicción ordinaria del gobernador (...) y pronto se descubrió que la autoridad del príncipe, era la misma en todas las zonas del imperio.* En esta línea A. Pellizzari argumenta que *Roma communis patria est* significa también que el ciudadano Romano crecía educado en la idea de que la suprema virtud está encaminada por encima de cualquier cosa al engrandecimiento de la patria, del emperador[69]. Primero está Roma, luego el individuo[70]. No obstante, a pesar de que se piense a primera vista en un ideal patriota romano digno de la ilustración y que estremece el corazón, esta frase no es otra cosa que el derecho de estar sometido[71]. Por ello, el derecho entendido como soberanía, como algo superior al individuo, es sinónimo de sumisión de la persona en favor del Estado- en Roma al poder público del emperador. En esta medida, bajo la premisa de *Roma communis patria est* se concibió al menos uno de los elementos del Estado moderno para aquella época: la soberanía -imperio de la ley-. Es decir, el sometimiento de todos los ciudadanos y habitantes del imperio a un *ius comune imperial*.

68 Gibbon se refiere al periodo de los Antoninos, por ende, se está en el siglo III D.C, en un periodo de transición. Aunque sigue vigente el proceso formulario, el emperador monopoliza cada vez más el poder. Esto es lo que dará origen al reconocimiento del proceso *cognitio extraordinario* en todo el imperio.

69 Ver Santos 2007, 264

70 Este retrato de los virtuosos ciudadanos romanos es el que impulsa el patriotismo del primer republicanismo moderno (Maquiavelo) y de la Ilustración (Montesquieu, Diderot, Rousseau) ((Santos 2007, 264). Sin embargo, tanto a Montesquieu, como a Rousseau se les olvidó un elemento importante, el patriotismo Romano es sinónimo de poder total, de sumisión de la vida al servicio del *prínceps*- el emperador. A los cristianos por ejemplo no se les perseguía porque tuviesen un culto diferente, eso no importaba a los romanos, se les perseguía porque no podían jurar sobre la estatua imperial y ello era contra sistema. Suetonio describe la persecución de cristianos por Nerón justificada por profesar una superstición *nova et maléfica* contra el *princeps* (Suet.Ner. 16, 2; Calderone 1972: 377ss). En palabras resumidas que abrirán debate: ¿Habría que pensar si Roma se parecía más al absolutismo de Louis XIV que pregonaba "l´État c´est moi" que a las ideas revolucionarias de 1789 que tanto admiraba al ideal romano? A pesar de lo anterior, *Roma comunnis patria est* si tiene una fuerte relación con lo que se conoció como *humanitas*: un concepto heredado de Grecia que plantea la idea de que Grecia y luego Roma es el centro de la *humanitas*, de la razón que tiene que ser compartida a todos los seres humanos. Esto es que, con independencia de cualesquiera diferencias de estatus y pertenencias políticas entre los individuos, deben ser considerados como miembros integrantes de una sola comunidad ético-política y esa comunidad es Roma. Pero, hay que tomar con cuidado está idea, pues, la *humanitas* enmarcada en la oración *Roma communis patria est*, es el fundamento ideológico de colonización de quien no comparte está idea de la *humanitas* romana o griega.

71 Modestino es un autor romano que data del siglo III D.C. Por ende, la palabra derecho en este párrafo es bien utilizada, puesto que, ya han aparecido las nociones- las cuales son diferenciadas plenamente por los romanos en este periodo- de lex, costumbre, proceso, sentencia, ius, interpretación, jurisconsultos, entre otros elementos.

Sin embargo, algunos autores sostienen que pesar de la elaboración de un derecho imperial aplicable a todas los habitantes del imperio, el derecho romano convivió y respetó gran parte de las decisiones jurídicas locales. Como lo explica Eduardo Andrades Rivas

> *"la Constitutio no significó la abrogación total e inmediata del derecho peregrino preexistente, sino que se produjo por largos años una convivencia oficiosa si no oficial entre el derecho romano universal y los derechos indígenas locales"* (2017, 69).

Esto se explica por el hecho de que en el momento en que se amplía la ciudadanía con la *Constitución Antonina* del 212 D.C a todos los habitantes libres del imperio, salvo los *dedicticios* (vencidos sin el honor de las armas), Roma se convierte en la patria común de todos[72]. No obstante, a pesar de ser ciudadano romano nunca se perdía el origen étnico de la persona[73] . Igualmente, hay que tener en cuenta que Roma, por su amplitud, no podía aplicar un derecho romano homogenizado en todas sus provincias cuando existían mares, cadenas montañosas, culturas diferentes y miles de kilómetros, que separaban los puntos opuestos del imperio. Del mismo modo, no se le podía pedir a un egipcio, que además de ser muy propensos a rebelarse, adoptara la misma solución jurídica de un britano. Además, hay que recordar que Caracalla, emperador de ese entonces, no era de Roma, su madre era de Emesa, Siria y su padre, Séptimo Severo, de *Leptis Magna* en África, por lo que ser romano no significaba haber nacido en la ciudad eterna y debía haber autonomía en los territorios.

Sin embargo, como ya se explicó con anterioridad, cuando se expande la ciudadanía a todos los habitantes libres del imperio, se hace ya en un periodo en donde la ciudadanía ya no tiene significado[74]. Ser ciudadano ya es ser simple súbdito del emperador y esta autonomía de derechos locales puede ser solo aparente: con el fin de evitar la revuelta[75].

C) Ahora, retomando los ejemplos de autonomía local en el Alto Imperio, se recuerda el *Archivo de Babatha* que evidencia algo impresionante y de suma importancia para nuestro artículo. Según Dorota Hartman:

> *"Dopo l'annessione della Nabatea all'impero romano, molte funzioni proprie della corona furono*

72 Ver Santos 2007, 264

73 Por eso Santos (2007) argumentan la existencia desde Roma de una "*ciudadanía cosmopolita*": *"Romanae spatium est urbis et orbis idem* (Ov. fast. 2, 284). Roma es presentada a menudo como κοσμότροφος (nutrix mundi) (v. gr. IG. XIV 1108), en un sentido similar al de la Cosmópolis. Vid. más referencias en C. Edwards y G. Woolf, Cosmopolis: Rome as World City, en Eid. (eds.), Rome the Cosmopolis (Cambridge, 2003), 1 y ss.". Empero, este autor olvida el trasfondo de otorgar la ciudadanía a todos los habitantes del imperio por Caracalla: no era un tema de inclusión sino fiscal.

74 Santos 2007, 264

75 Se recuerda que la ciudadanía fue ampliada a todos los habitantes del imperio por Caracalla con fines únicamente económicos: los impuestos sobre las sucesiones romanas para financiar las campañas de Caracalla en Partia. Además, como lo argumenta Luis García Moreno et al, en Historia del Mundo Clásico a través de sus textos, 2. Roma, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pg. 242. Caracalla aprovechó la situación para aumentar el poder del emperador en su lucha constante de abolir los poderes senatoriales que aún quedaban en el imperio.

> *assunte dal governatore della Provincia, il quale doveva anche presiedere le assisi giudiziarie e di arbitrato. Tecnicamente, i residenti senza cittadinanza romana non avevano l'obbligo di conformarsi al diritto romano: ed e noto che in varie aree dell'impero gli usi giuridici locali durarono a lungo, ben oltre l'editto di Caracalla che, nel 212 D.C, estendeva comunque la cittadinanza a chiunque risiedesse nell'impero*[76]." (2016, 36-37)

D) En consecuencia, el magistrado imperial en los territorios romanos era juez o árbitro; los habitantes locales de las provincias no estaban obligados a someterse a las leyes romanas y podían aplicar sus propias leyes con fuerza vinculante para las partes[77]. En efecto, el derecho romano solo era aplicado por estricta voluntad y petición de los individuos para conformar un tribunal judicial bajo el proceso *cognitio extra ordinem*. En caso contrario, el gobernador actuaba como árbitro y estaba facultado para aplicar el derecho local: "(...) *l'ufficiale romano dovesse (e potesse) tener conto delle consuetudini e specificita della societa locale*"[78] (Hartman 2016, 37)[79].

Como lo explica Hartman en sus reflexiones acerca del *Archivo de Babatha*[80], parece que en las provincias romanas se llevaba un régimen mixto a escogencia de los particulares:

> *"Chi ha studiato piu recentemente la questione, e giunto alla conclusione che (...) diritto e consue-*

76 Traducción por el autor: Después de la anexión de Nabatea al imperio romano, muchas funciones propias de la corona fueron asumidas por el gobernador de la provincia, el cual tenía que presidir los tribunales judiciales o arbitrales. Técnicamente, los residentes sin ciudadanía romana no tenían la obligación de ser juzgados con base al derecho romano: es bien conocido que en varias áreas del imperio los usos locales duraron bastante tiempo, incluso mucho después del edicto de Caracalla que, en el 212D.C, extendió la ciudadanía a todos los habitantes del imperio.

77 A modo de ejemplo, el juzgamiento de Jesús de Nazaret fue un caso particular que refleja la autonomía dada por Roma a los privados y a los habitantes locales. Jesús fue acusado por delitos religiosos por el Sanedrín, institución ajena al poder imperial, quien llevó a cabo el proceso. No obstante, al estar Judea bajo dominio romano, las sentencias que tenían que ver con pena de muerte debían ser homologadas por el gobernador de la provincia. Al llevar a Jesús ante Pilatos esté último se niega a proferir sentencia porque no considera que haya elementos suficientes para determinar la culpabilidad. Pilatos, además manifiesta que Jesús es galileo, por lo cual debía ser juzgado por los suyos, por Herodes. Herodes se negó a juzgar a Jesús por considerarlo loco (Tamayo 2007, 25-37). Así, Pilatos, tras las súplicas del Sanedrín, intenta apaciguar los ánimos imponiendo pena de flagelación en vez de pena de muerte a Jesús. No obstante, el Sanedrín quería la pena de muerte, por ende, en una escena que todo el mundo conoce, Pilatos se lava las manos y determina que sea a elección del pueblo la condena de Jesús de Nazaret (Tamayo 2007, 34). Aquí es importante aclarar que hay debate sobre el juicio de Jesús, algunos romanistas consideran que Pilatos solo homologó el juicio del sanedrín, mientras otros piensan que no se limitó a homologar, sino que aplicó su proprio procedimiento bajo la *cognitio extraordinari*a (ver cristianismo y mundo romano de José Ángel Tamayo, 2007, pg.33-34). En todo caso, es evidente que Pilatos se enfrentaba a una decisión difícil por la situación de orden público de la provincia, por lo cual se evidencia esta autonomía dada a los locales para apaciguar cualquier ánimo de revuelta. Sin embargo, Pilatos en su juicio solo hace dos preguntas jurídicas relevantes a Jesús: ¿Eres tú el Rey de los judíos? ¿Promulgas tú el imperio de dios? Estas eran las únicas preguntas que le interesaban a Roma, porque atentaban contra su poder. De resto a Pilatos no le interesaba y quería que se resolviera la disputa entre privados.

78 Traducción por el autor: El magistrado romano tenía (o podía) tener en cuenta las costumbres y las especificaciones de la sociedad local.

79 Dorotta Hartman es miembro del departamento de estudios literarios y lingüísticos comparados orientales de la universidad de Nápoles. Hartman en el texto citado realiza una traducción comentada al italiano del archivo de *Babatha* que se encuentra en lenguas como el arameo, griego antiguo y nabateo.

80 El archivo de *Babatha* es un cúmulo de 35 papiros que contienen actos judiciales y contratos en griego antiguo, nabateo y arameo de una familia adinerada de judea del siglo I-II D.C. Dichos papiros fueron encontrados en la denominada cueva de las letras excavada en 1960 y donde se hallaron los cuerpos de toda la familia de *Babatha*. No obstante, la traducción y publicación del archivo solo se conoció hasta el año 2002. Dichos documentos dan una visión de lo que pudo ser la vida de una mujer adinerada del siglo ID.C bajo la dominación romana y el trato jurídico de los habitantes locales del imperio.

> *tudini locali non costituivano soltanto un elemento opzionale (…): dando luogo, di fatto, un regime misto in cui a un diritto «sostanziale» - soprattutto quello giudaico - si sarebbe sovrapposto, in effetti affiancandolo, un diritto «formale» (quello imperiale)"*[81]*. (2017, pg.37-38).*

Este *Archivo* muestra cosas muy peculiares para la época, aquí vemos como por ejemplo una mujer Iulia Crispina es nombrada supervisora y tutora de dos niños. Esto cuando la *tutela minoris* era prohibida para las mujeres en el derecho romano del siglo II D.C. No obstante, para el derecho egipcio y hebraico esto era usual, por lo cual las leyes locales, mediante el arbitraje, eran aceptadas como vinculantes para generar estabilidad en las provincias y mantener sus culturas propias. Frente al caso de Iulia Crispina Hartman explica que:

> *"E possibile che il suo ruolo fosse simile a quello (…) riferito a una donna con il compito di tutelare gli interessi degli orfani. (…) Simile a quello del tutore, nacque in quel contesto probabilmente dall'esigenza di adattare il diritto romano al costume locale, visto che quest'ultimo vietava l'incarico alle donne*[82]*" (pg.41).*

E) Por consiguiente, para la época del Alto Imperio hay una mayor institucionalización del derecho en cabeza del emperador; sin embargo, las costumbres locales son respetadas y se puede rastrear de forma coherente la existencia de figuras claras de arbitraje que constituyen los fundamentos del presente ordenamiento moderno. Como bien lo expone Garavito:

> *"La administración de justicia no pasó a ser monopolio del Estado sino hasta bien entrada la era imperial, cuando se insertó el procedimiento cognitorio o extra ordinario, eminentemente burocrático. La resolución de conflictos entre los ciudadanos de Roma fue, durante siglos*[83]*, responsabilidad de los miembros de la comunidad política, puesto que entre los deberes constitutivos de la ciudadanía estaba el de participar como juez o árbitro cuando así fuera solicitado por otros ciudadanos y/o por el pretor, el magistrado encargado de supervisar y ejecutar los procesos civiles".* (2013. pg.1)

No es de extrañar que la convención o pacto arbitral que disponía:

81 Traducción por el autor: Quien ha estudiado recientemente la cuestión ha llegado a la conclusión que derecho y costumbres locales no constituían solo un elemento opcional: dando lugar, de hecho, a un régimen mixto en el cual un derecho sustancial- sobre todo judaico- se habría sobre puesto, en efecto acompañado, de un derecho formal (derecho imperial).

82 Traducción por el autor: Es posible que su rol fuese similar al de una mujer con la tarea de tutelar los intereses de los huérfanos. Similar a la institución del tutor, nace en ese contexto probablemente de la exigencia de adaptar el derecho romano a la costumbre local, visto que este último prohíba el encargo a las mujeres.

83 Se refiere al periodo en el cual estuvo vigente el *ordo privatorum- legis actiones y proceso formulario*. Este periodo abarcó del 450 A.C hasta el 286 D.C.

> *"Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam*[84]*" fue producto de la praxis entre los hombres de negocios, que luego el poder público, seguramente por la insistencia y presión de la clase extranjera comerciante, integró en el denominado edictum receptis a finales del siglo II A.C"* (Zappalá 2010, 202).

Todo esto consecuencia de la autonomía que daba Roma a las provincias anexadas al imperio, con el fin de mantener la paz. Sea lo que fuere, aquí se evidencia que gracias a la monopolización del derecho por el emperador- esfera pública- se institucionalizan por el derecho formas de resolución privadas de controversias que dieron origen a las primeras formas de arbitraje. Sin embargo, parece ser que esto se hizo más por dominación que por institucionalizar la autonomía.

F) Por ende, como ya se ha explicado arriba en este texto, las formas de justicia privada antecedieron a los mecanismos públicos de impartición de justicia. Se recuerda que los tipos de arbitraje que surgieron en Roma serán expuestos en los módulos a seguir, puesto que aquí se está ante un rastreo del origen de dicha institución. Por lo tanto, de lo ya expuesto se puede decir que:

> *"no constituye una verdad absoluta la afirmación de que fue la cultura romana la primera en desarrollar este mecanismo, sino que, por el contrario, esta fue una práctica probablemente difundida a lo largo del Mundo Antiguo y que llegó a la práctica legal romana por cuenta del comercio "internacional*[85]*"* (Garavito 2013, 5).

Es de resaltar que cuando se habla de "comercio internacional" en Roma se está refiriendo a un sistema de comercio basado en el cabotaje, un comercio marítimo permitido por el *mare nostrum* -Mediterráneo- totalmente dominado por Roma. Se resalta que el intercambio de bienes entre occidente y oriente, de mercancías, cultura, costumbres, religión, fue la que permitió la romanización[86]. En efecto, no es de extrañar que los territorios que no estaban interconectados con el mediterráneo fueron los menos romanizados, como Britania[87].

Ahora bien, aunque es innegable la autonomía que se le daba a los habitantes de los territorios conquistados, también se observa esta tendencia de institucionalizar cada vez más los mecanismos priva-

84 Traducción por el autor: Quien acepte el nombramiento como árbitro en virtud del compromiso estará constreñido a dictar sentencia.

85 Zappalá, (2010pg.199) argumenta que *"la fórmula del arbitraje surge en la cultura griega hacia el año 520 A.C"*. Esto mismo sostiene Fernández de Bujan (2017, pg.28-36). Zumpano & Donati, (2014pg.3) establece que el origen de la composición entre particulares fue ampliamente difundido en el mundo antiguo, pero inexplicablemente cita únicamente el ejemplo de Grecia, aunque menciona que en China, por la filosofia confusiana, el arbitraje existió. Lo mismo sucede con Garavito (2013pg.1-2) quien dice que gracias al comercio Roma adoptó el arbitraje, pero solo da un ejemplo griego de su preexistencia antes de Roma. En otras palabras, o hay un sesgo admirador hacia Grecia por parte de los estudiosos del tema, como expone Monateri, o la verdad es que Grecia fue la precursora de esta institución con el *arbitraje de la Anfictionía*.

86 Ver Pirenne 1997 y sus apuntes preliminares del comercio a lo largo de la cuenca mediteranea en el imperio.

87 Según Pirenne (1997), en Mahoma y Carlomagno: *"la peculiarità dell'impero romano risiede nel suo carattere mediterraneo; Roma ne ha fatto il principale veicolo di trasmissione di cultura, religione, scambi commerciali. Il Mare Nostrum collegava le parti vitali dell'impero; non è un caso che le province tagliate fuori dal mare -quelle del Nord- fossero anche le meno assimilate dalla romanità"*.

dos de resolución de controversias a medida que el emperador ganaba más poder. Del mismo modo, se evidencia que en las provincias más revoltosas es donde hay mayor aplicación del derecho local- judea, por ejemplo-. Por lo tanto, la institucionalización del arbitraje por el poder público es sinónimo de una intromisión cada vez mayor del emperador en el control de la vida de sus súbditos, lo cual va acompañado del otorgamiento de una cierta autonomía a los pueblos conquistados para que acepten la dominación romana.

Empero, como se verá en la parte final de este módulo, a medida que se institucionaliza cada vez más el arbitraje, este comienza a desaparecer. En otras palabras, el arbitraje es un mecanismo que se consolida en Roma, pero que fue necesariamente desarrollado en occidente de forma posterior; porque la idea de un soberano que controla todos los aspectos del imperio, como se desarrolló en el Imperio Bizantino, es incompatible con la autonomía individual para juzgar[88].

IV) Bajo Imperio.

Para terminar con este recuento histórico el lector debe asimilar que cómo todo inicia, también todo tiene su fin. Algunos dirán, como lo dijo un gran y reconocido poeta romano, que *Roma nacida de sus humildes orígenes se opacó por su mismo esplendor* y ello la llevó a su caída. Entonces, así mismo como el arbitraje tuvo su apogeo en un modelo de dominación del individuo en pro del imperio, llegó un momento en que hubo tanta dominación que el imperio opacó al arbitraje y la dominación total se impuso frente a la ilusión de autonomía. Llegó un punto en que el modelo de integración del individuo a un modo de vivir romano entró en crisis. Por consiguiente, cuando la dominación del emperador fue total, el comercio disminuyó y el arbitraje tambaleó.

A) Para el 286 D.C, con la instauración de Diocleciano como emperador nos adentramos en la época postclásica del derecho romano. Aquí el proceso *cognitio extra ordinem* se impone como el procedimiento de todo el imperio. Para este periodo, el emperador ha absorbido todos los poderes de las antiguas magistraturas republicanas y se ha convertido en la única fuente de derecho. Se exponen las palabras de Gibbon a continuación:

88 Ver *Rusia la Heredera de Bizancio* de Arnold Toynbee (1950, 1-16). Según este autor la división entre Oriente y Occidente radica en las disputas que surgieron entre el proyecto político y religioso desarrollado en el Imperio Bizantino, en contraposición con la autonomía y poder que adquirió la Iglesia Católica en occidente. Bizancio, oriente, heredó y se mantuvo en la idea de que todos deben estar sometidos al poder del Estado, el Emperador, incluso la religión ortodoxa se convirtió en un ministerio más del imperio, en oposición a lo que sucedió en occidente donde la Iglesia conservó su autonomía y aumentó su poder. Así, Pirenne (1997), en su libro Mahoma y Carlomagno describe como a partir del proyecto de Carlomagno, Occidente se construyó a través de un ideal de una Europa unida por la cristiandad, que a su vez mantuvo las bases del ordenamiento jurídico dejado por Roma. Este ideal era necesariamente opuesto al modelo bizantino donde la religión debía ser un instrumento del Estado y no al contrario. Del mismo modo, Pirenne (1997) evidencia cómo en los territorios donde llegó el islam, a diferencia de lo que sucedió en Europa Occidental, las instituciones dejadas por los romanos eran incompatibles con lo establecido por el Corán y su idea de reconstrucción del mundo, por lo cual la herencia romana fue erradicada. Entonces, como bien lo establece Pirenne (1997), si Carlos Martel hubiese perdido la batalla en Poitiers (1356), tal vez no estaríamos haciendo este trabajo sobre el arbitraje. Así las cosas, aunque oriente fue el lugar de producción del *Corpus Iuris Civilis*, será Occidente a través de los glosadores de la escuela de Bolonia los encargados de interpretar y reescribir el derecho romano de nuestras corrientes jurídicas modernas (Lorena Carvajal Arenas, 2014).

> *"El desagrado que mostraba Diocleciano hacia Roma y la libertad romana no era consecuencia de un capricho momentáneo sino el resultado de una política extremadamente hábil. El astuto príncipe había elaborado un sistema de gobierno imperial que completó luego más tarde la familia de Constantino; mientras el senado preservaba religiosamente la imagen de la antigua constitución, él determinó despojar a esta asamblea de las pequeñas parcelas de poder y consideración que conservaba"* (2003, 180-181).

B) Por consiguiente, para este periodo el emperador se convierte en un déspota universal[89]. Diocleciano abandona Roma como sede imperial y divide administrativamente los territorios en 4 sectores. Esta división será la que más tarde dará lugar a la división definitiva de occidente y oriente. Gibbon describe en su obra este periodo:

> *"Cuando los príncipes romanos perdieron de vista el senado y su antigua capital (...). El término de emperador, (...), adquirió matices (...) como el epíteto de dominus o señor, que (...) hacía referencia al poder despótico[90] de un amo sobre sus esclavos (...)"* (2003, 182).

C) Sin embargo, no olvidemos lo que significó el dominado para el derecho romano y los temas que nos conciernen. En el bajo imperio se monopoliza la justicia en cabeza del emperador. Es más, en la era Bizantina todos los aspectos de la vida social y política son controlados por el poder público, por lo que el arbitraje perdió terreno. La religión se convierte incluso en un ministerio más del poder imperial, la cual debe actuar en beneficio del *prínceps*[91]. Los jueces son jerarquizados y especializados en derecho. El procedimiento es totalmente institucionalizado y nace la apelación:

> *"En efecto, al amparo de la potestad imperial nace una nueva jurisdicción (cognitio extra ordinem), que estaba destinada a crear una legalidad procesal de naturaleza plenamente pública: el proceso se desarrolla por entero ante un magistrado o funcionario que actúa en virtud de una potestad jurisdiccional conferida por delegación imperial (...). Al organizarse la función jurisdiccional den-*

89 Del griego δεσπότης despótēs y se utilizaba simplemente para referirse a un *señor, amo o soberano.* Durante el Imperio Bizantino (del siglo IV al XV) se utilizó la palabra déspota para dirigirse al *emperador* y a aquellos miembros de la familia imperial bizantina-señor absoluto-. La forma '*déspoto*', que se asemeja a la definición actual de persona que abusa del poder, se encuentra en un escrito del siglo XVI del historiador palentino Gonzalo de Illescas en la que se refiere de ese modo al rey de Rusia. El termino déspota entonces se debe entender en el texto como el gobernante supremo que ha absorbido todas las esferas del poder y busca controlar cada aspecto de la vida social y política de sus súbditos. (Joan Corominas, 2008, Breve diccionario etimológico de la lengua Castellana, Editorial Gredos)

90 Entiéndase por Déspota: Poder total- poder supremo.

91 Arnold Toynbee (1950) argumenta que durante el Imperio Bizantino cualquier soberano que aceptaba la religión ortodoxa era súbdito del Imperio Romano de Oriente. No podía haber una persona que dijese ser ortodoxa sin reconocer al emperador como su soberano. Aquí, se está haciendo referencia a la idea Bizantina heredada de Roma de un dios- un emperador. Por esto mismo, según el autor mencionado, se da la ruptura entre Oriente y Occidente en una pugna por el poder que se llevó a cabo a través de la confrontación entre la Iglesia Romana y la concepción universalista ortodoxa de imposibilidad de desligar la religión a la existencia de un solo soberano, el Emperador Romano.

tro de una administración civil jerarquizada, la sentencia puede ser objeto de un juicio rescisorio por vicios procesales ante un órgano jurisdiccional de superior rango, pero también una sentencia válida es revisable en apelación, por disconformidad con la interpretación de las pruebas o del derecho aplicable" (Fernandez y García 2011, 581).

D) Entonces, en relación con la institución del arbitraje, en este periodo se puede afirmar que se consolida definitivamente la diferencia entre la esfera pública y privada de resolver las controversias. Aquí, la justicia es totalmente monopolizada por el poder imperial, el arbitraje se diferencia ya de forma ostensible de los funcionarios judiciales y se encuentra en oposición al poder único del emperador. Sin embargo, el arbitraje subsiste gracias a la práctica jurídica comercial vigente en el imperio[92]:

> *"Los arbitrajes compromisarios[93], nacidos en el ámbito de la cultura política republicana, se sitúan, no sólo fuera del sistema procesal, sino en abierta contraposición con el mismo. Mantienen, sin embargo, su vigencia en la vida social, sin que la potestad normativa imperial intervenga en su regulación; especialmente significativo resulta que las sentencias arbitrales no fuesen atraídas por la expansión de la apelación (...), y que ese principio se mantuviera en el derecho procesal posterior"* (2011, 581)

Sumado a lo anterior, el arbitraje adquiere una connotación cada vez más institucionalizada y se asemeja cada vez más a un juicio en derecho que en equidad. Por ejemplo, en el *corpus iuris civile* de Justiniano "*se establecen las condiciones para la eficacia de la base negocial de los arbitrajes compromisarios y las que debe reunir la sentencia arbitral para que resulte de obligatorio cumplimiento*" (2011, 582).

Aquí es importante aclarar que la institucionalización del arbitraje, al establecer el fallo en derecho, los requisitos del laudo, entre otros, se debió al aumento del poder público en cabeza del emperador que buscaba controlar los aspectos de la vida privada de sus súbditos. Por eso mismo, Justiniano buscó reglamentar cada vez más el arbitraje; para que este se pareciera a un juicio y no a un mecanismo autónomo de solución de controversias. Incluso, si no hubiese sido porque Justiniano buscaba recuperar

92 Pirenne (1997 *Germani nella romania*) argumenta que cuando cae el Imperio Romano de Occidente en el 486 D.C, las tribus bárbaras germanas mantuvieron durante años el título de *foederati*, soldados mercenarios al servicio del emperador. Por ende, aunque ya no existía el Imperio Occidental, estas tribus nunca buscaron remplazar el Imperio Romano que habían destruido por uno visigodo, vándalo o longobardo. Por el contrario, los reyes de estas tribus germanas decían estar gobernando en nombre del emperador oriental, que todavía conservaba su investidura. En esta medida, Pirenne (1997, *Gli stati germani in occidenti; Il commercio interno*), sostiene que luego de la caída del Imperio Romano de Occidente, las relaciones mercantiles que habían permitido la romanización continuaron como si nada hubiese pasado. La ruptura se da cuando los árabes conquistan las orillas del mar mediterráneo, de las costas africanas, y el comercio entre occidente y oriente se detiene abruptamente. Así, en occidente el arbitraje subsiste con el derecho canónico, ya que la Iglesia católica romana buscaba mantener su autonomía y ganar poder frente a los reyes de occidente. Por el contrario, en oriente, donde el emperador debía controlar cada aspecto de la vida política del individuo, el arbitraje desaparece ante la ausencia de comercio en el mediterráneo (Zappalá 2010, 205).

93 *Compromissum* en latín significa acuerdo de las partes con la obligación de cumplir con la adjudicación de un árbitro. Se compone del prefijo con el prefijo griego *koinos*=común y la palabra *promissu*s: -pro- a la vista de un -*missus*-mandado, encargo. D. Libro IV, Título VIII. De los árbitros. (Sala 1844). El arbitraje compromisario es solo uno de los arbitrajes que conoció Roma.

toda la cuenca mediterránea y se continuaba con el comercio a lo largo del *mare nostrum*[94], el arbitraje no hubiese sido tenido en cuenta. Esto lo demuestra el hecho de que cuando la Iglesia Romana de Occidente ya no reconoció más al Emperador de Bizancio y se interrumpió el comercio en el mediterráneo, el arbitraje desaparece en oriente, aún si el derecho bizantino consagró dicha institución en el *corpus iuris civilis*[95].

4. Algunos mecanismos alternativos de resolución de conflictos existentes en Roma.

Hecha una aproximación a la evolución histórica de la institucionalización del arbitraje en Roma, se pasa a determinar algunos antecedentes importantes de dicha institución. Para esto se analizan otros mecanismos privados de solución de controversias que conocieron los romanos.

I) *Transactio*

A) Según Vallejo Pérez, (2018) el origen de la transacción se dio en la Roma arcaica a través del *pactum*[96]. Las partes inmersas en un conflicto terminaban un conflicto eventual por medio de un convenio[97]. Ulpliano indica algunas situaciones que podían ser resueltas por medio del *pactum* con el fin de evitar un juicio (comentarios del libro tertio ad edictum*) "quadem actiones per pactum ipso iure tolluntur: ut iniurarum, ítem furti*" (D.2.14.1)[98]. Ahora, a medida que Roma se expandió y amplió su expectro jurídico, *"(...) aquel arreglo familiar y amigable se iría configurando como transacción"* (Pujadas 1979, 647). En efecto, en el siglo II con el *edicto perpetuo* de Adriano *-edicto traslaticio-*[99] apareció una regulación específica sobre pactos en general, *de pactis conventionibus*[100]. Como bien lo demuestra Vallejo Gema, Ulpiano afirma que la *transactio* se distanció del *pactum* porque: "*se transige sobre cosa dudosa y pleito incierto inacabado, mientras que quien pacta lo hace por liberalidad, donación y cosa cierta" (2018.pg.108).* En

94 Ver Pirenne (1997): *Gli stati germani in occidenti;* Il commercio interno, Giustiniano (527-567D.C).

95 Zappalá,(2010, pg. 204.) expresamente sostiene: *"En la edad posclásica y justinianea, con la desaparición del proceso por fórmulas, el arbitraje privado fue sacudido y golpeado por la necesidad imperial de agrupar todas las manifestaciones jurídicas bajo su poder (...)".*

96 Vallejo Pérez, 2018. Pg.105.

97 D 2.14.1. Del mismo modo Fernández de Buján indica que *pactum* significaba en la época arcaica *pacsiris* o *pacere*, sinónimo de paz o eliminar. Por ende, con el *pactum* de forma literal se "eliminaba" el conflicto (pg. 52-53).

98 Traducción del autor: algunas disputas podían ser resueltas por medio de un pacto: aquellas relativas a los perjuircios ocasionados por el hurto e injuria.

99 Adriano encomendó a Juliano para que realizara un edicto que no pudiese ser modificado por el nuevo magistrado que ocupaba el lugar del anterior. Se recuerda que bajo el *ius honorario* el pretor publicaba su edicto donde otorgaba un número de acciones con base a su *imperium*, pero los individuos estaban limitados a las acciones que el pretor otorgaba. Cada vez que un nuevo magistrado ocupaba el cargo podía decidir qué acciones otorgaría. Por lo mismo, Adriano en el siglo II determinó que existían ciertas acciones que no podían ser modificadas por el nuevo magistrado y debían incluirse obligatoriamente en su edicto. Este edicto se le dominó el *edictum perpetuum*. El *edictum perpetuum* fue reconstruido por Rudorff y Lenel. Ver Essai *de Reconstitution de l'Édit Perpétuel* (Paris 1901-1903), « *De pactis et conventionibus* » ; *Das Edictum Perpetuum*, 1927 reimp. 1985, Liepzig.

100 Según FERRINI, Opere (Milán, 1929-30), Vol. 3. *, pp. 250 ss., la rúbrica debió ser en su origen de *pactis et conventis*. En este mismo sentido -de *pactls conventis*- Schultz, Classical roman Law (Oxford, 1951), tr. esp, Barcelona, 1960, pp. 449 s.; D'ORS, ob. cit, pp. 135 s

particular Tribuniano quiso realizar la distinción entre "pacto" y "transacción" en el libro 2do, titulo XV del Digesto.

B) Además, como afirma JF Pujadas,"*dicho acuerdo y sus efectos no tuvieron más límite que las reglas político-morales que los romanos calificaban como bonas mores y lo dispuesto por el ius publicum*" (1979. pg. 644). Por consiguiente, no todos los asuntos eran susceptibles de *transactio* en Roma, pues lo concerniente al *ius publicum* y las buenas costumbres quedaban excluidos. Igualmente, no era válido transigir sobre la *vindicta publica-* acción criminal[101]. Estas características de la *transactio* romana parecen recogerse en lo dispuesto hoy en los artículos 2469, 2472, 2473, de nuestro Código Civil:

> *"**C.C. 2469.**La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa".*
> ***"C.C. 2472.**La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito; pero sin perjuicio de la acción criminal"*
> ***"C.C. 2473.** No se puede transigir sobre el estado civil de las personas"*

Aquí es importante detenerse ya que la evolución de la *transactio* tiene intrínseca relación con la institucionalización del arbitraje. Con el paso del *pactum* a la *transactio* se determinó que no todos los asuntos eran susceptibles de resolución privada de controversias. Solo son transigibles aquellos derechos de carácter patrimonial de las personas. Las acciones criminales y el derecho público quedan excluidos tanto en Roma, como en el ordenamiento moderno colombiano, de ser resueltos por *transactio* o arbitraje[102].

2) La mediación, amigable composición y conciliación

A) Frente a los orígenes de la mediación, amigable composición y conciliación en Roma, a pesar de que las características inherentes a estos métodos extrajudiciales de resolución de conflictos son modernas, los Romanos se aproximaron a estos conceptos. Por ejemplo, Vallejo Gema explica que:

> *"cuando aún no existía ningún tipo de justicia, era necesario impedir el uso de la fuerza entre quienes se*

101 D.2.15.1.22

102 Ver Digesto en las secciones de *Pactum*, *Transactio* y *Receptis Arbitris*. Solo los asuntos sujetos a transacción pueden ser objeto de arbitraje porque tanto la transacción como el arbitraje hacen parte de las convenciones-*pactum*. *D.2.14.7.3. "Si se hubiera prometido, por razón de delito, que no se haría algo, no nace obligación de tal convención"; D.2.14.7.7. "Dice el pretor: "mantendré los pactos convenidos que hayan sido hechos sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y no sean en fraude de cualquiera de los mismos"". D.2.14.7.14. "Si yo pactase que no haré una denuncia (...), estiman algunos que no vale el pacto, porque esta materia entra en el imperio del pretor; pero Labeon distingue: si la denuncia se hace en cosas particulares, es lícito pactar, pero si en cosas públicas, no es lícito. Así pues, en todas las demás cosas pertenecientes al edicto del pretor que no se refieren a un perjuicio público, sino que afectan solo al patrimonio, es lícito pactar, pues también permite la Ley de las XII tablas pactar respecto al hurto". D.2.14.7.16. "En general, cuando el pacto contradice el derecho común, no se debe observar (...) y si se hubiera interpuesto stipulatio de lo que no es lícito pactar, no se ha de observar sino rescindir por completo".* Traducción en: Tejero, Fuenteseca, Garcia, & Burillo, 1968, págs. 116-119

> *enfrentaban por intereses contrapuestos. Lo más probable es que se intentase (…) una solución pacífica recurriendo a un tercero que ayudase a ello. Tal vez, el pater familias actuaría como intermediador, (…) quizá en un ritual religioso, actuando como (…) negociador, conciliador o mediador (2018 pg.118).*

Verbigracia, Fernández de Bujan explica que *arbitrer* en latín primitivo significaba mediador o componedor, pero poco a poco dicha palabra iría perdiendo esa connotación de amigable componedor o mediador al institucionalizarse la figura del árbitro[103]. Este paso se explica a través de la figura intermedia del *arbitrium boni viri*- arbitraje de persona recta o justa- que se asemejaba más a una conciliación que al arbitraje como lo conocemos hoy en día. A su vez, la institución mencionada del *consilium domesticum* evidencia la existencia de figuras comparables a la amigable composición o mediación en Roma. Como bien lo explica Zumpano & Donati:

> *"Le pratiche conciliative erano sicuramente conosciute e adoperate già all'epoca dell'antica Roma: si può infatti constatare con facilità come un passo delle XII Tavole, la più antica opera legislativa di Roma, contenesse l'obbligo dei magistrati di emanare sentenza per consacrare l'accordo che i litiganti avessero tra loro convenuto prima di recarsi davanti al Tribunale: "Si dum in ius veniunt, de re transactum fuerit inter vocatem et vocatum, ita ius esto"*(2014.pg.3)[104].

Del mismo modo, se recuerdan las palabras de Suetonio en su obra *Vite dei dodice Cesari*:

> *"la concordia aveva il suo tempio lontano dal Foro, ed il più bel monumento innalzato alla memoria e in onore del sommo Giulio Cesare fu la colonna ai cui piedi il popolo si portava per offrire i sacrifici e concludere le liti, con una solenne formula di giuramento pronunciata in nome del padre della patria"* (1994)[105].

En cualquier escenario, se concluye que los romanos conocieron de métodos semejantes a la conciliación, mediación y amigable composición. Estos mecanismos fueron los precursores del arbitraje regulado por el poder público. Se recuerda que la conciliación y mediación son métodos autocompositivos de resolución de controversias: son las mismas partes que resuelven el conflicto, a diferencia del arbitraje que es un mecanismo hetero compositivo. Por otro lado, aunque la amigable composición también es un méto-

103 Vallejo Gema (2018), pg. 119.
104 Traducción por el autor: Las practicas conciliativas eran seguramente las más conocidas y practicadas ya en la época romana: se puede en efecto constatar con facilidad como una parte de Las Doce Tablas, la obra legislativa más antigua de Roma, contenía la obligación de dictar sentencia para consagrar el acuerdo que los litigantes hubiesen pactado entre ellos antes de llegar al tribunal.
105 Traducción por el autor: La concordia tenía su templo lejos del foro, y el más bello monumento alzado en memoria y honor al divino Julio Cesar fue la columna a la cual el pueblo se dirigía para ofrecer sacrificios y concluir las litis, con una solemne formula de juramento pronunciada en nombre del padre de la patria.

do hetero compositivo, es mucho más informal y menos regulado por el poder público que el arbitraje[106].

5. El arbitraje en el periodo clásico del derecho romano

Vistos los antecedentes jurídicos de algunos métodos privados de resolución de disputas que existieron en Roma, se pasa a explicar qué clases de arbitramento concibieron los romanos para llegar a la noción de compromiso que se conoce en la actualidad.

I) Arbitraje no formal: *Arbitrum boni viri.*

A) Como ya se explicó anteriormente, el arbitraje no formal, o *merum arbitrum,* fue el arbitraje más primitivo que conocieron los romanos[107]. En particular, hay que aclarar que no es un arbitraje propiamente dicho[108]. La decisión tomada por el *arbitrum boni vir* no tiene más fundamento que la moral y la rectitud, mas no tiene protección jurídica. Es decir, el *arbitrium boni vir* consistía en un acuerdo mutuo entre las partes, sin necesidad de ninguna formalidad, por el cual un tercero, *prohombre* – ciudadano destacado escogido por su rectitud y moralidad, ayudaba a las partes a llegar a una solución amigable proponiendo una decisión. A modo de crítica, el arbitraje *boni vir* no puede ser considerado un arbitraje o amigable composición, toda vez que son las partes involucradas quienes deciden si aceptan o no la propuesta del "árbitro", lo que la aproxima más a una conciliación. Empero, la institución daría origen al arbitraje. Por ello, aunque Garavito y Fernández de Buján aboguen por un punto intermedio de dicha institución con el arbitraje, la verdad es que este mecanismo nunca pasó de ser un arreglo autocompositivo. El árbitro *bonis vir* proponía una fórmula de arreglo a los litigantes y estos decidían si la aceptaban o no. Ahora bien, es importante resaltar la postura de Garavito y Fernández de Buján que argumentan que las partes estaban constreñidas a cumplir la propuesta del árbitro desde un punto de vista moral. La palabra en Roma tenía un significado mucho más importante que en la actualidad. Por ende, no acatar la decisión del *arbitrum bonis vir* habría acarreado sanciones sociales que el individuo romano habría tomado muy en cuenta.

B) Sin embargo, el *merum arbitrum* demuestra que no todos los asuntos eran de libre disposición de las partes y por tanto transigibles. Solo los temas ligados a la economía agraria, contratos de sociedad, delimitación de predios, términos del arrendamiento, del usufructo, monto de la dote, eran susceptibles de arreglo por medio de este mecanismo[109]. Tal vez esta disposición de "*asuntos de libre disposición de las partes*"

106 Garavito (2013.pg2). "*El derecho romano contó con varios mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, diferenciados por su formalidad y grado de vinculatoriedad. Y es precisamente gracias al grado de intervención del tercero neutral que es posible establecer cuál es el mecanismo escogido por las partes: Si éste ayuda a que las partes lleguen por sí mismas a un acuerdo, estamos en presencia de una conciliación; si, por el contrario, el tercero neutral adjudica, se está en presencia de un arbitraje.*"

107 Buján, (2017) y Garavito (2013) consideran que existió desde la edad arcaica de Roma y tiene fuertes raíces del arbitraje griego.

108 Ver Garavito, 2013. Pg. 3.

109 Ver Garavito 2013, pág. 4 y *"D. 4.8.13.2: cuando estamos o no ante un arbitraje, según Pedio. D. 17.2.75.79: existen dos tipos de arbitraje: a) el de las árbitros cuya decisión debe acatarse, y b) el de los arbitrajes de personas justas, que no son arbitrajes en sentido técnico-jurídico, cuyas decisiones, en el caso de constituir una iniquidad manifiesta, pueden impugnarse mediante una acción de buena fe; D. 18.1.7 pr.: arbitrio de un hombre justo; D. 19.2.25: fijación de renta en arredramiento conforme al arbitrio de un tercero determinado; D. 50.17.22.1: remisión de la condición, en juicio de buena fe, al arbitrio del dueño o del procurador,*

fue producto de la evolución que se le dio al *pactum*, tema ya explicado en la institución de la *transactio.*

II) Importancia del *ius gentium* en la construcción del arbitraje.

A) Ahora bien, ya se ha sido reiterativo en la importancia que tuvo el *commercium* en la configuración del arbitraje romano. No obstante, se debe repetir que es gracias al *commercium* que se pasa de una *fides* primitiva[110] a un concepto de *bona fides* en un sentido mucho más elaborado y objetivo[111]. Esta es la *bona fides* que se ve consolidada en el *ius gentium* a finales de la República[112]. En este orden de ideas, se evoluciona de unas prácticas y costumbres mercantiles protegidas por el *ius gentium* a un verdadero reconocimiento de los pactos entre comerciantes, con base a la *bona fides* consagrada en el *pacta conventis* del edicto del pretor[113]. En este orden de ideas, la *bona fides* se convierte en el núcleo de protección de la consensualidad y se vuelve casi sinónimo del *ius gentium*[114]. El *ius gentium* se caracteriza por su flexibilidad y autonomía debido a su fundamento puramente mercantil y comercial, en contraposición del *ius civile* formalista y exclusivo a los *cives*[115]. Por este motivo, el *ius gentium*, basado en la *bona fides* y *aequitas*, se convierte en el derecho "universal", accesible tanto a peregrinos como a romanos, y protegido por el *imperium* del pretor[116] (Garavito 2013, 5-6). Aquí hay que aclarar que es a partir de esta protección de la consensualidad y celeridad de las relaciones mercantiles nace el *arbitrium*: estimación

entendido como arbitrio de una persona justa, bonus vir; C.J. 5.11.3: el acuerdo de fijación de dote por persona concreta se entiende como arbitrium boni viri»" (Buján, 2017.pg39). Ver también Garavito y reflexiones sobre Catón y Cicerón (2013.pg 2-4).

110 La *fides* primitiva se basa exclusivamente en la importancia de la palabra dada, desde un punto más moral que jurídico (Buján.2017. pg. 52).

111 Sautel se opone a esta teoría de Huvelín, sostenida también por Fernández de Buján, porque considera que los tratados entre Roma y otros pueblos no tuvieron nunca implícito el otorgamiento de *ius commercium* (Bujan, F. PG. 54). A nuestro parecer, como ya se ha expuesto a lo largo del texto, es innegable la interacción que tuvo Roma con otras culturas desde el punto de vista comercial y su interés cada vez mayor de regular dichas relaciones. Además, no se puede contraargumentar que desde el 493 A.C-tratado de Casio- Roma firmó acuerdos con los pueblos itálicos aliados y otorgó *ius commercium* a estos pueblos. Del mismo modo no se puede desconocer la existencia de condiciones muy favorables para los *latini prisci* o *latini colonarii* en Roma.

112 Ver Buján. F. 2017 pg.55-56.

113 Javier Patricio (2014.pg28) explica que: "*el edictum de receptis fue introducido en el siglo II D.C según Knütel, Marrone dice que debió serlo entre finales del siglo II y comienzos del I A.C. Naturalmente, esto no excluiría que la práctica de acudir a stipulationes compromissi como modo de asegurar el arbitraje privado pueda ser anterior en el tiempo a la intervención pretoria a través de la cláusula edictal (...) el deber del árbitro quedaba reducido al officium , sin coertio pretoria alguna".* Por lo tanto, se pasa de una práctica jurídica protegida mediante *stipulationes* reciprocas a una protección a través del *imperium* del magistrado de estos compromisos en el siglo I-II D.C. En relación con lo anterior, Fernández de Buján (2017. pg.54) explica que en Roma con los tratados "internacionales", protegidos por la *reciperatio* y los *recuperatores*, se protege al extranjero. Se les garantiza el acceso a los tribunales romanos para salvaguardar sus intereses privados. Por ello, se establece que la existencia de un tratado bajo *reciperatio* lleva incluida la cláusula de *commercium* (Bujan 2017, pg.54)., Buján argumenta que, con esta interacción comercial con peregrinos en Roma se crearon usos y costumbres dentro de la élite comerciante. Estos pactos basados en la costumbre luego serían reconocidos por el *ius gentium* romano. Sin embargo, con la llegada del proceso formulario y el edicto del pretor, este *ius gentium* basado en la costumbre será protegido por medio de acciones a través del *pactis conventis*. En esa transición, la *bona fides* se transforma en el aspecto central de regulación de los contratos comerciales y adquiere un elemento objetivo para su valoración por el pretor.

114 Ver Buján. F. 2017 pg.55-56 y también Lucía Nemme (2010pg.165): "La *fides* corresponde a una concepción formal que no tiene en cuenta cabalmente las exigencias de la buena fe, (…)*la bona fides*, **en el ius Gentium con base a la protección del pretor**, comporta, además de optar en el cumplimiento del proprio compromiso una conducta leal, propia de una persona honesta, que atienda los especiales deberes de conducta que se deriven de la naturaleza de la relación jurídica y de las finalidades perseguidas por las partes" (Negrillas adicionadas)

115 Ver Robles, Juan Ramón. *Magistrados, jueces y árbitros en Roma*. Competencia civil y evolución. Editorial Dykinson. Madrid. 2009. Pág. 69.

116 Como ya se explicó en los módulos anteriores, con el nacimiento de la magistratura pública del pretor urbano y peregrino, hay una protección cada vez mayor de los peregrinos en Roma. Ver Garavito 2013, 5-6.

del alcance *ex fide bona* de los pactos- es decir estimación del alcance de los convenios al momento de una controversia (Garavito 2013, 6). Este es el campo de acción del árbitro, pero también la limitación para decidir sobre las disputas surgidas entre peregrinos y *cives* romanos.

III) Arbitraje Legal.

A) A primera vista, desde las XII Tablas aparece un "arbitraje legal" que se distancia del *arbitrum bonis vir* por su naturaleza mixta público-privada. En esta medida, Garavito (2013g.7-8) cataloga a este arbitraje como un *arbitrum iudicei*, "un hibrido entre juicio y arbitraje". Mediante la *legis actio per arbitrivem postulationem*, los litigantes acudían al pretor para que nombrara un árbitro de una lista de ciudadanos que podían ejercer como jueces en casos especificados por la ley[117].

No obstante, a modo de crítica a las posturas que sostienen que esto constituía un arbitraje, se expone que, si se aceptara como "arbitraje legal" lo dispuesto por la *legis actio per arbitrive postulationem* se debe afirmar que todo el ordenamiento jurídico romano fue arbitral hasta el reconocimiento del *proceso cognitio extra ordinem.* Esto se debe a que todos los juicios durante el proceso de las *legis actiones* y proceso *formulario* tenían dos fases: una fase *in iure* ante el magistrado y otra *apud iudicem* ante simples ciudadanos privados que decidían sobre la controversia[118]. De la misma manera, se recuerda que durante las *legis actiones* la *sententia-* sentencia- equivalía a "decir sentimientos"; los jueces privados expresaban sus sentimientos[119] y, por consiguiente, tanto en la *arbitrivem postulationem*, como en las otras *legis actiones*, se decidía en equidad. Se rememora que *arbitrium* puede tener varios significados, puede significar libre albedrío o derecho según el caso, como se explicó al inicio del documento[120]. Por consiguiente, sin desacreditar a las personas que han hecho estudios lingüísticos en la materia, puede suceder que en las XII Tablas la distinción entre juez y árbitro no existía. Tal vez, como hemos visto a lo largo del ensayo, lo primero que existió fue un árbitro y luego apareció el juez, y que incluso en ese devenir los jueces surgieran de esos prohombres, por lo cual no se podría hablar de arbitraje legal en *strictu sensu*[121].

117 Ver fragmentos de Gayo, Institutas, 4,17. y Valerius Probus, iv,8; Girard, Manuel 1929. pp.1050-51; Hulevin, Cours…1. pp.151-154; A. Giffard, Leçons de procédure, pp.45-49 en Correa (2015), pp. 136. Se podía interponer esta acción en los casos nacidos *ex sponsione*, decisión de repartir bienes de una sociedad, de herencia o deslinde.

118 Según Patricio, 2014. pg.36-37: "*Es sabido que el oficio de juez en Roma era un deber público (manus publicum) que recaía sobre el elegido para juzgar y que carecía de cualquier compensación económica. Pero, ¿Era esa también una regla que regía para los árbitros? Las fuentes guardan silencio sobre el particular. (…) Mateo Marrone por ejemplo manifiesta que al árbitro no le correspondía ningún tipo de compensación por su actuación (…)".*

119 Ver. Correa 2015, 140.

120 Wlassak expone en su crítica de bipartición voluntaria y obligatoria del proceso civil romano. Para Wlassak el proceso nace por la institucionalización del arbitraje. Por consiguiente, con la integración del *arbitrer* al proceso oficial nace el proceso en Roma. Es por esta razón que la palabra *iudex* no distingue entre árbitro o juez (Patricio, 2014.pg20-21)

121 Gayo en sus *institututas,* en lo pertinente a la *actio per iudiciem postulationem,* repite reiteradamente la palabra *recuperator y arbitrer.* Si se observa un diccionario de latín se encuentra que *recuperator* significa "*encargado de las restituciones, indemnizaciones etc*". Esta palabra se toma como sinónimo de árbitro y ligada a la palabra *reciperatores-* árbitros encargados de solucionar disputas entre ciudadanos romanos y ciudadanos de algún pueblo aliado de Roma. No obstante, si se observa detalladamente la etimología de la palabra *recuperator* el diccionario indica que en latín primitivo significaba "juez". Fue luego que esta palabra adquirió significado de árbitro. Por consiguiente, puede ser que Gallo no se refería a r*ecuperator* en términos de árbitro, sino en términos de "*juez encargado de las restituciones o indemnizaciones*" (VOX 2019). Por otro lado, frente a la palabra *arbitrer,* Antonio Silva Sánchez (pg.482) afirma que el árbitro y juez "*llegaron a conocer de temas similares, llegando a confundirse una y otra figura*". A su vez, se tiene que tener en cuenta que la palabra *iudex* no distinguía entre juez o árbitro (VOX 2019).

B) No obstante, Garavito expone que:

> *"un rasgo importante de esta acción de la ley (empleada según la naturaleza específica del caso llevado por el pretor) radica en que de este juez se esperaba que actuara no solo como boca de la ley, sino también como experto, mediante avalúos de daños y de tierras o partición de copropiedades,* ***arbitrium litis aestimandae****"* (2013. pg.7).

En resumen, si se acepta que el árbitro de las XII tablas sí se distanciaba ya de la figura del juez, debía ser por este aspecto de tecnicidad y conocimiento en la materia a diferencia de los jueces[122]. En este caso, se estaría hablando de los orígenes del arbitraje técnico que se tiene en la actualidad en la legislación colombiana[123]. Del mismo modo, aceptar que este mecanismo era un arbitraje permitido por la *Lex* constituye el argumento principal de la corriente jurisdiccional, la cual sostiene que el arbitraje nace a partir del poder público al permitir al árbitro ejercer funciones públicas transitorias de administrar justicia. La corriente opuesta a esta teoría es la contractualista, la cual aboga por la existencia del arbitraje desde un punto de vista del derecho privado y autonomía de las partes. A nuestro parecer, el arbitraje nace exclusivamente de la voluntad de las partes y las relaciones comerciales, pero a medida que el poder público se consolidó, se tendió a ver el arbitraje desde una postura jurisdiccional y a limitar cada vez más esta autonomía privada[124]. Esta visión jurisdiccional es la que se evidencia en la legislación actual[125].

IV) Arbitraje Compromisario

A) Frente al arbitraje compromisario se puede determinar que efectivamente este se consolidó como un arbitraje de naturaleza mixta: que nace de la autonomía privada de las partes y que es protegido por el poder público a medida que este se consolida (Garavito, 2013. pg.8). Es por esto por lo que el

122 Hay que tener en consideración que el Juez podía distanciarse del árbitro porque se podían nombrar varios mientras que solo podía haber un juez. Además, el *arbitrer* se desplazaba al lugar de los hechos o las cosas para examinarlas, mientras el juez profería parecer desde el *comitium o foro*. Entonces pareciera que el juez se diferencia del *arbit*rer sobre todo por la especialidad, experiencia, tecnicidad que debía tener el *arbitrer*, mientras que el juez era un ciudadano común-*Lex Sempronia* 122ª-C (Antonio Silva Sánchez pg.482).

123 Ver inciso 3ero de la Ley 1563 de 2012.

124 Patricio, (2014. Pg21) explica: *"-aparte (...) la mayor discrecionalidad que tenía el arbitrer frente al iudex a la hora de enjuiciar- (...) la figura de árbitro (arbitrer) siempre tuvo un origen al margen del ámbito procesal oficial, con ulterior rececpción en el mismo"*. Ahora bien, cuando el árbitro es integrado a los procesos oficiales es muy explicable porque en estos procesos "*tendese a prevalecer la palabra iudex para designar al juzgador unipersonal* (…)".

125 Dionisio Anzilotti (2021) fundó la teoria dualista . Para este autor, el derecho internacional y el derecho en general, tiene su fundamento en el Estado. Así, aunque el derecho internacional interactúa con el derecho interno, son ordenamientos separados. Anzilotti crítica fuertemente las teorías monistas a través del primer capitulo de su libro *Il diritto internazionale nei giudizi interni (*pg.1-49). El autor argumenta que el derecho internacional ha sido abordado solo desde un punto de vista *ius naturalista* y cuestiona la visión que se tiene del derecho internacional para su época. Por eso mismo, Anzilotti fue el fundador del positivismo y dualismo internacional. Esto es relevante para nuestro texto porque Colombia adoptó desde el siglo pasado la teoría del positivismo y dualismo. En esta medida, en Colombia el arbitraje tiene su fundamento en el derecho público interno y es aplicable por el reconocimiento del Estado de este mecanismo alternativo de solución de disputas. Ahora bien, la Corte Constitucional con su sentencia C-400-98 argumenta que Colombia tiene un sistema de "monismo moderado", lo cual es totalmente falso. La corte malinterpretó el monismo moderado de Verdross (Cárdenas 2016, 225).

compromiso- acuerdo entre las partes para delegar a un tercero la solución de sus controversias[126]- pasa de ser un mero acto de voluntad protegido por el *ius gentium* a ser exigible por medio del edicto del pretor[127]. No obstante, a pesar de ser reconocido por el derecho público como un mecanismo viable para terminar las controversias, esta protección nunca se desligó del ámbito privado y autonomía de las partes. A pesar de la institucionalización del arbitraje que se observó a lo largo de la historia de Roma, la protección del *compromissum* siempre se llevó a cabo desde un punto de vista contractual[128] (D.4.8.32.15- el árbitro decide en función del compromiso y de los lineamientos de la convención). En otras palabras, durante el Alto Imperio, incumplir el compromiso, o no acatar el laudo, solo conllevaba una *actio ex stipulatu* para exigir el pago de la *stipulatio poenae*[129] acordada por las partes. Como explica Justiniano en el Digesto[130]:

> "Colíjase de la definición que hemos dado al árbitro, que hablando con propiedad no debe ser llamado juez; pues (...) no puede constituirlo el consentimiento de los particulares; por cuyo motivo no hay juez alguno que no sea nombrado por autoridad pública: de modo que lo establecido por el árbitro no tendrá fuerza de cosa juzgada, ni por tanto nacerá de su fallo o sentencia la actio iudicati, ni podrá apelarse de ella."

En efecto, Leopold Wenger, en Actio Iudicati 1954, se determina que el laudo que se toma en virtud del compromiso no permite la posibilidad de exigir su cumplimiento por vía actio iudicati. Por consiguiente, el arbitraje compromisario en el Alto Imperio era en esencia contractualista, pero protegido a través del *pactus conventis* y *edictum de receptis* del edicto del pretor[131]. Sin embargo, en Roma, el árbitro nunca ejerció funciones públicas de impartir justicia porque no tenía iurisdictio. Solo será hasta el periodo del Dominado – Siglo IV D.C.-, momento en el cual se intenta controlar cada vez más la vida privada, política y social de las personas, que el arbitraje será protegido mediante la exeptio y denegatio actionis. Con esto se impide a la persona que pretende eludir el compromiso que pueda instaurar un juicio público, por lo cual el arbitraje es ya totalmente institucionalizado y protegido por el poder público para este periodo[132] .

126 Sala (1848) pg.51. D.4.8. Compromiso: "*la convención por medio de la cual los que han de litigar se sujetan al arbitrio de determinada persona, bajo cierta pena en que incurrirá el que no obedeciera su sentencia*". D. 8.4.1: Paulus: "*el compromiso se acomoda a semejanza de los juicios y sirve para resolver las controversias*"

127 Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, 1927 reimp. 1985, pág. 265: "*quiarbitum pecunia compromissa receperit, eum sententia dicere cogam"*(al que hubiera asumido um arbitraje mediando uma cantidad comprometida, le forzaré a dar sentencia)

128 Como dispone el digesto 4.8.43: "Lucio y Mevio Sempronio hicieron un compromiso para que decidiera un árbitro sobre todos sus asuntos y controversias, pero por error, Lucio Ticio dejó de consignar en la petición de ambos extremos, y el árbitro nada sentenció sobre los mismos; se preguntó si podrían reclamarse judicialmente por los extremos omitidos. Se respondió que si ya que no se incurría en la pena del compromiso."

129 Especie de cláusula penal si se me permite la comparación.

130 D.4.8.2 - Ulpiano; D.4.8.11. Pomponio. Versión traducida en Sala, (1848). Pg. 51.

131 Este tema ya fue explicado en la de la *transactio y* la importancia del *ius gentium* en el arbitraje romano. Se repite que la recopilación del *edictum perpetuum* se puede encontrar en el trabajo de Otto Lenel (1925) y y Rudorff (1869).

132 En derecho procesal moderno algo equivalente a las excepciones de falta de jurisdicción y competencia. Ver Fernández de Buján. Pg,45

B) Como ya se expuso anteriormente, es en el Dominado, con el *corpus iuris civilis*, que se toman las mayores medidas para delimitar la autonomía de las partes. En particular, en relación con el compromiso y aceptación del encargo de árbitro se dispone que:

1) el laudo arbitral debe contener los mismos requisitos que la decisión tomada por un juez. D.4.8.19,

2) El laudo arbitral debe ser proferido en el lugar donde se acordó en el compromiso o en su defecto en el lugar donde se haya pactado -D.4.8.7-,

3) la decisión no puede superar el tiempo establecido por las partes, o en su defecto el tiempo acordado entre los comprometientes y el árbitro -D. 4.8.14,

4) las causales de aumento del plazo acordado son excepcionales y limitadas-D.4.8.12; D. 4.8.13.4-,

5) el laudo debe ser proferido en presencia de las partes-D. 4.8.27.5-,

6) en el momento de proferir el laudo se deja de ser árbitro D.4.8.29,

7) el árbitro, aunque hubiera incurrido en error al dictar sentencia, no puede corregirla D.4.8.20, entre otras[133].

Para terminar, en la época Justinianea – Siglo VI D.C - se permitió la acción ejecutiva del laudo arbitral mediante una *actio in factum*[134], ante jurisdicción pública.

C) Por ende, se está de acuerdo con Garavito (2013) en determinar que la esencia del arbitraje tanto romano, como moderno, se funda en esta autonomía de las partes, en la equidad, celeridad e informalidad para llevar a concluir ciertas disputas de exclusivo origen patrimonial y, por lo tanto, de libre disposición de los comprometientes[135]. Así mismo, a través de la evolución de Roma se observa cómo el compromiso, de origen contractualista e *ius privatistico*, comienza a ser institucionalizado y limitado cuando se consolida el poder público. Esta tendencia jurisdiccional, si se me permite, será

133 Sala (1848) pg.51-54: el árbitro debe ser un hombre bueno, no pueden ser jueces y al mismo tiempo árbitros, ni ser mujeres, debe ser mayor de 20 años, además, como indica Paulo, no pueden ser sujetos de causales de impedimento, como en el caso de los *recuperatores*.

134 Ver Fernández de Buján (2017). Pg48. Del mismo modo ver Sala (1848) pg.52-D.4.8.23: "*Estableció también el mismo Emperador en la Constitutio transcrita en la l.5.C.H.T, que naciese del compromiso la acción in factum, siempre que los comprometientes a continuación de la sentencia se obligasen (bajo su firma) a su cumplimiento, o callasen por el espacio de 10 días, no protestando ante el juez o árbitro. La sentencia del árbitro, no apelada y consentida, se llama laudo homologado*". Se debe también recordar lo establecido por Proculo. D.17.2.76 que establece que la decisión del árbitro debe acatarse sea justa o injusta. Ulpiano también se manifestó al respecto y determinó que*: "Debes soportar con buen ánimo la sentencia menos probable, es decir la más absurda o la más injusta* ("*vel minus probabilem sententiam aequo animo debes*")" D.4.8.27.2.- Traducción en Javier Patricio (2014. pg.41).

135 Javier Patricio (2014.pg 32) *"El ámbito de las materias que podían ser objeto de arbitraje era muy amplio, pero algunas quedaban excluidas. En cualquier caso, los supuestos de exclusión que se mencionan en las fuentes son muy explicables, porque en todos ellos el interés público aparece en primer plano"*. Ejemplo: Paulo 13ad Ed. D.4.32.6 y D.4.32.7. Igualmente, se pone de presente el extracto del compromiso y aceptación del encargo de árbitro de Pedio transcrito por Ulpiano D.4.8.13.2. Además, la Tabla TABULA HERCULANENSIS (a. 69 d. C) es ejemplo del ánimo de celeridad comercial y autonomía privada que rige el arbitraje a través del compromiso: "*En la controversia que existe entre L. Cominio Primo y L. Apuleyo Próculo sobre los límites del fundo Numidiano, que es de L. Cominio Primo, y del fundo Estrataniciano, que es de L. Apuleyo Próculo; y, puesto que L. Apuleyo Próculo y L. Cominio Primo han establecido por entre ellos sobre esta controversia… Así estipularon y así pactaron sobre esta controversia: lo que Tiberio Craso Firmo, árbitro en virtud de compromiso entre L. Cominio Primo o bien su heredero y L. Apuleyo Próculo o bien el suyo, pronuncie como sentencia o como resolución interlocutoria públicamente y en presencia de ambos, o haga pronunciar -a través de un tercero-, y con tal que pronuncie sentencia o la haga pronunciar antes de las próximas calendas de febrero, y alargue o haga alargar el plazo el compromiso; si se hiciera algo contra ello, o bien algo no fuera hecho así, se darán debidamente mil sestercios de ley, y que queden, ahora y en el futuro, esta controversia y arbitraje exentos de dolo malo."* (Garavito,pg. 10). Del mismo modo, el Digesto dispone que solo los asuntos sujetos de transacción pueden someterse a arbitraje- es decir, solo asuntos de libre disposición de carácter patrimonial- D. 4.8.23 y 24- Sala. (1848) pg.52, numeral 10.

la que en adelante adoptaron los sistemas occidentales europeos francés, italiano y español[136] y que constituyen los fundamentos de nuestra institución moderna en Colombia[137]. Por el contrario, países como Alemania[138], Holanda[139] e Inglaterra conservaron durante muchos años la esencia *ius privatistica*- contractualista- del arbitraje romano. Esto se explica en el siguiente módulo.

6. Antecedentes históricos del arbitraje contemporáneo.

A) Llegado a este punto, no se puede dejar de lado el hecho de que entre la Ley 1563 de 2012 y el derecho romano hay un espacio temporal de más de dos mil años; esto quiere decir que no se puede pasar a la legislación contemporánea sin hacer un preámbulo de la historia del arbitraje en el mundo occidental y en Colombia. En consecuencia, primero hay que determinar que luego de la caída del Imperio de Occidente, el arbitraje conocido en casi todos los rincones del imperio comienza a ser olvidado[140]. Es la Iglesia Católica y el derecho canónico quien salvaguardó el conocimiento de esta institución, que solo hasta el siglo XI-XII D.C reaparece en el escenario jurídico[141]. Esto se debió a la reapertura del

136 Por ejemplo, José Carlos Fernández Rozas, La situación actual de arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro, III Revista de la Corte Española de Arbitraje, 29-52 (1986), explicaba la tendencia publicista, jurisdiccional en España así: *"Los desarrollos sectoriales del arbitraje en España, por su fuerte incidencia del poder público, vacían de contenido la institución no aportando en la práctica las suficientes garantías a las partes en litigio. Dicha tendencia ha de ser corregida a través de una reglamentación de carácter general. Si esto es así en el plano interno, la actual situación del arbitraje en España no se acomoda a las necesidades del tráfico externo".* José M, (1959, pág. 93)manifiesta como el absolutismo marcó la política de España: *"Tornado el estamento noble de fuerza política peso muerto, que eso resulta de su paso feudal o palatino, faltó aquel equilibrio social que formaban Rey, clero, nobles y ciudadanos o estado llano; quedó el poder real sin contrapeso, tentado de absolutismo, al modo romano; cedió a la tentación y sobrevinieron las monarquías absolutas (...)La legislación, desde el siglo XVI hasta comienzos del siglo XX, más parece aspirar a la comodidad de quienes administran que al interés de aquellos a quienes ha de servir"*.

137 Durante el siglo XIX y principios del siglo XX Anzilotti contrapuso a la teoría monista la teoría dualista que plantea la idea de que el derecho internacional nace por el reconocimiento dentro de la jurisdicción interna de los Estados de una norma aplicable en materia internacional. Es decir, el derecho y cualquier norma jurídica tiene su fundamento en el Estado y no en "la razón" como afirmarían las corrientes monistas *ius naturalistas*. En países como Francia, Italia, Colombia se evidencia una tendencia de observar el derecho desde un ámbito codificador *ius publiscista*. Del mismo modo, es indiscutible que Colombia en el siglo pasado reconoció la teoría dualista dentro de su ordenamiento. No obstante, la Corte Constitucional intenta argumentar por "un monismo moderado en Colombia", lo cual es un completo error- Ver Corte Constitucional. C-400-98.

138 Ver Respondek, 2014, pág. 289: *"For 130 years, Germany has taken a favorable approach to arbitration. (...) the guiding principles of this early codification were the respect for far-reaching party autonomy (....) this favorable attitude toward arbitration was in stark contrast to the skepticism with which arbitration was treated in other legal systems"*

139 Se recuerda que las ciudades hanseáticas. (Países Bajos y Norte de Alemania), se fundaron bajo el comercio. Por ello, Hugo Grocio en su obra "*mare liberum*" defiende la idea de libertad de los mares con el fin de proteger los intereses de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales. Grocio, jurista holandés, siglo XVII, es el precursor del *ius naturalismo* y de la teoría del "contrato social". Ver Emilio P. 2021. pág.487: "*Vico o proclamou "o jurisconsulto do gênero humano". John Locke o incluía entre os principais escritores para ser lido por homens civilizados*". En lo que especta al arbitraje estableció que *"existen tres procedimientos para el arreglo de las diferencias: las conferencias-juicios-, el arbitraje y la decisión a través de la suerte*" (Rodriguez 1983, 95). De la misma manera, Grocio es defensor de la idea de autonomía privada en el arbitramento: "*el jurista holandés aceptó la Bula como laudo arbitral entre España y Portugal, pero advertirá que ésta tuvo efectos de carácter vinculante únicamente para las únicas dos partes del conflicto"* (Arriola, Bonilla Saus y Campo 2010, 35). Como bien lo determina Emilio. P (2021) Grocio debe ser entendido en el surgimiento comercial holandés y la defensa de la autonomía privada y el comercio de su patria Pg. 486-487: *"Somente uma leitura a partir do contexto cultural em que o próprio Grócio se encontrava pode compreendê-lo melhor. O pensador holandês surge em tempos de transição. De um lado, as forças do novo, que já concebiam a política em termos de unidades nacionais, representadas pela pessoa do Cardeal Richelieu; de outro, as forças do velho, escritores papalistas e imperiais que pregavam a restauração das decadentes instituições centrais da cristandade latina"*.

140 Esto debido a la absorción del poder público de todos los aspectos de la vida social y política en Oriente y por la ruptura del comercio del mediterráneo con la llegada del islam. Esto ya se explicó en el módulo ii de este texto.

141 *« L'arbitrage était donc développé en droit romain et il a été connu, pratiqué dans toutes les terres conquises par Rome. Il sera peu à peu oublié après la chute de Rome, bien que l'Église catholique en transmette la mémoire au sein d'un cercle de lettrés. Il faudra alors attendre la fin du XIe siècle, soit la redécouverte et la reprise de l'enseignement du droit romain en Europe, pour*

comercio en el mediterráneo y la consolidación de la *Lex Mercatoria* en occidente[142].

B) Ahora bien, contrario a lo que muchos pensarían, durante el periodo de la monarquía absoluta en Francia y España, la revolución francesa y el primer Imperio Napoleónico, las instituciones públicas se muestran reticentes a aceptar la coexistencia de una forma pública y privada de impartir justicia. Esto se explica porque en donde el poder es absoluto la autonomía privada es anulada y el arbitraje no es compatible[143]. Así, en Francia, solo hasta 1806 se plantea de manera sumaria la existencia de un *juge de paix*- juez de paz, en un escenario de codificación impulsado por Napoleón, para abrir las puertas a un mecanismo parecido al arbitraje como conoció Roma[144]. Esta noción de juez de paz se evidencia por primera vez en Colombia en el artículo 307 la Ley 105 de 1890[145] y es una copia exacta del código de *procedure civile* francés. Aquí, se pasa a un descubrimiento importante: la práctica y uso

que l'arbitrage se développe à nouveau. » (Jallamion 2018, 293). Es indispensable hacer la salvedad que el arbitraje subsiste en occidente en cabeza de la Iglesia que buscaba mantener su autonomía frente a los reyes de Europa occidental y el patriarcado de Constantinopla. La iglesia, al salvaguardar las instituciones romanas de justicia, ve la posibilidad de ganar un espacio en la administración de la nueva Europa occidental tras la caída del imperio*: "El vacío de poder producido por la aniquilación del Impero romano hubo de ser enfrentado por poblaciones con débil o incluso ausente organización judicial y autoridad estatal, siendo entonces axioma la sólida afirmación paralela del arbitraje impulsado por la Iglesia Católica"* (Zappalá 2010, 205). Es en este contexto que se forja la cultura jurídica europea occidental. Paricio & Barreiro, (2010, págs. 185-186) explican: "el punto de partida históricamente significativo para la formación de la cultura jurídica europea, en continuidad con la concepción del derecho romano jurisprudencial, lo constituye el descubrimiento científico del Digesto y su adopción desde principios del siglo XII como base para el estudio y la enseñanza universitaria del derecho, a partir del modelo de formación jurídico iniciado en la Universidad de Boloña". Así, a través de la escuela de glosadores de boloña y *"la prevalencia de la idea de la cristiandad como forma común de interpretación de la existencia y en la vinculación a la Iglesia de Roma"* se construye el modo de argumentar y pensar el derecho en el mundo occidental (Paricio y Barreiro 2010, 185-187).

142 Pequeñas ciudades estados comienzan a surgir en la Europa occidental dedicadas únicamente al comercio marítimo en el mediterráneo. Estas ciudades son Venecia, Génova, Barcelona, centros que se convierten en los puntos de reunión de comerciantes. Son en estos puntos de aglomeración mercantil donde nace la *Lex Mercatoria*: un cúmulo de costumbres y usos entre comerciantes de carácter privado. Como manifiesta Arenas, (2014pg.351) la *Lex Mercqtoria* tiene su base en el *ius gentium* heredado de roma, sobre todo por su esencia basada en la *bona fides* romana.

143 Sin embargo, aunque el arbitraje se presenta en latente oposición al poder absoluto del monarca, la acumulación de riquezas no se detiene en la clase comerciante que se convierte en la nueva burguesía. Allí, a espaldas del poder público el arbitraje subsiste como reconocen por ejemplos los edictos franceses de 1560 y 1563 y las ordenanzas de Bilbao de 1737 (Zappalá 2010).

144 Zappalá (2010. pg. 209) opina que el arbitraje nace para la época contemporánea con los decretos de agosto de 1790 y junio 1793 en la revolución francesa. A pesar de lo anterior, esta hipótesis no tiene mucho sentido porque no se evidencia lógica en que el arbitraje haya sido tenido en cuenta en el periodo del terror en Francia, donde a pesar de encontrarse ante el periodo del iluminismo, la autonomía privada es ampliamente restringida por los tribunales revolucionarios. Esto mismo sucede en el Imperio Napoleónico. Aún si Napoleón se preocupa en codificar las costumbres de los comerciantes en el código de comercio, al fin y al cabo, lo hace para institucionalizar, incorporar al poder público, estos mecanismos que se encontraban al margen del poder. En otras palabras, no hay evidencia empírica de que el arbitraje fuese promovido por el primer y tercer Imperio Francés cuando buscaban controlar cada aspecto de la vida política del individuo a través de la codificación. Al parecer, Napoleón solo consideró el arbitraje como un mecanismo sumario necesario por el aumento de la burguesía comerciante francesa. Además, como expone Jallamion, (2018pg.301-303), Francia en materia comercial adoptó un sistema proteccionista del comercio hasta finales del siglo XIX, cuando por primera vez hay apertura ecónomica. Es en esa apertura ecónomica donde encontramos las bases actuales del arbitraje compromisario francés, no antes. No obstante, es innegable que con la carta política de 1791 de la revolución francesa se plantea sumariamente que "el arbitraje no puede sufrir ninguna restricción por parte del poder ejecutivo que constituyó las bases del moderno y actual *compromissum* de la época del derecho clásico romano" (Zappalá, 2010. Pg.2011). Igualmente, Napoleón primero sí concibió dicha institución en el "*Code de Commerce*", pero al mismo tiempo se habla de arbitraje obligatorio en muchos casos, lo cual contradice la autonomía de las partes que es la esencia de este mecanismo.

145 Ver Bejarano, 2020, pág. 410. Así mismo, se observa que el artículo 37 de La Ley 169 de 1896 remite al artículo 15 de la Ley 30 de 1888 donde ya se menciona la noción de juez de paz y árbitro.

del arbitramento fue ampliamente difundida en la jurisdicción inglesa[146], italiana[147] y alemana[148]. Por el contrario, en Francia la utilización del arbitraje llegó de forma tardía.

En efecto, en el segundo Imperio Francés, Napoleón III firma los primeros tratados de comercio internacionales de apertura económica en Francia con países como Inglaterra y Prusia. En consecuencia, el comercio internacional se multiplicó y hubo un interés por parte del Estado de aplicar la olvidada institución arbitral. Fruto de lo anterior y muchos años después, en la 3*era República*, *"pour la première fois en 1904, année de l'Entente cordiale entre la France et l'Angleterre, la Cour de cassation française affirme en effet la validité d'un arbitrage rendu à partir d'une clause compromissoire"* (Jallamion 2018, 303)[149]. Así mismo, en la experiencia jurídica francesa, solo hasta los años 1923, 1925 y 1928, producto del comercio con Alemania e Inglaterra, se les da validez a cláusulas compromisorias tanto en el ámbito nacional como extranjero[150].

146 Esto se explica porque en Inglaterra, con el triunfo del *common law* y la *equity*, lo cual se debió a que *"los juristas se habían aliado con el Parlamento en su lucha contra las tendencias absolutistas de la corona*" (Paricio y Barreiro 2010, 220), se respetó la autonomía particular.

147 En Inglaterra, el *arbitraje compromisario* formalmente se consolidó desde 1698 por el interés que tenía la corona en regular las disputas dentro del gremio comerciante. Luego, en 1833, con *The civil procedure* act establece los requisitos de la aceptación del árbitro y el carácter irrevocable de su cargo, con obligación de dictar sentencia. Del mismo modo, *the Common Law Procedure Act* de 1854 y *The Arbitration Act* de 1889, son muestra clara del interés e importancia que se le dio al arbitraje en Inglaterra. Esta regulación es la base del arbitraje que conocemos hoy. Esto se debió principalmente a que Inglaterra, a diferencia de España o Francia que eran proteccionistas, adoptó un modelo siempre de apertura total económica y fue el mayor defensor de la liberalización de la economía en el siglo XIX. Del mismo modo, la regulación en Inglaterra del arbitraje se hizo a través de los tribunales de la corona y el precedente. Ver Ellenbogen, 1952, págs. 657-658. En Italia, el primer *codice civile* italiano de 1865 separa cardinalmente el arbitraje de la esfera pública de impartir justicia. En esta medida, el arbitraje es confinado exclusivamente a la voluntad privada de las partes. Esto se debió a la aceptación en Italia de la teoría Hegeliana de "concesión del Estado", teoría que establece que la justicia no puede ser una función exclusiva del Estado, por lo cual el arbitraje entendido como justicia privada se separa definitivamente del poder público (Zappalá 2010). Una teoría crítica a la expuesta anteriormente sostiene que para las tendencias codificadoras del siglo XIX el arbitraje no era concebible, pues se buscaba tener una legislación unitaria. Por lo tanto, es por esto que en el código civil italiano de 1865 el arbitraje es relegado a la autonomía privada y no es considerado por el poder público o el legislador, (Ferri 2021, 1-6). Es de resaltar que en Italia el arbitraje será golpeado fuertemente por el fascismo, el cual desconoció la existencia de esta forma privada de solucionar los conflictos.

148 En Alemania, la escuela Pandentistica con Savigny expuso en un inició que el arbitraje era esencialmente de naturaleza pública, oponiéndose a Grocio: Se argumenta que en Roma dicha institución solo se consolidó con la protección que se hizo a partir del edicto del pretor y el emperador, Ver *System des heutigen römischen Rechts* (Ferri 2021, 6). No obstante, Georg Friedrich Puchta, en *Pandekten*- «*Kompromiss*», reconoció el origen e incidencia de la autonomía privada en el compromiso. Por consiguiente, en Alemania a través de los debates de la escuela Pandentistica, el arbitraje se configuró como de naturaleza mixta público-privada desde mediados del siglo XIX- haciendo énfasis claro a la incidencia pública del arbitraje. Estas posturas fueron las acogidas posteriormente en las corrientes romano-germánicas del derecho que separó la noción de *arbitrer* a la de *arbitratus* (Ferri,2021. Pg.6-14). Ver Bernhard Windscheid en *Lehrbuch des Pandektenrechts,* Christian Friedrich Von Glück,en *Usus modernus pandectarum*, entre otros, por ejemplo. Estas discusiones en lo referentes al arbitraje fueron acogidas en el BGB alemán y en las codificaciones europeas continentales del siglo XX (Ferri, 2021.pg16). Como explica Paricio & Barreiro, (2010, págs. 224-225): *"el proceso constructivo de una cultura jurídica alemana del derecho privado se debió(…) a la corriente cientifica (…)usus modernus padectorum (…), que protagoniza la adaptación del ius commune a las condiciones socio culturales del aréa germanica, utilizando para ello las aportaciones de la ciencia jurídica itliana (….) y los resultados de la interpretación de la misma practica judicial, así como los materiales proporcionados por los derechos locales y territoriales germánicos"*. Situación muy distinta se vivió en Francia o España donde la unificación del derecho se llevó a cabo por medio del absolutismo monárquico.

149 Por primera vez, en 1904, año de celebración del entendimiento cordial entre Francia y Inglaterra, la corte de casación francesa afirma el efecto de validez de un arbitraje realizado a partir de una cláusula compromisoria.

150 *« Or c'est cette même année 1923 que des efforts internationaux sont consentis en vue de développer l'arbitrage, alors considérée comme une institution destinée à favoriser les affaires et donc comme une institution de paix. Ainsi en janvier 1923 la Chambre d'arbitrage de la Cour de commerce internationale ouvre ses portes à Paris : elle est destinée à favoriser l'arbitrage entre les différentes nations et particulièrement entre la France, l'Angleterre et l'Allemagne. Très clairement le monde financier, commerçant, s'organise pour éviter une nouvelle guerre, pour protéger les investissements massifs qui ont été faits en Europe et la France, pays allié le plus proche de l'Allemagne, apparaît comme la mieux placée pour concentrer ces efforts. Également le 24 septembre 1923 est adopté à Genève, à l'initiative de la Société des Nations, un protocole qui valide la clause compromissoire*

En otras palabras, la consolidación del arbitraje en Francia se da más bien en un periodo tardío en comparación con naciones como Inglaterra[151]y Alemania[152], países que adoptaron desde mucho antes una política de apertura económica y dieron mayor importancia a la autonomía privada de las partes.

C) En paralelo, en Colombia, como si fuese un ordenamiento calcado del francés, se promulgan las Leyes 103 de 1923, 105 de 1931 y Ley 2 de 1938[153]. No obstante, hay que resaltar que en Colombia existió una influencia propia del derecho español que puede rastrearse desde las siete partidas y la necesidad de aplicar el arbitraje en las colonias[154]. Por otra parte, si bien en la Constitución de 1886 se contempló en el Título XV – De la Administración de Justicia-, la posibilidad de conformar tribunales autónomos de comercio, [155] fue solamente hasta los años 1970, con la expedición del Código de Comercio y

stipulée dans un contrat international. C'est pour le ratifier que la France modifie en droit en 1925, admettant la validité de la clause compromissoire en matière commerciale, tant interne qu'internationale » (Jallamion 2018, 303)

151 *"There is not parallel in the English law of arbitration to what is known in French law as "amiable composition", under which the parties bind themselves to treat the arbitration award as conclusive, and thereby debarred from resorting to the courts"* (Ellenbogen 1952, 659). En el Sistema inglés hay una semejanza evidente con el arbitraje Romano en la medida que las partes por medio del compromiso se obligan a pagar a la otra una cantidad de dinero en caso de incumplir la decisión de los árbitros.

152 Además, en el caso alemán es de recordar que el derecho romano fue derecho vigente hasta la expedición del CGB. Por ende, el derecho en Alemania hasta finales del siglo XIX fue controlado por la corriente *pandentística* del derecho romano. Igualmente, Carbonneau, (1984.pg739) manifiesta de manera expresa que en Francia : *«Avant le Décret du 14 mai 1980, les règles concernant a l'arbitrage figuraient dans le code de procédure civile de 1806 et étaient bien loin de satisfaire aux besoins modernes en matière d'arbitrage. Bien que les tribunaux aient bien assoupli et adapté ces textes désuets en fonction des réalités modernes, leur attitude initiale á l'égard de l'arbitrage a été marquée par la même défiance que celle ayant animé les premières décisions de justice en Angleterre et les États-Unis. (...) dans le régime antérieure (...) l'arbitrage n'étaient pas considéré comme un mode autonome de règlements des différends. Contrairement à l'évolution observée en Angleterre (...) ».*

Ahora bien, es importante resaltar que las primeras decisiones tomadas en Inglaterra de las que habla el autor datan de medio siglo antes que las adoptadas en Francia. Al mismo tiempo, como lo afirma él mismo autor, existió en Inglaterra una tendencia de considerar el arbitraje desde una perspectiva de la autonomía privada, en contraposición al sistema francés *ius publiscista*. En otras palabras, las teorías contractualistas de Réné David y Philippe Fouchard es solo una muestra del "ego francés "que nada tiene que ver con su tradición procesalista de su país.

153 Aunque se reconoce el arbitraje en estas leyes, la jurisdicción pública se muestra negativa a aceptar una forma autónoma de solución de controversias fuera del aparato público. Por ende, el arbitraje es poco institucionalizado o mencionado. El artículo 1 de la Ley 103 de 1923 menciona que solo en casos excepcionalísimos los particulares pueden administrar justicia. Solo con el artículo 5 de la Ley 2 de 1938 se reconoce la validez de la cláusula compromisoria.

154 A pesar de las Leyes del Toro-1505-, la recopilación de las Leyes de Indias- 1680-, las Ordenanzas de Bilbao-1737, *"el arbitraje comienza a declinar con el ascenso del poder monárquico y con el florecimiento del poder del Estado moderno y su metódica necesidad de someter cualquier manifestación de la función judicial a la voluntad de regente"* (Zappalá, 2010. Pag. 208) Por consiguiente, es de suponer que la consolidación del Imperio Español impidió el florecimiento del arbitraje, sobre todo por el absolutismo que predicó España. Del mismo modo, España adoptó un sistema de restricción del intercambio mercantil con otras potencias europeas, y reguló relaciones monopolísticas en el comercio, por lo que el arbitraje se vio restringido. Francisco José Urrutia (1920. pag.15) explica: *"(...) emancipadas de España las que fueron colonias de ella en el mundo americano, y constituidas en Estados Independientes, penetraron en la sociedad internacional sin preparación alguna. No habían recibido convenientemente educación por el régimen de libertad los pueblos americanos que de España dependieron"*. Ver también José M, (1959.pag. 95): "*Aparte la tendencia codificadora y uniformista del derecho civil, la monarquía, en donde siquiera de derecho resultan acumulados todos los poderes, legisla para cada asunto por medio de pracmaticas equivalentes a los reales decretos (...)".* En Colombia, el artículo 188 de la Constitución de Cúcuta permitió la utilización de la legislación española vigente despues de la independencia, por lo que el derecho de Castilla, las leyes del Toro, las ordenanzas de Bilbao, las siete partidas y el derecho indiano fue derecho vigente hasta que el artículo 15 de la ley 153 de 1887 que derrogó toda la legislación española. La legislación española fue consiferada vigente incluso por la Recopilación Granadina de 1845 y la Ley "orgánica del Poder Judicial de la Confederación" del 29 de junio de 1859. No obstante, desde la Constitución de 1853 y la creación del Estado de Panamá en 1855, se les permitió a diferentes Estados Federales de la nueva Granada de gozar de plena autonomía para organizar su legislación civil, comercial y judicial interna. Por lo tanto, mientras el Estado de Cundinamarca adoptó el código civil chileno de Andrés Bello, otros Estados pudieron seguir implementando la legislación española; Ver Gonzáles de Cancino (2007.pág 33-51).

155 El Artículo 163 de la Constitución de 1886 dispone**:** Podrán crearse Tribunales de Comercio. Sin embargo, los tribunales de Comercio tienen origen en Francia en el *Code de Commerce* de 1806. Hay que aclarar que estos tribunales no son propiamente cedes arbitrales, sino órganos jurisdiccionales especializados en materia mercantil. Ahora bien, los orígenes de los métodos privados

el Código Procedimiento Civil cuando se habla de una mediana consolidación de dicha institución en nuestro ordenamiento[156] Luego, a finales de los años 1980, el Decreto 2279 de 1989 derogó las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código de Comercio en lo referente al arbitraje y estableció una mediana unificación de la institución en Colombia[157]. No obstante, solo hasta 1991, con el artículo 116 de la Constitución se permite delegar funciones jurisdiccionales a particulares en los términos que dictamine la ley y ya se habla formalmente de arbitraje en el país[158]. Se recuerda que

de resolución de conflictos en Colombia se encuentran en la ley 14 de octubre de 1821-art111-112, la Ley 14 de 1834, el Código de Comercio de 1853, entre otras leyes ya mencionadas en el presente trabajo.

156 Ver Bejarano 2020, 410

157 El art. 1 establece los asuntos que pueden ser sujeto de arbitraje, el art. 3 establece que el pacto arbitral debe ser escrito, el art. 5 determina los requisitos de validez del pacto arbitral, el art. 6 dispone que los arbitrajes pueden ser a conciencia, en derecho o técnicos, entre otras disposiciones.

158 A través de la Sentencia de unificación SU.174/07 de la Corte Constitucional, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, se dejó clara la postura jurisdiccional del arbitraje en Colombia: "El artículo 116 superior no deja duda sobre la naturaleza jurisdiccional de las atribuciones que se confieren a los árbitros, al disponer que éstos pueden ser investidos excepcional y transitoriamente de la función de administrar justicia. El carácter jurisdiccional de la función arbitral se deriva, a su vez, del hecho de que, mediante el pacto arbitral, las partes sustraen el caso concreto de la competencia del sistema estatal de administración de justicia, que es sustituida por el tribunal de arbitramento – el cual no constituye una jurisdicción autónoma y permanente, sino una derogación del sistema estatal de administración de justicia para el negocio en cuestión". Esta tendencia de reconocer al arbitraje desde una postura jurisdiccional es de vieja data en la Corte Constitucional C-242 de 1997: El arbitramento representa un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido, y claramente consagrado por el ordenamiento jurídico ; es más, dicho instituto goza de autorización constitucional expresa, con determinadas características, en donde los árbitros quedan investidos transitoriamente, de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades, en razón de haber quedado habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que señale la ley. […] La decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad. Claro está, que la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción ordinaria permanente. No cabe, entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia. Esta línea argumentativa se rastrea también en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia desde 1969: "Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de fecha 29 de mayo de 1969, con ponencia del H. Magistrado Luís Sarmiento Buitrago: "[…] b) El arbitramento es un verdadero Juicio. Por esta inclusión del arbitramento entre los procedimientos que regula el Código del ramo, deber ser tratado como un verdadero procedimiento, sea simplemente ad similitudinem iudiciorum, como dijo Paulo, sea como verdadero juicio, según la tesis del procurador. Mas no es solamente por esta razón de mera técnica positiva por lo que debe ser tratada así la cuestión, sino porque conceptualmente se trata de eso, ya que, como todo procedimiento, es un medio de acción que tiene por objeto la efectividad de los derechos sustantivos, dentro de un orden preestablecido que permite a los árbitros el cumplimiento del encargo conferido a ellos por las partes y que facilita a éstas una amplia y metódica discusión de sus derechos. Pero es un procedimiento que difiere sustancialmente del común de los procedimientos estrictamente judiciales, por varias razones que lo tipifican de manera especial: porque no lo adelantan personas investidas de manera permanente de la jurisdicción del Estado para decidir en nombre de la República, sino por particulares designados para ello por las partes, que derivan del acuerdo de estas mismas la facultad de decidir con efectos de sentencia, por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de homologación o confirmación judicial posterior; porque es un procedimiento que no puede ser utilizado por toda clase de personas, sino por aquéllas que tengan capacidad legal para transigir esto es, que puedan directamente y ante sí terminar un litigio pendiente o precaver uno eventual; y porque no toda diferencia o controversia puede ser sometida a arbitramento, sino aquéllas sobre las cuales sea lícito o permitido transigir". (Citas Extraídas de: Florez, 2010, pág. 150) Ver También STC14794-2019 de la Corte Suprema de Justicia. Colombia. No obstante, a pesar de la aceptación del origen del arbitraje desde la teoría jurisdiccional-visión ius publicista que predomina-, se reconoce que el arbitraje es de naturaleza mixta, puesto que subsiste un pequeño escollo contractualista con base al compromiso que es originado por la autonomía privada: Las características del arbitraje han sido identificadas por la Corte de la siguiente manera: i) voluntariedad: porque existe un acuerdo previo libre y voluntario de las partes en conflicto de someter sus disputas a un tribunal de arbitramento. En ese sentido, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, "… tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar". En ese orden de ideas, "… es deber de las partes, con el propósito de dotar de eficacia a sus determinaciones, establecer con precisión los efectos que se siguen de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas subsiguientes a su decisión; sólo así se puede hablar de un verdadero acuerdo."; ii) temporalidad: el ejercicio de la función judicial atribuida a los particulares en calidad de árbitros es transitoria y se limita a la cuestión propuesta por las partes en conflicto. Para este Tribunal "… no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace

la incorporación del arbitraje en Colombia se debe en parte a la apertura de las relaciones económicas y comerciales fomentadas por el FMI y el Banco Mundial en la liberalización económica de América Latina. Así, en este contexto, con la Ley 23 de 1991, el decreto Ley 2651 de 1991, Ley 80 de 1993, Ley 270 y 315 de 1996, Ley 1285 de 2009 y el decreto 1818 de 1998, se da forma a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos que se conocen hoy[159]. No obstante, solo con la Ley 1563 de 2012 se instauró una normatividad unificada de arbitraje, oponiéndose a la dispersión presentada con anterioridad[160].

D) En conclusión, el arbitraje es una institución bastante reciente en Colombia y que obedece a la ampliación de las relaciones mercantiles en el mundo de la globalización. Lo interesante aquí es que, a pesar de que Roma nunca conoció de la tecnología y las herramientas de la comunicación, sí conoció una ampliación comercial e interacción con otras culturas que explican la consolidación del arbitraje y que son la base de nuestra institución moderna. Así mismo, Roma nos demuestra que cuando el arbitraje se institucionaliza demasiado esta institución desaparece porque hay un Estado que centraliza cada vez más el poder.

Así mismo, vista la herencia francesa, italiana, alemana, inglesa y española en nuestra legislación arbitral, se puede afirmar que Colombia es de la corriente mixta: aboga por la autonomía privada basada en el *compromissum*, pero busca dar un trato a la institución arbitral desde una visión *ius publiscista*, como si de un proceso judicial se tratase. Es decir, el arbitraje tiene en Colombia su fundamento en el derecho público, pero que a su vez conserva algunos matices contractualistas[161]. No obstante, el fundamento de la aplicación del arbitraje lo encontramos en la autorización que hace el Estado para que terceros ejerzan funciones de administración de justicia, contrario a lo que algunas teorías monistas en el país afirman[162].

---

de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P. art 113)"; iii) excepcionalidad: el ejercicio de jurisdicción por los particulares tiene límites materiales, como quiera que no todo asunto puede ser resuelto en un laudo arbitral, pues existen bienes jurídicos cuya disposición no está sujeta a una resolución arbitral particular, así se haya estipulado voluntariamente por las partes en conflicto. En ese orden, con fundamento en el principio de la seguridad jurídica, ciertas materias, como aquellas relacionadas con la garantía de los derechos fundamentales, no podrán ser objeto de arbitraje, toda vez que están reservadas a los jueces; y iv) es una figura de naturaleza procesal: la solución de las controversias jurídicas sometidas a los particulares investidos de jurisdicción debe realizarse en concordancia con la Constitución y la ley. En ese sentido, el arbitraje tiene la naturaleza de un proceso, en el que se respeten las garantías fundamentales de defensa y contradicción de las partes enfrentadas, a través de etapas y oportunidades para el debate argumental, la valoración de las pruebas aportadas y la revisión de los pronunciamientos hechos por las partes.

159 A pesar de la promulgación de estas leyes, nunca se llegó a tener en Colombia una normativa unificada en materia de arbitraje hasta la Ley 1563 de 2012. Del mismo modo, con la llegada del arbitraje internacional el Estado se preocupó cada vez más en regular este mecanismo, sus requisitos y la validez del laudo ante la jurisdicción interna. A causa de esta dispersión y problemática, se le encarga al maestro Fernando Hinestroza la redacción de un proyecto unificado en materia de arbitraje que se consolidó con la Ley 1563 de 2012. Ver: Jonhatan Tarazona. "Ruta histórica legislativa del arbitraje nacional colombiano". Revista Chilena de Derecho" (2011. No116. Pg15).

160 Ver: Jonhatan Tarazona. "Ruta histórica legislativa del arbitraje nacional colombiano". Revista chilena de derecho (2011. No116. Pg15).

161 Ver Pablo Rey Vallejo (2013). El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización. 126 Vniversitas, Pg.203-208.

162 Se está de acuerdo con lo que Garavito (2013) argumenta al respecto en su texto frente a la concepción del arbitraje en Colombia desde el dualismo y monismo (pg.11). Se recuerda que el monismo sostiene que la realidad está compuesta en su totalidad por una única instancia. Por lo anterior, para las teorías monistas, tanto el derecho interno como internacional son inseparables el uno del otro, puesto que se componen de la misma sustancia. En Colombia, la Corte Constitucional, Sentencia C400 de 1998, intentó explicar las distintas teorías sostenidas por el monismo y dualismo desde el punto de vista constitucionalista, internacionalista y moderado. A diferencia del monismo, la teoría dualista afirma que el derecho interno es totalmente diferenciable del derecho internacional, puesto solo mediante la figura del Estado, mediante la aceptación del Estado de una convención internacional, ese derecho internacional es aplicable al derecho interno- teoría de supremacía del Estado como creador de derecho-. En otras palabras, el monismo por definición rechaza la idea de que el Estado es el ente máximo soberano. En Colombia, la Corte Constitucional estableció

7. Algunos aportes del arbitraje romano y críticas a la ley 1563 de 2012.

Ahora bien, visto el recuento histórico del arbitraje, es momento de detenerse en las bases del arbitraje moderno y los aportes del derecho romano a nuestra institución actual.

I) El pacto arbitral

Es evidente que Roma planteó la base contractualista del arbitraje a través del compromiso: un acuerdo de voluntades que nace de la autonomía privada para facilitar las relaciones comerciales entre las personas. Esto se mantiene vigente en el artículo 3 de la ley 1563 de 2012 que dispone:

> *"El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.*
> *El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.*
> *En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho".*

Así como se determinó en Roma, en la legislación moderna hay ciertos asuntos que no pueden ser delegados a la autonomía de las partes por estar en completa oposición con los intereses del poder[163]. Por consiguiente, el arbitraje solo es viable frente a los asuntos donde haya capacidad de transigir. Estos asuntos deben estar fuera del derecho público y únicamente vinculados a controversias económicas patrimoniales. Se recuerda lo determinado en el artículo 1 de la ley comentada:

> *"El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. (….)"*

Además, la herencia romana enseña que el arbitraje se rige por la equidad y la autonomía. Esto, ya que la historia de dicha institución denota que el intercambio comercial y los principios de celeridad e informalidad deben ser los principios que rijan este mecanismo.

que Colombia es miembro de la corriente del monismo moderado, lo cual se trata de desvirtuar en este trabajo.

163 Por ejemplo, Ramiro Bejarano (2020 pg. 413) manifiesta que desde la promulgación de la ley 1285 de 2009, la sentencia C-014 de 2010 se cerraron las puertas para que el arbitraje conociera de procesos de la jurisdicción voluntaria. Ahora, aunque desde el Alto Imperio no son transigibles las disputas que tengan que ver por ejemplo con el estado civil de las personas, la patria potestas, entre otros temas de jurisdicción voluntaria, Roma enseña que todos los asuntos patrimoniales que no afectan al derecho público son transigibles, por lo que se aboga que es posible transigir sobre asuntos de jurisdicción voluntaria que tengan efectos únicamente económicos y no afecten el derecho público. A su vez, desde la concepción del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, no se puede transigir sobre el contenido de los actos administrativos, solo los efectos patrimoniales emanados del mismo. Esto también ya se discutió en Roma cuando se excluyó al *ius publicum* de los asuntos transigibles.

Por lo mismo, se concuerda en que reglamentar el arbitraje es necesario para dar seguridad jurídica y permitir su funcionamiento; pero, si el Estado se entromete demasiado en su regulación se convierte en un juicio más[164], controlado por el aparato público. En este orden de ideas, es innegable la tradición jurídica colombiana tendiente a intentar ver el arbitraje desde un punto de vista *ius publicista* en los años recientes. Por ejemplo, admitir la procedencia de la tutela contra el laudo arbitral[165] es un mecanismo de institucionalización pública cada vez mayor del arbitraje. Se recuerda que, si se reglamenta demasiado el arbitraje este pierde su significado.

Así mismo, con la resolución No. 04 de 2018, se evidencia cómo al arbitraje nacional e internacional se le imponen más trabas en su funcionamiento y limitaciones frente a la viabilidad del compromiso en materia de contratación Estatal. Por lo anterior, es innegable estar de acuerdo con Ramiro Bejarano (2020), el cual sostiene que el arbitraje en Colombia es por definición jurisdiccional[166][167]. No obstante, se concuerda con Garavito (2013) en que en Colombia subsiste un matiz contractualista del arbitraje basado en el compromiso[168]. Sin embargo, estos rezagos subsistentes de autonomía están en peligro. Por ejemplo, con la interpretación de la Corte Constitucional, que declaró exequible el art 2 del decreto 2651 de 1991[169], se aceptó la teoría de que el arbitraje es viable para procesos ejecutivos bajo estrictos lineamientos. Hay que dar las gracias a que hasta el momento no se ha promulgado una ley que reglamente la materia como exige la Corte Constitucional, más aún cuando no es clara la división del ámbito privado y público de dicha institución.

II) *Receptis arbitris* y laudo

Frente a la aceptación del árbitro se recuerda que, tanto en el periodo clásico de Roma, como hoy en día,

164 Por ejemplo, establecer lineamientos rígidos procedimentales obligatorios por los cuales debe regirse el arbitraje, la revisión amplia de las decisiones arbitrales por parte de los jueces, una mayor limitación del alcance de las decisiones arbitrales, limitar cada vez más las situaciones que pueden ser susceptibles de arbitraje, todo acto que limite la esencia flexible comercial de la institución, puede ser considerado como acción encaminada a erradicar el arbitraje por parte del poder público.

165 Ver Corte Constitucional. T-055/14 M.P: Alberto Rojas Ríos: 3 de febrero de 2014 y la Sentencia SU-033 de 2018. M.P Alberto Rojas Ríos: 3 de mayo de 2018. Esta parte se resuelve en las conclusiones de este trabajo.

166 Se atreve comentar que, en Roma, durante el periodo clásico del derecho romano, el arbitraje conservó aspectos mucho más contractualistas. El árbitro nunca poseyó *imperium, coertio, potestas o executio*. Así mismo, el árbitro nunca ejerció *iurisdictio*, ni era investido temporalmente con estas funciones. El arbitraje era protegido exclusivamente por vía contractual y el laudo no daba trámite a cosa juzgada ni a la *actio iudicati*. Por el contrario, en Colombia, a pesar de que el árbitro sigue sin tener *imperium o coertio*, si es investido temporalmente con funciones jurisdiccionales, puede fallar en derecho y el laudo arbitral da tramite a cosa juzgada. Ver Bejarano, (2010) pg. 411-413.

167 Se recuerda lo dispuesto en la C-1038 de 2002: "*El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial- en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan estas actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial (…)".*

168 La Corte Constitucional en Sentencia C-538 de 2016, MP. Luis Hernesto Vargas Silva, reconoció de manera expresa la aplicabilidad de la teoría mixta o eclética del origen del arbitraje: *"Es posible considerar que el actual modelo constitucional en cuanto al arbitraje adopta la postura mixta, puesto que (i) somete la justicia arbitral a la regulación legal del Estado, por ejemplo excluyendo determinadas materias de dicho mecanismo de resolución de conflictos, o fijando el procedimiento aplicable al tribunal de arbitramento; y simultáneamente (ii) acepta que la activación de dicho mecanismo exige la preexistencia de un pacto arbitral a través del cual las partes habiliten la actividad jurisdiccional de los árbitros".*

169 Corte Constitucional. C-1038 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lineet. Bogotá D.C, veintiocho (28) de noviembre de dos mil dos (2002).

la ley 1563 prohíbe desistir del encargo una vez aceptado[170]. A su vez, al momento de instalarse el tribunal arbitral y consignar los respectivos honorarios[171], nace la obligación de pronunciarse sobre la controversia. Por otra parte, el laudo arbitral debe ser en derecho o en equidad en función de la voluntad de las partes. Aquí es importante hacer la acotación de la herencia romana, puesto que, aún si el laudo debe ser proferido en derecho en algunos casos, el árbitro en todo momento debe tener en cuenta los principios rectores de la institución arbitral basada en la buena fe - *bona fides* - y la equidad heredada de Roma. Del mismo modo, así como en Roma, el árbitro tiene que ser un buen ciudadano y pro hombre[172], no puede haber sido condenado por sentencia judicial privativa de la libertad, ni estar inhabilitado para ejercer cargos públicos o haber sido sancionado con destitución. Además, debe contar con unos requisitos mínimos para ser árbitro. A su vez, en el momento de emitir decisión de fondo se extingue la facultad de ser árbitro[173]. Ahora, frente al laudo, tanto como hizo Justiniano en el Digesto, en la ley 1573 de |2012 se establecen requisitos que se deben cumplir para que el Estado reconozca la validez de la decisión arbitral. Por ello mismo, se habla de causales de nulidad o de revisión del laudo arbitral que deben ser interpretadas de manera restringida para proteger el funcionamiento de esta institución[174]. No obstante, algunos llaman a estas causales como "impugnación" del Laudo arbitral[175], terminología que no es nada acertada. Desde el corpus *iuris civilis* se evidencia que el arbitraje nunca fue absorbido por la institución de la apelación, pues la esencia del arbitraje es que se conserve su carácter autónomo de la jurisdicción pública. Por este motivo se habla de causales de nulidad y revisión limitados, que nada tienen que ver con una impugnación.

Es aquí donde la herencia de Roma debe prevalecer; esto es, cuando se evidencia una tendencia cada vez mayor de anular las decisiones arbitrales y someter a esta institución privada además de la anulación a la procedibilidad de la tutela. Es decir, el arbitraje está perdiendo cada vez más autonomía en la tendencia *publicista* y *jurisdiccional*[176].

170 A menos que medie causal de recusación, impedimento, a falta al deber de información. Art 15 y 16 de la Ley 1563 de 2012.

171 Ver artículo 27 de la Ley 1563. Incluso, aceptado el encargo y no habiéndose cumplido el termino para consignar los honorarios el tribunal debe pronunciarse sobre la validez de la cláusula arbitral.

172 Ver artículo 7 Ley 1563 de 2012.

173 Ver artículo 35 de la Ley 1563 de 2012

174 Ver artículo 167 del decreto 1818 de 1998 y articulo 40 a 45 de la ley 1563 de 2012.

175 Ver Bejarano (2020), pg. 450.

176 La Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 1 de julio de 2009, M.P William Namén Vargas demuestra de forma ostensible la naturaleza mixta del arbitraje en Colombia- con fuerte tendencia jurisdiccional: *"La fuente generatriz del arbitramento es un acto dispositivo, rectius, "pacto arbitral" o negocio jurídico "compromisorio" (cas. civ. sentencia de junio 17 de 1997, exp. 4781), fruto de la autonomía privada, por cuya inteligencia, las partes de un conflicto, litigio, disputa o res dubia, determinado, actual y presente (compromiso, compromissum de cum promittere, [tanto como prometer]; simil promittere stare setentiae arbitri [prometer al mismo tiempo, atenerse al parecer de un árbitro], artículo 117 de la ley 446 de 1998) o de una, varias o todas las controversias contingentes, hipotéticas, potenciales e inminentes derivadas de la formación, celebración, ejecución y terminación de un contrato mediante acuerdo contenido en cláusula expresa (accidentalia negotia) o en documento anexo (cláusula compromisoria, pactum de compromittendo, artículo 116 de la ley 446 de 1998), con sujeción al ordenamiento jurídico disponen someter su conocimiento y decisión a un tribunal arbitral (arbiter ex compromisso) investido en virtud de la disposición de las partes por mandato constitucional expreso de la función pública jurisdiccional de administrar justicia, idénticos poderes disciplinarios, de coerción, ordenación, investigación, deberes y responsabilidades de los jueces permanentes, esto es, dotado por excepción, en forma temporal y transitoria de iurisdictio, auctoritas, potestas e imperium, originando un proceso judicial de única instancia por carencia de superior funcional, sujeto a las directrices preordenadas por las partes y el legislador, al respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales, especialmente, el debido proceso, el derecho de defensa, contradicción y acceso a la administración de justicia, comprensivo de un procedimiento integrado de diversas etapas procesales en las cuales se profieren providencias judiciales*

III) Aportes novedosos del derecho romano.

Para terminar, sería importante resaltar que Roma tiene todavía innovaciones a considerar en el presente. A modo ilustrativo, un demandante alega la existencia de un compromiso o cláusula compromisoria; como consecuencia, se surten los trámites de aceptación, instalación del tribunal arbitral y se llega a la audiencia de conciliación, en la cual no se logra acuerdo alguno. Por lo anterior, se fijan los honorarios que deberán pagar los interesados y el demandante cumple debidamente con la consignación de su parte, pero el demandado se niega a consignar y el demandante no tiene dinero suficiente para consignar el monto de su contraparte. ¿Qué hacer con la persona que incumple el pacto arbitral? En la actualidad parece no haber sanción por incumplimiento de la cláusula compromisoria, o el compromiso, a pesar de catalogar abiertamente el pacto arbitral como un negocio jurídico en el artículo 3 de la ley 1563. Si se buscan los orígenes contractuales de dicha institución en Roma, se permite dilucidar que sí debería haber una sanción emanada del contrato en caso de incumplimiento, como en cualquier relación contractual. ¿Por qué no optar igualmente por cláusulas penales compromisorias, como se hacía en Roma, en caso de incumplimiento? Del mismo modo, Roma adoptó el arbitraje en situaciones interesantes de estudio que podrían ser muy utilizadas en Colombia. Por ejemplo, el arbitraje testamentario, por el cual el *de cuius* obligaba a sus herederos a solucionar controversias patrimoniales después de su muerte por arbitramento[177].

Es así que se concluye que Roma aún tiene mucho que aportar para el entendimiento de esta institución jurídica y donde muchas veces para innovar solo se tiene que mirar el pasado

8. Conclusión.

A) De conformidad con el marco teórico sociológico e histórico del presente ensayo, se llegó a la conclusión de que los mecanismos privados de resolución de conflictos anteceden a cualquier forma pública de impartir justicia. De esta forma se constató que en la Roma antigua se pasó de una justicia primitiva en manos de los particulares, donde la autotutela prevalecía, a una justicia hetero compositiva, en la

de trámite o interlocutorias, concluyéndose mediante un laudo o sentencia arbitral definitiva decisoria de la litis planteada". En dicha sentencia se estableció que el beneficiario o fideicomisario no puede beneficiarse de una cláusula compromisoria establecida en el contrato de fiducia porque es un tercero – el compromiso no lo vincula y, además, se recuerda que los árbitros ejercen funciones limitadas, temporales y transitorias de administración de justicia por autorización del Estado. Aún cuando se reconoce el ámbito *contractualista* del compromiso, el análisis de la autonomía de las partes que hace la Corte Suprema de Justicia es bastante reducido para tan grandes civilistas. En Colombia, la estipulación por otro, que beneficia y no perjudica a un tercero, es válida- Art 1506 del C.C: *"Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él".* Se recuerda que el beneficiario tiene *interés* en el contrato de fiducia y por tanto de las vicisitudes que resulten del contrato. Por consiguiente, ¿Porque determinar que la cláusula compromisoria no puede aplicársele al fideicomisario cuando es él el que se beneficia de la fiducia y es la causa final del contrato? Lo más probable es que sea por la tendencia de ver el arbitraje desde el punto de vista jurisdiccional restringido, lo cual limita cada vez más la autonomía privada e impide la utilización de la institución arbitral.

177 En el derecho español se ha establecido validez a las cláusulas arbitrales testamentarias para cuestiones de distribución o administración de la herencia entre herederos y legatarios-art 10 Ley 60/2003, España. Esto es una herencia romana donde: "la conexión entre la materia testamentaria y el arbitraje se manifiesta ya en la Ley de las XII Tablas, del siglo V a.C., *legis actio per (iudicis) arbitri postulationem*, para los supuestos en los que se planteaba una controversia en la división de una herencia entre coherederos o legatarios" (Bujan 2017).

cual un tercero resolvía las controversias surgidas entre las partes. En paralelo, se observó que el poder público se expandió y monopolizó cada vez más la justicia; como consecuencia de ello, los mecanismos privados de resolución de disputas fueron cada vez más institucionalizados por el "Estado"[178] y en ese contexto se consolidaron las bases del arbitraje que se conocen en la actualidad.

B) Ahora bien, en aras de entender el arbitraje en la historia, se probó que dicha institución se construyó a través del intercambio mercantil en una civilización que ante todo optó por el "pragmatismo"[179]. Roma se forjó en función del comercio y su expansión territorial. Por consiguiente, a medida que Roma se expandió, adoptó soluciones jurídicas que se acomodaban a sus necesidades políticas y mercantiles. Como lo afirma Spengler (1928-1923), Grecia fue Don Quijote y Roma Sancho Panza[180]. Es por esta razón que la construcción del arbitraje en la historia debe entenderse bajo la máxima romana *mutatis mutandis*- aplicando los cambios necesarios-. El arbitraje fue institucionalizado por el poder público para mantener la convivencia social con los pueblos sometidos y, por ende, para controlar cada vez más las vidas privadas de las personas. Al mismo tiempo, el arbitraje conservó su esencia contractualista con el fin de privilegiar el comercio de cabotaje y la romanización.

C) No obstante, también se observó que el arbitraje desapareció en el momento en que el monopolio del poder del emperador en oriente fue total. Por ende, esta institución se preservó en Occidente gracias a que la Iglesia Católica de Roma buscaba conservar su autonomía y afincar su poder. Del mismo modo, los gremios de comerciantes se iban consolidando en Europa Occidental, lo cual permitió la conservación del arbitraje. En otras palabras, parece que el arbitraje, además de ser una herramienta que incentiva el comercio, también es un mecanismo de legitimación del poder.

D) Ahora, frente a los diferentes mecanismos alternativos de resolución de conflictos que existieron en Roma, se puede concluir que estos fueron poco a poco institucionalizados por el poder público. Se evidencia que un principio estos se basaron en la moral y la costumbre, con un valor abstracto, y fueron adquiriendo una concepción jurídica que se mantiene hasta hoy. En este paso de la moral al *ius* nacen las instituciones jurídicas modernas del arbitraje, la *transactio*, la conciliación entre otros. Es por este motivo que el arbitraje debe ser considerado como un mecanismo, ante todo, basado en los principios de la *bona fides*, *aequitas,* con una finalidad preponderantemente comercial que privilegia la autonomía

178 Poder público-emperador.

179 La teoría del pragmatismo fue creada en los Estados Unidos a finales del siglo XIX. Dicha corriente filosófica se centra en la vinculación practica de la teoría. Es decir, en la obtención de resultados. La palabra pragmatismo deriva de los léxicos griegos -πράγμα- *prassein*- (hacer) y *ma* (resultado) y el sufijo *ismo* (actividad, sistema, doctrina). En otras palabras, pragmatismo significa la actividad, doctrina o sistema, que se ocupa de crear resultados. Ver Real Academia de la Lengua- pragmatismo: https://dle.rae.es/pragmatismo.

180 Don Quijote es un hidalgo, hombre de clase media alta y Sancho Panza es su vecino, de origen humilde y de poca educación. Don Quijote vive en un mundo idealizado, intelectual, de un caballero andante. Por el contrario, Sancho Panza es un hombre ignorante, pero práctico que siente gran admiración por los ideales de Don Quijote. Los dos hombres se convierten en inseparables, pero mientras Don Quijote piensa en el mundo ideal, Sancho trata de hacer entrar en razón a Don Quijote, quienes muchos tildan de loco. Es por esto que cuando se compara a Grecia con don Quijote, se está haciendo referencia a una Grecia idealizada, intelectual, culta, pero poco práctica -un sueño irrealizable-. Por otro lado, cuando se hace la comparación de Roma con Sancho Panza se habla de una civilización de origen humilde, ignorante, pero práctica que sintió admiración por su vecino intelectual y buscó traer ese mundo idealizado a la realidad.

privada. Roma enseña que el poder público solo debe intervenir i) en asuntos limitados que no pueden ser sujeto a acuerdo privado de las partes y 2) para permitir el adecuado funcionamiento de dicha institución.

E) A partir de lo anterior, se descubrió que en la tradición jurídica occidental surgieron dos posturas de aproximación a la utilización del arbitraje. Por un lado, en países como Francia y España, aunque se reconoció la existencia de este mecanismo privado de resolución de controversias, se optó por privilegiar los intereses *ius publiscistas* y jurisdiccionales en la impartición de justicia. Por consiguiente, el arbitraje en España y Francia fue relegado por el poder público. Esto se debió principalmente a la tendencia absolutista y a la limitación del comercio que se vivió en dichos países, en donde el arbitraje vivió verdaderos periodos de crisis y poca utilización. Por otro lado, en países como Alemania, Holanda, e Inglaterra, la apertura hacia del comercio permitió la conservación de la utilidad práctica del arbitraje: un mecanismo basado en la autonomía privada con fuertes vínculos contractualistas. En este contexto, se comprendió que el poder público debía institucionalizar el arbitraje solo para dar seguridad jurídica, permitir su funcionamiento y proteger los intereses de naturaleza pública.

F) En relación con Colombia se concluye que hasta finales del siglo XX este país fue fiel heredero de la tradición francesa y española en lo que respecta al arbitraje. El poder público vio con desconfianza la aplicación de esta institución, la cual fue poco reglamentada o mencionada en la legislación. Solo con la paulatina apertura económica es que el arbitraje comienza a consolidarse[181]. Ahora bien, el arbitraje presente en nuestro ordenamiento se cataloga de naturaleza mixta: tiene su fundamento en la autorización del Estado para administrar justicia y en la autonomía privada de las partes por medio del pacto arbitral. Empero, esta autonomía está en constante peligro y contradicción con el poder público que busca cada vez más limitar estos rezagos de libertad. Parafraseando a Sócrates: el pasado tiene sus códigos y costumbres de los cuales se nos hace difícil desprendernos. La herencia del obscurantismo español y francés sigue más vigente que nunca en Colombia en el modo de ver esta institución alternativa de resolución privada de conflictos.

G) De igual forma, no se sabe si la mayor institucionalización del arbitraje privado sea un termómetro que indique la existencia de una acumulación y centralización cada vez mayor del poder; pero, lo que sí es cierto es que, en la historia, cuando hubo dictadura el arbitraje no tuvo campo de aplicación. Es por esto que entender los orígenes de dicha institución y su evolución en el derecho romano, permite comprender el núcleo del funcionamiento de los MASC modernos. Comprender que las bases del arbitraje se remontan al mundo antiguo nos instruye en que este mecanismo es en esencia privado, pero solo puede funcionar cuando el Estado lo institucionaliza. Por consiguiente, Roma es la cuna de la consolidación del arbitraje moderno y tiene mucho que aportar al entendimiento de esta instrucción. No solo en lo que respecta al origen del arbitraje desde un punto de vista monista, dualista, contractualista o jurisdiccional, sino en un plano innovativo. Cuando se entiende el cómo, por qué y

181 Habrá que preguntarse en trabajos posteriores el papel que jugó la Estrella del Norte en la consolidación del arbitraje en Nuestro País.

para qué de esta institución, se encuentran soluciones jurídicas del pasado innovadoras en el presente. En nuestro pasado está la comprensión del presente y los debates del futuro.

H) Finalmente, se concluye que Colombia está perdiendo la oportunidad de ver el arbitraje como un verdadero mecanismo de desarrollo del comercio e inversión que tanto le beneficiaría al país. Mientras se siga viendo el arbitraje desde una postura jurisdiccional, como "un juicio más", como tienden algunas Altas Cortes a interpretar, la utilización del arbitraje nunca será el esperado. Tal vez este ensayo sea un punto de inicio para que el legislador haga una reforma a la Ley 1563 de 2012 en donde :1) favorezca mucho más la autonomía privada de las partes, 2) examine nuevamente las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela contra el laudo arbitral, el cual no es un proceso ordinario, 3) amplíe y describa detalladamente los asuntos que son susceptibles de arbitraje en Colombia y 4) establezca expresamente que, aún cuando se deba fallar en derecho, el arbitraje siempre debe tener en cuenta los principios de la buena fe y equidad que nos enseña Roma.

Bibliografía

1. Derecho Romano (Historia e Instituciones):

Arenas, L. C. (2014). La buena fe mercantil en la tradición jurídica occidental. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (XXXVI), pp. 345 - 364.

Arriola, J., Bonilla Saus, J., & Campo, M. (2010). Hugo Grocio: en los orígenes del pensamiento internacional moderno. *Universidad ORT Uruguay.*, 1-46.

Bonfante, P. (1925). *Corso di diritto romano. I Diritto di famiglia.* Milán: Giuffrè.

Bujan, F. d. (2017). *La deuda Historica del Arbitraje Moderno: Concordancia entre la ley 60 de 2003, de arbitraje y el derecho arbitral griego y romano.* Madrid: Dykinson.

Cordoba, F. E. (2007). Del derecho Romano a las tradiciones jurídicas. *Democracia y justicia en tiempos de globalización*, 7-32.

Correa, E. A. (2015). *Curso de Derecho Romano Tomo 1.* Bogotá: Universidad de los Andes.

Emilio. P. (2014) "Modernidade e Medievalismo em Grócio: o discurso do método". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional.* 14: pág. 485-513. DOI: 10.1016/S1870-4654(14)70013-3.

Fernandez, A., & García, J. (2011). ARBITRAJE Y JUSTICIA ORDINARIA. LOS ARBITRAJES. *AFDUC, 15*(ISSN: 1138-039X), pp. 575-596.

Ferri, G. (15 de noveimbre de 2021). La costruzione teorica dei poteri dell'arbitro. *La Sapienza di Roma.*, 1-37. Obtenido de word press.: http://www.storiadeldiritto.org/uploads/5/9/4/8/5948821/ferri_arbitrato.pdf

Gandur, J. F. (2019). Reseña: Mercogliano, F.,Hostes Novi Cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*(37), 361-266. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6068/7967

Garavito, D. (2013). La justicia arbitral en el derecho romano. *Cámara de Comercio de Bogotá*, 1-13. Obtenido de file:///C:/Users/JUAN%20PABLO/Downloads/2013%203.%20David%20Garavito%20Cuervo%20(1).pdf

Gayo. Inst. *In codice rescripto bibliothecae capitularis veronensis nuper reperturum*. Extraído el 18/11 de 2021: https://textos.pucp.edu.pe/pdf/4885.pdf

Gibbon, E. (2003). *Historia de la Decadencia y Caída del Imperio Romano.* Barcelona, España: Carmen Franci Ventosa.

Hartman, D. (2016). *Archivio di Babatha.* Milano: AIDEIA EDITRICE.

Hinestrosa, F. (2003). De los deberes morales a la obligación: del nexum a la spontio. . En F. Hinestrosa, *Tratado de las Obligacones I* (págs. 60-65). Bogotá: Universidad del Externado.

Kunkel, W. (1966). *Historia del derecho romano.* (J. Miquel, Trad.) Barcelona: Ariel.

Lenel, O. (1927 reimp. 1985). *Das Edictum Perpetuum.* Leipzig: 3era edición.

Livio, T. (2011). *Ab Urbe Condita.* (A. D. Sanchez, Trad.) Bruce J. Butterfield. Obtenido de

https://historicodigital.com/download/tito%20livio%20i.pdf

López, R. J., & Molina, A. B. (2016). *Los peregrini durante el Alto Imperio.Exclusión e inclusión desde el siglo I hasta el 212 d.C.* Concepción, Chile: Tesis Magister en Historia. Dpto. de Ciencias Históricas y Sociales, Facultad de Humanidades y Arte. Universidad de Concepción. Obtenido de http://repositorio.udec.cl/bitstream/11594/2059/3/Tesis_Peregrini_durante_el_Alto_Imperio%20.Image.Marked.pdf

Ihering (1889-1866). Uber der Grund Des Besitzshutzes ; Der Besitzwelle.

Meylan. F. (1955). *Cours de Droit Romain*. Faculté de droit, Université de Lausanne.

Mitteis, Ludwig (2001). *Romishes Privatrecht bis auf die Zeit Dioketians*. Adamant Media Corporation.

Modestino. (s.f.). l. sing. de manumissionibus.

Mommsen. (1889-1996). *Droit Publique.* Paris. Versión traducida: Mommsen, T. (1942). *Compendio del Derecho Público Romano.* Buenos Aires: Ed. Impulso.

Mommsen. (1983). *Historia de Roma, Volumen IV, desde la reunión de Italia hasta la sumisión de Cartago y Grecia.* Madrid: Ediciones Turner.

Paricio, J., & Barreiro, A. F. (2010). *Historia del derecho romano y su recepcióm europea.* Madrid: Marcial Pons.

Patricio, J. (2014). *Los arbitrajes privados en la Roma clásica.* Madrid: Marcial Pons.

Pirenne, H. (1997). *Maometto e Carlomagno* . Latterza.

Pujadas, J. (1979). "Una nota sobre la transactio". *Anuario de derecho español, Uni Rioja.*, 643-652.

Quisbert, E. (2006). *Las XII Tablas.* Recuperado el 26 de septiembre de 2021, de ermoquisbert: https://ermoquisbert.tripod.com/dr/12t/12t_apunte.pdf

Reyes López, M. J., & Buigues Oliver, G. (1996). Notas para un estudio histórico crítico de la fianza. *Anuario de derecho civil*, 1401-1508.

Riccobono, S. (2021). Esbozo de la evolución del derecho romano. *Revista de Derecho Privado* (0123-4366), 497-5015. Obtenido de https://eds-a-ebscohost-com.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=3&sid=d4ccd5f2-5de7-4d60-94e3-94eb59da-7d2e%40pdc-v-sessmgr03

Rivas, E. A. (2017). La transformación de la ciudadanía romana en el fin del imperio. *Rev. estud. hist.-juríd. Universidad del Desarrollo, Concepción Chile* (39), 61-83. doi:http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552017000100061

Robles, J. R. (2009). *Ver Robles, Juan Ramón. Magistrados, jueces y árbitros en Roma. Competencia civil y evolución.* Madrid: Dykinson.

Rodriguez, L. V. (1983). *Hugo Grocio y el derecho internacional.* Ecuador: Universidad Central del Ecuador.

Sala, D. J. (1844). *Digesto Romano-Español.* Madrid.

Sanchéz, A. S. (nn). "Derecho Romano: En torno al ordo privatorum". *Universidad de Extremadura;*

Dialnetrioja., 479-501.

Santos, F. J. (2007). "CIUDADANÍA ROMANA Y COSMOPOLITISMO MODERNO". *FISO. Universidad de Valladolid; Ministerio de Educación y CIencia y Feder*, 254-265.

Savigny. V. (1837) Das recht des Besitzes.

Spengler, (1926). *La decadencia de Occidente*: Bosquejos de una morfología de la historia universal. Ed. Espasa-Calpe

Stein, P. (1999). "Roman Law in European History. *Cambridge" University Press*, 1-37.

Svetonio, G. (1994). *Vite dei dodici cesari.* RUSCONI LIBRI.

Tamayo, J. Á. (2007). CRISTIANISMO Y MUNDO ROMANO: V y VI ciclos de conferencias. En U. d. Vasco (Ed.), *CRISTIANISMO Y MUNDO ROMANO: V y VI ciclos de conferencias, Área de Derecho Romano.* (págs. 11-247). San Sebastián, España: Argitalpen zerbitzua servicio editorial.

Tejero, F. H., Fuenteseca, P., García, M., & Burillo, J. (1968). *El Digesto de Justiniano.* Pamplona: Ed. Aranzadi.

Toynbee, A. (1950). "*Rusia, Heredera de Bizancio*". No. 49. Unirioja. Pág-125-140.

Vallejo Pérez, G. (2018). *Métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho Romano: Especial referencia a la mediación.* Madrid: Dykinson. Obtenido de https://www-digitaliapublishing-com.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/a/59854

Villey M (1975). *Cours, la formation de la pensée juridique moderne*. Paris

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

Wenger, L. (1954). *Actio Iudicati.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. Traducción: Roberto Goldschmidt y José Julio Santa Pinter.

Wenger, L. (1955). *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure.* New York: Liberal Art Press.

Zappalá, F. (2010). "UNIVERSALISMO HISTÓRICO DEL ARBITRAJE". *Universitas*(121), 194-216. Obtenido de http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n121/n121a08.pdf

Zumpano, & Donati. (2014). "Alle Origini della Mediazione". *Tesis Corso Magistrale*, 1-55. Obtenido de https://core.ac.uk/download/pdf/79615197.pdf.

2. Derecho Comparado (Histórico y Actual).

Francia :

Carbonneau, T. (18984). « Étude Historique et Comparée de l'arbitrage:Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial internacional fondé sur la motivation des sentences ». *revue internationale de droit comparé.* , 727-781.

Jallamion, C. (2018). « La tradition Francaise de l'arbitrage ». *Faculté de Droit et de Science politique*, 289-306.

Robert J & Moreau B. (1983). *L´arbitrage : Droit Interne, droit international privé.* Paris. Dalloz.

Derecho Español e Indiano:

José M, M. y. (1959). *Sintesis Historica del Derecho Español y del Indiano.* Bogotá: Bibliográfica Colombiana.

Rojas. D (2021). "¿Arbitraje Papal? Alejandro VI y los descubrimientos Luso- Castellanos del siglo XV". *Imago Temporis Medium Aevum*. Vol 15.p. 538-557.

Pineda. (2021). "El arbitraje y su contribución a la definición y delimitación de los espacios marinos". *Anuario Español de derecho internacional*. Vol. 37. P.321-352.

Pozo. F (2021) "El procedimiento arbitral en el arbitraje de inversiones. Un análisis crítico desde el tripartito: Transparencia, Interés Público y Partición de Terceros". *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*. Vol. 33. Pág.523-615.

Urrutia, F. J. (1920). *La evolución del principio de arbitraje en América.* Madrid: Editorial- América.

Alemania:

Junker, A. (2017). *Internationales Privatrecht.* . Munich: C.H.Beck.

Respondek, A. (2014). German Arbitration. *The American Review of International Arbitration, 25*(2), 289-296.

Inglaterra:

Ellenbogen, G. (1952). English Arbitration Practice. *Law and Contemporary Problems: Commercial Arbitration. Published Duke University School of Law*, 656-678.

Stavros Brekoulakis (2019) "Historical Treatment of Arbitration under English Law and the Development of the Policy Favouring Arbitration". *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 39, Fascículo 1. pp. 61-78

Marsh. N (2014) The English Arbitration Act. 1996: International Paradigm or Room for Improvement? International Commercial **Arbitration** Review, Vol., Issue 2. pp. 85-94

Italia:

Anzilotti, D. (2021). *il diritto internazionale nel diritto interno.* Univ. degli Studi di Camerino Ristampe: edizioni scientifiche italiane.

Mantucci. D. & 20 altri (2010). Trattato di diritto dell'arbitrato - VOL. IV. Edizione Scientifiche Italiane.

Mantucci. D. & Perlingieri. M & D´Ambrossio. M. (2019) Dibattito sulle ricerche della dottrina Civilistica nel biennio 2017-2018. Ed. Sicentifiche Italiane.

3. Derecho Colombiano actual e Histórico:

Doctrina:

Bejarano, R. (2020). *Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales.* Bogotá: Temis S.A.

Cárdenas, J. H. (2016). MONISMO MODERADO COLOMBIANO: EXAMEN A LA TEORÍA OFICIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DESDE LA OBRA DE ALFRED VERDROSS. *Vniversitas.l Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de La Sabana*(132), 197-234. doi:http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132

Florez, Á. S. (2010). En torno a la naturaleza juridica del arbitraje. *RAI- Revista analisis internacional*, 147-154.

Gonzales de Cancino. E. (2007). *Obligaciones: Derecho Romano y Código Civil Colombiano*. Universidad Externado de Colombia.

Tarazona, J. (2011). Ruta Historica legislativa del arbitraje nacional colombiano. *Revista Chilena de Derecho* (16), 1-15.

Villalba. J.& Valderrama. R (2008). "Orígenes y panorama actual del Arbitraje". *Prolegómenos*. Vol. 11. Pp. 141-170

Jurisprudencia:

Corte Constitucional. C-1038 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lineet. Bogotá D.C, veintiocho (28) de noviembre de dos mil dos (2002).

Corte Constitucional. Sentencia C-347 de 1997. MP. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional C-242 de 1997. MP. Hernado Herrera Vergara.

Corte Constitucional. C-014 de 2010. MP. Mauricio Gonzales Cuervo.

Corte Constitucional. T-055/14 MP. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. SU.174/07, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-538 de 2016, MP. Luis Hernesto Vargas Silva

Corte Constitucional. Sentencia SU-033 de 2018. MP Alberto Rojas Ríos.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de fecha 29 de mayo de 1969. Magistrado P. Luís Sarmiento Buitrago

Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 1 de julio de 2009, REF: 11001-3103-039-2000-00310-01. M. P William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia. STC14794-2019. Radicación n.º 11001-22-03-000-2019-01621-01. Luis Armando Tolosa Villabona. 30 octubre de 2019.

Normas:

- Constitución Política de 1821. Cúcuta. Congreso General.

- Ley. "Que arregla el procedimiento civil de los tribunales y juzgados de la república" promulgada el día 13 de mayo de 1825.
- Ley 14 de mayo de 1834. "Debiendo dar el correspondiente arreglo de las causas civiles, conforme a la nueva organización dada al poder judicial" del día 14 de mayo de 1834.
- Constitución política de la república de Colombia de 1886. El pueblo de Colombia
- Código de Comercio de 1853, 1 de mayo "De los comerciantes y agentes de comercio". Congreso de la Nueva Granada.
- Ley 153 de 1887. "Que adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la ley 57 de 1887". Consejo Nacional Legislativo.
- Ley 105 de 1890. "Sobre reformas de procedimientos judiciales" 24 de diciembre. Congreso de Colombia.
- Ley 103 de 1923 (diciembre 05). "Sobre Organización Judicial y Procedimiento Civil". Congreso de Colombia
- Ley 105 de 1931(octubre 17). "Sobre organización judicial y procedimiento civil".
- Ley 2 de 1938 (febrero 25). "Por la cual se da validez a la cláusula compromisoria". Congreso de Colombia.
- Decreto 1400 de 1970(agosto 6). "Código de Procedimento Civil. Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970". Presidente de la República de Colombia
- Decreto 410 de 1971. (marzo 27) "Por el cual se expide el Código de Comercio". Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Presidente de la República de Colombia.
- Decreto 2279 de 1989. "*Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dicta otras disposiciones.*" Presidente de la república de Colombia.
- Constitución Política de la República de Colombia de 1991. El pueblo de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Ley 23 de 1991(marzo 21) "Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones". Congreso de Colombia,
- Decreto <Ley> 2651 DE 1991 (noviembre 25) Diario Oficial No. 40.177, del 25 de noviembre de 1991 Departamento administrativo de la presidencia de la república.
- Ley 80 DE 1993 (octubre 28) Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública". Congreso de la República.
- Ley 270 DE 1996 (marzo 7) Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996 "ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA". Congreso de Colombia.
- Ley 315 DE 1996 (septiembre 12) Diario Oficial No. 42.878, de 16 de septiembre de 1996. "Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones". Congreso de Colombia.
- Decreto 1818 de 1998 (septiembre 7). Diario oficial no. 43.380, del 07 de septiembre de 1998. Minis-

terio de justicia y del derecho. "por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos".

- Ley 1285 DE 2009 (enero 22) Diario Oficial No. 47.240 de 22 de enero de 2009. "Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia". Congreso de la República.
- Ley 1563 de 2012 (julio 12) Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones". Congreso de Colombia
- Resolución No. 04 de 2018. Presidencia de la República.

4. Filosofía, Historia y Sociología Jurídica:

Alarcón, J. R. (2010). La sociedad política, el problema del Estado en Hegel. *Scielo*. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-13242010000200003

Aristóteles. (2005). *Ética Nicomaquea.* Alianz Editorial. Obtenido de http://mastor.cl/blog/wp-content/uploads/2017/12/Etica-a-Nicomaco-Aristoteles-PDF.pdf

Garcia, G. S. (2019). LAS TEORÍAS DEL CONFLICTO Y FENOMENOLÓGICA EN EL ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO DEL DERECHO. *Acta Sociologica (0186-6028)* (Issue 79), 85-105.

Hausberger Bernd (2018). *Historia mínima de la globalización temprana*. Ed. Ebook Academic Col.

Hegel, G. F. (1968). *Filosofía del Derecho.* Buenos Aires, Argentina: Claridad.

Paris, S. (2013). Naturaleza humana y conflicto: Un estudio desde la Filosofía para la Paz. *3. Sonia Paris (2013) "Naturaleza humana y conflicto: Un estudio desde la Filosofía para la Paz". Revista ERIKSA de Filosofia*(3. Sonia Paris (2013) "Naturaleza humana y conflicto: Un estudio desde la Filosofía para la Paz". Un109). Obtenido de https://www.revistadefilosofia.org/50-09.pdf

5. Diccionario etimológico Latín- Español.

VOX. (2019). *Diccionario Ilustrado Latín Español.* Barcelona: SPES EDITORIAL, SL.

6. Notas de clase y apuntes.

Apuntes de clase y textos de derecho romano del curso de Carlos Enrique Tejeiro López. Universidad de los Andes.

Apuntes de clase y textos de derecho romano de los cursos "Storia e istituzione di diritto romano" y "Scienza giuridica europea" de Maria Luisa Navarra y Carlo Lorenzi. Universitá degli Studi di Perugia.

La explotación como elemento del tipo de pornografía infantil: Análisis del artículo 218 del Código Penal a la luz de la jurisprudencia colombiana*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP 2545-2020, RAD. 52010 (22 de julio de 2020) MP. Luis Antonio Hernández Barbosa. Aprobado en acta No. 149.

Hernán Felipe Murcia Gutiérrez**
Recibido: 16 de mayo 2022. Aceptado: 28 de junio de 2022.

Resumen

La Corte Suprema de Justicia no ha sido clara en la forma en cómo se debe tratar el concepto de "explotación sexual" cuando se trata del delito de pornografía infantil, causando que haya inconsistencias y contradicciones entre lo que está plasmado en la norma y lo que deberían interpretar los jueces. Este texto tiene como propósito estudiar el tipo penal de pornografía infantil en el ordenamiento colombiano, haciendo un paso por los debates políticos que causaron la creación del tipo, los cambios que ha sufrido el tipo y la línea jurisprudencial que actualmente ha planteado la Corte Suprema de Justicia. El análisis aquí realizado sirve para comprender los motivos que llevaron a la Corte a interpretar el tipo penal de esta forma y muestra que la falta de políticas públicas especializadas en Colombia causa un desorden normativo, afectando, en este caso, a poblaciones especialmente vulnerables como lo son los menores de edad.

Palabras clave

Pornografía infantil, explotación sexual, tipo penal, edad de consentimiento.

* Artículo de reflexión

** Abogado de la Universidad de los Andes, Bogotá - Colombia. Correo: hf.murcia@uniandes.edu.co

Sexual Exploitation as an element of the Felony of Child Pornography: Analysis of the 218 article of the Penal Code through the Colombian Jurisprudence.*

Hernán Felipe Murcia Gutiérrez**
Received: May 16, 2022. Accepted: June 28, 2022.

Abstract

The Supreme Court of Justice has not been clear of the way the concept of "sexual exploitation" should be interpreted when we are talking about the felony of child pornography, causing inconsistencies and contradictions between what the law says and what the judges should interpret. The purpose of this text is to study the felony of child pornography in the Colombian ordering, making a route through the politic debates that created the felony, the changes it has suffered and the jurisprudential timeline that the Supreme Court of Justice has established. This analysis serves to comprehend the motives that the Court considered to interpret the felony in this way and shows that the lack of publics politics that specialize in Colombia causes a mess between the norms affecting, in this case, a group of special vulnerability such as the minors.

Keywords

Child Pornography, Sexual exploitation, felony, age of consent

* Reflection Article

** Lawyer from Universidad de los Andes, Bogotá - Colombia. Email: hf.murcia@uniandes.edu.co

Introducción

La protección de los menores se ha materializado en el ordenamiento jurídico mediante el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, siendo un deber constitucional del Estado. Ahora, en materia de delitos sexuales, se ha hecho una diferenciación, castigando cualquier conducta de índole sexual cuando se esté en presencia de un menor de 14 años, mientras que respecto de ciertos delitos se penalizará cuando la conducta esté dirigida a menores de 18 años. Los delitos de acto sexual abusivo y pornografía con menor de 18 años muestran esta diferencia. Asimismo, la edad de consentimiento en materia sexual y la de la mayoría de edad, al ser diferentes, han causado problemas a la hora de imputar delitos sexuales cometidos en contra de menores.

Por otro lado, el acceso a redes sociales y la expansión del internet han generado grandes beneficios para la comunicación, permitiendo a las personas conectarse para eventualmente conocerse o simplemente compartir gustos, aunque no sin riesgos. La gente puede usar el anonimato para cometer crímenes, como la pornografía infantil. Además, las mismas redes han desdibujado cada vez más los límites impuestos según la edad para acceder a distintos contenidos y/o redes sociales, y ha disminuido la barrera de protección frente a actos de terceros que afecten la intimidad. La mensajería instantánea ha permitido entablar conversaciones con menores de edad con el propósito de solicitarles favores de índole sexual ("grooming"), quedando las evidencias a disposición del perpetrador, como fotos o videos, que antes no eran tan comunes porque estos comportamientos se hacían solamente de manera presencial, siendo delitos que normalmente ocurrían a puerta cerrada.

La Corte Suprema de Justicia (en adelante "CSJ") no ha sido clara en el tratamiento que se le debe dar a estas fotos y contenidos, cometiendo errores al entender el delito de pornografía infantil, exigiendo el propósito de explotación sexual como elemento del tipo en todos los casos. En este orden de ideas, este texto pretende poner en evidencia de qué manera se ha abordado el delito de pornografía con menor de 18 años en el ordenamiento colombiano, haciendo una interpretación sobre la debida tipificación del delito, a partir del análisis de la sentencia SP 2545-2020, RAD 52010 (22 de julio de 2020).

Para lo anterior, se seguirá la siguiente estructura: (i) Sentencia a analizar; (ii) Planteamiento del problema; (iii) Pornografía infantil en el ordenamiento nacional y en el derecho internacional (iv) Análisis; y (v) Conclusiones.

Sentencia por analizar (SP 2545-2020, RAD 52010[1])

Hechos Relevantes

Los hechos analizados en la sentencia sucedieron en diciembre de 2013, cuando los padres de L.M.B.P. se percataron de que su hija de 13 años guardaba en su teléfono celular diálogos e imágenes que intercambiaba con el rector de su colegio, V.H.A.R., los cuales tenían un contenido sexual explícito. Según los hechos narrados en la sentencia, todo comenzó cuando la menor le pidió al rector que le enseñara sobre temas sexuales que por su edad no conocía, surgiendo desde allí un trato íntimo entre ellos.

Hechos Procesales

El diez de abril de 2014, ante el Juez Quince Penal Municipal de Bogotá, la Fiscalía le imputó a V.H.A.R. el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años a título de autoría, agravado por la circunstancia prevista en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal[2], en concurso con el delito de pornografía descrito en el artículo 218 del mismo código. El 3 de agosto de 2016, el Juzgado condenó al acusado como autor del concurso de delitos.

El 27 de septiembre de 2017, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión que fue apelada por la defensa. Contra esta decisión, la defensa interpuso dentro del término legal el recurso extraordinario de casación. El recurso fue inadmitido, pero la CSJ decidió de oficio estudiar el concurso de los actos sexuales abusivos con menor de 14 años y la pornografía infantil.

Procedencia de la Casación Oficiosa

La CSJ, en virtud del artículo 184 de la Ley 906 de 2004[3], atiende a los fines del recurso extraordinario de casación y decide tratar los temas que considera relevantes, aunque no fueron propuestos en la demanda de casación. En este orden de ideas, en el auto que inadmitió la demanda, la Corte se refirió a la necesidad de estudiar la posible infracción de la ley al subsumir la conducta del imputado en dos tipos penales, debido a una "incorrecta interpretación e inadecuado manejo del concurso de conductas delictivas".

La CSJ admite que se probó que entre el imputado y la menor hubo un intercambio de mensajes (vía celular) y concluyó que se adecua a los tipos penales de actos sexuales abusivos (Art. 209, Cod. Penal) y pornografía infantil (Art. 218, Cod. Penal). Sobre lo anterior, sostuvo que encontró plenamente acreditado que el procesado, al enviarle mensajes obscenos y de alto contenido sexual, además de enviarle imágenes del miembro viril, incurrió en el delito de actos sexuales con menor de 14 años, "ya que se

1 Corte Suprema de Justicia. SP 2545-2020 del 22 de Julio de 2020. Magistrado Ponente Luis Antonio Hernández Barbosa.
2 La circunstancia de agravación prevista en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal consiste en que el responsable tenga cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza. Se fundamenta en un mayor desvalor de exigibilidad en razón a que el sujeto era el padre del colegio
3 Ley 906 de 2004, Agosto 31 de 2004, Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial No. 45.658*

pervirtió la inocencia propia de una niña" de 13 años, al llevar a cabo prácticas sexuales e inducirla a que se tomara fotos de la vagina y de los senos, las cuales envió al celular del rector.

Mientras que, sobre el delito de pornografía infantil, concluyó que se cumplió el supuesto de hecho establecido en la norma. Lo anterior, ya que el procesado portaba en su celular fotografías de la menor de edad con contenido sexual, las cuales fueron enviadas por ella. La CSJ indicó que si se hace una lectura meramente objetiva de los tipos penales se puede realizar una errónea adecuación típica. El fiscal indicó que las imágenes y los videos de contenido sexual son el sustento tanto para el acto sexual abusivo agravado como para el delito de pornografía, dándole una mayor connotación a un único injusto. Bajo esta idea, la CSJ agregó que no se analizan los tipos penales y su interferencia con el bien jurídico, sino que se aplicó un concurso mecánico[4].

Además, la Corte concluyó que la agresión sexual se puede definir como el contacto físico o virtual que no trasciende la intimidad del acto entre dos personas, mientras que la pornografía lleva implícita la idea de explotación, y a falta de esta no se puede concluir que se consuma el tipo penal.

Ya para terminar, la CSJ afirmó que para concursar los delitos de abuso sexual y pornografía se requiere probar que el autor obró con las finalidades de abusar y explotar sexualmente a la menor, finalidades que no encuentra probadas en el caso concreto. La CSJ complementa lo anterior afirmando que se trata de una sola acción, con una única finalidad y contra un mismo bien jurídico, lo que indicaría que hay un concurso aparente donde las fotos son un rezago de la conducta de abuso sexual, siendo un acto posterior copenado e imputando solamente el acto sexual abusivo agravado.

Planteamiento del problema

La sentencia analizada hace uso del precedente jurisprudencial (en específico la Sentencia SP4573-2019[5]) para justificar la necesidad del ambiente de explotación sexual para la aplicación del tipo penal del artículo 218 C.P. Dicho esto, la forma mecánica en la que aplica este argumento está desconociendo los fundamentos dados por la CSJ en la sentencia en cuestión, argumentos que por su importancia se tratarán después y, además, ignora el hecho de que la menor tenía menos de 14 años. Por lo anterior, se encuentran dos problemas a abordar: (i) la aplicación de la pornografía infantil cuando el sujeto pasivo son los menores de 14 años y, (ii), la interpretación de la CSJ al tipo penal cuando el sujeto pasivo es un mayor de 14 años.

Sobre el primero, la sentencia a analizar menciona explícitamente que la única forma de concursar los delitos es si se cuenta con dolo de abusar y con dolo de explotación, olvidando que la menor tiene menos de la edad con la que le está permitido consentir, por lo que su consentimiento es ilegal aunque

4 Un concurso mecánico es una terminología usada en la sentencia para referirse al hecho de decir que dos conductas deberían ser concursadas sin tener en cuenta la afectación del bien jurídico o el propósito del tipo, limitándose exclusivamente a leer los tipos y aplicarlos.

5 Corte Suprema de Justicia. SP4573-2019 del 24 de octubre de 2019. Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier.

pueda ser existente. Por otro lado, la necesidad del ambiente de explotación ha sido un concepto cambiante dentro de la jurisprudencia de CSJ, por lo que se puede predicar que hay incongruencias dentro de las posturas adoptadas por la Corte. Para solucionar los anteriores problemas, es necesario entender cómo el tipo se enmarca en el ordenamiento colombiano y cómo han sido sus diversos cambios, para continuar con una explicación del bien jurídico tutelado y hacer las conclusiones correspondientes.

Pornografía infantil en el ordenamiento nacional y en el derecho internacional

Antecedentes legislativos

El texto original (Ley 599 de 2000[6]) sobre pornografía con menores consagraba:

> Artículo 218: El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad (...) (Código Penal, 2000)

Este texto sufrió modificaciones en virtud de la Ley 890 de 2004[7], que aumentó las penas de toda la parte especial del Código Penal. Después, la Ley 1236 de 2008 volvió a reformar la condena e hizo aclaraciones sobre el agravante del segundo párrafo, indicando de qué forma se entenderá el concepto "integrante de la familia".

Posteriormente, la Ley 1336 de 2009 amplió de 6 a 13 los verbos rectores y agregó la frase "para uso personal o intercambio" (Congreso de la República, 2009). Además de lo anterior, se cambia la frase "material pornográfico" por "representaciones reales de actividad sexual" y se agrega una nueva forma de consumar el tipo, que es alimentar bases de internet con pornografía infantil, sin importar si se tiene ánimo de lucro (ibidem). La necesidad de los cambios solo se puede ver si se analizan los antecedentes legislativos y el proceso que llevó a la aprobación de la reforma.

Debate en la Cámara

El proyecto de ley 107 de 2007, presentado en la Cámara de Representantes por el Partido Colombia Democrática, tenía como propósito combatir la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores. Con este proyecto, los representantes a la Cámara reconocieron los beneficios que trae el internet, pero también los peligros que representa para los menores, donde "delincuentes sexuales" se valen del anonimato aparente que ofrece la red para contactarlos (Congreso de la República, 2007).

Es así como, para los representantes, era necesario combatir estos fenómenos delincuenciales desde

6 Ley 599 de 2000, 24 de julio de 2000. Código Penal. *Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000*

7 Ley 890 de 2004, 7 de julio de 2004. Por el cuál se modifica y adiciona el Código Penal. *Diario oficial No. 45.602*

varios enfoques, a través de una solución tripartita: (i) a nivel técnico preventivo, enfocado en sistemas de autorregulación de bases de datos y trabajo de expertos para combatir este fenómeno; (ii) a nivel internacional, enfocado en tomar medidas de cooperación con otros países como la extradición; y (iii) a nivel nacional, mediante la creación de líneas policivas enfocadas únicamente en ayudar a menores, y la creación y modificación de delitos por parte del órgano legislativo.

Sobre la tipificación, la propuesta se refería a crear el artículo 219 sobre turismo sexual y agregar el artículo 219b, donde se sancionaba el almacenamiento e intercambio de pornografía infantil. Sobre el último delito, la propuesta tenía el siguiente texto:

> Quien almacene pornografía infantil para uso personal o intercambio por medios físicos o electrónicos será sancionado con 2 a 4 años de prisión.
>
> Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.

Más adelante, la Defensoría del Pueblo recomendó que el ICBF participara en el proceso de verificación de contenidos técnicos, además de que vigilara que las actividades realizadas estuvieran enfocadas a garantizar el Plan Nacional para la Erradicación de la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes.

Debate Senado

Gaceta Judicial 639 de 2008

En esta gaceta se traen de nuevo los objetivos del proyecto, siendo uno de estos combatir la explotación, la pornografía y el turismo sexual, agregando que los riesgos que traen las nuevas tecnologías no fueron considerados por el legislador del 2000, siendo esta una oportunidad para ofrecer respuestas a algunos vacíos legislativos y falencias generales (Congreso de la República, 2008).

Es así como, en los cambios propuestos en el pliego de modificaciones, el Senado consideró que el artículo 26, por el cual se creaba el artículo 219b del Código Penal (almacenamiento e intercambio de pornografía infantil) debía armonizarse con el artículo 218 del mismo, por lo que sugirió complementar el último mediante la adición de los verbos rectores y cumplir así con las obligaciones del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos de la Niñez (ratificado por Colombia en el 2002) (ibidem).

Por lo anterior, el artículo que se propuso quedó así:

> Artículo 218. Pornografía con personas menores de 18 años. El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de activi-

> dad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad incurrirá en prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de ciento treinta y tres (133) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
>
> Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.

Es así como queda eliminado el artículo 219b y la conducta que se pretendía sancionar con la creación de este tipo penal, pasa a hacer parte del delito de pornografía con menor de 18 años (Gaceta judicial 639 de 2008). Estos cambios se materializaron en la reforma al artículo 218 del Código Penal.

Elementos del delito de pornografía con personas menores de 18 años

A continuación, se tratarán los elementos del tipo penal que son fundamentales para analizar la problemática objeto de este texto. Dicho esto, el primer tema es la estructura de la acción ya que hay varios tipos rectores que permiten que se consume el tipo penal.

Se trata de un tipo compuesto de conducta alternativa ya que contienen varios verbos rectores que en sí constituyen varias formas de realizar el tipo, sin ser necesario que el sujeto activo realice todas las conductas señaladas para que le sea imputable el delito[8]. Los verbos rectores son: fotografiar, filmar, grabar, producir, divulgar, ofrecer, vender, comprar, poseer, portar, almacenar, trasmitir o exhibir.

Sobre la utilidad de la cantidad de verbos rectores que consagra el tipo, para algunos autores hay profundas discusiones. Por un lado, Carlos Castro Cuenca[9], considera justificable la penalización de todos estos tipos de conducta en tanto se vulnera el bien jurídico de libertad, integridad y formación sexual del menor con la sola realización de los actos sexuales, independientemente de que se haga el registro filmográfico o no[10], es así como, es necesario la cantidad de verbos rectores ya que si se limita a la filmación se podría afectar el bien jurídico y no ser castigado.

Por otro lado, autores como William Torres Tópaga[11], sostienen que se excedió el ámbito de protección del bien jurídico al sancionar conductas como el ofrecimiento, la transmisión, la venta y la comercialización ya que si lo que se pretende es proteger al menor de edad y su integridad sexual, estas sanciones no logran el propósito y solo constituyen un exceso por parte del legislador[12].

8 Posada Maya, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal, Delitos de homicidio, feminicidio, genocidio y otras infracciones*. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.),(Bogotá, Ed. Uniandes-Ed. Ibáñez, 2009), 27-74.
9 Castro Cuenca, C. G. *Manual de derecho penal: parte especial (Segunda edición.)*. (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2018)
10 Ibid.
11 Torres Tópaga, William. *Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Texto contenido dentro de Bernal Cuéllar, J., & Urbano Martínez, J. J. Lecciones de derecho penal: parte general (Tercera edición*.).(Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2019)
12 Ibid.

Continuando, según el bien jurídico, dependiendo de cómo se cometa, será monofensivo o pluriofensivo. Si el delito se da de manera presencial, el delito será monofensivo ya que solo se protege la libertad, integridad y formación sexual del menor, por otro lado, si se hace por medios informáticos, también se vulnera la seguridad de la información, los datos personales de contenido sexual y las funciones informáticas[13]. Debido a la importancia del bien jurídico se hará más adelante un análisis profundo y se explicará como funciona, para poder comprender como protege el delito la libertad, integridad y formación sexual de los menores.

Ya para terminar, el dolo ha sido un tema de discusión para varios autores, la frase para intercambio o para uso propio nos muestra una finalidad adicional, por lo que sería un tipo de tendencia. Sobre la anterior postura, autores como Castro Cuenca creen que no es relevante para el tipo si se tiene ánimo de explotación o si es para uso personal, el autor sostiene que debe primar el bien jurídico tutelado, como lo serían los derechos sexuales del menor, por lo que no son relevantes los fines y no se puede declarar que es atípico cuando no se encuentre alguno de estos presentes[14].

Por su parte, en materia internacional la explotación sexual es entendida como una actividad ilegal mediante la cual una persona es sometida a realizar actividades sexuales sin su consentimiento, por la cual un tercero recibe una remuneración económica. Dicho esto, la explotación tendría de manera intrínseca la idea de obtener un beneficio económico. Por otro lado, la frase fines propios es definida por la Real Academia Española (RAE) como "el objeto o motivo con que se ejecuta algo", indicando que el obtener un provecho económico es un fin, pero no todos los fines tienen un provecho económico.

Sobre la pornografía infantil en la jurisprudencia colombiana penal

Analizados los antecedentes del tipo y su estructura es necesario acudir a pronunciamientos de las Altas Cortes ya que desarrollan en mayor medida el tipo, dándole un alcance diferente al que podía tener en principio. Dicho esto, se procederá a recopilar las sentencias más importantes en materia de pornografía infantil y cuáles fueron las reglas jurídicas.

Sentencia SP4573-2019

La CSJ se propone analizar los delitos en contra la libertad, la integridad y la formación sexual con-

13 Posada Maya, Ricardo. *¿Delincuencia sexual virtual? Una aproximación desde la revolución tecnológica. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de octubre de 2019, rad. No. 47234, MP: Eugenio Fernández Carlier. Aprobado en acta no. 284.Estudios Críticos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia T. 8*, RICARDO POSADA MAYA & FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ & MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ (Coords.) / et al. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), (Bogotá, Ed. Uniandes. Universidad Sergio Arboleda, Ed. Ibáñez, 2021), 431-478.

14 Castro Cuenca, C. G. *Manual de derecho penal*

tenidos en el título IV del Código Penal. Indicando, primero, que los instrumentos que se usan para los ofrecimientos sexuales no son relevantes, y concluye que no debe haber una diferencia sustancial entre corromper a un niño en persona y hacerlo por carta, teléfono u otros medios de comunicación.

La Corte entiende que la explotación de los menores es la utilización de menores de 18 años en actividades sexuales, pornografía infantil o adolescente y espectáculos sexuales en los que haya un pago o cualquier beneficio de otra índole para el menor o un intermediario. Además, concluye que los ofrecimientos a menores de 14 años deben calificarse como actos sexuales abusivos en su modalidad de inducir.

Más adelante decide que es necesario hacer una interpretación sistemática de los delitos del capítulo IV del título IV de la Parte especial del Código Penal (de la explotación sexual), concluyendo que el alcance de lo que dispone el artículo 219A debe ser coherente con las demás descripciones típicas con idéntico bien jurídico.

Ahora, sobre el artículo 218, establece que le es exigible al tipo penal el ambiente de explotación en tanto (i) cuentan con el fin expreso por parte del legislador de combatir la explotación y el turismo sexual; (ii) están localizados en el capítulo "de la explotación sexual"; (iii) son producto de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado para luchar contra la delincuencia organizada dedicadas a la pornografía ilícita y la prostitución infantil; y (iv) una interpretación no restringida puede llevar a la sanción de comportamientos que ya están previstos en el Código Penal con una pena menor o que son manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad.

La sentencia muestra escenarios donde es posible la aplicación del delito, como cuando la pareja publica en internet los videos que le fueron enviados o cuando una persona es consumidora de pornografía infantil y accede a foros donde puede encontrar este tipo de videos. Sobre las fotos obtenidas con un menor de 14 años, no se hace un análisis de cómo deberían tratarse. Por otro lado, respecto de las fotos de una persona mayor de 14 años, y menor de 18 años, reitera que solo se podrá predicar que se configura el delito cuando se realice dentro de un ambiente de explotación. La anterior posición la justifica la CSJ al indicar que el título donde se encuentra ubicado el tipo es "sobre la explotación", por lo que un análisis sistemático del Código Penal permite llegar a esta respuesta, además, indica que si se les permite a los menores de 18 y mayores de 14 años tener relaciones sexuales, no es coherente castigarlos por conductas que afectan en menor medida el bien jurídico, como lo sería el enviar o almacenar fotos.

No obstante, la magistrada Patricia Salazar Cuéllar decide salvar parcialmente su voto, argumentando que, si bien la Sala concluye de manera mayoritaria que la protección jurídico penal se limita a eventos de explotación sexual, dejar afuera eventos de abuso es contrario a la voluntad del legislador, ya que también ha declarado reprochable tales actuaciones. La magistrada critica el razonamiento realizado por la Sala, ya que parece tomar en cuenta la voluntad del legislador según la Ley 679 de 2001[15] pero no la Ley 1329 de 2009[16], que amplió los

15 Congreso de Colombia. Ley 1336 de 2009 Por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes, 21 de julio de 2009, *Diario Oficial: 47.417*
16 Ley 1329 de 2009

ámbitos de punibilidad de los delitos del capítulo, entre ellos el de pornografía infantil.

En particular, indica que un ejemplo claro donde se demuestra que no se penalizan solo las conductas de explotación sexual, sino sus modalidades de abuso, es la pornografía con menor de 18 años. Sobre lo anterior, argumenta que "[l]as representaciones que contienen actividades sexuales de niños entrañan una degradación del menor registrado a mero objeto de registro o difusión, para la satisfacción de finalidades sexuales a ellos ajenas" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP4573-2019). La satisfacción del consumidor recae sobre personas que no tienen plena autodeterminación, situación que sería contraria a lo expuesto antes por la CSJ al decir que cualquier ampliación del tipo por fuera de contexto de prostitución serían conductas cotidianas y socialmente permitidas.

En esta línea de ideas, la magistrada expone de manera clara que el bien jurídico protegido no es únicamente la formación sexual, sino que hay un interés de tutela jurídico penal para amparar intereses colectivos de los menores de 18 años, quienes por su condición deben mantenerse alejados de escenarios de violencia sexual, ya que no solo los afecta directamente al ser explotados o abusados sino que se perjudica a la población como un género, es decir, se perjudica a la población "menores de edad", entendiéndolos como un grupo identificable que cumple ciertas características particulares que los diferencian de otras personas o grupos de personas.

Además, critica fuertemente la posición de la Corte sobre que a partir de los 14 años cualquier persona pueda ejercer ilimitadamente su sexualidad, e insiste en que, si bien tiene una incipiente capacidad de tener relaciones sexuales, esto no significa que deba soportar contextos de abuso, donde no sea tratado como parte de una relación sexual sino como un objeto. Sobre lo anterior, pone de nuevo el ejemplo de la pornografía infantil, donde el menor pierde todo rastro de personalidad y cualquier relación recíproca, pasando de una relación interpersonal a la relación de un sujeto con un objeto, convirtiéndolo en algo intercambiable.

Al final, concluye que limitar la adecuación típica solamente a entornos de prostitución infantil y turismo sexual no guarda coherencia con los instrumentos internacionales de protección de los menores contra las formas de abuso y explotación sexual y que la pornografía con menores de 18 años para uso personal no puede ser concebida como un ejercicio de libertad sexual constitucionalmente reconocida cuando se encuentren ambientes diferentes al de la explotación, como lo sería el abuso.

Sentencia 4235-2020

Resuelve la CSJ, en cabeza del Magistrado Luis Antonio Hernández Barbosa, el recurso de casación interpuesto por el defensor de Andrés Eduardo García en el proceso por el que fue condenado por el delito de pornografía infantil. Sobre lo anterior, el caso nos muestra al señor García, el cual uso un perfil falso de Facebook para seducir a la menor A.Q.M., pidiéndole que le enviara fotografías donde estuviera desnuda, la menor accedió y el imputado decidió mostrarle las fotos a la abuela de la menor

con la intención de que reprendiera a su nieta, la abuela le comparte la información a la madre quien interpone la denuncia pertinente. Más adelante, se demostró que la razón por la que el imputado decidió mostrarle las fotos a la abuela era vengarse de la niña, ya que fue ella quien daño la relación amorosa que tenía el implicado con la hermana mayor de la víctima.

Es así como, para poder resolver el caso, la CSJ decide mostrar los cambios jurisprudenciales importantes que ha tenido este delito, trayendo a colación la sentencia SP4573-2019, referenciada anteriormente, e indicando que se debe ajustar la interpretación realizada por la Corte en ella. Explica cómo estaba compuesto el delito inicialmente, haciendo énfasis en que la tipicidad estaba directamente vinculada a una finalidad comercial y que el ámbito de protección de la edad hablaba genéricamente de menores[17]. Pero, si bien la Ley 1236 de 2008[18] únicamente incrementó las penas, este incremento surge por el sentimiento de necesidad de protección a lo menores que tenían los senadores, indicando que tal aumento de pena sirve para dar un castigo ejemplar a los perpetradores de los actos.

Luego, insiste el magistrado en revisar los antecedentes legislativos de la norma e indica que la modificación era necesaria para cumplir con las obligaciones del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos de la Niñez[19] (protocolo que fue ratificado por Colombia en 2002). Es así como el delito de pornografía infantil, si bien en principio sancionaba únicamente el acto de fotografiar o filmar material pornográfico que involucrara niños, ahora debía sancionar conductas de igual gravedad como lo es la posesión de dicho material.

Por lo anterior, la CSJ argumentó que si bien se incluyeron en principio las conductas de "grabar, producir, poseer, portar, almacenar y transmitir representaciones reales de actividad sexual", el término, para uso personal, no fue propuesto en principio pero aparece como elemento del tipo en la modificación final, razón por la cual es posible interpretar el tipo penal a partir de conceptos distintos al de explotación sexual, como lo es cuando hay violencia y abuso, modalidades que también preocupan a las Naciones Unidas[20].

Es así como no se puede interpretar el tipo penal de pornografía infantil exclusivamente en contextos de explotación solo por estar incluido en el título de "explotación sexual". La CSJ indica que la frase para uso personal hace que se incluyan las modalidades abusivas y violentas, puesto que al aplicar el tipo solo en ambientes de explotación causa la desprotección que se consagra en la norma.

La CSJ continúa su análisis de la sentencia antes mencionada, indicando que si bien los ejemplos que

17 El delito antes estaba consagrado así "El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad, incurrirá en prisión de diez a catorce años y multa de ciento treinta y tres a mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.
18 Congreso de la República de colombia Ley 1236 de 2008, Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual, Julio 23 de 2008.
19 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos de la Niñez. Ginebra, Suiza.
20 Artículo 34 de la Convención Internacional de Derechos del Niño (Aprobada mediante la Ley 16 de 1991).

pone la CSJ son pertinentes (novio que conserva imágenes representativas de actividad sexual de su pareja menor de edad - mayor de 14 y menor de 18 años), la solución que da, que es declarar atípica las conductas realizadas fuera de una finalidad de explotación sexual, no es suficiente. Dicho esto, indica la Sala que comprende que las fotos de un mayor de 14 pero menor de 18 que son dadas con consentimiento no constituyen delito por ausencia de tipicidad siempre y cuando ese consentimiento sea válido y no haya violencia, abuso o engaño.

Es así como, en caso de que haya engaño, el consentimiento es anulado incluso si se está en posibilidad de consentir. La menor, en el caso en concreto, si bien tenía más de 14 años fue engañada para mostrar su cuerpo, siendo cosificada e instrumentalizada, volviéndose un objeto para la consecución de fines propios del perpetrador, fines que no tenían nada que ver con un contexto de explotación.

En conclusión, no porque el tipo penal haga parte del capítulo cuarto significa que dicha conducta sea atípica sino se produce la explotación, la frase para uso personal amplia la finalidad del tipo.

Conclusiones de las sentencias analizadas

En este orden de ideas, la CSJ sentó un precedente contradictorio para decidir sobre los elementos necesarios para que se configure el tipo penal. Dejando en principio la idea de que solo podía darse la pornografía infantil cuando hay explotación, pero dando un giro para decir que otras modalidades de ejecución, como las abusivas, también son delictivas.

Por lo anterior, es necesario presentar las conclusiones que se sacan de las sentencias analizadas: (i) los ofrecimientos sexuales que se hagan a menores de 14 años quedarán enmarcados en actos sexuales abusivos, ya que no se están en capacidad alguna de consentir; (ii) los ofrecimientos sexuales que se hagan a mayores de 14 años serán atípicos ya que hacen parte de la formación sexual y la libertad para decidir en materia sexual; (iii) si estos ofrecimientos tienen un trasfondo de explotación serán típicos (Delitos del 213 al 219 del Código Penal) sin importar si es menor de 14 o de 18 años; (iv) una lectura sistemática del capítulo IV del título IV del Código Penal permite establecer que todos los delitos ahí contenidos, en principio, necesitan de la explotación sexual para ser aplicados; y (v) la frase para uso personal en el artículo 218 permite interpretar el tipo más allá de la explotación sexual, siendo necesario realizar el análisis caso a caso.

Tenencia como presupuesto para la configuración del delito de pornografía infantil en derecho internacional

El ICBF, en su Análisis de la Situación de Explotación Sexual Comercial en Colombia, menciona instrumentos internacionales en materia de explotación infantil y trae a colación el Primer Congreso

Mundial contra la Explotación Sexual[21], donde se acordó un plan de acción con el objetivo de penalizar la posesión de pornografía infantil. Continuando, el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos de la Niñez considera que debe darse la tipificación en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía. Más adelante, mediante la Ley 1928 de 2018[22], Colombia ratificó lo dispuesto en el Convenio sobre el Ciberdelito en donde se establece, en su artículo 9.1. inciso e), el compromiso de las partes para adoptar medidas en contra de "la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un dispositivo de datos informáticos"[23]. Además, el modelo de legislación elaborado por el Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados propone la penalización de la simple posesión intencional de pornografía infantil.

Lo anterior, se justifica en dos posibles hipótesis. La primera, tutelar el derecho de la imagen de la víctima menor de edad, concluyendo que se lesionaría su derecho a la intimidad con cada reproducción del material donde se encuentre expuesto. La segunda, por política criminal, para erradicar el tráfico de pornografía infantil, por lo cual deberán elaborarse mecanismos amplios para castigar cualquier conducta vinculada con el delito en cuestión[24].

Es así como, la primera hipótesis, consiste en una confrontación de derechos entre la intimidad del consumidor de pornografía y los derechos sexuales del menor. Dicho lo anterior, los derechos del menor prevalecerán por encima de la intimidad del presunto indiciado. En el ordenamiento colombiano los derechos constitucionales no son absolutos por lo que deben armonizarse entre sí, y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta[25], es así como no se puede invocar el derecho a la intimidad y a la libertad de expresión para justificar la explotación y cosificación del menor, en especial si se tienen en cuenta los ambientes de explotación, abuso y engaño en los cuales suelen estar inmiscuidos los partícipes de la pornografía infantil.

Continuando, la idea de que se lastima la intimidad del menor va ligada al hecho de que con cada imagen obtenida, o con cada reproducción de esta, se cosifica más al menor, quitándole cualquier aspecto de personalidad y viéndolo solo un objeto para la satisfacción de los espectadores. Sobre lo anterior, se afirma que el adquirente y tenedor de pornografía infantil perpetúa el ataque a la dignidad y la libertad de los niños que han sido grabados previamente[26].

Sobre la segunda hipótesis, de naturaleza de política criminal, la prohibición penal va dirigida a desmotivar la utilización de niños en elaboración de material de carácter sexual, dando a entender que la

21 Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual (1996),
22 Ley 1928 de 2018, Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre la Ciberdelincuencia", adoptado el 23 de noviembre de 2001, en Budapest., Julio 24 de 2018, *Diario Oficial No. 50.664*
23 IBID
24 Álvarez, J. T. *Delitos sexuales: coerción sexual e internet.* (Buenos Aires: Ediciones D&D, 2018).
25 Corte Constitucional, Sentencia C-475 de 1997, 25 de septiembre de 1997, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
26 Ropero Carrasco, Julia. *Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores*. (Tomado de: https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2083/2096, 2014).

sola tenencia pone en peligro abstracto los bienes jurídicos de los menores. Se trataría entonces de una protección a la infancia en su totalidad a través de un dispositivo penal preventivo con características disuasorias[27]. Lo anterior, con el propósito de desmotivar a los sujetos potencialmente peligrosos.

La anterior posición es la que comparte el Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados, explicando que los motivos de la criminalización de la simple tenencia de pornografía infantil, en su legislación modelo, es que con cada imagen de pornografía infantil que se adquiere se fomenta el crecimiento de esta industria ilícita y se contribuye al desarrollo de nuevas tendencias alarmantes, tales como acostumbrarse a pornografía infantil.

Por otro lado, posiciones contrarias establecen que la idea de tenencia sin un ánimo no debería ser sancionada, e incluso se llega a decir que es necesario para los pedófilos para satisfacer sus deseos sexuales sin dañar a los menores[28]. Dicho esto, las personas que defienden esta idea se suelen basar en la protección de la libertad de expresión y la indebida intromisión del Estado en la intimidad del consumidor, por un lado, y por el otro, en el hecho que muchos consumidores de pornografía lo usan para satisfacer sus deseos sin lastimar a nadie.

Sobre lo anterior, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en el caso Stanley vs. Georgia[29], ejemplifica esta postura, donde consideró que la simple tenencia de materiales obscenos no debería tipificarse como delito ya que implicaba una intrusión inconcebible en el pensamiento de los ciudadanos por parte del Estado, afectando la libertad de expresión. El mismo tribunal consideró que no es deber del Estado decirle a una persona, sentada sola en su propia casa, qué libros leer o qué películas debe ver.

Dicho esto, el Tribunal Superior de Columbia usó la anterior argumentación para despenalizar la simple tenencia de pornografía infantil. En Regina Vs Sharpe[30], se decretó la inconstitucionalidad de la prohibición de la tenencia de pornografía infantil ya que aquella norma invadía la libertad de expresión y la privacidad personal, pues extiende el castigo a todas las personas, incluidas aquellas que no hacen uso "nocivo" de la pornografía infantil como lo son los coleccionistas.

Ahora, sobre la primera hipótesis, el mismo Tribunal expresó que la prohibición abarca también a aquellas personas que observan el material con un fin "lascivo" como aquellos pedófilos que, en lugar de agredir sexualmente a personas menores, usan la pornografía como bálsamo de sus aflicciones alivianando la tensión sexual de posibles agresores[31]. Lo anterior, cobra significancia en Colombia, ya que argumentos parecidos son usados para despenalizar la mera tenencia de material pornográfico. Por ejemplo, en el ordenamiento colombiano lo dicho por el Tribunal y la jurisprudencia de Estados Unidos va muy de la mano de los argumentos expuestos por William Torres Tópaga (argumentos que fueron tratados en los apartes sobre los elementos del tipo penal

27 Álvarez, J. T. *Delitos sexuales: coerción sexual e internet.*
28 Álvarez, J. T. *Delitos sexuales: coerción sexual e internet.*.
29 Corte Suprema de Estados Unidos, *Stanley vs. Georgia* 1969, Enero 14 de 1969.
30 Tribunal Superior de Columbia, *Regina Vs Sharpe*, 2001
31 Álvarez, J. T. *Delitos sexuales: coerción sexual e internet.*

de este mismo texto), por lo que conocer sus orígenes nos da una imagen de los antecedentes de estas ideas.

Análisis

Si bien en principio el Código Penal traía a colación conceptos que implicaban imposiciones morales, como lo son el pudor y el honor sexual, esta visión cambio a partir de la Ley 360 de 1997[32], en la medida que los intereses ahora tutelables de los delitos sexuales eran aquellos relativos a la libertad y la dignidad[33]. Este cambio fue un avance importante para evitar la imposición de la moral en el ordenamiento jurídico colombiano, pero no fue suficiente y en el 2000 el legislador decide que el bien jurídico que se protege en los artículos 205 a 219c son los de la libertad, la integridad y la formación sexual, concepto que hoy en día sigue estando vigente. Por su parte, el hecho de que haya tres términos diferentes significa que hay tres maneras diferentes de transgredir el bien jurídico, si bien se complementan, son diferentes y ameritan ser analizadas individualmente.

Dicho esto, la libertad sexual ha sido entendida como la facultad que tiene el ser humano de determinarse en el ámbito de la sexualidad[34], lo cual implica que la libertad tiene dos aspectos. Uno positivo: cada persona puede elegir su orientación sexual, con quien realiza estos actos, y en que contexto los realiza. Y otro negativo: la persona puede rechazar encontrarse en entornos sexuales sin su consentimiento[35]. Cabe aclarar que, como todos los derechos, esta facultad no es absoluta y encuentra límites en los derechos de las demás personas[36].

Por su parte, la integridad sexual se refiere al derecho de mantenerse incólume, indemne, intacto, frente a cualquier tipo de actividad sexual[37], es el derecho que tiene la persona a no ser molestada en su dignidad sexual, manteniéndose su estado sexual de la forma en que desee[38].

Finalmente, la formación sexual es entendida como el derecho a gozar de un ambiente donde el sujeto pueda evolucionar y formarse sin ningún tipo de intromisión que le permita hacer uso de su libertad sexual una vez tenga posibilidad de disponer de ella[39]. Este concepto suele relacionarse, pero no se limita simplemente a ellos, con los menores de 14 años y los incapaces, los cuales carecen de libertad sexual por considerarse que

32 Congreso de la república de Colombia Ley 360 de 1997, Por medio de la cual se modifican algunas normas del título XI del Libro II del Decreto-ley 100 de 1980 (Código Penal), relativo a los delitos contra la libertad y pudor sexuales, y se adiciona el artículo 417 del Decreto 2700 de 1991 (Código Procedimiento Penal) y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial No. 42.978.*
33 Torres Tópaga, *Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*
34 Castro Cuenca, C. G. *Manual de derecho penal*
35 Vargas Mendoza, Ligia María. *La violencia en el acceso carnal. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 6 de mayo de 2015. M.P.: María del Rosario González Muñoz. Aprobado en acta N° 159 Estudios Críticos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia T. 6, RICARDO POSADA MAYA & FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ & MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ (Coords.) / et al. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.),*(Bogotá: Editorial Uniandes. Editorial Universidad Sergio Arboleda, Editorial. Ibáñez, 2017).
36 Castro Cuenca, C. G. *Manual de derecho penal*
37 Torres Tópaga, *Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*
38 Vargas Mendoza. *La violencia en el acceso carnal*
39 Torres Tópaga, *Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*

no tienen madurez suficiente para tomar este tipo de decisiones, evitando así que sean usados como objetos sexuales por terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales[40].

Además de lo anterior, los derechos sexuales son derechos progresivos, lo que implica que constantemente se van moldeando y cambiando. Esta posición va acorde al bien jurídico tutelado, en especial a la parte de formación sexual, donde se establece de manera explícita que la sexualidad evoluciona y se desarrolla. Entender este concepto como algo dinámico permite entender que la protección no puede interrumpirse a los 14 años y luego suponer que se tiene plena libertad y conciencia sobre el desarrollo sexual de la persona.

Es así como las dos problemáticas presentadas nos muestran dos situaciones particulares que deben ser analizadas de manera especial, analizando lo establecido de lege lata y la propuesta de lege ferenda.

Sobre la lege lata o la ley existente, entendidos los precedentes de la norma y sus cambios, el tipo en el Código Penal actual, la jurisprudencia colombiana y los mecanismos internacionales, se procederá a analizar como cada uno de estos elementos aporta a la interpretación del tipo penal. Para empezar, los cambios sufridos en el delito de pornografía infantil muestran cómo se pasó de un enfoque meramente comercial a uno más amplio, donde la finalidad de lucro no es necesaria. Lo anterior, como se pudo observar en las gacetas, responde a la necesidad del Estado colombiano de acoplarse a los instrumentos internacionales que fueron ratificados, haciendo mención del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos de la Niñez. Además, el proyecto es explícito en que su enfoque es combatir la explotación, el turismo sexual y la pornografía infantil, es por esto que el proyecto, en principio, añadió el artículo 219b al Código Penal con el propósito de castigar la tenencia de material pornográfico y su posterior eliminación como artículo independiente no se da porque no fuera necesario o importante, sino para ser agregado dentro de otro tipo penal, generando cierta "armonía" en el sistema de leyes pero creando nuevos supuestos, donde la tenencia debe ser castigada, sin importar si está presente la explotación sexual del menor.

La norma que fue aprobada es clara desde el punto de vista dogmático y objetivo. Los verbos rectores, en conjunto, expanden el ámbito de protección de la norma, castigando la mera tenencia y, a diferencia de lo expuesto por la CSJ, no exige un trasfondo de explotación. El apartado para uso personal muestra que el tipo dejó de ser entendido solamente en el ámbito de la explotación sexual y sanciona el abuso y el engaño. El análisis típico del artículo 218 nos permite, de manera acertada, afirmar que la mera tenencia es suficiente para que se consume el tipo penal. En materia internacional todo apunta a que la mera tenencia debe ser considerada suficiente para que se tipifique la conducta de pornografía con menor de 18 años. Los textos y convenios traídos a colación han sido ratificados por Colombia, lo que muestra un claro compromiso del país con cumplir con los acuerdos, siendo estos los argumentos principales presentados en el debate del Senado.

40 Vargas Mendoza. *La violencia en el acceso carnal*

En el panorama actual es claro que el delito de pornografía infantil debe castigar la mera tenencia, pero su argumentación no va acorde a una política criminal interna si no a trasplantes jurídicos que no tienen en cuenta el contexto de en dónde se están aplicando. El fundamento de la nueva norma se basa en los compromisos adquiridos en materia internacional, la exposición de motivos de la Cámara de Representantes trata el tema de manera superficial, apenas diciendo que en Colombia el uso del internet ha causado que se generen nuevos peligros para la población más joven. Sin embargo, al momento de justificar la necesidad de crear - en principio - un nuevo delito que castigue el almacenamiento sin tener en cuenta el aspecto de explotación solo se remite a que se han firmado convenios internacionales. El debate en el Senado, si bien menciona que debe armonizarse el Código Penal, no da motivos reales y aplicables a Colombia para que se deban agregar todos estos verbos, pudiendo concluir que este cambio de la norma no obedece a la necesidad basada en datos colombianos sino al mero cumplimiento de estándares internacionales.

Con lo anterior, no se quiere decir que no se deba proteger al menor, sino que, si se va a usar el derecho penal como mecanismo disuasorio y de prevención, como es el caso, se debe hacer de tal forma que no entre en contradicción con el mismo ordenamiento. La reforma al tipo penal ha causado caos sobre la coherencia normativa, el establecer que los menores de 18 no pueden mandar fotos o videos de índole sexual, aunque después de los 14 años pueden consentir sostener relaciones sexuales. Es inconcebible creer que, si bien los mayores de 14 años pueden consentir las relaciones sexuales con un mayor de 14 o de 18 años, sea sancionable el intercambio de fotos o videos, que afecta en menor medida sus derechos sexuales.

La sentencia analizada obvia estos aspectos, su crítica a la imputación "mecánica" de los tipos ignora el sentido de la norma, mostrando que es el Tribunal de segunda instancia, y no la CSJ, quien entiende mejor cómo funciona y se aplica la pornografía con menores. Por su parte, la idea de necesidad de la explotación no está presente en ningún momento hasta ahora, dando a entender que la CSJ tiene que justificar su implementación, ya que no basta decir que el otro lo hizo mal, sino que es necesario explicar por qué su posición es la correcta. Sobre lo anterior, la sentencia trae el precedente judicial de la misma corporación, indicando que es un concepto que se desarrolló mediante jurisprudencia, a pesar de que no exista estrictamente en el tipo penal. El problema con lo anterior es que la misma CSJ no ha sido clara, trayendo contradicciones que se evidencian en la argumentación dada.

Dicho lo anterior, la CSJ usa por primera vez el concepto de explotación para solucionar los problemas que se mencionaron, intentando subsanar esos vacíos legales producto de tipos penales hechos en el extranjero que no fueron pensados para Colombia. La sentencia hito (Sentencia SP4573-2019) es la primera que se dedica a analizar los delitos del capítulo sobre la explotación, en este, se equivoca la CSJ en su proceso de pensamiento. Sobre lo anterior, lo que empieza como un análisis de un tipo diferente, el artículo 219A, termina aplicando de manera arbitraria a todos los delitos del capítulo, incluido el 218. Esta exigencia de un ambiente de explotación se da para solucionar la posible proble-

mática de las fotos o videos de mayores de 14 años que son entregados con consentimiento.

La magistrada Patricia Salazar en el salvamento de voto parcial identifica claramente que dejar un precedente donde la aplicación del artículo 218 esté supeditada a un ambiente de explotación, crea un vacío legal y una desprotección injustificada para los menores de edad, porque no se tienen en cuenta los casos de abuso o engaño. La argumentación dada por la CSJ en esta sentencia resulta insuficiente, la interpretación sistemática de la norma no puede ser la razón por la que se deba aplicar la explotación, ignorando los elementos del tipo en sí y la historia detrás de la norma que, como se explicó antes, fue modificada para incluir la tenencia como presupuesto de la consumación sin que el sujeto activo tuviera una finalidad adicional o se encontrara en un ámbito de explotación, a través de la incorporación de la frase "para uso propio".

Su solución, en principio, no es descabellada pero no puede ser aceptada. Los argumentos dados por la CSJ van en contra del legislador y la norma, violando el principio de legalidad. Además, sobre los menores de 14 años, no hace ningún pronunciamiento, causando que la necesidad de un ambiente de explotación se exija en la comisión de delitos de pornografía en contra de niños y niñas de 0 a 18 años, lo que contradice el hecho de que a los 14 años se pueda consentir en materia sexual. Además, la forma en la que se entiende la explotación[41] termina ignorando otros factores importantes que afectan el consentimiento del menor, como lo son el abuso, la violencia, y el engaño.

Este problema inicial, sobre que se esté exigiendo la explotación sin importar la edad, se evidencia de manera clara en la sentencia que se está analizando. El magistrado se limita a nombrar de manera superficial que el precedente judicial exige el trasfondo de explotación sexual para que el actuar sea típico, ignorando la argumentación dada que va enfocada a resolver que pasa con las fotos o videos que son enviados por un mayor de 14. Es así como; esta exigencia en el caso particular da a creer que se le está reconociendo consentimiento legal a los menores de 14, posición que no es defendible en el ordenamiento colombiano para el autor.

Por otro lado, en la sentencia SP4235-2020, la CSJ intenta corregir este error e incluye la posibilidad de que el delito se pueda dar más allá de estos ambientes. La mera tenencia debe ser castigada, según esta sentencia, porque los organismos internacionales lo exigen. Lo anterior, dado que la exposición de motivos del tipo penal así lo plantea, pero no nos dice razones de política criminal colombiana ni su afectación al bien jurídico.

Además, el problema con que se den tantas decisiones que complementen o cambien el tipo penal , y que estas no sean coherentes entre ellas, es que en las decisiones siguientes no se tendrá en cuenta los motivos que dan para ciertas exigencias, como es la explotación, y se empiece a deformar el tipo penal. La edad de consentimiento es un

41 La explotación se entiende como la utilización de menores de 18 años en actividades sexuales, pornografía infantil o adolescente y espectáculos sexuales en los que haya un pago o cualquier beneficio de otra índole para el menor o un intermediario (Corte Suprema de Justicia, 2019

límite claro al mismo, la formación e integridad sexual del menor es afectada por estas fotos o videos, y sentencias como la analizada muestran claramente el problema de un ordenamiento jurídico incoherente.

A pesar de lo anterior, sería injusto solamente criticar a la CSJ por su interpretación. Este análisis del tipo parece ser un claro ejemplo de extralimitación por parte del legislador: el establecer tipos penales sin una justificación adecuada hace que dicha institución tenga que recurrir a maniobras legislativas para poder acomodar el tipo al ordenamiento. Sin embargo, estas maniobras generan, en el caso en concreto, contradicciones en el ordenamiento penal que tienen como consecuencia la desprotección del menor, además de ser extralimitaciones al poder de esta, más que interpretar el tipo lo está reformando, función que no les pertenece a ellos sino al legislador.

En conclusión, la CSJ no tenía que, ni podía, reformar el tipo penal para exigir un ambiente de explotación. La norma es clara sobre sus elementos y la exposición de motivos solo nos permite concluir que la mera tenencia debe ser castigable, mediante la frase para uso personal, lo cual supondría una clara contradicción cuando nos encontremos frente a mayores de 14 años. Además, la solución dada por la CSJ es discutible, pues la exigencia de la explotación, en los términos establecidos, desprotege los derechos de los menores de edad mayores de 14, ya que permite que comportamientos abusivos o engañosos sean usados en contra de ellos para que sean cosificados.

Dicho lo anterior, la lege ferenda, se propone a armonizar estos conceptos. Para lograrlo se propone dividir el tipo penal, logrando así cumplir con los criterios internacionales, adaptar la norma al ordenamiento jurídico colombiano y tener en cuenta los pronunciamientos de la CSJ de manera que no entren en conflicto.

Es así como, al igual que sucede en otros tipos penales sexuales, se deberá crear un tipo penal privilegiado cuando sean menores de 14 años. De esta forma, se estaría cumpliendo con los estándares internacionales, que pretenden castigar la mera tenencia, pero sin causar que el consentimiento de los mayores de 14 sea totalmente inválido. Las fotos o videos que son tomados o enviados afectan al bien jurídico en dos facetas, la integridad y la formación sexual. Sobre la última, la formación sexual consiste en poder gozar de un ambiente donde el sujeto pueda evolucionar sin ninguna intromisión, los acercamientos a menores y el intercambio de imágenes constituyen una clara intromisión a la formación y si no se tiene posibilidad de consentir ningún acto sexual se deberá proteger su intimidad y su imagen al evitar estar en ambientes donde su cuerpo se vuelva un objeto para la satisfacción de un tercero. Por otro lado, la integridad sexual de menores de 14 años significa que no debe ser alterada la inocencia propia que tienen estos sujetos, las interferencias en etapas tan tempranas pueden afectar la evolución y desarrollo de la personalidad, produciendo afectaciones y alteraciones que dañen su vida o alteran su equilibrio psíquico futuro[42].

La creación de un tipo penal para proteger a los menores de 14 años es más coherente con el ordena-

42 Castro Cuenca, C. G. *Manual de derecho penal*

miento jurídico colombiano, zanjaría las discusiones que se pueden llegar a tener en la CSJ sobre la explotación y evitaría que se den pronunciamientos erróneos como el de la sentencia analizada.

Siendo más, el tipo propuesto quedaría:

> Artículo 218A: El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 14 años de edad, incurrirá en (...)
>
> Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.

Por su parte, la segunda propuesta, está enfocada en que el delito de pornografía infantil de mayores de 14 años sea tipificado solo en ambientes donde haya explotación, o para fines propios donde concurran el abuso o engaño. El abuso y engaño afectan la libertad sexual y la integridad de los menores. Dado que se les permite tener relaciones sexuales, no hay lugar a prohibir el intercambio de imágenes, salvo que este esté mediado por abuso o engaño que causarían que su consentimiento no sea válido, armonizando los dos pronunciamientos de la CSJ en materia de pornografía infantil y teniendo en cuenta el salvamento de voto de la magistrada Patricia Salazar. Por otro lado, se afecta la integridad sexual del menor ya que se estaría cosificando a este, volviéndose una herramienta para la satisfacción de un tercero. Los menores de edad mayores de 14 si bien pueden dar consentimiento es necesario que lo den en un ambiente propicio, permitir que sea visto solamente para satisfacer a otro y no en una relación de iguales es perjudicial en tanto hay un claro aprovechamiento de aquel con mayor experiencia para que el afectado no disfrute de su sexualidad.

Al entender el bien jurídico como un derecho progresivo significa que debe protegerse en los diferentes momentos. Si bien en los mayores de edad esta protección es diferente, en los menores se está en un momento esencial para su formación sexual. Si se protege esta etapa de desarrollo y lo miramos como algo dinámico podremos crear normas que les permitan disfrutar su sexualidad gracias a su edad de consentimiento, pero sin que estén expuestos a terceros que quieran aprovecharse de esa pequeña capacidad de decisión que da el legislador.

Por su parte, la reforma al artículo 218 quedaría:

> Artículo 218: El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal, obtener beneficio económico o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona mayor de 14 años de edad y menor de 18, incurrirá en (...)[43]

43 Sobre la pena correspondiente se deja el espacio en blanco ya que el propósito del texto es mostrar incoherencias y proponer soluciones, la graduación de la pena no es aspecto que se vaya a tratar.

> Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.

Esta propuesta armonizaría el ordenamiento colombiano y la edad de consentimiento con lo dicho por la CSJ, evitando las interpretaciones y la atribución propia de otras ramas de poder, además, se desecharía el terrible precedente que dejo este último pronunciamiento donde se exige dolo de explotación para la imputación del tipo cuando se esté frente a menores de 14 años.

Conclusiones

La edad de consentimiento y la mayoría de edad han sido dos conceptos difíciles de tratar, su armonización en los diferentes aspectos sociales y legales siempre ha tenido problemas, no siendo el derecho penal ajeno a esto. El tipo de pornografía con menores de edad ejemplifica esta disyuntiva y nos presenta un problema sobre la debida aplicación del tipo sin intervenir de manera injustificada la libertad sexual de los mayores de 14 años.

Esta disyuntiva surge por los trasplantes jurídicos que hace el legislador, incluyendo y ratificando tratados internacionales sin ver la incidencia o aplicabilidad de las normas en el ordenamiento colombiano. La falta de políticas criminales enfocadas a la realidad del país causa que normas, que pretenden proteger a los menores, entren en conflicto con el ordenamiento colombiano, poniendo al órgano judicial a realizar pronunciamientos que permita acomodar el tipo al Código Penal, incluso yendo en contra del sentido del mismo.

Es así como, mientras la norma y sus antecedentes son claros en la aplicación del tipo de manera objetiva, la CSJ, comprendiendo los problemas que trae la aplicación del tipo, intenta de manera insatisfactoria zanjar estas diferencias mediante la incorporación del ambiente de explotación para la aplicación del tipo. El problema de esto es que los pronunciamientos posteriores no han sido congruentes e incluso se llegó a exigir dolo de explotación para la tipificación de la conducta cuando el sujeto pasivo es un menor de 14 años.

Por lo anterior, se propone una reforma legislativa que permita la protección del menor de edad, en donde se entienda la progresividad del bien jurídico y como estos actuares afectan a los menores. Dividir el tipo en dos, teniendo en cuenta no solamente los criterios internacionales sino el ordenamiento nacional, en especial la edad de consentimiento permitirá una armonización de la norma con los convenios firmados y lo expuesto por la CSJ, evitando que el órgano judicial se apropie de funciones ajenas a las suyas, haga interpretaciones insostenibles y se pierda coherencia dentro del sistema jurídico.

Bibliografía

Doctrina:

Álvarez, J. T. Delitos sexuales: coerción sexual e internet. Ediciones D&D, 2018.

Castro Cuenca, C. G. Manual de derecho penal: parte especial (Segunda edición.). Editorial Universidad del Rosario, 2018.

Instituto Colombiano del Bienestar Familiar – ICBF. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL EN COLOMBIA. Una Oportunidad para Garantizar la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Edición 4ta. Pp. 15-17, 2014.

International Center for Missing & Exploited Children (ICMEC) "IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO DE LEGISLACIÓN. Un complemento de Pornografía Infantil: Modelo de Legislación y Revisión Global". Recuperado de https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/02/Framing-Implementation_2017_ESf-PR-FINAL.pdf, 2017.

Office of the UN High Commisioner for Human Rights (OHCHR) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 2020.

Oficina de Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (Colombia). [en línea]. <https://wiki.salahumanitaria.co/wiki/Explotaci%C3%B3n_sexual > [25/11/2021].

Posada Maya, Ricardo. Delitos contra la vida y la integridad personal, Delitos de homicidio, feminicidio, genocidio y otras infracciones. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), Bogotá, Ed. Uniandes-Ed. Ibáñez, 2009.

Posada Maya, Ricardo. ¿Delincuencia sexual virtual? Una aproximación desde la revolución tecnológica. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de octubre de 2019, rad. No. 47234, MP: Eugenio Fernández Carlier. Aprobado en acta no. 284.Estudios Críticos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia T. 8, RICARDO POSADA MAYA & FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ & MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ (Coords.) / et al. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), Bogotá, Ed. Uniandes. Universidad Sergio Arboleda, Ed. Ibáñez, 2021, pp. 431-478, 2021

Ropero Carrasco, Julia. Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2083/2096, 2014.

Torres Tópaga, William. Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Texto contenido dentro de Bernal Cuéllar, J., & Urbano Martínez, J. J. Lecciones de derecho penal: parte general

(Tercera edición.). Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2019.

Vargas Mendoza, Ligia María. La violencia en el acceso carnal. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 6 de mayo de 2015. M.P.: María del Rosario González Muñoz. Aprobado en acta Nº 159 Estudios Críticos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia T. 6, RICARDO POSADA MAYA & FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ & MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ (Coords.) / et al. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), Bogotá, Ed. Uniandes. Universidad Sergio Arboleda, Ed. Ibáñez, 2017.

Normatividad:

Código Penal (Ley 599 de 2000) [Código] (2000). 20va edición Legis.

Congreso de Colombia (21 de julio de 2009) "Por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes." (Ley 1336 de 2009). DO: 47.417. Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1336_2009.htm

Congreso de la República (5 de septiembre de 2007) Gaceta del Congreso 426 de 2007. Proyecto de ley número 109 de 2007 (Cámara).

Congreso de la República (16 de septiembre de 2008) Gaceta del Congreso 639 de 2008 Proyecto de Ley número 109 de 2007 (Senado)

Congreso de la República (24 de julio de 2018) "Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre la Ciberdelincuencia" adoptado el 23 de noviembre de 2001, en Budapest" (Ley 1928 de 2008).

Constitución Política de Colombia (1991) 5ta edición. Legis.

Jurisprudencia:

Corte Constitucional (25 de septiembre de 1997). Sentencia C-475 de 1997. MP. Dr Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (4 de noviembre de 2020) Sentencia 4235-2020. MP Luis Antonio Hernández Barbosa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (22 de julio de 2020). Sentencia SP2545-2020. MP Luis Antonio Hernández Barbosa

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (24 de octubre de 2019) Sentencia SP4573-2019. MP. Eugenio Fernández Carlier

Corte Suprema de Estados Unidos (1969) Stanley Vs Georgia.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es> [25/11/2021].

Salud y derechos: médicos, prestaciones laborales y relaciones de trabajo encubiertas en el sector público*

Juan Pablo Villarreal Acosta, Néstor Javier Ortiz Díaz*****

Recibido: 17 de abril de 2022. Aceptado: 28 de junio de 2022.

Resumen

El ámbito de las relaciones laborales presupone interacciones asimétricas que, necesariamente, implican la necesidad de que el Estado -mediante sus diferentes herramientas- intervenga en aras de equilibrar la balanza y proteger a la parte débil de la relación contractual. En el presente trabajo analizaremos diez sentencias del Consejo de Estado y un proyecto de ley que presenta una de las principales problemáticas del derecho laboral, esto es: el encubrimiento de relaciones laborales mediante el uso del contrato de prestación de servicios en el ámbito del derecho público.

Las sentencias que reseñamos se ocupan de explicar la configuración de relaciones laborales mediante la figura de "contrato realidad", además de enfatizar en un elemento clave del contrato de trabajo: la subordinación. Luego, en virtud de la concurrencia de los elementos de la esencia y de las disposiciones relativas a la declaratoria de la relación laboral, reconoce prestaciones que garanticen una protección plena al empleado. Es allí entonces donde abordaremos a profundidad la problemática de ¿cómo proteger a quien fuere perjudicado por esta forma de contratación que esconde una relación de trabajo subordinada?

En todo caso, como miembros de un grupo de investigación de derecho médico y de la salud, tenemos el compromiso de analizar cómo la problemática enunciada ha afectado el gremio de los trabajadores de la salud. En ese sentido, la jurisprudencia reseñada en el presente texto recoge las experiencias de personal de la salud que han sido sujeto de la práctica conocida cómo encubrimiento de relaciones laborales. Lo anterior, permite entrever que el gremio no ha sido ajeno a dicha práctica y que por contrario tenemos que cuestionar las prácticas contractuales que se tienen dentro de este sector.

Palabras clave

Relaciones Laborales, contrato de prestación de servicios, contrato realidad, subordinación, indemnización integral, personal de la salud.

---

* Artículo de revisión.

** Estudiante de octavo semestre de la carrera de derecho. Miembro del Semillero de Derecho Médico y Derecho de la Salud. jp.villarreal@uniandes.edu.co.

*** Abogado, especialista en Instituciones Jurídicas de la Seguridad Social, especialista en Derecho del Trabajo, Magíster en Derecho (Investigación). Asesor en el Consultorio Jurídico y profesor de cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Miembro y codirector del Semillero de Derecho Médico y Derecho de la Salud de la Universidad de los Andes. nj.ortiz@uniandes.edu.co

UNA Rev. Derecho (En línea). Vol. 7 (1). Julio 2022. e-ISSN2539-5343·

Health and rights: Medical doctors, Employment Benefits and Disguised Employment Relationships in the Public Sector.*

Juan Pablo Villarreal Acosta, Néstor Javier Ortiz Díaz*****

Received: April 17, 2022. Accepted: June 28, 2022.

Abstract

Labor Law supposes asymmetric interactions that necessarily require the state's intervention with all of its resources and tools in order to balance them and offer enough guarantee of its right for the unprotected party. The following work analyses thoroughly ten judicial decisions from the Colombian Council of State and a legislative proposal surrounding one main issue: the disguising of labor relationships by the improper use of the provision of services contract in the Public Law scenario.

The analyzed decisions explain the configuration of a labor relationship through the figure of "Contract reality" In addition to emphasize in the element of the essence of subordinate relationship. Then, given the concurrence of the elements of the essence and the legal regulations related to the declaration of a labor relationship, it recognizes benefits that we don't consider to provide full protection. It is there, then, that we address in greater depth the problem of how to protect those who are harmed by this form of contracting that hides a subordinate employment relationship.

In any case, as members of a health and medical law investigation group, we will analyze how the enounced issue has affected the guild of health associate personnel. Given that, the analyzed jurisprudence exhibits experiences of how these personnel has been beneath under covered labor relations.

Key words

Labor relationships, provision of services contract, contract reality, subordinate relationship, full compensation, health personnel.

* Review article.

** Eighth-semester law student. Member of the Seedbed of Medical Law and Health Law. jp.villarreal@uniandes.edu.co.

*** Lawyer, specialist in Social Security Legal Institutions, specialist in Labor Law, Master in Law (Research). Advisor at the Legal Clinic and professor at the Faculty of Law of the Universidad de los Andes. Member and co-director of the Medical Law and Health Law Seedbed of the Universidad de los Andes. nj.ortiz@uniandes.edu.co

Introducción

El acuerdo de voluntades para celebrar un contrato presupone la libertad de las partes y la igualdad de condiciones para celebrarlo. Por eso, si quienes lo celebran son libres e iguales y el acuerdo cumple con los requisitos legales, no queda de otra que cumplir, sin, las cláusulas contractuales, que son ley para las partes. No obstante, cuando los presupuestos de libertad y de igualdad se derrumban, el contrato tendrá menos obligatoriedad que la ley general, la cual establece los medios para proteger a quien no puede sostener con acierto que era libre e igual con el contratante. Este es el caso de las relaciones de trabajo subordinadas[3], en las cuales el presupuesto es que quien trabaja está en desventaja y, por ende, no pacta en condiciones de igualdad ni libertad.

Este presupuesto es muy relevante cuando desde el inicio se pretende esconder la verdadera naturaleza del vínculo contractual porque permite dejar de lado el acuerdo de voluntades originario, el cual normalmente contiene un contrato de prestación de servicios, para dar paso a las consecuencias de una verdadera relación de trabajo subordinada[4]. Este giro implica el pago de aquellas acreencias laborales que solamente surgen cuando hay una Relación de Trabajo Subordinada (RTS) y no se causan cuando se trata de un contrato de otro tipo. Esa forma de abordar relaciones contractuales en el trabajo no distingue si quien trabaja lo hace para una entidad del Estado o para un particular. Es decir, con independencia de quien sea el contratante (potencial empleador), puede haber lugar a que se declare que la relación que existe entre aquel y el contratista es en realidad de carácter subordinado[5].

En el escenario anterior se instala nuestro interés académico actual, que es sobre cómo aborda la jurisprudencia del Consejo de Estado[6] las relaciones encubiertas[7] en el sector público, y específicamente, cómo aborda la misma corporación este tipo de relaciones entre médicos e instituciones de salud del sector público. El primer aspecto es relevante debido a la proliferación y continuidad de prácticas que camuflan relaciones de carácter subordinado. También es relevante debido a una sentencia reciente de la Corporación que aborda tales prácticas y unifica varios aspectos notables y que, dada su importancia, ha sonado con cierta intensidad en el ámbito profesional y también en algunos medios de comunicación, y ha recibido críticas favorables y desfavorables; el segundo es relevante debido a que la pandemia agudizó, o por lo menos dejó en mayor evidencia, las situaciones de precariedad laboral

3 Usaremos la noción de Relaciones de Trabajo Subordinadas como aquellas en que una persona presta sus servicios personales a otra, bajo continuada subordinación y dependencia. Es distinta a la noción de Contrato de Trabajo porque este es un acuerdo de voluntades que, desde un inicio, da por sentado que el vínculo contractual contiene una relación de subordinación, mientras que la primera puede surgir de un contrato formal distinto. Tampoco utilizamos la noción de Relación Laboral porque nos parece que la relación laboral, aunque siempre implique un vínculo de trabajo humano, no siempre implica subordinación y dependencia. De todas formas, vale anotar que en las sentencias es usual encontrar la noción de "Relación Laboral" como indicadora de una relación de trabajo en la cual hay subordinación y dependencia.

4 En adelante: RTS.

5 La figura general que recoge esta posibilidad suele denominarse "Teoría del contrato realidad". De acuerdo con la terminología que usaremos, esta teoría da lugar a la posibilidad de develar relaciones de trabajo subordinadas originadas en contratos distintos a un contrato de trabajo.

6 En adelante: La Corporación o el CDE

7 También usaremos las palabras camuflada/s o subyacente/s.

del personal de salud. Además, como miembros de un semillero de investigación que tiene como una de sus finalidades estudiar las relaciones entre el personal de salud y las entidades que los contratan, nos interesa aportar algunas reflexiones frente a estos temas cruciales.

Ahora bien, como la jurisprudencia es solo una forma de abordar dichos problemas, se indagó si hay iniciativas por parte del legislador para evitar las relaciones encubiertas en el sector público y se encontró que, en efecto, existe un proyecto de ley que está en debate en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes. Luego de este descubrimiento, consideramos que un ejercicio que analiza decisiones judiciales y las confronta con un proyecto de ley que parece atacar los problemas abordados en tales decisiones resulta enriquecedor desde varios puntos de vista: primero, desde la descripción, porque se sintetizan las decisiones judiciales y el proyecto de ley. Segundo, desde el análisis, porque se interpretan las fuentes abordadas para comprender su alcance y limitaciones. En tercer lugar, este ejercicio es enriquecedor porque propone algunas alternativas que pueden resultar más ajustadas a la necesidad de protección plena de los trabajadores que mencionaremos en este trabajo.

A continuación, en este texto: i) se identificarán y se describirán las sentencias seleccionadas. También se justificará el criterio metodológico de selección. ii) Se realizará una síntesis del proyecto de ley N.º 423 de 2021 y se harán breves comentarios sobre su articulado y iii) se llevará a cabo un análisis sobre el alcance de las reglas generales fijadas en tales sentencias y en el proyecto de ley.

i) Justificación metodológica de la selección, identificación y descripción de las sentencias seleccionadas.

A. Identificación de las sentencias y justificación metodológica de selección

Seleccionamos diez[8] sentencias del Consejo de Estado (CDE), de las cuales nueve definen la segunda instancia[9] de procesos judiciales en los cuales los demandantes son médicos (hombres y mujeres) vinculados con entidades estatales, mediante contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993[10]. La décima sentencia es una sentencia de unificación que no trata una relación laboral entre médico y entidad estatal, pero es fundamental porque unifica subreglas jurisprudenciales que son transversales para todo tipo de relaciones entre el Estado y contratistas que reclaman del juez la declaratoria de una RTS y el consecuente pago de las acreencias laborales que derivan de estas relaciones.

8 Ver anexo 1. Para evitar escribir el número de la sentencia cada vez que la mencionamos, en el anexo asignamos a cada sentencia un número y, en el texto, las citaremos con ese número.
9 La segunda instancia consiste en la decisión del juez superior de confirmar o revocar (modificar o "anular") la decisión del juez de primera instancia. En estos casos, los jueces de primera instancia son jueces administrativos.
10 Es la ley más importante de contratación estatal.

Escogimos sentencias[11] de los años 2018, 2019, 2020 y 2021[12] sin usar técnicas propias de la elaboración de líneas jurisprudenciales ni criterios o finalidades distintas al interés explicado en la introducción. La elección tampoco apuntó a un barrido exhaustivo ni a una medición de litigiosidad del gremio médico, sino a obtener una muestra pequeña que permita identificar la forma en que una jurisdicción decide ciertos conflictos recurrentes de nuestro interés para confrontarla con un Proyecto de Ley que pretende sortearlos y formular algunas críticas y propuestas.

B. Descripción de las providencias seleccionadas

A continuación, sintetizaremos la sentencia de unificación. Posteriormente, abordaremos las sentencias relacionadas con médicos.

Sentencia 10. Sentencia de unificación. Consejo de Estado – Sección Segunda (STC) N.º 50001-23-33-000-2013-01143-01 del 09-09-2021. Sentencia de unificación de jurisprudencia. Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez

En la sentencia de unificación[13], el CDE decidió el caso y unificó jurisprudencia en algunos puntos claves. Lo primero que hizo fue precisar el uso del contrato estatal de prestación de servicios, es decir, cuáles reglas deben seguir las autoridades estatales para su uso y cuáles son las obligaciones que surgen de este tipo de contratos. Recordó las múltiples advertencias y recomendaciones de la Corte Constitucional para que las entidades estatales cesen su uso indiscriminado, el cual constituye una violación sistemática a la Constitución Política porque desconoce garantías especiales de la relación laboral. Pese a tales advertencias, dice el CDE, la práctica persiste y se ha extendido.[14] Debido a lo anterior, dice la sentencia, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) invitó[15] a los Estados miembros a reconocer y proteger los derechos de los trabajadores y a contribuir a la eliminación de las prácticas de empleo encubierto y los exhortó a desarrollar políticas públicas de protección de los trabajadores.

La Corporación citó la Constitución de la OIT, que establece el Principio de igualdad, desarrollado por el artículo 2 del Convenio 111 de la misma organización[16]. También trajo a colación los artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, los

11 Buscamos las sentencias por medio del buscador de la plataforma V/Lex, usando los filtros "Consejo de Estado/Médicos/contrato realidad"

12 Seleccionamos estos años porque permiten revisar dos años con pandemia y dos años sin pandemia. También seleccionamos estos años para poder determinar un antes y un después de la sentencia de unificación.

13 Consejo de Estado – Sección Segunda (STC) N.º 50001-23-33-000-2013-01143-01 del 09-09-2021. Sentencia de unificación de jurisprudencia. Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez.

14 Un punto importante de la sentencia es que reseña algunas formas de poner límite a la indebida celebración de contratos de prestación de servicios. En la sentencia se habla incluso de medidas disciplinarias.

15 Por medio de la Recomendación 198. OIT, Recomendación 198 sobre la Relación de Trabajo. (Ginebra, 2006)

16 En la sentencia también se hace referencia al Plan estratégico 2030 para el Desarrollo Sostenible y Plan Estratégico de la OIT para 2018-2021. Estos instrumentos, según la sentencia, apuntan al trabajo decente; pretenden mejorar los indicadores relacionados con el trabajo decente, considerado por la organización como elemento esencial del desarrollo sostenible. Con el concepto de trabajo decente, la OIT ha pretendido establecer condiciones y principios universales que garanticen la dignidad humana en las relaciones laborales de los Estados Miembros.

cuales establecen el derecho al trabajo y el trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias. Estas disposiciones, según la sentencia, generan para el Estado colombiano el deber de otorgar esas garantías mínimas para la materialización del derecho al trabajo. De acuerdo con lo anterior, ni la ley, ni mucho menos los contratos, los acuerdos o los convenios laborales pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores en Colombia.

Luego de abordar los principios[17] y reglas generales que regulan la relación de trabajo y el contrato estatal de servicios[18], la sentencia estableció los parámetros que permiten distinguir una relación de trabajo encubierta, así:

A) Los estudios previos[19]: como parámetro para develar los elementos de una RTS[20]

B) La subordinación continuada. Este, según la sentencia, constituye el elemento determinante y estos son los indicios de su existencia:

i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Se deben considerar las situaciones particulares, por ejemplo, la pandemia, y revisar cada caso concreto.

ii) El horario de labores. La existencia de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, subordinación. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Ya sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. O la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi[21]. Lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que é

17 Cita los artículos 13, 25 y 53 para establecer que la finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la materialización uniforme, en los distintos regímenes, de los principios mínimos sustantivos que protegen a los trabajadores y su garantía. En el aspecto específico del empleo público, la sentencia citó el artículo 122 constitucional, según el cual no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento.

18 Señaló que es un negocio jurídico y un contrato típico, cuya fuente normativa es la Ley 80 de 1993, complementada con varias otras como la Ley 1150 de2007 y reglamentada hoy, principalmente, por el Decreto 1082 de 2015. En el considerando 87 establece las características del contrato de prestación de servicios.

19 La sentencia toma la definición de estudio previo del Artículo 87 de la Ley 1474 de 2011.

20 Consejo de Estado – Sección Segunda (STC) N.º 50001-23-33-000-2013-01143-01 del 09-09-2021. Sentencia de unificación de jurisprudencia. Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez. "los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de los contratos de prestación de servicios, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta."

21 *Consejo de Estado (STC) 05001-23-31-000-2004-04860-01(1376-11). 10/10/2013. Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón.* Según el Consejo de Estado: *el ius variandi consiste en la facultad que tiene el empleador de alterar las condiciones de trabajo en cuanto a modo, lugar, cantidad y tiempo de labor, en virtud del poder subordinante que tiene sobre sus trabajadores. El uso de este poder no es ilimitado pues debe ejercerse dentro del marco normativo establecido por la Constitución Política, según el cual el trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas y acatando los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política.*

ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual.

iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta. El demandante deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad[22].

Además de la subordinación continuada y los estudios previos, el CDE determinó que se debe establecer la prestación personal del servicio y la remuneración por los servicios prestados[23].

Luego, el CDE procedió a unificar su jurisprudencia en los siguientes aspectos:

i) El sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[24].

ii) El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad[25]. La sentencia acogió un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios[26].

iii) El Término de prescripción y el momento a partir del cual se inicia. La sentencia reiteró que la prescripción tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

iv) Finalmente, en cuanto a los derechos que derivan de la declaración de la RTS[27], la sentencia tocó explícitamente la devolución de aportes al sistema general de seguridad social. Consideró que, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta[28].

22 De todas formas, dice La Corporación, el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal no descarta, per se, la existencia de una relación laboral porque tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad.

23 Aunque estos dos elementos se explican con cierta profundidad en la sentencia, no los desarrollamos más porque luego de leer las diez sentencias, concluimos que son los que menos problemas conceptuales y probatorios implican para los trabajadores y para los jueces.

24 Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia de unificación de jurisprudencia Nº 50001-23-31-000-2013-00304-01 del 09-09- 2021 9 de septiembre de 2021 Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez.La sentencia unificó este requisito como "*aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que, de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento*".

25 Solución: interrupción.

26 La sentencia aclaró que tal término no debe entenderse como una camisa de fuerza que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad. En cualquier caso, dice la sentencia, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, dice, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse.

27 En esta sentencia no hubo un pronunciamiento expreso sobre la indemnización moratoria.

28 En ese orden de ideas, la Sala unificó su jurisprudencia en el sentido de precisar que, frente al hecho consumado de la no

Sentencias que resuelven pretensiones de médicos

Haremos esta descripción en dos partes: en la primera, sintetizaremos las sentencias de forma individual. En la siguiente, sistematizaremos algunos puntos transversales que encontramos en todas las sentencias. Aclaramos que, en la primera parte, en cada sentencia indicaremos de qué forma la sentencia de unificación de 2021 reseñada impacta en las decisiones relacionadas con médicos.

Síntesis individual

Sentencia 9: Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, N.º 50001-23-31-000-2011-00304-01 del 06-05-2021. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

El demandante acudió a la jurisdicción para obtener la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales el Hospital Departamental de Villavicencio (Meta) negó el reconocimiento de acreencias laborales propias de una RTS; como restablecimiento de derecho, solicitó que se declarara la existencia de una relación de trabajo subordinada y se ordenara el pago de las acreencias laborales propias de este tipo de relaciones laborales[29]. La Corporación, en segunda instancia, concluyo que se encontraba probado que el demandante prestó sus servicios como médico general en la entidad demandada, desde el 1 de noviembre de 2000 hasta el 30 de junio de 2009, en sucesivos pero interrumpidos contratos de prestación de servicios.

El CDE analizó el caso bajo los elementos establecidos por la misma corporación para desentrañar contratos de prestación de servicios que camuflan relaciones de trabajo subordinadas y determinar las consecuencias de una declaración en ese sentido. El CDE explicó que el «contrato realidad» surge cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones con sus elementos de trabajo, y bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos. De este modo, se configuran la dependencia y la subordinación propias de las relaciones laborales.

De igual manera, recordó algunos elementos claves reiterados por dicha entidad, entre los cuales están: (i) la subordinación o dependencia, la cual implica la exigencia al servidor público del cumplimiento de órdenes en cualquier momento (sobre modo, tiempo o cantidad de trabajo) y la imposición de reglamentos; esto debe mantenerse durante todo el vínculo; (ii) la permanencia, o sea que la labor

afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.

29 Dentro de los mecanismos judiciales instaurados para obtener del Estado alguna prestación de carácter económico está el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual tiene como finalidad que un juez declare la nulidad de uno o varios actos administrativos y tome medidas de restablecimiento del derecho o derechos vulnerados o amenazados por los actos declarados nulos. Ver: Art. 138 y ss de la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, como parámetro de comparación con los demás empleados de planta. Esto debe probarlo el demandante; (iii) Más que un requisito para declarar la RTS, el siguiente elemento es una consecuencia de su declaración: el CDE establece que por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral[30] y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien inicialmente fue vinculado mediante contratos de prestación de servicios, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, pues para esto es imprescindible que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

La Corporación concluyó que, efectivamente, en la prestación del servicio del médico demandante se dieron los elementos propios de una RTS. El CDE hizo alusión a algunas pruebas testimoniales y a las consideraciones de primera instancia del Tribunal Administrativo. Como consecuencia de tal declaración ordenó compensar en dinero el derecho a descansar y recibir remuneración ordinaria en el periodo de descanso. Frente al reconocimiento de las primas, las bonificaciones, las cesantías y sus intereses, la sentencia citó dos decisiones del mismo CDE para determinar que cabe una condena a manera de reparación por haberse escondido la relación laboral subordinada por las prestaciones sociales de carácter legal que devenga un médico general del Hospital Departamental de Villavicencio (Meta), sin embargo, esto no implica que el demandante pueda ser considerado como empleado público y por eso no podrán reconocérsele las prestaciones extralegales, por cuanto comportan un beneficio exclusivo para los empleados públicos.

Por otro lado, negó las pretensiones relacionadas con la devolución de aportes efectuados a seguridad social porque son de obligatorio pago y recaudo para fines específicos y no constituyen un crédito a favor del contratista.[31] Tampoco accedió al reintegro de las sumas descontadas por concepto de retención en la fuente. Finalmente, la sentencia encontró acertada la decisión de negar las pretensiones de pago de la sanción moratoria por falta de cancelación de las cesantías y de reconocimiento de perjuicios morales porque la obligación de pagar las prestaciones sociales surge con la sentencia y porque no se probó la causación de tales perjuicios, los cuales, dice el CDE, no se pueden presumir.

Sentencia 8: Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección A, N.º 76001-23-31-000-2011-01583-01(1580-18). C.P. William Hernández Gómez

El demandante solicitó la declaratoria de nulidad del acto administrativo mediante el cual la ESE Antonio Nariño (en adelante: el hospital o la demandada) negó el reconocimiento de una RTS y el pago de acreencias laborales. Como restablecimiento del derecho solicitó que se ordene el pago en su favor

30 En los términos de este escrito: Relación de Trabajo Subordinada.
31 Como regla general, los aportes para los subsistemas de salud y pensión en los contratos de trabajo están a cargo del empleador y del trabajador. Para una explicación detallada de este punto, ver: Mintrabajo, Respuesta Radicado no 08SE2017120300000029170 (Bogotá D.C 2017) extraído de: https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/58601869/ID133282%20Obligaciones%20del%20Empleador.pdf/f807397c-92ba-0a7d-eaf4-43556acf696c

de las prestaciones sociales de carácter convencional, la sanción moratoria y los aportes a seguridad social. Como hechos, el demandante indicó que se vinculó con la demandada desde el 27 de junio de 2003 hasta el 15 de noviembre de 2008, como médico general. Por otro lado, desde el 30 de noviembre de 2003, las directivas de la demandada manifestaron que para continuar prestando sus servicios, debía afilarse a una Cooperativa de Trabajo Asociado (CTS). El demandante se afilió a dos CTA.

La sentencia de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda por falta de legitimidad en la causa del demandado y también argumentó la falta de pruebas que den cuenta de los horarios de prestación del servicio, turnos, permanencia, entre otros. En últimas, según la sentencia de primera instancia, el demandante no acreditó que su autonomía e independencia se coartó por la CTA.

El demandante apeló. La apelación fue resuelta por el CDE en el sentido de confirmar la sentencia. Para resolver, el CDE ilustró la definición y alcance del contrato de prestación de servicios y el principio de primacía de realidad sobre las formalidades. Al respecto, el CDE señaló que dicho principio, establecido en el artículo 53 constitucional, debe aplicarse cuando se usa un contrato de prestación de servicios para esconder una relación laboral. De igual manera, trajo a colación la sentencia C-154 de 1997 para explicar las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo.

El CDE señaló también que, además de los elementos reseñados, el demandante también debe demostrar la permanencia en el servicio, lo cual supone acreditar que las labores que desarrolló son inherentes a la entidad y que existe similitud o igualdad en las funciones de otros empleados de planta[32].

En cuanto al caso concreto, el CDE analizó cada uno de los elementos de la RTS. Declaró probadas la prestación personal del servicio y la remuneración, pero no la subordinación, a pesar de los testimonios de colegas médicos, compañeros del demandante. El CDE señaló que el cumplimiento de un horario e incluso el sometimiento a directrices e instrucciones no son, en sí, elementos suficientes para demostrar la subordinación, pues solamente pueden indicar coordinación. La sentencia también echó de menos memorandos, llamados de atención, comunicaciones, circulares entre otros.

Por otro lado, dice el CDE, el demandante no demostró las funciones de personal de planta similares a las desarrolladas por el querellante.

Sentencia 7: Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, N.º 66001-23-33-000-2015-00327-01(1294-18) del 14-10-2021. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

El demandante acudió a la jurisdicción para solicitar la nulidad del acto administrativo expedido por la Empresa Social del Estado (ESE) Salud Pereira (en adelante: Hospital o la demandada), mediante el

32 La sentencia también abordó el tema de las CTA. Explicó su marco normativo, los tipos de cooperativas, el régimen de compensaciones, entre otros. El CDE concluyó el acápite conceptual con la regla según la cual quien esté vinculado a una cooperativa y quiera desvirtuar la relación cooperativa para dar paso a una RTS, deberá acreditar los tres elementos de una RTS.

cual le negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Como restablecimiento del derecho, el médico solicitó el pago de las diferencias salariales y el total de las prestaciones sociales de los empleados de planta que desempeñan las mismas funciones. Pidió, entre otras cosas, las vacaciones, la prima de vacaciones, las cesantías, las primas de servicios y la sanción moratoria.

Según la síntesis de los hechos elaborada en la sentencia, el demandante prestó sus servicios personales como médico general, entre el 10 de abril de 2007 y el 30 de octubre de 2012. Durante ese periodo, estuvo vinculado mediante contratos de prestación de servicios. Ejecutó las labores de manera directa, cumpliendo órdenes y rindiendo informes a sus superiores. También utilizaba los implementos de la demandada y cumplía un horario de forma habitual y en ocasiones le llamaban la atención.

La sentencia de primera instancia concedió algunas de las solicitudes de la demanda. Concluyó que existió una RTS durante todo el tiempo de vigencia del vínculo. En lo referente a la prescripción, la sentencia concluyó que no hubo prescripción porque no hubo interrupciones significativas en la prestación del servicio y, como la solicitud se presentó antes de que transcurrieran tres años desde la terminación del vínculo, ésta no se configuró. Como consecuencia de tales conclusiones, el CDE condenó al pago de las prestaciones sociales legales que devengue un empleado público en el mismo o similar cargo de médico general y los porcentajes de cotización de salud y pensión. A su vez, negó las pretensiones relacionadas con el reembolso de las pólizas de cumplimiento, la sanción moratoria y el reajuste salarial, entre otras.

Contra esa decisión se interpuso recurso de apelación por parte del demandante y la demandada. El demandante argumentó que la entidad demandada debería ser condenada a pagar el subsidio de alimentación, las primas de antigüedad y de servicios, la bonificación por servicios prestados y el reconocimiento y pago del trabajo suplementario porque todas ellas se otorgan por la entidad a sus trabajadores de planta. Si no se hace, argumentó el demandante, se violaría el derecho a la igualdad. Por su parte, la demandada argumentó la apelación en la existencia de un verdadero contrato de prestación de servicios por ausencia de subordinación laboral.

El CDE resolvió las apelaciones en el sentido de confirmar parcialmente la sentencia apelada y determinar que hubo varias relaciones laborales, debido a las interrupciones significativas en la prestación del servicio, declaró la prescripción de algunas acreencias, revocó la condena en costas y modificó lo relacionado con las cotizaciones a pensiones y salud.

Para decidir, el CDE citó el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 para definir el contrato de prestación de servicios. También citó el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968 y la sentencia C-614 de la Corte Constitucional, la cual fue citada textualmente para fundamentar el uso de contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones permanentes de la entidad contratante. A renglón seguido, el CDE procedió a explicar que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los

tres elementos: la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación. Si se dan estos elementos hay lugar al pago de las prestaciones sociales, en virtud del artículo 53 constitucional y el principio de primacía de la realidad. En el último párrafo antes de comenzar el análisis el caso concreto, el CDE explicó con detalle la subordinación o dependencia, la permanencia en el cargo, la equidad o similitud con cargos de planta y explicó que la declaración de una RTS no implica que al demandante se le pueda otorgar la calidad de empleado público. Hasta aquí, la sentencia no ha citado la sentencia de unificación abordada en este escrito.

Al estudiar el caso concreto, el CDE analizó las pruebas documentales y concluyó que los periodos de trabajo narrados en la demanda y tomados en la sentencia de primera instancia no estaban probados (de ahí la modificación de la sentencia apelada). Luego, aplicó la sentencia de unificación analizada en este escrito para determinar los periodos de interrupción que tienen el mérito de partir un vínculo en varios contratos, lo cual, como se ha explicado al sintetizar otras sentencias, tiene efectos importantes para la declaratoria de la relación de trabajo y para la aplicación de la prescripción. Después, el CDE confrontó cada uno de los elementos de la RTS con las pruebas y concluyó que todos se probaron. Finalmente, estableció que en la relación entre demandante y demandado hubo más que coordinación, y que aquel se encontraba en las mismas condiciones de otros empleados públicos de la entidad.

En cuanto a la aplicación de la prescripción al caso, tuvo en cuenta también la sentencia de unificación que sintetizamos[33]. Lo que sigue en la sentencia es un análisis de cada una de las acreencias laborales que podrían proceder luego de la declaratoria de una RTS. Por ejemplo, en cuanto a primas, bonificaciones, cesantías y sus intereses: el CDE concluyó que

> "al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que devenga, en este caso, un médico general de la ESE Salud Pereira (Risaralda), tales como vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, mas no podrán reconocérsele aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que él carece."[34]

Sentencia 6: Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección A, N.º 44001-23-33-000-2015-00105-01(1066-20) del 25-11-2021. C.P. Gabriel Valbuena Hernández

El demandante acudió a la jurisdicción para solicitar la nulidad del acto administrativo expedido por el Hospital San Rafael de Albania (en adelante: Hospital o la demandada), mediante el cual le negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Como restablecimiento del derecho, el médico solicitó el pago de todas las prestaciones sociales que les pagaban a los empleados de planta del hospital y

33 Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia Nº 23001-23-33-000-2013-0026001 (00882015). Sentencia Unificación de Jurisprudencia CESUJ" Nº 5 de 2016 conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011. 25 de agosto de 2016. CP Carmel Perdomo Cuéter.
34 Ibidem.

otros aspectos relacionados con seguridad social. También pidió el reconocimiento y pago de indemnización por la no consignación de cesantías.

Según los hechos, el demandante trabajó como médico general mediante contratos de prestación de servicios renovados de forma sucesiva. Trabajó desde el 1 de diciembre de 2008 y el 30 de noviembre de 2011. Luego, al médico le exigieron que se vincule por medio de una empresa de Servicios Temporales, lo cual sucedió desde el 1 de diciembre de 2011. Desde esa fecha y hasta el 16 de enero de 2013, la empresa envió al demandante a prestar sus servicios como médico al hospital demandado. Finalmente, de acuerdo con los hechos sintetizados en la sentencia, el demandante desempeñó el cargo bajo continuada subordinación y dependencia del gerente y la jefe de recursos humanos, quien fijaba los turnos.

La sentencia de primera instancia concedió algunas de las pretensiones de la demanda. Declaró nulo el acto administrativo demandado y, como restablecimiento de derecho, ordenó el reconocimiento y pago al demandante de las prestaciones que devengaban los médicos de planta, con descuento de las acreencias pagadas por la empresa temporal. Además, declaró probada la prescripción. La sentencia no condenó a la sanción moratoria solicitada porque consideró que la sentencia es de carácter constitutivo. Tal sentencia fue apelada por el demandante, cuya inconformidad se centró en la forma de aplicar la prescripción. Sostuvo que las acreencias no prescribían porque se hacen exigibles desde la sentencia.

La apelación fue resuelta en la sentencia que estamos sintetizando, en el sentido de revocar la sentencia de primera instancia en lo relacionado con la prescripción y modificar lo relacionado con las prestaciones que debía pagar la entidad demandada. Confirmó la sentencia en todo lo demás.

Para tomar esa decisión, el CDE explicó el marco normativo y jurisprudencial que aplicaría para resolver el caso. El primer aparte de dicho marco analiza el contrato realidad y la primacía de la realidad sobre las formas. Al respecto, el CDE citó los artículos 122 y 125 de la Constitución Política para determinar que hay tres formas de vinculación de personas naturales al servicio público. De estas, la sentencia profundizó en la definición y alcance del contrato de prestación de servicios, en los términos del artículo 32 de la ley 80 de 1993. Luego, determinó que el contrato realidad aplica cuando se acreditan fehacientemente los elementos propios de una RTS, citó el artículo 23 constitucional y comenzó a explicar los aspectos que permiten inferir se está en frente de una RTS, los cuales deben ser demostrados por el demandante.

El primer elemento que explicó el CDE fue el de los estudios previos. La sentencia los abordó desde su definición legal y desde su propósito en la contratación pública, para luego determinar que se debe demostrar con base en los documentos precontractuales y contractuales tanto las necesidades que la administración quería satisfacer, como las condiciones pactadas en su celebración y las circunstancias que revelan su ejecución esconden una verdadera RTS. El segundo elemento explicado en la sentencia es el de la subordinación continuada, frente al cual cita el artículo 23 del CST y posteriormente citó

la sentencia de unificación que abordamos en este escrito. El CDE citó como indicios de subordinación los mismos desarrollados en dicha decisión, es decir, el lugar de trabajo, el horario de labores, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar y que las actividades o tareas a desarrollar corresponden a las que tienen asignadas los servidores de planta. Finalmente, explicó los elementos de la remuneración y la prestación personal del servicio y reiteró que la declaración del contrato realidad depende exclusivamente de la actividad probatoria del demandante, quien debe desvirtuar la naturaleza de los contratos de prestación de servicios, mediante la prueba de los elementos explicados.

A renglón seguido, el CDE explicó las reglas de interrupción de los contratos de prestación de servicios y citó nuevamente la sentencia de unificación abordada en este escrito. Reiteró el plazo de 30 días de solución de continuidad entre un contrato y otro para considerar que el vínculo se interrumpió. Esta sentencia citó en extenso la parte de la sentencia de unificación que estableció las reglas relacionadas con la prescripción de los derechos derivados de una RTS. De estas, una regla muy importante para decidir la apelación es que el demandante deberá reclamarlos dentro del término de tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

El siguiente aspecto tratado en la sentencia fue el de las Empresas de Servicios Temporales. Explicó el marco legal y determinó que los servidores públicos vinculados mediante esas empresas tienen un verdadero contrato de trabajo, regido por el CST. También estableció que el salario del servidor vinculado por medio de esas empresas, debe ser equivalente a los trabajadores de la empresa usuaria (o sea la empresa estatal que contrató a la EST) y también debe haber similitud en materia de transporte, alimentación y recreación.

Luego de establecer los aspectos normativos y conceptuales, el CDE analizó el caso concreto. Revisó las pruebas para determinar cada uno de los elementos de la RTS. Después de concluir que la parte demandante logró acreditar todos los elementos, analizó el material probatorio para determinar la solución de continuidad del vínculo del demandante con la demandada y las reglas aplicables en materia de prescripción. Concluyó que el demandante prestó sus servicios en una única y continua relación laboral porque no se interrumpió por periodos superiores a 30 días hábiles. Esto llevó a la conclusión de que no había lugar a declarar la prescripción como lo hizo la sentencia de primera instancia.

Sentencia 5: Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección A, N.º23001-23-33-000-2013-00195-01(4534-14). C.P. William Hernández Gómez

El demandante acudió a la jurisdicción para solicitar la nulidad de los actos administrativos expedidos por la ESE Hospital La Unión (en adelante: Hospital o la demandada), mediante los cuales le negó el pago de las acreencias laborales derivadas de una RTS. Como restablecimiento del derecho, el médico solicitó el pago de cesantías, intereses de cesantías, sanción moratoria, vacaciones, prima de servicios, entre otras.

Según la sentencia, el demandante prestó sus servicios a la demandada por medio de contratos de prestación de servicios, desde el 17 de marzo de 2009. El demandante desempeñó dos cargos: uno, como médico de consulta externa, en el cual estuvo desde el 17 de marzo de 2009 hasta el 27 de octubre de 2010. Otro, como coordinador médico y de consulta externa, enm el cual estuvo desde el 27 de octubre de 2010, hasta el 5 de agosto de 2012. El actor sostuvo que en ambas vinculaciones los contratos de prestación de servicios mutaron en una RTS por configurarse los tres elementos necesarios para esta consideración.

La sentencia de primera instancia encontró demostrados los tres elementos de la RTS para los dos cargos que desempeñó el médico, declaró nulos los actos administrativos objeto de la demanda, declaró la RTS y, a título de restablecimiento de derecho, condenó a la demandada al pago de las prestaciones sociales que percibía un trabajador en empleo de la misma categoría y el cumplimiento de funciones similares. También condenó al pago de los porcentajes de cotización que le correspondían a la demandada. Negó las demás pretensiones. El Hospital interpuso recurso de apelación, el cual fue decidido por el CDE, quien modificó la sentencia en el sentido de que la RTS solamente se dio cuando hubo desempeño simultáneo de los cargos de médico de consulta extramural y externa, por un lado, y como coordinador médico, por otro. En cuanto a las sumas condenadas, no hubo mayor modificación.

Para tomar esta decisión, el CDE explicó las tres formas en las que una persona se puede vincular al servicio público -vinculación legal y reglamentaria, laboral contractual y la contractual o de prestación de servicios. Posteriormente, indicó que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada de manera continuada; y iii) remunerada. Estos elementos, dice el CDE, permiten la aplicación de la figura del contrato realidad consagrada en el artículo 53 constitucional.

Luego de fijada la parte conceptual y normativa, la sentencia continuó con el análisis de las pruebas. Concluyó que para ambos cargos el demandante probó la prestación personal y la remuneración, pero no la subordinación. Al respecto, el CDE dedujo que, como médico, el demandante tenía cierta independencia y autonomía porque podía prestar sus servicios en las instalaciones de la demandada o en otro lugar y también manejar sus horarios y turnos, siempre y cuando informara antes a la contratante. No pasaba igual cuando se desempeñaba como coordinador médico en simultáneo con el de médico de consulta externa, pues acá sí debía prestar su servicio directamente en el hospital, existía la prohibición expresa de prestar el servicio por terceras personas, debía cumplir el reglamento de trabajo, usar los elementos de trabajo suministrados por el hospital y estaba sujeto a una evaluación de desempeño.

Finalmente, el CDE asumió el estudio de la prescripción. Aplicó las reglas asumidas por La Corpora-

ción en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, que, en resumen, disponen que el término prescriptivo es de tres años y se cuenta a partir de la finalización de cada vínculo laboral.

Sentencia 4: Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección A, N.º 20001-23-39-000-2015-00195-01(5186-16). C.P. William Hernández Gómez

El demandante acudió a la jurisdicción para solicitar la nulidad del acto administrativo presunto que implicó la negación por parte de la ESE Hospital San Andrés de Chiriguaná (en adelante: Hospital o la demandada) del pago de acreencias laborales derivadas de una RTS. Solicitó la declaración de una RTS entre el 11 de septiembre de 2011 y el 30 de junio de 2012, sin solución de continuidad. Como restablecimiento del derecho, el médico solicitó el pago de cesantías, intereses de cesantías, prima de navidad, indemnización moratoria, entre otras.

Como hechos de la demanda, el demandante narró que desempeñó labores para la demandada, mediante contratos de prestación de servicios, por el periodo señalado en sus pretensiones. Se desempeñó como médico especializado en ginecología y obstetricia, labor que era inherente a la actividad económica de la demandada. Además, el médico demandante señaló que se regía por el mismo reglamento de los empleados de planta y seguía las instrucciones, órdenes y exigencias del empleador. También dijo que cumplía un horario.

La sentencia de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones del demandante. Luego de determinar que el demandante probó los tres elementos de la RTS, declaró su existencia sin solución de continuidad. Como consecuencia, ordenó el pago al demandante de las prestaciones sociales que se reconocen a los empleados de planta que desempeñan labor similar y los aportes a seguridad social, pero no concedió las pretensiones relacionadas con la indemnización por despido sin justa causa ni a la sanción moratoria. Esta sentencia fue apelada por ambas partes y fue revocada por el CDE, quien decidió negar todas las pretensiones de la demanda.

Para tomar tal decisión, el CDE comenzó por explicar cuál es el marco normativo del contrato de prestación de servicios en el sector público. Con base en el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, explicó que la vinculación de personal por medio de dicho contrato es excepcional y no puede usarse para cubrir funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren en la ley o el reglamento para un empleo público. Esta restricción, dice el CDE, tiene como propósito evitar el abuso de tal forma de contratación y protege la relación laboral.

Sobre este punto -protección de la relación laboral-, el CDE citó los artículos 6 y 7 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, relacionados con el derecho al trabajo y las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo. Luego, transcribió el artículo 53 constitucional y señaló los tres

elementos que deben demostrarse para que se desfigure la prestación de servicios y se establezca una RTS. Explicó así los tres elementos:

> "la figura del contrato realidad se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales(...)[35]"

A renglón seguido el CDE analizó el caso concreto. Concluyó que el demandante sí demostró la prestación de servicios y la remuneración. Frente a la subordinación y dependencia continuada, indicó que este es el elemento esencial del contrato de trabajo, citó el artículo 23 del CST y la sentencia C-386 de 2000 de la Corte Constitucional.

Luego de estas definiciones, estudió los testimonios y concluyó, entre otras cosas, que el demandante podía ausentarse y también delegar el ejercicio de sus actividades. De las pruebas documentales concluyó que, aunque las actividades del demandante eran inherentes al objeto de la demandada, los contratos específicos del demandante eran de carácter transitorio. También concluyó que los turnos no parecían definidos de manera unilateral por la demandada. En conclusión, dice el CDE, el demandante no logró demostrar el elemento de la subordinación y dependencia.

Sentencia 3: Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección A, N.º 20001-23-39-000-2015-00100-01(3645-16) del 18-10-2018. C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas

La demandante acudió a la jurisdicción para solicitar la nulidad de los actos administrativos, mediante los cuales el Servicio Nacional de Aprendizaje (en adelante: SENA o la demandada) le negó el pago de acreencias laborales derivadas de una RTS. Como restablecimiento del derecho, el médico solicitó el reconocimiento de prima de navidad, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones -entre otras-, reconocidas a los empleados públicos de planta.

Según los hechos, la demandante estuvo vinculada con la demandada como médico general entre el 18 de febrero de 2008 y el 31 de diciembre de 2013, por medio de consecutivos contratos de prestación de servicios. La demandante desempeñó sus labores en un horario determinado y en coordinación con diferentes gerentes y la supervisora del área médica del SENA.

La sentencia de primera instancia condenó a la demandada al pago de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta con funciones similares a las de la demandante. Tal condena fue consecuencia de la conclusión de que la demandante claramente acreditó la prestación

35 Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B Sentencia Nº 23001-23-33-000-2013-00195-01 26 de Julio de 2018 Consejero Ponente William Hernández Gómez.

personal, la subordinación y la remuneración. El SENA apeló la sentencia, la cual fue confirmada por el CDE, aunque modificó algunos de sus apartes con base en la aplicación de la prescripción.

Para tomar dicha decisión, el CDE desarrolló el marco normativo y jurisprudencial aplicable. Inició con la citación del preámbulo y los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política de Colombia. Luego, citó la Constitución de la OIT, especialmente la parte del reconocimiento del principio de "salario igual por un trabajo igual". También citó el convenio 111 de la OIT, como fuente de aplicación directa. Luego, mencionó el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia para enfatizar sobre la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñarán funciones propias o permanentes de las entidades contratantes. También trajo a colación algunos decretos y la sentencia C-614 de 2009 para terminar de fundamentar este punto. Posteriormente, citó el artículo 23 del CST y desarrolló los elementos de la RTS.

Posteriormente, el CDE explicó las reglas y características del contrato de prestación de servicios en los términos de la Ley 80 de 1993 y la sentencia C-154 de 1997, para finalizar con una síntesis de lo que había abordado en la sentencia hasta ese momento y con la reiteración de que la parte demandante es quien debe demostrar la desnaturalización del contrato de prestación de servicios por medio de la prueba de los elementos señalados en el párrafo citado.

Al respecto, el CDE concluyó que el servicio médico asistencial es una función permanente y obligatoria de la entidad demandada y que en la planta de personal del SENA había cargos de médicos. De igual manera, del análisis de la prueba testimonial, el CDE concluyó que la demandante cumplía un horario, tenía fijado el tiempo de atención de cada paciente, requerían de su presencia en el SENA, la atención médica se prestaba con insumos e instrumental de la demandada y no se le permitía prestar el servicio en otras instalaciones externas o particulares. De igual manera, el CDE concluyó que la demandante prestaba el servicio sometida a las directrices de la entidad demandada. También concluyó que la demandante acreditó los tres elementos configurativos de la RTS.

Sentencia 2: Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección B, N.º 05001-23-33-000-2016-01224-01(5700-18) del 19-06-2020. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

El demandante acudió a la jurisdicción para solicitar la nulidad de los actos administrativos, mediante los cuales la entidad de salud E.S.E. Metrosalud (en adelante: Metrosalud o la demandada) negó la vinculación laboral por medio de una RTS y también negó el pago de acreencias laborales derivadas de tal relación. Como restablecimiento del derecho, el médico solicitó el reconocimiento de cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, indemnización moratoria, entre otras acreencias laborales, en su calidad de médico general de tiempo completo.

El demandante señaló que se desempeñó como médico general desde el 14 de septiembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012, por medio de reiterados contratos de prestación de servicios sin solución de continuidad. Indicó que ejerció sus funciones en las mismas condiciones que lo hacían los médicos de planta y que cumplía un horario en forma habitual y permanente, impuesto por el director de la entidad demandada, quien también fungía como jefe inmediato y lo subordinaba. El demandante también indicó que la relación laboral fue terminada sin justa causa.

La sentencia de primera instancia accedió a lo solicitado por el médico demandante y declaró la existencia de una RTS entre el 14 de agosto de 2009 y el 31 de diciembre de 2012. Como restablecimiento del derecho condenó a la demandada a pagar la diferencia entre el salario y prestaciones que devengaba un médico general de planta con respecto a los honorarios que devengó el médico, entre otras. Contra dicha sentencia de primera instancia, la demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por la sentencia que estamos sintetizando, en el sentido de confirmar la sentencia de primera instancia en lo relacionado con la declaratoria de la RTS y el restablecimiento del derecho.

El CDE inició con la citación de disposiciones normativas y la aclaración de conceptos e instituciones aplicables. Citó el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 para definir el contrato de prestación de servicios, explicar su alcance e ilustrar los presupuestos para su celebración. Señaló que el contrato de prestación de servicios implica la no existencia de una relación de trabajo e imposibilita el derecho a prestaciones sociales, siempre y cuando no se utilice dicho contrato para ocultar la existencia de una RTS.

A continuación, el CDE citó el artículo 53 de la Constitución Política, profundiza en la figura de la primacía de la realidad sobre las formalidades y cita los tres elementos que debe probar el demandante para la declaratoria de la RTS y el derecho al pago de las prestaciones sociales laborales. Tales elementos son: la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral. También citó el Código Sustantivo del Trabajo para explicar los elementos de su artículo 23 y también para aclarar que en las relaciones laborales de servidores públicos no aplica la presunción del artículo 24 de tal código. El CDE reiteró que quien debe desvirtuar la presunción del artículo 23 de la Ley 80 es el demandante y, demostrando los tres elementos referidos.

Después del análisis normativo y conceptual, el CDE abordó el caso concreto. Analizó la prueba documental y testimonial. Con respecto a la prueba testimonial concluyó que la ejecución de funciones era la misma entre la del demandante y la de los médicos generales de la entidad demandada, hubo cumplimiento estricto de horarios en las instalaciones de la entidad demandada y con sujeción a los turnos impuestos por tal entidad y el demandante debía acatar las órdenes dadas por el director.

Sentencia 1: Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección B, N.º 05001-23-33-000-2013-01176-01 (0446-16) del 16-05-2019. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

El demandante acudió a la jurisdicción para solicitar la nulidad de los actos administrativos, mediante los cuales el hospital Bello Salud negó la vinculación laboral por medio de una RTS y el pago de acreencias laborales derivadas de tal relación. Como restablecimiento del derecho, el médico solicitó el reconocimiento de cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, indemnización moratoria, entre otras acreencias laborales.

Como hechos, el demandante señaló que prestó sus servicios de forma ininterrumpida y continua desde el 1º de septiembre de 2009 hasta el 28 de septiembre de 2012. Dijo que su vinculación con la entidad demandada se dio por medio de contratos de prestación de servicios profesionales, los cuales fueron ejecutados -en realidad- como contratos de trabajo. El demandante relató que cumplió la jornada asignada por medio de los "cuadros de turnos médicos", cumplió permanentemente órdenes, llevó a cabo funciones que también desempeñan los médicos de planta, prestó sus servicios en las instalaciones del hospital demandado y usó herramientas y utensilios suministrados por la entidad demandada. También indicó que recibió una contraprestación económica por los servicios prestados.

La sentencia de primera instancia absolvió a la entidad demandada, es decir, no concedió lo solicitado por el médico demandante. La decisión se fundamentó en que el médico no logró probar una RTS, en especial, porque no probó la continuada subordinación o dependencia. El demandante interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, el cual fue resuelto por el CDE en el sentido de confirmar la decisión de primera instancia.

La sentencia del CDE comenzó con la citación textual de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia. Su cita obedece a que un argumento de la apelación es que en la primera instancia no se hizo una adecuada interpretación de tales disposiciones. El CDE también señaló la inconformidad del demandante sobre la valoración probatoria de la subordinación y, a renglón seguido, determinó que lo que debe establecer es si en el caso concreto hubo subordinación o más bien una normal supervisión contractual. La sentencia también estableció que la subordinación laboral es el elemento esencial de la RTS (relación laboral, en los términos de la sentencia). Luego, citó el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 para ilustrar cuándo es permitida la contratación de personas naturales bajo el contrato de prestación de servicios, las consecuencias del uso adecuado de este tipo de contratos y qué debe suceder para que se declare una RTS oculta bajo un contrato de prestación de servicios.

En este punto, el CDE citó algunas sentencias de la Corte Constitucional y del CDE para concluir que deben probarse estos tres elementos: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador. A renglón seguido, el CDE citó de forma textual el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Remató el acápite señalando que es el

demandante quien debe desvirtuar la presunción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y debe demostrar los tres elementos de la relación laboral ya indicados.

En la parte 3 -análisis del caso concreto- el CDE analizó las pruebas documentales y concluyó que la supervisión y control de la ejecución del contrato son parte de las obligaciones contractuales de la entidad contratante y no implican una continuada subordinación y dependencia. Luego, el CDE analizó la prueba testimonial (entre la cual se encontraba el interrogatorio del demandante) y concluyó que la contratación de servicios de la entidad demandada obedecía a la necesidad de satisfacer la creciente demanda de servicios y que las actuaciones de la entidad que se alegaron por el demandante como indicadoras de subordinación en realidad son funciones de supervisión propias del desarrollo contractual. En cuanto al cumplimiento de turnos, el CDE señaló que tal cumplimiento es necesario para el desarrollo eficiente de la actividad contratada. También concluyó que el demandante no desempeñó sus funciones en las mismas condiciones de subordinación y dependencia propias de otro servidor público.

Aspectos transversales y relación sentencias de médicos y sentencia de unificación

En seis[36] de las nueve sentencias sintetizadas, el CDE confirmó, modificó o adicionó las sentencias de primera instancia que habían ordenado el pago de acreencias laborales porque concluyeron que las relaciones contractuales entre los demandantes y las demandadas eran, en realidad, RTS. En tres de las nueve el CDE absolvió, ya sea confirmando[37] o revocando[38] la sentencia de primera instancia.

Por su parte, en la fundamentación general de las sentencias, en algunas de estas, el CDE acudió a más instrumentos normativos que en otras y explicó con mayor amplitud los fundamentos jurídicos de su decisión que en otras, pero desarrolló, sin falta, estos pilares: naturaleza y características del contrato de prestación de servicios en el marco de la Ley 80 de 1993, definición del contrato realidad y su fundamento constitucional -Artículo 53-, los elementos de la RTS, la carga probatoria en cabeza del demandante para probar esos elementos, el derecho a prestaciones legales -no a prestaciones extralegales- y, dentro de éstas, cómo funcionan los aportes a seguridad social, la interrupción de los vínculos contractuales y la prescripción.

De esos puntos comunes nos interesa resaltar tres y hacer notar algunas diferencias de manejo en las sentencias leídas:

Primero, los elementos de la relación de trabajo. Todas las decisiones coinciden en señalar tres: la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración, pero algunas introdujeron el artículo

36 Sentencias 2, 3, 5, 6, 7 y 9.
37 Sentencias 1 y 8. La confirmación significa que el juez de primera instancia no había declarado la RTS.
38 Sentencia 4. La revocatoria significa que el juez de primera instancia había declarado la RTS, pero el CDE no consideró probada la RTS.

23 del Código Sustantivo del Trabajo[39] y otras enfatizaron en ciertos requerimientos complementarios[40]. Entre estos requerimientos complementarios, encontramos: la identidad de funciones y formas de desarrollarlas entre el médico demandante y el personal de planta, la relación del cargo con la misión de la entidad, la permanencia o continuidad en el cargo o, en el caso de una[41] de las sentencias posteriores a la sentencia de unificación reseñada, los estudios previos como parámetro para definir si había o no una RTS. En lo atinente a la subordinación, algunas sentencias enfatizaron en la necesidad de no asociar las exigencias propias de coordinación con la subordinación.

Segundo: las sentencias condenatorias establecen, explícita o implícitamente, que los trabajadores bajo una RTS camuflada no ostentan la calidad de empleados públicos. La decisión sobre este punto define a cuáles acreencias laborales tiene derecho el médico demandante[42], esto es, las prestaciones legales de los servidores públicos de similar cargo, pero no la prestaciones extralegales que solamente se reservan para quienes ostentan la calidad de servidor público[43]. En este punto, el matiz viene de qué tanto énfasis explícito haga la sentencia en que el trabajador no puede ser considerado un empleado público[44].

El *tercer punto* que nos interesa resaltar es que en dos de las sentencias proferidas con posterioridad a la sentencia de unificación[45], el CDE usó las reglas establecidas en tal sentencia[46] para explicar los elementos de existencia de una RTS y también para establecer cómo opera la solución de continuidad y la prescripción.

Por otro lado, en el análisis de los casos concretos, encontramos rasgos similares en todas las sentencias. El primer rasgo que queremos destacar es que el mayor análisis de pruebas en las sentencias se centró en el elemento de la subordinación y consistió en escudriñar los documentos y los testimonios de terceros recaudados en el proceso. Los documentos protagonistas fueron los contratos de prestación de servicios y aquellos otros documentos que reflejaban sujeción y órdenes a los médicos, más allá de la mera coordinación. Por su parte, los testimonios valorados fueron dados por compañeros y compañeras de trabajo. La prueba del elemento de subordinación era tan importante en las sentencias, que fue el principal motivo de absolución en las tres decisiones absolutorias que revisamos[47], mientras que en otra sentencia sirvió de motivo para modificar la sentencia de primera instancia que favorecía en mayor medida al médico demandante[48].

39 Sentencias 1, 2, 3 y 6.
40 Sentencias 1, 5, 6, 7 y 9.
41 Sentencia 6.
42 La sentencia 6 es algo distinta de las demás porque en la parte resolutiva (numeral 2) no excluye de forma explícita las prestaciones extra legales.
43 Es decir, aquellas mínimas establecidas en la ley. Las extra legales son aquellas que superan los mínimos establecidos en la ley. Usualmente estos derechos extralegales se establecen en convenciones colectivas de trabajo, que son producto de negociaciones colectivas entre sindicatos y empleadores.
44 Más énfasis en las sentencias 3, 7 y 9.
45 Sentencias 4, 6 y 7.
46 La sentencia 4 no la usa, las sentencias 6 y 7, sí.
47 Sentencias 1, 4 y 8.
48 En la sentencia 5, el médico demandante trabajó como médico general y como coordinador médico. La juez de primera instancia concluyó que en ambos cargos hubo subordinación, mientras que la sentencia de segunda instancia, luego de valorar

El segundo rasgo de los análisis de los casos concretos que queremos destacar es el razonamiento para determinar las condenas: lo primero que hace el CDE es definir qué tipo de acreencias son viables en el caso; todas las sentencias establecieron que los médicos demandantes tienen derecho a prestaciones sociales legales similares a los empleados de planta que tienen un cargo similar o igual y ninguna[49] condena a prestaciones sociales extralegales ni a sanciones moratorias. Después de determinar las acreencias a las que los y las demandantes tienen derecho, las sentencias establecieron los términos de prescripción, para lo cual usaron la figura de la interrupción o solución de continuidad de la relación contractual. En dos de las sentencias posteriores a la sentencia de unificación, el CDE usó los parámetros determinados en tal sentencia[50].

Por último, para completar la descripción, diremos que las nueve sentencias de médicos abordan el caso desde aristas similares a la sentencia de unificación. Por supuesto que esta, dada su finalidad como sentencia de unificación, organiza las reglas de forma más sistemática que varias de las nueve, pero tanto la metodología de decisión como las fuentes normativas suelen ser similares a pesar de que el caso es distinto[51]. Un punto importante en que es notable la diferencia de la sentencia de unificación con respecto a las demás es el diagnóstico del abuso de la contratación por servicios, la recordación de los compromisos del Estado colombiano con el orden internacional (OIT y sistema interamericano) y la sugerencia de medidas, como los supernumerarios y el servicio temporal, para honrar tales compromisos.

Otro punto de relación identificado es que la sentencia de unificación comienza a incidir en las decisiones posteriores que resuelven casos de médicos contratados por prestación de servicios que pretenden la declaratoria de una RTS. Así, a pesar de que la sentencia no trata un asunto del gremio médico, sí generó reglas que afectarán a quienes pertenecen a ese gremio y a los procesos que lleguen a conocimiento de la alta Corporación de lo Contencioso Administrativo Como mostramos en la descripción individual, las sentencias de médicos usaron las reglas de la sentencia de unificación especialmente para explicar en general o aplicar en el caso concreto los elementos de la relación de trabajo, los indicios de la subordinación, la solución de continuidad de los contratos –cuánto tiempo debe pasar para que se entienda que la relación laboral se interrumpió- y cómo funciona la prescripción en este tipo de casos.

las pruebas, determinó que el demandante no acreditó que en su cargo de médico general hubiera subordinación continuada y permanente. Un aspecto clave para concluir esto fue que el demandante podía escoger su horario y también tenía la posibilidad de trabajar por su cuenta en su propio consultorio.

49 Una sentencia que no excluye explícitamente las prestaciones extralegales en su parte resolutiva es la 6

50 Sentencias 6 y 7.

51 Aunque hay un punto de semejanza: los demandantes son profesionales de profesiones liberales (abogada y médicos).

ii) Síntesis del proyecto de ley N.º 423 de 2021 de la Cámara de Representantes y breves comentarios sobre su articulado.

En este acápite, además de describir el proyecto de Ley presentamos algunos comentarios, los cuales se desarrollan en el próximo acápite o se enuncian como una invitación a profundizar en la crítica.

El Proyecto de Ley número 423 de 2021 de la Cámara de Representantes tiene como objetivo principal evitar el encubrimiento de relaciones laborales mediante el contrato de prestación de servicios, reforzando y salvaguardando el principio de la realidad sobre las formas y disposiciones que buscan la protección especial de los trabajadores. Para ello, delimita un ámbito de aplicación: la contratación estatal, escenario en el cual se hace constante uso de la práctica de camuflar relaciones laborales bajo contratos de prestación de servicios, siendo en el sector público:

> "una modalidad contractual de naturaleza administrativa autónoma e independiente que se caracteriza por el especial conocimiento técnico, científico, profesional o de apoyo a la gestión que tiene el contratista. Su duración debe estar limitada por el tiempo estrictamente necesario para ejecutar el objeto del contrato y en ningún caso para el cumplimiento de actividades o funciones permanentes de las entidades públicas[52]"

Luego, el proyecto aclara que en virtud del principio de planeación de la contratación estatal[53] las entidades contratantes deberán acreditar la necesidad de celebrar el contrato bajo esta modalidad. A su vez, el proyecto propone que el Departamento Administrativo de la Función Pública proceda a realizar una identificación y registro de los contratos de prestación de servicios celebrados al momento, en aras de identificar las condiciones en las que se encuentren quienes estén vinculados a las entidades contratistas del Estado bajo la nombrada modalidad. Ello para poder dignificar y evitar el encubrimiento de relaciones laborales.

Vemos en las anteriores disposiciones un carácter preventivo, como un llamado de atención inicial para regularizar el esquema de contratación considerando, por un lado, las necesidades de la administración y, por otro, los derechos laborales. Este carácter, pretende convocar a replantear los esquemas de contratación implementados en el sector público, pero también supone medidas que por lo menos pueden implicar disuasores simbólicos[54] mediante la adopción de medidas como, por ejemplo, la inclusión de una cláusula penal y la acción de repetición. La dimensión simbólica consiste en advertir y prevenir a los servidores públicos encargados de la contratación, las consecuencias negativas que devienen de su inobservancia, más aún cuando ello degenera en consecuencias patrimoniales.

A continuación, comentaremos las medidas concretas para cumplir con los objetivos de la futura ley:

52 Así lo describe el proyecto de ley.
53 Tal como se enuncia en los artículos 23 y siguientes de la ley 80 de 1993
54 Como un efecto simbólico del derecho, tomamos el concepto de Mauricio García Villegas, La eficacia simbólica del derecho; Sociología política del campo jurídico en América Latina. (Bogotá, IEPRI 2015)

Artículo 6: El cual pretende la inclusión de una Cláusula Penal obligatoria para los contratos de prestación de servicios, que tendría cómo fin el reconocimiento de una suma del 10% del valor total del contrato en favor del contratista, cuando se le vulneren sus derechos en virtud de las disposiciones contractuales o los adicionales reconocidos por el proyecto de ley.

Sobre dicha cláusula, entendemos que se abre un escenario que limita la libertad de configuración contractual y que ello puede constituir un debate importante en sede de constitucionalidad, justamente por la contraposición de valores como son dicha libertad contractual y la especial protección a los trabajadores, además del derecho al trabajo dentro del bloque de los Derecho Económicos Sociales y Culturales[55] cuyo valor se encuentra en conexidad con principios como el de la dignidad humana.

Brevemente y a modo de introducción al debate que referimos en el párrafo anterior, consideramos de suma importancia incluir en el análisis de constitucionalidad elementos como: a) la inherente asimetría entre las partes en las relaciones laborales, que ha sido definida por la Corte Constitucional como multidimensional, toda vez que puede ser jurídica, contractual, económica e incluso simbólica[56]; b) la especial protección al trabajador que la Constitución Política encomienda al Estado; c) los principios que rigen la contratación estatal y propiamente los fines del Estado. A modo de cierre, sobre la referida cláusula entendemos que puede ser un buen instrumento para salvaguardar los intereses de los contratistas y a su vez es una medida preventiva para el ocultamiento de las relaciones laborales.

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece que esta medida por sí misma no es suficiente para evitar el encubrimiento, toda vez que para su activación se debe dar la declaración de incumplimiento de alguno de los derechos consignados en la misma ley para los contratistas del Estado. Además, nos planteamos el interrogante de que, en todo caso, la consecuencia patrimonial será en proporción a la base tasable, es decir, el valor del contrato. Igualmente, la reparación lograda por esta vía puede ser inferior a la que podría lograrse con condenas que abarquen la totalidad de las acreencias laborales dejadas de percibir por el trabajador.

Artículos 7 a 13: Estos artículos buscan hacer acreedor de derechos especiales al contratista por prestación de servicios, dentro de estos derechos se encuentran. Honorarios calculados en correspondencia al personal de planta y a la formación académica y experiencia; garantía de no terminación anticipada; disfrute del descanso de 12 días hábiles por año de servicio; acceso a cajas de compensación familiar, subsidios y beneficios; cotización de los aportes a seguridad social; incentivo a la cultura de ahorro y prima anual y la simplificación del proceso de pago de seguridad social.

Todo lo anterior, evidentemente busca dignificar a los contratistas bajo la modalidad de prestación de servicios entendiendo que dicha figura, por su desarrollo en el contexto colombiano, guarda una

55 De ahora en adelante DESC.
56 Corte Constitucional del Colombia, Sentencia T-340 MP; Gloria Stella Ortiz Delgado (2017)

especial relación con la fuerza laboral y, aunque no debe ser usada para el encubrimiento de relaciones laborales, sí debe tener una cercanía con las garantías de los trabajadores. Lo anterior, toda vez que esta modalidad de contratación sirve de sustento a muchas personas que adelantan el ejercicio de su profesión mediante ella. Entendemos este articulado como un intento de equiparar algunas protecciones de la RTS a los contratistas auténticos, es decir, aquellos que no padecen una relación subordinada camuflada.

Artículo 14: Este artículo refiere a la imposibilidad de que las entidades exijan a los contratistas el seguimiento de reglamentos de la entidad como garantía de no constitución de subordinación laboral. Lo anterior, puede constituir una forma de evitar la configuración del elemento de subordinación dentro de los contratos de prestación de servicios, sin embargo, los reglamentos de las entidades no son las únicas directrices que pueden constituir el antedicho elemento. Por ese motivo, es imperativo que dentro de cada caso que se someta a revisión las condiciones particulares a las cuáles se sometieron las relaciones contractuales.

Artículos 15 a 22: Estos artículos pretenden ayudar al tránsito de entrada en vigencia de la norma, además incentivar, mediante las diferentes modalidades de contratación, bien sea mediante acuerdos de formalización laboral a término definido o indefinido, de expansión de las plantas de personal, la contratación laboral y formalización de los contratistas. Además, se formula la posibilidad de que los trámites administrativos se realicen por vías virtuales, implementando tecnologías que alivianen los procesos.

Sobre el artículo 15 consideramos que la fijación de topes máximos de contratación por medio de contratos de prestación de servicios es una buena medida, sin embargo, la formulación de dichos topes no está dada de una forma clara, toda vez que no establece una fórmula de cálculo en correspondencia con las nóminas de trabajadores y con las cualidades del contratante. Una primera observación es que sería conveniente plantear una correspondencia en razón de la nómina de trabajadores con elementos variables en virtud de la entidad contratante. Además, es preciso mencionar que este artículo enuncia los instrumentos punitivos a los que hay lugar en caso de incumplimiento. Se trata de sanciones administrativas, penales y disciplinarias por uso indebido de los recursos públicos. Tales sanciones son clave en aras de ejercer un control real y juicioso sobre las entidades contratantes. Luego, habrá que ver si efectivamente se surte dicho control y cómo se haría la argumentación de "cuánto es mucho" si no se fijare una fórmula o un tope numérico variable entre las distintas entidades.

Sobre el artículo 17: Los mecanismos tecnológicos de control y seguimiento mediante la información son importantes siempre y cuando la norma sea aplicada de forma sistemática. Es decir, por sí mismo no es una medida suficiente para el ejercicio de control, lo anterior ya que su finalidad, tal cómo se plantea en el proyecto, es la de crear una base de datos unificada. En ese sentido, habrá que pensar

cómo sistematizar dichas herramientas tecnológicas para otorgarles instrumentos que puedan advertir de las irregularidades que se evidencien en la recolección de los datos, en últimas esto se traduce en que efectivamente los mecanismos no sólo ejerzan seguimiento, sino que también activen el control.

Sobre el artículo 20: En cuanto a la actualización de las plantas globales de empleo[57], como medida transitoria, consideramos que es una gran oportunidad para formalizar a los trabajadores que se encuentren en los esquemas de encubrimiento de relaciones laborales. No obstante, las plantas temporales no dejan de ser problemáticas toda vez que la dimensión colectiva del derecho del trabajo se ve inherentemente vulnerada, desde su constitución y ejercicio, justamente por el elemento de transitoriedad. Profundizaremos sobre este puto en el ítem iii.

Sobre el artículo 21: Lo acuerdos de formalización laboral, son medios claramente idóneos y con vocación de mejora en correspondencia a superar el problema de las condiciones contractuales de los trabajadores. No obstante, es pertinente señalar que dichos acuerdos deben enmarcarse en función de garantizar y ofrecer plenamente las potestades y derechos a los trabajadores, siempre y cuando se formulen los acuerdos en pro de dichas garantías.

Artículo 23: Este artículo abre la posibilidad de habilitar la acción de repetición contra los servidores públicos que hubieren participado en el ocultamiento de un contrato laboral, en el cuál se hubiere dado la posterior declaratoria bajo la figura del contrato realidad. Esta figura es sin duda un mecanismo sumamente idóneo para evitar el encubrimiento, toda vez que tiene una función preventiva muy fuerte al permitir al Estado repetir en contra de sus funcionarios. El problema que encontramos de frente a su implementación es que como lo ha establecido el CDE,[58] es que la acción de repetición procede siempre que se acredite que el funcionario en contra de quien se pretenda repetir hubiera actuado con culpa grave o dolo. En ese sentido, atender a la carga probatoria, para acreditar que existen algunos de estos dos presupuestos es complejo, siempre que la demostración del dolo o la culpa grave mediante estos esquemas de contratación no es tan evidente.

Para poder entender la sobreviniente dificultad enunciada en el anterior párrafo extraemos la siguiente cita

> "Como lo ha evidenciado el Consejo de Estado, existen debilidades en el sustento probatorio presentado por las entidades demandantes, a pesar de que en ellas recae la carga de la prueba, es decir, les corresponde demostrar la situación fáctica que afirman, esto es, que el daño antijurídico por el cual fueron condenadas se originó en la acción u omisión dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes.[59]

57 Las plantas globales de empleo son la base de empleos requeridos para el cumplimiento mínimos de las funciones de una entidad.
58 Consejo de Estado SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B (STC) nº 11001-03-26-000-2008-00061-00 del 02-06-2021
59 Cita directa extraída de Tatiana Paola Vargas Echeverría, *La Acción de repetición un mecanismo ineficaz respecto a la responsabilidad patrimonial del estado y funcionarios públicos en Colombia.* (Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2021) Cita Original Contraloría General de La República, Informe No. 89113-059-05. https://repository.upb.edu.co/bitstream/hand-

iii) ¿Son suficientes los instrumentos reseñados para proteger de forma idónea al trabajador vinculado como contratista? ¿Son suficientes para los médicos?

Hablar de la suficiencia en la protección de un sector de trabajadores puede ser de suma dificultad porque es difícil establecer y justificar parámetros que indiquen tal criterio de suficiencia. Además, si se logra establecerlos y justificarlos, pueden ser difíciles de aplicar. No obstante, intentaremos ambas cosas bajo el criterio de idoneidad. Para esto, se hará uso de aspectos sustantivos y aspectos procesales, leídos de forma transversal por el derecho a la igualdad[60], los principios del derecho al trabajo y al trabajo decente[61], en los términos explicados en la sentencia de unificación reseñada.

La Sentencia de unificación establece un punto de referencia fundamental para valorar la protección a la que aspiran las sentencias y el Proyecto de Ley. Dicha protección es justamente la garantía de derechos del trabajo desde la constitución, el bloque de constitucionalidad y la implementación de las medidas del trabajo decente establecidas por la OIT. El logro de lo anterior, implica, entre otras cosas, poner unas cortapisas a una forma reiterada de evadir el reconocimiento de relaciones de trabajo subordinadas y de las acreencias que de aquellas se derivan, por parte de la administración pública. El Estado, en este escenario, se erige como un actor de violación directo de los derechos que está obligado a defender y garantizar.

No obstante, nos parece que a pesar de que la jurisprudencia estudiada logra en cierta medida la protección de los trabajadores demandantes, sirve como referente para futuros accionantes y que el proyecto de ley es bien intencionado, ambos instrumentos dejan de lado puntos que podrían efectivizar en mayor medida los derechos fundamentales del trabajo, la igualdad y el trabajo decente invocado por la OIT. Es decir, son insuficientes para lograr tales propósitos. Dichos derechos podrían servir como disuasivos potentes frente al abuso del uso de los contratos de prestación de servicios, como medio para camuflar relaciones de trabajo subordinadas. En otras palabras, a pesar del gran diagnóstico, de la claridad de los fines que pretenden lograr y de los efectos simbólicos[62], las medidas para superar

le/20.500.11912/8188/La%20acci%C3%B3n%20de%20repetici%C3%B3n%2C%20un%20mecanismo%20ineficaz.pdf?sequence=1&isAllowed=y

60 Una aclaración: el ejercicio de usar el derecho a la igualdad como parámetro de análisis de las sentencias y del proyecto de ley nos llevará en algunas ocasiones a comparar la situación de los contratistas públicos con los trabajadores del sector privado. Esta comparación no es un comodín ni desconoce que hay diferencias grandes y justificadas entre un régimen y otro, las cuales se han explicado de forma suficiente por las altas cortes. Véanse las siguientes sentencias para profundizar en el tema: Corte Constitucional (STC) C-055/99 Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz. y Corte Constitucional (STC) C-598/11 Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero. sino que plantea una comparación específica en el punto de las relaciones camufladas, el cual merece un análisis especial por los puntos de comparación y los criterios generales que confluyen en ambos regímenes (Trabajo decente, principios del trabajo y derecho de igualdad) y también plantea una crítica sobre si las diferencias y similitudes en este preciso punto pueden justificar un trato diferente.

61 Según la OIT, el trabajo decente sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres. Disponible en:
https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm

62 Además de los efectos simbólicos que mencionamos con respecto al proyecto de ley, nos parece que las sentencias también

el diagnóstico y lograr los fines identificados y compartidos, nos parecen insuficientes.

En cuanto al esfuerzo legislativo, como vimos, el Proyecto de Ley busca la implementación de medidas multidimensionales[63] para evitar el encubrimiento de las relaciones laborales mediante el contrato de prestación de servicios y también busca mejorar las condiciones de los verdaderos contratistas del Estado, haciéndoles acreedores de algunos derechos que hoy no se reconocen en la ley[64]. Además, el proyecto implica, en sí, un claro llamado de atención al sector público para que regularice sus esquemas de contratación y hagan uso correcto de las figuras que la normatividad predispone para cumplir los fines del Estado. Esto implica un cambio legislativo importante y puede permitir el cierre de una brecha entre estos y los trabajadores de planta. Para lograrlo, el articulado del proyecto plantea medidas pertinentes que merecen un estudio individual profundo desde lo conceptual y también desde su aplicabilidad y potencial efecto. De todas formas, una lectura individual del proyecto complementada con el conjunto de las sentencias, nos permite formular algunos cuestionamientos que, a nuestro juicio, reflejan insuficiencia o falta de idoneidad con respecto a la finalidad y los objetivos identificados en los instrumentos referidos.

Finalmente, consideramos que el Proyecto de Ley y la sentencia de unificación –su diagnóstico, reglas y garantías- son extensibles a los médicos que son sometidos a prácticas que vulneran sus derechos laborales y los excluyen del anhelado trabajo decente, la igualdad con sus colegas de planta y todos aquellos valores del trabajo resaltados por la OIT y reiterados por el CDE en su sentencia de unificación. Tal extensión es posible en tanto que, como vimos, la forma de proteger judicialmente a los médicos es similar a la establecida para la generalidad de quienes ostentan una RTS camuflada en un contrato de prestación de servicios, generalidad representada en el Proyecto de Ley y en la sentencia de unificación descrita. En efecto, las medidas protectoras de ambos instrumentos no riñen con las reglas reiteradas o fijadas en las sentencias de médicos. De acuerdo con lo anterior, es plausible entender que las críticas y propuestas a las reglas generales que aplican a relaciones camufladas en el sector público puedan ser extensibles a los médicos. Además, téngase en cuenta que la sentencia de unificación se refiere a una persona que presta un servicio bajo una de las denominadas profesiones liberales, de las cuales forman parte los médicos.

Pasamos entonces a fundamentar nuestros cuestionamientos, así:

logran efectos simbólicos importantes. Entre estos, el reconocimiento explícito de que se continúa abusando de forma sistemática del contrato de prestación de servicios, de que ese abuso constituye una violación sistemática de derechos laborales y de que esa violación implica el desconocimiento de compromisos internacionales. Otros efectos simbólicos son la sensación de respaldo al trabajador y el regaño a las autoridades estatales encargadas de garantizar los derechos. Finalmente, la movilización alrededor de la protección de un sector que se vio como salvador en la pandemia se ve fortalecida por pronunciamientos judiciales que tuvieron cierto eco, como la sentencia 9.

63 En el sentido de que apunta a medidas para evitar relaciones encubiertas y a extender garantías para servidores públicos a contratistas y tales medidas encierran dimensiones objetivas que pueden traer efectos instrumentales materiales y también efectos simbólicos disuasorios.

64 Nos referimos a las Garantías Mínimas consagradas en el capítulo II del Proyecto de Ley y que son independientes de la declaración de una RTS. Por ejemplo, a la garantía de no terminación anticipada o de descanso necesario.

A. Prestaciones extralegales y permanencia en el empleo

Echamos de menos el reconocimiento de las prestaciones extralegales[65] de las que sí gozan o deberían gozar[66] los empleados de planta[67]; recordemos que en ninguna de las sentencias revisadas se reconocen. Los argumentos para negar tales prestaciones son plausibles, pero incompletos[68]: las sentencias consideran que la declaratoria de existencia de una relación laboral o RTS no convierte al accionante en empleado público y como las prestaciones extralegales son para estos, no pueden extenderse a quien inicialmente fue contratado por otra figura. Esto desconoce una base fundamental de la protección de todos esos derechos que menciona la sentencia de unificación y del trabajo decente como es la libertad sindical- negociación colectiva, asociación[69] y huelga. Este desconocimiento tiene por lo menos dos manifestaciones concretas: por un lado, con respecto al trabajador o trabajadora demandante que ve limitada su libertad de asociación por un actuar reprochable que le es ajeno –haber sido contratado mediante una figura que no correspondía- y, por otro, con respecto a la organización sindical de servidores públicos en tanto que la vinculación de contratistas por prestación de servicios, camuflando una relación laboral, permite restar fuerza al poder de asociación y negociación de las organizaciones sindicales de servidores públicos.

Todo lo anterior se consiente sin que haya una consecuencia que sirva para reparar tanto al trabajador vulnerado como a la organización sindical de la que podría haber formado parte. Infortunadamente, el Proyecto de Ley no contempla medidas explícitas para remediar este punto. Es más, en el Proyecto ni siquiera se mencionan de forma explícita los derechos colectivos y parece que quedará en cabeza de los jueces el papel de contribuir de mejor manera a la protección completa del trabajo decente, de los derechos fundamentales de asociación, negociación y de igualdad en relación con los trabajadores del sector privado y con los trabajadores de planta.

65 Aquellas que exceden el mínimo salarial y prestacional establecido en la ley y que se consagran en instrumentos como la convención colectiva, el pacto colectivo o el contrato de trabajo.

66 Conocemos que no siempre se garantiza a los servidores públicos vinculados de forma adecuada, los derechos de asociación, negociación colectiva y huelga. No obstante, no nos parece que las eventuales limitaciones justifiquen la restricción de tales derechos en los casos en que a los trabajadores de planta sí se les han garantizado. Sobre la falta de garantía de derechos colectivos de los servidores públicos, recomendamos consultar, entre otros: José Édgar Ospina Duque, *Derecho colectivo del trabajo: una guía teórica y práctica para los estudiantes, las nuevas generaciones de abogados y de trabajadores.* (Bogotá, Ibañez, 2005) y **.** Jorge Villada, *La negociación colectiva del sector público: obstáculos y posibilidades jurídicas, organizativas y políticas.* (Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2005) Hernán Trujillo Tovar, *OIT, Estudio sobre los conflictos laborales y los mecanismos de solución en el sector público de Colombia*.(OIT, 2016) Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/genericdocument/wcms_561227.pdf

67 Es decir, aquellos vinculados desde el inicio como servidores públicos.

68 Y es incompleto, además de las razones que explicamos en este párrafo, porque resulta incomprensible que a quien le exigen que pruebe identidad de funciones con los trabajadores de planta, luego de lograr probarlo (porque si no lo prueba no habría lugar al restablecimiento del derecho), le digan que su situación en derechos es distinta; es una forma de justificar y de dejar impune un actuar del Estado que no le es imputable al trabajador. Es como si de le dijera al trabajador/a: tienes derechos, pero menos que aquellos en una situación fáctica similar, por el simple hecho de que la forma originaria de tu vínculo es distinta. Fijémonos acá también que eso es justamente reconocer mayor peso a la formalidad (el vínculo inicial) que a la realidad (la manera cómo se prestó el servicio).

69 Que además son derechos cuyo contenido se remite a rango constitucional y que a su vez están dirigidos a garantizar mínimos, también de rango constitucional para los trabajadores. Sobre el alcance, importancia y relación de los derechos colectivos del trabajo, ver los Convenios 87, 98 y 154 de la OIT, así como las decisiones del Comité de Libertad Sindical y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de 1998.

Adicionalmente, no conceder derechos extra legales no solo implica una posición de desventaja del contratista que deviene en trabajador con sus colegas de planta, sino también una posición desigual con respecto al trabajador particular que también encontró en la jurisdicción la declaración de su verdadera relación laboral, a quien sí se le ha reconocido por parte de la Corte Suprema de Justicia en algunas sentencias, derechos extra legales.[70]

Otro aspecto sustantivo clave en la sentencia de unificación y en el Proyecto de Ley es la sugerencia -en la sentencia- y la orden –en el proyecto- de acudir a supernumerarios y a plantas temporales[71] para paliar la proliferación de contratos de prestación de servicios. Nos parece que la adopción de estas medidas puede significar un avance hacia la protección plena del trabajo decente y los principios del derecho del trabajo, porque por lo menos pueden garantizar los derechos mínimos del trabajo en su ámbito individual (las Empresas de Servicios Temporales -en adelante, EST-, como están planteadas hoy, se rigen por el régimen privado[72]). No obstante, en el caso de las Empresas de Servicios Temporales, el flanco de los derechos colectivos y las prestaciones extralegales sigue descubierto[73] y subsisten estos problemas:

En primer lugar, desincentiva el derecho colectivo en el sector público y las prestaciones extralegales públicas. Esta es una consecuencia natural de la contratación de trabajadores por un régimen como el de la Ley 50 de 1990, el cual es de carácter privado. Esta contratación, además, tiene un límite temporal de seis meses, prorrogables por otro periodo igual, al cabo del cual no es posible continuar con la misma persona contratada ni contratar los mismos servicios con otras EST. Esto genera un riesgo de que la EST se convierta en simple intermediaria y la empresa usuaria (el Estado, en estos casos) se considere el verdadero empleador[74]. Esta situación, por un lado, vuelve al problema que la ley y la sentencia de unificación pretenden cubrir[75]. Por otro lado, aunque nada impide que los trabajadores temporales creen sindicatos, negocien colectivamente y hagan huelga, tales derechos se garantizan como trabajadores particulares y se ejercen ante sus empleadores, que son las EST y no el Estado. Es decir, el ejercicio del derecho de libertad sindical no lo ejercen como servidores públicos, lo cual, ade-

70 Ver, por ejemplo, la sentencia SL825-2020; - con ponencia de Gerardo Botero Zuluaga, donde se identifica el presupuesto entredicho por el cual los trabajadores sí están facultados para ser indemnizados integralmente incluso las prestaciones extralegales. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), Sentencia SL825-2020 (Bogotá, 2020). Ver también la sentencia: Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), Sentencia SL9372022-2022 (78762) (Bogotá, 2022) con ponencia de Iván Mauricio Lenis.

71 Entiéndase por supernumerarios: los auxiliares que se vinculan para suplir o atender necesidades del servicio y/o para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio. Definición extraída de: Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 164011 de 2019 Radicado 20196000164011 (Bogotá D.C). Entiéndase por plantas temporales el conjunto de los empleos requeridos para cumplir actividades de carácter extraordinario en cumplimiento de funciones que no son desarrolladas por la planta permanente o que son auxiliares a las funciones de dichas plantas. Departamento de Función Pública, Decreto 1083 de 2015.

72 Ver: Art. 70 y SS de la Ley 50 de 1990.

73 Con respecto a los Supernumerarios, nos parece que la temporalidad de la figura, la cual está definida en el artículo 83 del Decreto Ley 1042 de 1978, puede obstruir la continuidad necesaria para la participación del movimiento sindical. No obstante, consideramos que esta es una figura que tiene un fin loable en tanto que permite suplir vacantes derivadas de faltas temporales justificadas.

74 Ver: Artículos 77 y 78 de la Ley 50 de 1990. También el Decreto 1707 de 1991. La jurisprudencia también es clara sobre el efecto de vulnerar las disposiciones normativas sobre la temporalidad de las EST. Ver: Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), Sentencia SL467-2019 (Bogotá, 2019)

75 En el sentido de que el empleador terminará siendo el Estado, igual que pasa con los contratistas bajo relaciones camufladas.

más, impide una articulación con los servidores de planta.

En segundo lugar, el carácter permanente y misional que prevalece en las relaciones laborales tratadas en las sentencias leídas riñe con la temporalidad de los supernumerarios y con los límites temporales de Ley 50 de 1990. Recordemos que dos criterios establecidos en la sentencia de unificación y usados en algunas de las sentencias de médicos[76] son el carácter permanente del cargo ejercido por el contratista y su similitud con el cargo desarrollado por servidores de planta, lo cual se valora también desde el punto de vista misional de la entidad contratante. Estos rasgos riñen de forma protuberante con la temporalidad de las EST y los supernumerarios. Más con las EST porque justamente la razón de ser de estas empresas es prestar servicios temporales, no convertirse en empresas de suministro de personal permanente para asumir la misión de la empresa.

B. Sanciones moratorias

En cuanto a las sanciones moratorias, los dos argumentos usados en algunas de las sentencias de médicos leídas[77] para abstenerse de condenar son: que el derecho a las prestaciones deriva de la sentencia (primer argumento) y que el médico demandante no demostró perjuicios (segundo argumento). Por su parte, la sentencia de unificación reseñada no contiene un pronunciamiento expreso, mientras que el Proyecto de Ley no lo contempla de forma explícita.

Frente al primer argumento, consideramos que la sentencia es meramente declarativa porque genera efectos de reconocimiento y no ejecutorios o constitutivos frente al pago de las verdaderas acreencias ante el encubrimiento de la relación laboral. Lo que hace la sentencia laboral es reconocer, luego de un arduo debate probatorio, que el actor debía gozar de derechos prestacionales establecidos para quien presta un servicio en situación de subordinación y con los demás elementos identificados en las sentencias reseñadas. En otras palabras, la condena se basa en una realidad dada y en las consecuencias o efectos que la ley dispone para esa realidad pasada. Estas consecuencias, entre las cuales están el derecho a las prestaciones, las cuales son para cubrir dicha relación y no para lo que viene después de la sentencia, no implican un futuro vínculo con la entidad. De igual manera, no transforma el vínculo pasado ni las obligaciones de las partes.

Frente al segundo argumento, sobre la no demostración de perjuicios, formulamos los siguientes cuestionamientos:

Recordemos que para la declaratoria de la RTS hace falta probar la similitud de la relación laboral con la de los empleados de planta. De igual manera, tengamos en cuenta que las prestaciones económicas reconocidas a los servidores públicos de planta y también aquellas derivadas de la RTS tienen como

76 Sentencias 3 y 6.
77 Sentencia de unificación y sentencias 6 y 9

finalidad principal cubrir contingencias y remunerar el descanso del servidor[78]. De acuerdo con esto, el objetivo de la regulación legal y de las decisiones judiciales para ir en consonancia con el trabajo decente y con el principio de igualdad, debería apuntar a igualar, en la medida de lo posible, a aquel trabajador que vio burlado su derecho y que recibe tarde sus prestaciones con aquel a quien se le garantizó oportunamente. Ahora bien, como es imposible devolver el tiempo para pagar oportunamente lo adeudado, podría acudirse a la figura establecida en el ordenamiento que justamente repara la tardanza en el pago de acreencias laborales –la sanción moratoria-. Así, desde esta perspectiva, poco tendrían sentido las exigencias de probar perjuicios porque el perjuicio es el trato desigual entre iguales y hacer inane la finalidad de las prestaciones sociales y ambas cosas surgen de los requisitos probatorios para declarar la RTS –carácter permanente de la prestación personal e identidad con los funcionarios de planta- y de la falta de oportunidad obvia en el pago de las acreencias[79].

Por su parte, en el Proyecto de Ley, como dijimos, no hay propiamente el establecimiento de sanciones moratorias. Consideramos que esta era una buena oportunidad para plantear una indemnización tarifada como la establecida en el régimen privado[80], en aras de garantizar una indemnización equitativa y equiparable con los trabajadores del sector privado[81]. En este punto insistimos en que estas propuestas no desconocen las fundadas diferencias de trato entre servidores públicos y trabajadores del sector privado, sino que constituyen una idea de equiparación para casos y aspectos puntuales en los cuales el tratamiento jurisprudencial equipara a los trabajadores y trabajadores independientemente de su vínculo con el Estado. En ese sentido, por un lado, e independientemente de si el empleador es una persona jurídica de derecho público, por otro. Esta propuesta resulta loable si se tiene en cuenta el diagnóstico y el compromiso reconocido desde la misma jurisprudencia.

C. Solución de continuidad y prescripción

La sentencia de unificación es clave porque aclara cuáles son las reglas para entender que un vínculo contractual se interrumpió y cuáles son los efectos de esa interrupción en materia de prescripción. Recordemos que la Corporación consideró que el término mayor de treinta días hábiles entre un contrato es razonable para establecer que la relación se interrumpió[82] y que, si hay interrupción, el

78 Una definición de prestación social para el sector público y la explicación pormenorizada de cada prestación social se encuentra en Departamento Administrativo de la Función Pública, *Concepto Marco 02* (2014). Disponible en https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62920

79 En las sentencias encontramos que la fecha de terminación de la relación laboral más reciente fue el 31 de diciembre de 2013(sentencia 3). Esto implica cinco años de tardanza para obtener una decisión de segunda instancia, sin sumar lo que puede demorarse el Estado en pagar las condenas. Este punto también nos remite a otro aspecto que podría valorarse para determinar las sanciones moratorias. Nos referimos a la carga que implica para el médico trabajador tener que contratar un abogado, iniciar unas reclamaciones prejudiciales, asumir unas cargas procesales, esperar muchos años, entre otras cosas. Todos estos aspectos, aunque no necesariamente implican un perjuicio a resarcir por medio de una indemnización moratoria, quedan ínfimamente reparadas (con la imposición de costas y agencias en derecho).

80 En el Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

81 Aunque la indemnización no es automática porque hay que demostrar la buena fe, sí es un avance la indemnización tarifada toda vez que otorga parámetros y garantiza la igualdad respeto de a quienes ya les aplica.

82 Según el CDE, este término no es una camisa de fuerza, sino que debe valorarse en cada caso y no para determinar la existencia de la RTS sino solo para efectos de prescripción.

término de prescripción extintiva de tres años comienza a contarse desde cada terminación. Es decir, pasados tres años desde la terminación del vínculo, es posible que el juez declare extinto el derecho y no condene al demandado a pagar las acreencias que de tal derecho se derivan.

Este punto merece dos comentarios: el primero tiene que ver con la necesidad de hacer notar que la prescripción es una forma de "castigar" la inactividad del demandante[83] y también es una forma de dotar de seguridad jurídica a las relaciones laborales. Ambas finalidades no parecen cuidarse en el caso de las relaciones laborales encubiertas en el sector público. Primero, porque la "inactividad" de los demandantes no se deriva de la falta de diligencia sino del temor a perder la fuente de ingreso. No es descabellado pensar que ante una solicitud directa del pago de acreencias o ante el inicio de una acción judicial, la reacción de la entidad estatal sea terminar el vínculo. De acuerdo con lo anterior, una regla garante de la protección plena sería que el término de prescripción se cuente desde la terminación del último vínculo. Con esto, se limita la posibilidad de un uso inadecuado de la prescripción y de la manipulación del término de treinta días hábiles que tanto dio de qué hablar cuando se publicó la sentencia de unificación abordada en este escrito.

Lo segundo, porque la seguridad jurídica en estos casos viene de la relación sustancial y de las múltiples advertencias sobre el uso adecuado del contrato de prestación de servicios. Además, la seguridad jurídica se logra perfectamente con la regla de contar el término de prescripción desde la terminación del último vínculo. En otras palabras: si las entidades estatales conocen de los riesgos e implicaciones de que un contrato de prestación de servicios, sea en realidad una relación de trabajo subordinada, debe esperar razonablemente que el trabajador pueda iniciar en su momento una acción judicial para proteger sus derechos y, eventualmente, ser condenadas.

D. Aspectos procesales

Encontramos que ni el proyecto de ley, ni las sentencias consagran medidas procesales con miras al trabajo decente y a la protección de los principios del derecho del trabajo. Ambas dejan un vacío grande que afecta a quien, además de ser la víctima de una vulneración sistemática, debe litigar por un largo tiempo su derecho, lo cual implica costos de tiempo y dinero.

Tal vacío consiste en que los instrumentos reseñados no contemplan presunciones[84]. Como lo describimos en el aparte correspondiente, la carga de la prueba queda de forma completa en el trabajador.

83 Según el CDE: "El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado. [...] Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular (…)". Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto del 7 de septiembre de 2015. Radicación: 27001233300020130034601 (0327-2014). Demandante: Sandra Patricia Mena Martínez.

84 Una forma cercana de superar este obstáculo es el uso de la figura de la Carga Dinámica de la Prueba, la cual consiste en la distribución de la carga de probar considerando la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. Ver: Código General del Proceso, Art. 167. No obstante, esta opción ni siquiera se considera en las sentencias ni en el Proyecto de Ley y, de todas maneras, su uso dependerá del juez y las partes, no de una norma que establezca una presunción.

No desconocemos que el principio de planeación, si se desarrolla bien, puede ser un alivio en tanto que podría poner en cabeza de la administración la carga de probar que planeó de forma adecuada la contratación. Pero esto resulta insuficiente debido a que los demás elementos deben ser probados por el trabajador a pesar de que quien mejor podría desvirtuar su ocurrencia es el Estado, quien no solamente debe planear la contratación sino vigilar su ejecución. Sería mucho más fácil, por ejemplo, que la entidad demuestre la necesidad de contratar por prestación de servicios. También podría, con base en sus archivos, en la planeación de la contratación, en los manuales de funciones, entre otros documentos, a los cuales tiene mejor y fácil acceso en comparación con los accionantes, demostrar que las funciones del supuesto contratista no son idénticas a las de los empleados públicos de planta de la entidad empleadora.

Acá sale a la luz, otra vez, una desventaja con respecto al régimen privado, en el cual el Código Sustantivo de Trabajo trae dos presunciones fundamentales: por un lado, la del artículo 23 y, por otro, más importante, la del artículo 24 del mismo código. Estas presunciones no se aplican al tipo de casos estudiados en este escrito porque tal Código no aplica para las relaciones laborales individuales con entidades públicas. Estas presunciones serían bastante útiles para liberar de esa carga de la prueba absoluta en cabeza del trabajador público porque permiten, por un lado, que si se dan los tres elementos (señalados en el artículo 23 del CST) se presuma que hay un contrato de trabajo. Y, por otro lado, permiten que, si se demuestra la prestación personal del servicio, el vínculo se entiende regido por un contrato de trabajo (Artículo 24). Esta presunción implica algo clave y es que al trabajador se le libera de la carga de demostrar la subordinación, elemento que, como señalamos en la parte descriptiva, es el rasgo característico definitorio de la RTS y cuya falta de demostración es, además, el principal motivo de absolución -como lo vimos también en la parte descriptiva de este escrito-.

iv) Conclusiones

La proliferación e incremento de relaciones laborales subordinadas camufladas bajo contratos de prestación de servicios en el sector público motivó la adopción de una sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado y la iniciativa legislativa de un Proyecto de Ley, con el fin de confrontar el problema y cumplir con los compromisos adquiridos por el Estado colombiano con organismos internacionales como la OIT y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), compromisos que se cumplen si se garantizan ciertos derechos, fines y valores del trabajo.

Ahora bien, como personas interesadas en los problemas laborales de los médicos, notamos que estos profesionales no son ajenos a esa realidad presentada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación reseñada y quisimos escudriñar en los instrumentos disponibles –sentencias y Proyecto de Ley- para determinar, primero, si en términos generales la sentencia de unificación y el Proyecto

de Ley cobijan a los médicos y, segundo, si esos instrumentos más las sentencias que tratan específicamente relaciones contractuales entre médicos y entidades estatales logran alcanzar los propósitos compartidos entre el Estado colombiano y la OIT y el SIDH, relacionados con el trabajo decente, la igualdad, el trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, entre otros.

Luego de revisar nueve sentencias del CDE en las cuales los demandantes son médicos, la sentencia de unificación y el Proyecto de Ley, todos emitidos en un lapso de cuatro años (2018-2021), logramos demostrar que: i) la sentencia de unificación y el Proyecto de Ley pueden cobijar a los médicos en tanto que los problemas que abordan pueden resolverse con la metodología y las fuentes señaladas en dichos instrumentos. Es más, identificamos que el CDE ya usa la sentencia de unificación para decidir casos de médicos demandantes. ii) Tanto el Proyecto como las sentencias no resuelven puntos fundamentales que, como argumentamos, forman parte del trabajo decente, la igualdad y el trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias. Esto implica que las medidas judiciales y legislativas estudiadas son insuficientes o no idóneas para proteger tales fines, valores y derechos y, en consecuencia, para superar el acertado diagnóstico presentado en la sentencia de unificación.

Bibliografía

Jurisprudencia:

Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, Sentencia N.º 50001-23-31-000-2011-00304-01 del 06-05-2021. CP Carmelo Perdomo Cuéter.

Consejo de Estado – Sección Segunda Sentencia N.º 50001-23-33-000-2013-01143-01 del 09-09-2021. Sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la ley 1437 de 2011.

Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B Sentencia Nº 05001-23-33-000-2013-01176-01 16 de mayo de 2019 Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B Sentencia Nº 05001-23-33-000-2016-01224-01 19 de Junio de 2020 Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A Sentencia Nº 20001-23-39-000-2015-00100-01 18 de Octubre de 2018 Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez.

Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia de unificación de jurisprudencia Nº 50001-23-31-000-2013-00304-01 del 09-09- 2021 9 de septiembre de 2021 Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez.

Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A Sentencia Nº 20001-23-39-000-2015-00195-01 25 de Noviembre de 2021 Consejero Ponente William Hernández Gómez.

Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B Sentencia Nº 23001-23-33-000-2013-00195-01 26 de Julio de 2018 Consejero Ponente William Hernández Gómez.

Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A Sentencia Nº 44001-23-33-000-2015-00105-01 25 de Noviembre de 2021 Consejero Ponente William Hernández Gómez.

Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B Sentencia Nº 76001-23-31-000-2011-01583-01 22 de Octubre de 2020 Consejero Ponente William Hernández Gómez.

Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A Sentencia Nº 66001-23-33-000-2015-01-00105-01 14 de Octubre de 2021 Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter.

Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A Sentencia Nº 66001-23-33-000-2015-01-5001-23-31-000-2011-00304-01 6 de Mayo de 2021 Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter.

Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), Sentencia SL825-2020 (Bogotá, 2020)

Corte Constitucional del Colombia, Sentencia T-340 MP; Gloria Stella Ortiz Delgado (2017)

Mauricio García Villegas, La eficacia simbólica del derecho; Sociología política del campo jurídico en América Latina. (Bogotá, IEPRI 2015)

Otros:

Mintrabajo, Respuesta Radicado no 08SE2017120300000029170 (Bogotá D.C 2017) extraído de: https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/58601869/ID133282%20Obligaciones%20del%20Empleador.pdf/f807397c-92ba-0a7d-eaf4-43556acf696c

Sala de Consulta y del servicio civil del Consejo de Estado, Las Sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia. (Bogotá D.C, 2014); https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/sentenciasunificacion/libro.pdf.

OIT, Recomendación 198 sobre la Relación de Trabajo. (Ginebra, 2006)

Tatiana Paola Vargas Echeverría, La Acción de repetición un mecanismo ineficaz respecto a la responsabilidad patrimonial del estado y funcionarios públicos en Colombia. (Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2021) Cita Original Contraloría General de La República, Informe No. 89113-059-05. https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/8188/La%20acci%C3%B3n%20de%20repetici%C3%B3n%2C%20un%20mecanismo%20ineficaz.pdf?sequence=1&isAllowed=y

ANEXO Nº 1

	Anexo 1		
N°	**Sentencia**	**Fecha**	**Consejero/a Ponente**
1	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, N° 05001-23-33-000-2013-01176-01	16 de mayo de 2019	SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
2	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, N°05001-23-33-000-2016-01224-01	19 de junio de 2020	SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
3	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección A, N° 20001-23-39-000-2015-00100-01	18 de octubre de 2018	RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
4	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección A, N° 20001-23-39-000-2015-00195-01	25 de noviembre de 2021	WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
5	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, N° 23001-23-33-000-2013-00195-01	26 de julio de 2018	WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
6	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección A, N° 44001-23-33-000-2015-00105-01	25 de noviembre de 2021	WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
7	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, N° 66001-23-33-000-2015-00327-01	14 de octubre de 2021	CARMELO PERDOMO CUÉTER
8	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección A, N° 76001-23-31-000-2011-01583-01	22 de octubre de 2020	WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
9	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, N.º 50001-23-31-000-2011-00304-01	6 de mayo de 2021	CARMELO PERDOMO CUÉTER
10	Consejo de Estado – Sección Segunda N.º 50001-23-33-000-2013-01143-01 del 09-09-2021. Sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la ley 1437 de 2011.	9 de septiembre de 2021	Rafael Francisco Suárez Vargas

El problema de los medicamentos falsificados en el comercio electrónico colombiano: una aproximación desde el Diseño Legal*

Juan Pablo Carbonell Muñoz*
Recibido: 20 de abril 2022. Aceptado: 23 de junio 2022.

Resumen

Colombia y el mundo enfrentan uno de los problemas más difíciles de la salud pública en los últimos tiempos: la falsificación y adulteración de los medicamentos. La magnitud de sus efectos sobre la salud y economía de las personas genera inmensas cargas y preocupaciones sobre los Estados. A pesar de los avances en regulación y monitoreo sanitario, el país sigue presentando dificultades para detener la proliferación de los medicamentos falsificados, especialmente en un contexto donde el fenómeno crece exponencialmente desde la esfera del comercio electrónico. Así, el derecho y sus productos jurídico-sociales se plantean como vehículos con los que la salud pública puede facilitar el desarrollo e implementación de soluciones; sin embargo, el complejo contexto sanitario de los medicamentos falsificados en el e-commerce pone en tela de juicio la contribución jurídica y su conformidad con la realidad.

Bajo este contexto es que esta investigación toma al Diseño Legal para aproximarse al fenómeno de los medicamentos falsificados en el comercio electrónico y discernir acerca de si otras perspectivas del derecho pueden facilitar la comprensión de problemas de salud pública en los cuales la dimensión jurídica es una pieza fundamental. El presente trabajo busca analizar dicha aportación por medio de una aplicación de un diseño centrado en el usuario o Design Thinking a la cuestión. Todo esto según un diagnóstico basado en las necesidades de la institucionalidad sanitaria, el usuario del derecho en este caso. En últimas, a partir de esta primera etapa de exploración que brinda el Diseño Legal, se pretende evidenciar los beneficios de aplicación a temas de política pública y derecho.

Palabras clave

Medicamentos subestándar y falsificados, Diseño Legal, Design Thinking y Derecho, salud pública, comercio electrónico, diseño centrado en el usuario, inspección sanitaria, vigilancia sanitaria, control sanitario, Invima y política pública.

* Artículo de revisión.

** Abogado de la Universidad de los Andes. Investigador y diseñador legal enfocado en el diseño de servicios, políticas públicas y asuntos públicos.

UNA Rev. Derecho (En línea). Vol. 7 (1). Julio 2022. e-ISSN2539-5343·

The Issue of Falsified Medical Products in Colombian e-commerce: a Legal Design Assessment*

Juan Pablo Carbonell Muñoz*
Received: April 20, 2022. Accepted: June 23, 2022.

Abstract

Colombia and the world are facing one of the most critical public health challenges of recent times: counterfeiting and adulteration of medicines. The magnitude of its effects on people's health and economy generates immense burdens and concerns on the States. Despite advances in regulation and health monitoring, the country continues to face difficulties in stopping the proliferation of counterfeit drugs, especially in a context where the phenomenon is growing exponentially from the sphere of e-commerce. The law and its legal products are thus presented as vehicles through which public health can facilitate the development and implementation of solutions; however, the complex health context of counterfeit drugs in e-commerce calls into question the legal contribution and its accordance with the reality.

Under this context is that this research takes Legal Design to address the phenomenon of counterfeit medicines in e-commerce and discern whether other perspectives of law can facilitate the understanding of public health problems. This study attempts to analyze this contribution through the application of a user-centered design or Design Thinking to the issue. All this according to a diagnosis based on the needs of the health institutions the user of the law in this case. Ultimately, from this first stage of exploration provided by the Legal Design, it is intended to demonstrate the benefits of its application to issues of public policy and law.

Keywords

Substandard and falsified drugs, Legal Design, Design Thinking and Law, public health, e-commerce, user-centered design, sanitary inspection, sanitary surveillance, sanitary control, Invima and public policy.

* Review article

** Lawyer from Universidad de los Andes. Researcher and legal designer focused on the design of services, public policies and public affairs.

1. Introducción e identificación del problema

La salud pública posee un campo de acción que trasciende el tratamiento y la prevención de las enfermedades, gira en torno a la garantía del derecho fundamental a la salud que comprende varias dimensiones[3]. No obstante, gran parte de las discusiones contemporáneas sobre la disciplina –incluso de la salud global– han recaído, primordialmente, acerca de la disponibilidad y la accesibilidad del derecho, dejando de lado las reflexiones sobre la idoneidad de los bienes y servicios en salud (calidad). De este modo, cuestiones como la gobernanza farmacéutica y la farmacovigilancia suelen carecer de estrategias y consensos sobre lo que se debería hacer para garantizar la calidad de los medicamentos y tecnologías en salud.

Justamente, este es el contexto en el que se desenvuelve el problema de los medicamentos falsificados, un asunto sofisticado y difícil, presente en todos los rincones del planeta. La adulteración de estos productos implica toda una elaboración y distribución fraudulentamente desarrollada en relación con su identidad, autenticidad y/o eficacia[4]. A medida que van entrando a la compleja y globalizada cadena de suministro, ponen en riesgo la salud de las personas, pues tienen serias implicaciones como la posibilidad de prolongación de la enfermedad, malos resultados del tratamiento, reacciones adversas a los medicamentos y la morbilidad[5]. Y no sólo eso, a nivel macro también existen serias consecuencias socioeconómicas que imponen fuertes cargas sobre los hogares y los sistemas de salud de todo el mundo[6]. Lamentablemente, la prevalencia de estos medicamentos no sólo es superior, sino que adicionalmente presenta efectos más profundos en los países en vía de desarrollo donde su aumento se estima que abarca el 14% del total de los medicamentos en circulación[7].

Además de los graves efectos en las condiciones socioeconómicas y de salud de las personas, esta es una actividad delictiva en sí misma que incorpora un accionar dirigido al engaño del consumidor a través de estructuras criminales organizadas. En efecto, este mercado de medicamentos falsificados resulta atractivo para los delincuentes debido a las oportunidades que ofrece la globalizada cadena de producción, las sanciones leves y el difuso control de las autoridades sanitarias[8]. Actualmente, son cada vez más los canales por los que pueden entrar estos medicamentos a la cadena legal de suministro, siendo el comercio electrónico el más útil para los criminales. Internet ofrece opciones más viables

3 Según la Observación general Nº 14/2000 del Comité de Derechos Económicos y Sociales de la ONU, son cuatro los elementos esenciales del derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.
4 G Swaminath, "Faking It - I The Menace Of Counterfeit Drugs", *Indian Journal Of Psychiatry* 50, no. 4 (2008): 238-240.
5 Anmole S. Bolla, Ashwani R. Patel and Ronny Priefer, "The Silent Development Of Counterfeit Medications In Developing Countries – A Systematic Review Of Detection Technologies", *International Journal Of Pharmaceutics* 587 (2020): 119702, 2.
6 Organización Mundial de la Salud, *A Study On The Public Health And Socioeconomic Impact Of Substandard And Falsified Medical Products* (Ginebra, Suiza: Organización Mundial de la Salud, 2017).
7 MR Torloni et al., "Quality Of Oxytocin Available In Low- And Middle-Income Countries: A Systematic Review Of The Literature", *BJOG: An International Journal Of Obstetrics & Gynaecology* 123, no. 13 (2016): 2076-2086, 2078.
8 La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) estima que en 2016 el comercio internacional de productos farmacéuticos falsificados alcanzó los 4.400 millones de dólares. Ver Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Trade In Counterfeit Pharmaceutical Products, Illicit Trade* (Paris: OECD Publishing, 2020), 11.

para distribuir productos farmacéuticos por una diversidad de medios y portales que no contemplan tantos requisitos de entrada. Por tal razón, el e-commerce se transforma en el nuevo foco de atención en donde se desenvuelve el fenómeno en cuestión al ser un gran facilitador[9].

Si el problema ya era difícil de manejar por medio de los canales físicos, cuando se da a través de internet (y demás TICs) plantea nuevos y avanzados desafíos que ponen a prueba el sistema sanitario de los países. Concretamente, sus amplios puntos de entrada –pues más personas pueden comercializar medicamentos– desdibujan las demarcaciones entre espacios legales e ilegales, obstaculizando así la inspección, vigilancia y control (en adelante IVC) necesarios para identificar los productos falsificados e individualizar a los responsables.

Hasta ahora, Colombia cuenta con una consolidada autoridad sanitaria y un establecido sistema de IVC sanitario para asegurar la calidad de todos los productos que puedan comprometer la salud de las personas. Sin embargo, queda la impresión de si las herramientas y marcos regulatorios existentes para la salubridad pública son lo suficientemente completas para responder a un reto como la falsificación de medicamentos en internet. También se plantea la pregunta de si dichos instrumentos son empíricamente adecuados y si se ajustan tanto a las realidades como a las necesidades de las autoridades que los usan.

El derecho y sus metodologías de investigación pueden ofrecer varias oportunidades de trabajo en las que se reflexione sobre el quehacer institucional y sus posibilidades de respuesta frente a esta crisis sanitaria. No obstante, se presenta la necesidad de que esos análisis trasciendan las simples evaluaciones de regímenes competenciales institucionales que, quizá, no abarcan todas las vertientes del fenómeno. De esta forma, pueden considerarse alternativas adicionales como el Diseño Legal en donde se analicen y evalúen los materiales jurídicos para entender si se adecúan a las necesidades de quienes utilizan el derecho[10].

Así, teniendo en mente la problemática de los medicamentos subestándar y falsificados en Colombia y una nueva alternativa metodológica para aproximarse a la misma, surge la siguiente pregunta de si **¿pueden las herramientas del Diseño Legal ayudar a comprender y plantear el tipo de intervenciones jurídicas y de política pública necesarias para la perspectiva institucional que combate la circulación de medicamentos falsificados en el plano del comercio electrónico colombiano?**

Para efectos de responder la pregunta se pretende i) aportar un diagnóstico de la situación actual que muestre las metodologías generales en las que opera la circulación de medicamentos subestándar y falsificados como también el arreglo institucional de IVC sanitario que lo combate en el país; ii) examinar las medidas de inspección, vigilancia y control sanitario que se han tomado en la esfera del comercio electrónico; y iii) sugerir áreas prioritarias de enfoque por parte de las autoridades y comple-

9 De hecho, la Asociación Nacional de Empresarios (ANDI) publicó un reciente estudio acerca del comercio ilegal en Colombia en el que encuentra al comercio electrónico como un factor que facilita/promueve la alteración y falsificación de medicamentos. Ver Asociación Nacional de Empresarios, *Caracterización Del Comercio Ilegal De Los Productos De Consumo Masivo En Colombia* (Bogotá: ANDI, 2020).

10 Margaret Hagan, *Law By Design*, 1st ed., 2017. Recuperado de https://lawbydesign.co.

tar un diagnóstico de la problemática mediante las herramientas que otorga el Diseño Legal.

Se delimita el problema de investigación a partir de la circulación de esta clase de medicamentos en el comercio electrónico en vista de que es un nuevo y complejo escenario sobre el cual se ha desplazado el fenómeno. La idea general es realizar una mejor comprensión de la situación sanitaria a partir de las necesidades de la institucionalidad y contrastarla con las herramientas jurídicas actuales para discernir sobre los horizontes de acción que tiene y tendría el Estado en esta materia. No obstante, aunque el Diseño Legal aporte un interesante camino para construir e implementar soluciones de política pública por medio de prototipos y productos, esta investigación se dedica a revisar su aplicación exclusivamente desde sus herramientas para diagnosticar problemas. En ese sentido, deja un fundamento y el camino abierto en pro del desarrollo de mejores alternativas que puedan responder al tráfico de medicamentos falsificados en el comercio electrónico colombiano.

Así mismo, es **de suma importancia aclarar** que esta investigación basa de manera transversal sus reflexiones, en un estudio realizado previamente con el profesor Johnattan García Ruiz, bajo la modalidad de una consultoría académica de salud pública. Dicho estudio fue comisionado por el Centro de Recursos Anticorrupción de U4, Chr. El Instituto Michelsen y la Oficina de Relaciones Exteriores, Commonwealth y Desarrollo del Reino Unido (FCDO) para analizar e ilustrar la situación actual del fenómeno de falsificación de medicamentos en Colombia. Es el primer ejercicio de análisis del tema en el país y utilizó un conjunto de herramientas que incluyen revisión de literatura, revisión de medios de comunicación y entrevistas semiestructuradas con funcionarios del sector público, privado y la academia, las cuales son utilizadas en esta investigación como insumos de la reflexión. Por supuesto, el uso de esta información tiene autorización del artífice al igual que se manejaron los riesgos éticos en la investigación inicial para el empleo de las mencionadas herramientas de recolección[11]. Aun así, esta investigación representa un enfoque distinto al de la mencionada y cuenta con objetivos muy diferentes que le otorgan un valor agregado como se demostrará a continuación. A lo largo de este escrito se referirá a dicha trabajo como 'Investigación Inicial'[12].

a. Hipótesis de la investigación

Con respecto al interrogante introducido anteriormente, se plantea como hipótesis que: los recursos y metodologías ofrecidas por el Diseño Legal tales como la perspectiva de entendimiento desde el diseño, el razonamiento enfocado en el proceso y las mecánicas de herramientas para solucionar los problemas, tienen la capacidad de ayudar a la institucionalidad sanitaria para fortalecer y articular su

11 Por ejemplo, las entrevistas semiestructuradas contaron con su debido consentimiento informado para el entrevistado(a). En materia de datos no se gestionó ningún dato sensible o privado que implicara un riesgo para su titular.
12 Para la fecha en que se entrega este escrito, aún no se ha publicado ni terminado de consolidar el producto final de la 'Investigación Inicial'. Por eso, el uso del término para referirse a ella y citar sus aportes.

labor de inspección, vigilancia y control en materia de productos médicos falsificados en el comercio electrónico. Por medio de un acercamiento que tenga en cuenta las necesidades del usuario –en este caso la institucionalidad sanitaria– no sólo se entenderá mejor la problemática, sino que también se encontrarán mejores fundamentos para su tratamiento. De la misma manera, este cambio de perspectiva permite la evaluación de los instrumentos y competencias jurídicas con las que cuentan las autoridades sanitarias en búsqueda de mejores resultados en su accionar, particularmente desde una colaboración interinstitucional.

2. El problema de los medicamentos falsificados en Colombia

a. Contexto general: el estado del arte de la materia

El asunto de los medicamentos subestándar y falsificados es una de las cuestiones más desafiantes que enfrenta la salud global hoy en día. Aunque no se ha terminado de delimitar y comprender todo el alcance del fenómeno, la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) estima que alrededor del 10,5% de los medicamentos del mundo son subestándar o falsificados y sus ventas para el 2020 alcanzarían los 75.000 millones de dólares[13]. Por consiguiente, se trata de un enorme mercado con una cadena de producción y suministro global que complejiza la cuestión, pues también abarca mercados ilícitos de interés del crimen organizado que superan la farmacovigilancia institucional dada en los espacios legales[14]. Eso sin mencionar el sinnúmero de maneras como se puede afectar la calidad de un medicamento: desde fallas en la formulación de su compuesto activo hasta la acción de importarlos a lugares donde no ha sido aprobada su distribución y comercialización[15].

Asimismo, el asunto no es exclusivamente de índole económico, sino también constitucional y de derechos humanos debido a los riesgos que suponen para el derecho a la salud de millones de personas. Si los bienes utilizados para satisfacer este derecho no son apropiados, desde el punto de vista científico y médico, difícilmente se garantiza su elemento esencial de calidad[16]. De hecho, son muchas las consecuencias de esta clase de medicamentos sobre la salud humana, la salud pública y la sociedad en general. En una reciente investigación –quizá la más completa actualmente– la OMS evidenció los complejos impactos sobre la salud los cuales incluyen: efectos adversos, imposibilidad de curar y prevenir futuras enfermedades, aumento de la mortalidad y morbilidad, entre otros[17]. También se encontraron unos efectos más agudos sobre la salud pública en los que se encuentran la resistencia

13 OMS, *A Study On The Public Health And Socioeconomic Impact Of Substandard And Falsified Medical Products*.
14 Organización Panamericana de la Salud, *Regulatory System Strengthening In The Americas. Lessons Learned From The National Regulatory Authorities Of Regional Reference*(Washington D.C.: Pan American Health Organization, 2021).
15 OMS, *A Study On The Public Health And Socioeconomic Impact Of Substandard And Falsified Medical Products*.
16 Según la Observación general Nº 14/2000 del Comité de Derechos Económicos y Sociales de la ONU, son cuatro los elementos esenciales del derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Los cuatro son reconocidos por el ordenamiento colombiano a través de la Ley Estatutaria de Salud (1751 de 2015) y la jurisprudencia constitucional.
17 OMS, *A Study On The Public Health And Socioeconomic Impact Of Substandard And Falsified Medical Products*, 15.

antimicrobiana y la pérdida de confianza en el sistema de salud y sus funcionarios.

Al mismo tiempo, la investigación encontró preocupantes efectos socioeconómicos sobre los hogares y la sociedad en general. Destacan, por ejemplo, la pérdida de ingresos por la prolongación de la enfermedad o la muerte, costes de pérdida de productividad para los pacientes y sus hogares por atenciones adicionales, como también un aumento de la pobreza que dificulta la movilidad social[18]. De ahí que se genere una mayor carga en los profesionales de salud y las autoridades encargadas de proteger la salubridad (sanitarias, de aplicación de la ley y judiciales), al igual que un desperdicio de esfuerzos humanos y recursos del sistema. Se estima que todas estas implicaciones le cuestan a los Estados una cantidad variable entre los 20 y los 200.000 millones de dólares (alrededor 900 billones de pesos colombianos a la fecha)[19].

Si bien ningún país del mundo escapa del problema de los medicamentos subestándar y falsificados, sus afectaciones son diferenciadas. Los reportes globales vienen tanto de naciones desarrolladas como subdesarrolladas, sin embargo, la doctrina especializada ha demostrado que la carga económica y social se acentúa en los países de ingresos bajos y medianos[20]. Factores como la mala gobernanza farmacéutica, una débil capacidad técnica y gestión de la cadena de suministro, intensifican el problema y son comunes en estos países[21]. Aún así, la extensión del fenómeno no acaba por delimitarse ni en su verdadero impacto a los sistemas de salud como tampoco en su prevalencia en los diferentes niveles territoriales (local, regional y mundial)[22].

18 OMS, *A Study On The Public Health And Socioeconomic Impact Of Substandard And Falsified Medical Products,* 17.
19 Sachiko Ozawa et al., "Prevalence And Estimated Economic Burden Of Substandard And Falsified Medicines In Low- And Middle-Income Countries", *JAMA Network Open* 1, no. 4 (2018), 6.
20 Hacen parte de unas categorías utilizadas por el Banco Mundial para clasificar a las economías del mundo en cuatro grupos a partir del Ingreso Nacional Bruto per cápita: ingreso bajo, mediano bajo, mediano alto y alto. Colombia se encuentra en la categoría mediano alto, a pesar de su pronunciada inequidad. Ver Umar Serajuddin y Nada Hamadeh, "Nuevas Clasificaciones De Los Países Elaboradas Por El Banco Mundial Según Los Niveles De Ingreso: 2020-2021", Blog, *Banco Mundial Blogs*, 2020, https://blogs.worldbank.org/es/datos/nuevas-clasificaciones-de-los-paises-elaboradas-por-el-banco-mundial-segun-los-niveles-de-ingreso.
21 Organización Mundial de la Salud, "Growing Threat From Counterfeit Medicines", *Bulletin Of The World Health Organization* 88, no. 4 (2011): 247 – 248, 247.
22 Organización Mundial de la Salud, *WHO Global Surveillance And Monitoring System For Substandard And Falsified Medical Products* (Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2017).

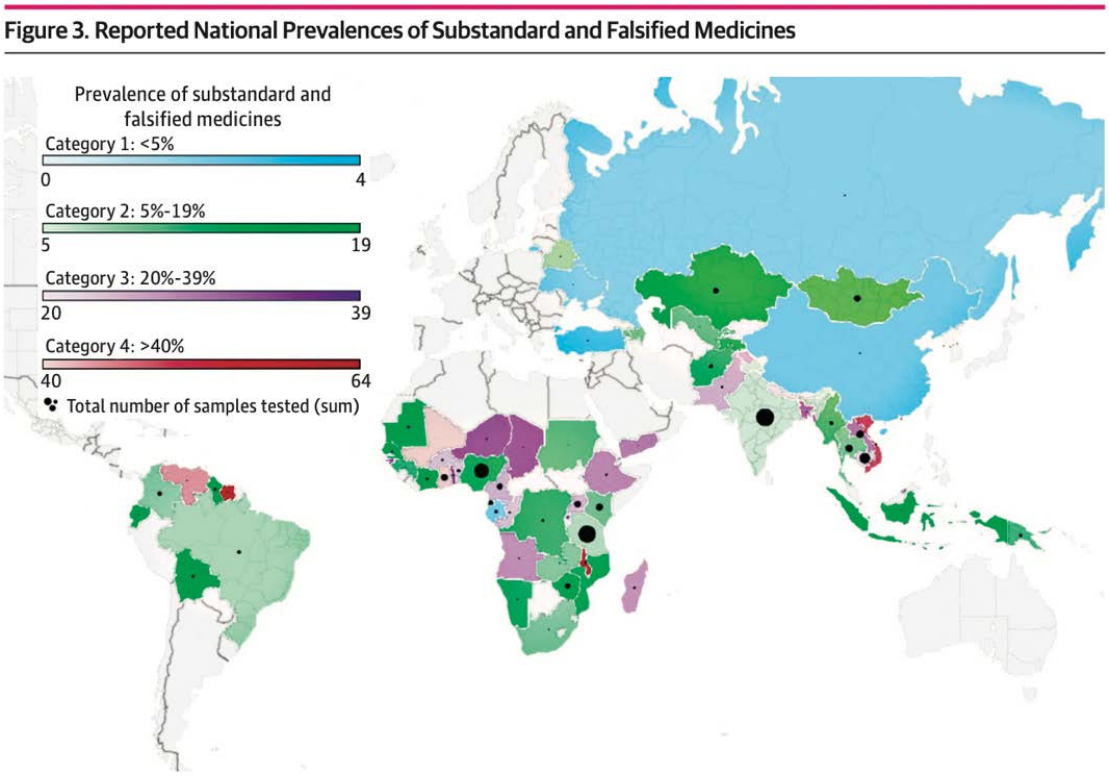


Imagen 1: ejemplo gráfico tomado del estudio de Ozawa (2018) donde se evidencia la prevalencia de medicinas falsificadas y subestándar en los países de ingresos bajos y medianos. El color azul refleja la categoría con menor prevalencia y el rojo la categoría con mayor.

Con todo este panorama, la salud global ha logrado consolidar esfuerzos para llegar a mejores mecanismos con el fin de gestionar la cuestión de los medicamentos de mala calidad en el mundo. Recientemente, la alternativa de mayor trascendencia consistió en un giro terminológico que la OMS consolidó en 2017 a las diversas categorías de productos médicos de calidad inferior/adulterados/etiquetados fraudulentamente/falsificados/alterados[23]. El cambio consistió en agrupar todos los términos en tres categorías uniformes de productos médicos, a saber:

- **De calidad inferior o subestándar:** aquel autorizado que no cumple con sus normas de calidad o especificaciones o ambas.
- **No registrados o sin licencia:** todos aquellos productos que no han sido evaluados y/o aprobados por la autoridad sanitaria del mercado en el que se distribuye, utiliza o comercializa de conformidad con la normatividad local.
- **Falsificados:** aquellos productos médicos que tergiversan deliberadamente/fraudulentamente

23 Organización Mundial de la Salud, *Reporte del Mecanismo de Estados Miembros en productos médicos de calidad inferior/adulterados/etiquetados falsamente/falsificados/alterados,* 20 de marzo de 2017, A70/23 (en el marco de la 70ª Asamblea Mundial de la Salud), disponible en https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA70/A70_23-en.pdf

su identidad, composición o procedencia[24].

Estas diferencias terminológicas del derecho internacional son esenciales para abordar la cuestión pues las particularidades de cada concepto comprenden soluciones diferenciadas. Por ejemplo, los medicamentos falsificados implican una dimensión delictiva que involucraría aproximaciones más allá de las instituciones sanitarias[25]. Para efectos del presente estudio, se trabajará solamente sobre este último grupo ya que el interés de la investigación descansa sobre los medicamentos en los que está envuelta una motivación por corromper la cadena de suministro y comercialización, en contraposición a aquellos que no cumplen con la calidad esperada debido errores e impericias de las farmacéuticas. Como se verá a continuación, la terminología en Colombia es diferente, por lo cual las categorías de subestándar-sin registro-falsificado puede que se solapen de vez en cuando, aunque eso no debe despistar el enfoque de este trabajo.

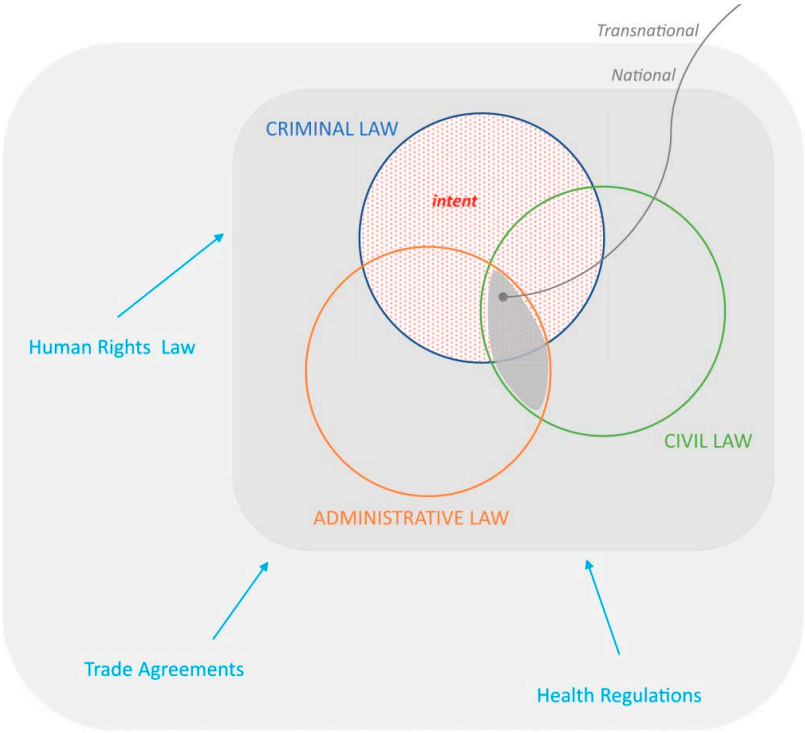


Imagen 2: al menos desde la perspectiva legal, el estudio de Olliaro et al. (2020) evidencia las intersecciones entre disciplinas jurídicas cuando se presenta un caso de medicamentos falsificados o subestándar.

A pesar de que estas definiciones no son jurídicamente vinculantes, los Estados miembros de las Naciones Unidas pueden adaptarlas a sus sistemas jurídicos y continuar con un reenfoque de la situa-

24 La OMS se refiere por "Identidad" a la denominación, el etiquetado o el envase, o a los documentos que respaldan la autenticidad de un producto médico autorizado; "Composición" corresponde a cualquier ingrediente o componente del producto médico de acuerdo con las especificaciones aplicables autorizadas por la autoridad sanitaria y "Fuente" se referirá a la identificación del titular de la autorización de comercialización, el fabricante, el importador, el exportador, el distribuidor o el minorista, según corresponda. Ver el Apéndice Tercero del documento del Mecanismo de Estados Miembros, p. 35.
25 Con esto se refiere a un tratamiento interdisciplinario e interinstitucional que implique a autoridades judiciales, aduaneras, e incluso de protección al consumidor se verían involucradas.

ción según el contexto y las necesidades que implica cada categoría[26]. Si se parte de una metodología que identifique las formas en las que se presenta la mala calidad de los medicamentos, la regulación institucional y organizativa podrá entrar a corregir mejor las deficiencias en su aproximación. Así, se da una transición en el abordaje de un tema que por mucho tiempo estuvo vinculado a la propiedad intelectual y sus infracciones, pero no netamente a la salud pública[27].

Por otro lado, ha habido esfuerzos adicionales de parte de la comunidad internacional a través de foros como el Mecanismo de Estados Miembros de la OMS (en adelante MEM) sobre productos médicos subestándar y falsificados donde los países se coordinan, planean actividades y adoptan decisiones sobre la materia. De la misma manera, se han desarrollado sistemas internacionales para el monitoreo y reporte de casos como lo son el Global Surveillance and Monitoring System de la OMS y la Red Panamericana para la Armonización de la Reglamentación Farmacéutica (Red PARF), los cuales buscan que los Estados y las autoridades sanitarias encuentren líneas comunes para armonizar su accionar y regulación farmacéutica[28]. La comunidad científica tampoco se queda atrás pues cada vez se presentan avances, tanto en nuevas tecnologías para rastrear e identificar medicamentos subestándar y falsificados, como también en metodologías de estudio para entender el asunto[29]. En fin, varias opciones que se enfrentan a los horizontes de un fenómeno que responde a unas complejas dinámicas sociales y de mercado.

b. El accionar institucional colombiano: el régimen jurídico sanitario

Colombia no es la excepción a este problema. Son recurrentes los casos presentados en sus medios y se encuentra en una de las regiones donde más se comercializan y producen medicamentos falsificados[30]. Afortunadamente, el país cuenta con un arreglo institucional representado en un marco jurídico y competencial para responder a esta crisis sanitaria. Lo primero que habría que mencionar es que Colombia no ubica sus estrategias desde las mencionadas definiciones de subestándar, sin registro y falsificado aportadas por la OMS. En cambio, desde el Decreto 677 de 1995, define dos grandes categorías de medicamentos: los alterados y los fraudulentos[31]. Cada grupo tiene un listado taxativo y su

26 Eugenia Olliaro et al., "Legal Uncertainty—The Gray Area Around Substandard Medicines: Where Public Health Meets Law", *The American Journal Of Tropical Medicine And Hygiene* 102, no. 2 (2020): 262-267, 267.

27 William L. Hamilton et al., "Public Health Interventions To Protect Against Falsified Medicines: A Systematic Review Of International, National And Local Policies", *Health Policy And Planning* 31, no. 10 (2016): 1448-1466, 1451.

28 Robin Rojas-Cortés, "Substandard, Falsified And Unregistered Medicines In Latin America, 2017-2018", *Revista Panamericana De Salud Pública* 44 (2020): 1, 2-4.

29 Entre estos métodos destaca el SAFARI desarrollado por Ozawa et al., el cual proporciona estimaciones específicas de Uganda (país objeto de estudio) sobre el impacto sanitario y económico de los medicamentos maláricos subestándar y falsificados a partir de un modelo basado en agentes y sus interacciones. Ver Sachiko Ozawa et al., "Development Of An Agent-Based Model To Assess The Impact Of Substandard And Falsified Anti-Malarials: Uganda Case Study", *Malaria Journal* 18, no. 1 (2019): 1-14.

30 Institute of Research against Counterfeit Medicine (IRACM) en El Heraldo, "Colombia Está Entre Los 10 Países Donde Más Se Falsifican Medicamentos", 2018, https://www.elheraldo.co/colombia/colombia-esta-entre-los-10-paises-donde-mas-se-falsifican-medicamentos-459246.

31 Art. 2 del Decreto 677 de 1995 "Por el cual se reglamenta parcialmente el Régimen de Registros y Licencias, el Control de Calidad, así como el Régimen de Vigilancia Sanitaria de Medicamentos (...)".

diferencia radica en que el adulterado tiene una base legalmente autorizada pero que conlleva modificaciones que derivan en ilegales, mientras que el fraudulento implica unas operaciones no habilitadas ni autorizadas legalmente. Resultan difícilmente equivalentes a los términos de la salud global.

En ese orden de ideas, el Decreto 677 es la piedra angular de la materia que da origen a otras disposiciones administrativas, sancionatorias e incluso penales que manejan la afectación a la salud pública de estos medicamentos. Sin perjuicio de las demás disposiciones consagradas por el ordenamiento, el giro ordinario de la materia se tramita a través de las facultades de inspección, vigilancia y control sanitario que hacen parte de un gran modelo. Se regula en la Resolución 1229 de 2013 del Ministerio de Salud e implica labores de i) verificación de cumplimiento estándares normativos de los productos en cuestión (inspección), ii) seguimiento o monitoreo de dichos procesos (vigilancia) y iii) la aplicación de correctivos para los incumplimientos de esos estándares (control)[32]. El modelo pretende manejar los riesgos y actuar preventivamente por medio de principios y enfoques sistémicos que consolidan su quehacer[33]. Es, en últimas, una referencia para que la institucionalidad pueda analizar y gestionar los riesgos relacionados con el uso y consumo de productos que tengan impacto en la salud individual y colectiva.

Pese a que hay competencias por fuera del modelo IVC y no todo se concentra en él, la estructura del régimen no se puede entender sin su esquema de actores institucionales[34]. Este engranaje funciona a partir de las direcciones del Ministerio de Salud y Protección Social, la veeduría de la gestión por parte de la Superintendencia de Salud y una ejecución concreta de las acciones IVC por parte de las Entidades Territoriales en Salud[35] y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (en adelante Invima). Ambas entidades tienen vigilancia sanitaria sobre una amplia gama de productos, pero es el Invima quien tiene la competencia específica de IVC sobre los medicamentos[36]. En ese sentido, en materia de medicamentos, el Invima se convierte en el centro de impulsión y liderazgo del IVC en respuesta a problemas relacionados con aquellos que son subestándar o falsificados.

Si bien es cierto que el Invima posee numerosas competencias sobre el rastreo de infracciones a normas y procedimientos sanitarios, no es la única autoridad que puede aportar en este proceso. Como bien se mencionó, detrás de los medicamentos subestándar y falsificados no sólo hay defectos involuntarios, sino también una intención de corromper la cadena de suministro y engañar a los consumidores. Esto demanda la participación de otros actores institucionales que no hacen parte, en estricto sentido, de

32 Definiciones con base en el artículo 11 de la Resolución 1229 de 2013 "Por la cual se establece el modelo de inspección, vigilancia y control sanitario para los productos de uso y consumo humano".
33 Artículos 6 y 9 de la Resolución 1229 de.
34 La Resolución 1229 también reconoce como actores sanitarios tanto a los productores como a la comunidad de consumidores, sin embargo, para efectos de este trabajo no se tendrán en cuenta. Así mismo, se deja por fuera a la Unidad Administrativa Especial Fondo Nacional Estupefacientes pues ejerce un control sobre productos que se salen del alcance de esta investigación.
35 Su competencia se otorga desde el Decreto 677 y no desde la Resolución 1229 de 2013.
36 Art. 12 del Decreto 843 de 2016 "Por el cual (...) se dictan medidas para garantizar la disponibilidad y control de los medicamentos en el país". Se concluye que esta competencia no es a prevención al no derogarse la competencia compartida que también tenían las Entidades Territoriales en Salud en el Decreto 677 de 1995.

la configuración sanitaria. Vale la pena mencionar los siguientes:

1. Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales (DIAN): es la encargada de controlar y administrar el debido cumplimiento de las obligaciones aduaneras y cambiarias[37], espacios esenciales donde transitan los medicamentos en cuestión. Comparte lugares de acción con el Invima y lo suele hacer por medio de la Policía Fiscal y Aduanera (POLFA)[38].

2. Fuerza Pública: también combate la presencia de medicamentos falsificados por medio de su Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL –DIJIN– y de sus grupos investigativos internos con amplias facultades para garantizar la salubridad pública.

3. Fiscalía General de la Nación: adelanta investigaciones sobre hechos delictivos y ejerce la acción penal en delitos relacionados con la corrupción, imitación, comercialización y enajenación ilegal de medicamentos y otros productos que sean nocivos para la salud[39].

4. Superintendencia de Industria y Comercio (SIC): muchas de las acciones relacionadas con medicamentos subestándar y falsificados vulneran el régimen de protección al consumidor lo cual activa la competencia y facultades de la SIC[40]. Particularmente, cuenta con un amplio campo de acción, incluso si está hablando en el escenario del comercio electrónico[41].

De la misma manera, existen otros actores no institucionales que también encuentran un gran interés en esta materia sanitaria como la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico y participantes del mercado, particularmente, empresas de intermediación del e-commerce como Mercado Libre, entre otras. El punto central de este esquema institucional radica en las posibilidades de coordinación que tiene con las entidades que no son estrictamente sanitarias, demostrando así que la cuestión trasciende los límites tradicionales de la salud pública.

c. En el contexto del comercio electrónico colombiano

Colombia, al igual que los demás países del mundo, se enfrenta a los nuevos retos que van apareciendo en la compleja y globalizada cadena de producción de los medicamentos. Este amplio e interconectado contexto facilita la proliferación de medios en los que nuevos agentes –lícitos e ilícitos– entran al mercado en cuestión mediante originales y más ágiles mecanismos tales como el internet. En efecto, el escenario

37 También con respecto a las obligaciones tributarias según el Decreto 4048 de 2008 "Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales".

38 Es una dirección específica de la entidad y se conforma por miembros de la policía que acompañan la labor de control fiscal, cambiario y aduanero. Ver, por ejemplo, Policía Nacional, "La POLFA Puso Al Descubierto Una Fábrica Clandestina De Supuesto Viagra Al Sur De La Ciudad De Bogotá.", Blog, *Noticias Policía Nacional*, 2020, https://www.policia.gov.co/noticia/aumento-valor-aprehensiones-medicamentos-contrabando-pandemia.

39 Artículos 372, 373, 374 y 37 respectivamente, del Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000.

40 Ley 1480 de 2011 "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones."

41 Además de las disposiciones especiales, la Ley 1480 se aplica a todos los sectores de la economía en los cuales no exista regulación, por eso su gran aplicabilidad en el comercio electrónico. Ver Superintendencia de Industria y Comercio, *Guía Para La Protección Del Consumidor Y Sus Datos Personales En El Comercio Electrónico* (Bogotá D.C.: Superintendencia de Industria y Comercio, 2021).

del comercio electrónico proporciona un punto de entrada relativamente fácil –incluso a los mercados mejor regulados– debido al rápido movimiento y al difuso control que se ejerce sobre sus dispositivos que comprenden redes sociales, farmacias virtuales, publicidad en línea, entre otros[42]. De la misma manera, se ofrece como una opción atractiva para los consumidores por la rapidez y comodidad de sus transacciones, los menores precios y la frecuente ausencia de necesidad de receta médica[43]. Todo esto hace del e-commerce una opción cada vez más viable para distribuir y comercializar productos farmacéuticos.

Aunque el país no ha delimitado la extensión ni la prevalencia de los medicamentos subestándar y falsificados, no es un tema que ha pasado desapercibido al registro (más aún en materia de comercio electrónico). Concretamente, el Observatorio Nacional de Ilegalidad y Contrabando del Invima reportó 2.052 denuncias ciudadanas de medicamentos alterados y fraudulentos que abarcaban toda clase de medicamentos desde aquellos de alto costo hasta los asociados con el estilo de vida[44]. Lo interesante es que, desde 2020, más de la mitad de las denuncias en el ámbito de comercio electrónico responden a medicamentos, lo que indica que el fenómeno efectivamente está migrando de espacios[45]. A su vez, en la Investigación Inicial en la que se basó esta tesis, se realizó un análisis de noticias relacionadas con el fenómeno (desde 2018 hasta agosto de 2021) y se encontró que casi la mitad de los canales de distribución en los que se encontraron medicamentos alterados y/o fraudulentos estaban relacionados con el comercio electrónico (categoría de "venta por internet" y "redes sociales").

Por otra parte, vale la pena mencionar que este caso particular de los medicamentos muestra cómo el comercio electrónico va más allá de relaciones de compraventa y abarca otros espectros de actividades mercantiles desarrolladas en el espacio virtual como lo es la distribución de los productos, intercambio de información o inclusive la publicidad de estos dentro de la red[46]. Por ello, su regulación es tan particular y se da a partir de dos normas fundamentales: las leyes 527 de 1999 y 1480 de 2011. La primera hace referencia a la Ley de Comercio Electrónico donde se consagran los principios jurídicos de la actividad y la segunda al Estatuto del Consumidor que regula todo el régimen de protección al consumidor en Colombia. Bajo el entendido de que en los medios electrónicos se establecen relaciones de consumo es que se aplica la Ley 1480 y, por la misma razón, que la SIC –en su función de protección al consumidor– entra a vigilar estos espacios[47].

Precisamente, es el anterior arreglo institucional el que, prima facie, vigila y controla las relaciones del

42 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Trade In Counterfeit Pharmaceutical Products, Illicit Trade* (Paris: OECD Publishing, 2020), 45.
43 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Trade In Counterfeit Pharmaceutical Products, Illicit Trade*
44 Son aquellos que aportan un beneficio particular al individuo como lo puede ser bajar de peso, quemadores de grasa, etc.
45 Observatorio Nacional de Ilegalidad y Contrabando, "Comercio Electrónico Observatorio Invima 2020 - Trimestre 1", *App. Invima.Gov.Co*, 2021, https://app.invima.gov.co/observatorio/2020/trimestre1/comercioelectronico.
46 Antonio Mille, "Impacto Del Comercio Electrónico Sobre La Propiedad Intelectual", *Revista De Derecho De La Universidad Católica De Valparaíso* 19, no. 1 (1998): 339-369. en Erick Rincón Cárdenas, *Derecho Del Comercio Electrónico Y De Internet* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020).
47 Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Radicación 05063562. Trámite 113. Actuación 440. Folios 008. Bogotá: Oficina Asesora Jurídica, 2011, y Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Radicación 05063562. Trámite 113. Actuación 440. Folios 008. Bogotá: Oficina Asesora Jurídica, 2011.

comercio electrónico y gestiona los riesgos propios de la actividad relacionados tanto con los actores involucrados como en los objetos de la transacción[48]. Las contingencias pueden comprender desde suplantaciones hasta el repudio de la información en la que se interviene, sin embargo, si el producto es un medicamento, existen otros factores de riesgo como el ritmo al que crece el e-commerce, el poco registro que se tiene de sus ventas y las lagunas de su regulación[49]. Eso sin mencionar que la situación trastoca los linderos entre los regímenes sanitario y del consumidor, lo que implica, en últimas, una necesidad de colaboración interinstitucional.

3. Sobre el Diseño Legal como metodología de investigación jurídica

a. ¿Qué es el Diseño Legal?

Aproximarse a problemas tan complejos y engorrosos como el presente, demanda soluciones interdisciplinarias y versátiles para su abordaje. Es así como entra el Diseño Legal en escena, que según Margaret Hagan, directora del Laboratorio de Diseño Legal de la Universidad de Stanford, es la aplicación de un diseño centrado en el usuario para el mundo del Derecho[50]. Su idea principal radica en consolidar sistemas jurídicos más centrados en quien usa el derecho, más satisfactorios y útiles con el fin de evaluar y crear toda clase de servicios jurídicos[51]. De hecho, no hay espacio del Derecho al que no se le pudiese aplicar; piénsese, por ejemplo, que abarca desde maneras para hacer más claro un contrato al cliente hasta la evaluación del sistema de selección de una acción judicial. Sus metodologías combinan el Design Thinking, la tecnología y la investigación empírica para analizar si efectivamente el Derecho, en cualquiera que sea su representación, mejora los resultados y experiencia del usuario[52]. Todo esto bajo el entendido de que el usuario puede ser cualquier persona que use el Derecho más allá de los abogados.

Así pues, su gran objetivo reside en empoderar a quienes utilizan el Derecho a través de experiencias adecuadas y aprovechables. Desde el lado del abogado busca reflexionar sobre cómo hacer la práctica jurídica mejor para servir a sus clientes o ciudadanos de manera más eficiente, mientras que, para el usuario del derecho, le ayuda en hacerlo más inteligente, empoderado y en control de las complejidades de las cuestiones legales[53]. Por ello, no hay que perder de vista que su base es el Design Thinking, una metodología de la disciplina del diseño que tiene especial preocupación por la experiencia del usuario de la mano de un acercamiento interactivo y experimental para desarrollar soluciones a

48 Erick Rincón Cárdenas, *Derecho Del Comercio Electrónico Y De Internet* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 178.
49 Rincón , *Derecho del Comercio Electrónico y de Internet,* 119.
50 Margaret Hagan, *Law By Design*, 1st ed., 2017. Recuperado de https://lawbydesign.co.
51 Astrid Kolhmeier and Meera Klemola, *The Legal Design Book*, 1ª ed. (Meera Klemola and Astrid Kohlmeier, 2021).
52 Margaret Hagan, "Legal Design As A Thing: A Theory Of Change And A Set Of Methods To Craft A Human-Centered Legal System", *Design Issues* 36, no. 3 (2020): 3-15.
53 Hagan, *Law By Design*.

cualquier tipo de problema[54]. Tim Brown, uno de los mayores impulsores de esta disciplina, reconoce que las oportunidades de innovación del Design Thinking se dan a partir de espacios que se solapan entre sí y comprenden etapas de: i) inspiración para comprender situaciones y motivar la búsqueda de soluciones; ii) de ideación para probar y desarrollar ideas y iii) de implementación para llevar esas alternativas a la práctica[55].

Al mismo tiempo, y a pesar de parecer un campo completamente experimental sin rigor metodológico, la realidad es que "las prácticas y los valores de un enfoque de diseño centrado en el usuario[56] están estrechamente relacionados con varias tendencias antiguas y nuevas de la investigación jurídica"[57]. Por ejemplo, Hagan identifica que esta manera de ver el Derecho resulta un complemento y predecesor de los Estudios Empíricos del Derecho[58] pues estos, al igual que el diseño, también realizan análisis rigurosos sobre resultados derivados de intervenciones en sistemas sociales. De la misma manera, está interrelacionado con la investigación sobre el derecho y la sociedad, y la investigación de acción participativa jurídica[59].

b. ¿Por qué es importante su estudio y aplicación?

Además de los beneficios inherentes que puede tener el Diseño Legal –como lo es abordar los problemas de maneras innovadoras y desde las necesidades de quienes usan el derecho en un sistema concreto– su valor agregado radica en la aplicabilidad que tiene al campo jurídico. Autoras como Amanda Perry resaltan las posibilidades de aporte del diseño al derecho, ya que las formas del primero (particularmente la experimentación, la comunicación y el hacer las cosas visibles y tangibles) pueden mejorar las necesidades de los abogados para dar sentido a las ideas jurídicas, evaluarlas y comunicarlas[60]. Por consiguiente, la conceptualización relativamente amplia del Diseño Legal permite un amplio campo de práctica.

En ese orden de ideas, la manera más concreta de ver el Diseño Legal es a través de la práctica jurídica,

54 Tim Brown, "Design Thinking", *Harvard Business Review*, 2008, https://readings.design/PDF/Tim%20Brown,%20Design%20Thinking.pdf.
55 Tim Brown, *Diseñar El Cambio: Cómo El Design Thinking Puede Transformar Las Organizaciones E Inspirar La Innovación*, 1st ed. (Madrid: Ediciones Uranu, S.A.U, 2020). Brown también acompaña estas etapas de tres criterios que son referentes para tener ideas exitosas, a saber: factibilidad, viabilidad y deseabilidad.
56 Dentro de la investigación se utiliza el término "diseño centrado en el usuario" como sinónimo de Design Thinking al igual que se equipara con la labor del Diseño Legal.
57 Margaret Hagan, "A Human-Centered Design Approach To Access To Justice: Generating New Prototypes And Hypotheses For Intervention To Make Courts User- Friendly", *Indiana Journal Of Law And Social Equality* 6, no. 2 (2018): 200-239, 206 (traducción propia).
58 Conocidos también como Investigaciones Empíricas del Derecho o en inglés *Empirical Legal Studies*. Ver Rafael Díaz y Walter Valencia, "Una Introducción A Las Investigaciones Empíricas En Derecho", *Verba Luris* 15, no. 44 (2020): 186-215.
59 Hagan, "A Human-Centered Design Approach To Access To Justice", 206.
60 Amanda Perry-Kessaris, "Legal Design For Practice, Activism, Policy, And Research", *Journal Of Law And Society* 46, no. 2 (2019): 185-210, 195.

donde, en labores tan simples como redactar un documento hasta complejas como planear un litigio, se puede facilitar la experiencia del usuario en medio de difíciles procedimientos legales[61]. Inclusive, puede verse su aplicación en la investigación jurídica mediante modelos para hacer visibles y tangibles los objetos de estudio del Derecho[62]. No obstante, las áreas de aplicación que más le interesan a esta investigación tienen que ver con el interés público, el acceso a la justicia y las políticas públicas.

Pese a que la relación escenario público y Diseño Legal ha estado tradicionalmente enfocada en el activismo legal y el acceso a la justicia, su implementación en la elaboración de políticas públicas es igual de importante. En efecto, el diseño desempeña un papel crucial cuando se trata de estas ideas de interés público que ayudan al Estado a cumplir con sus fines[63] y requieren de una considerable arquitectura legal en su aplicación a cualquier materia[64]. Lo interesante es que aquí el usuario llega a ser la institucionalidad misma. En términos concretos, el diseño centrado en el usuario se ha aplicado a estos ámbitos desde ciclos que incluyen cinco pasos principales[65]:

1. Comprensión
2. Síntesis
3. Lluvia de ideas y creación de prototipos
4. Pruebas
5. Refinamiento

Las primeras fases implican desarrollar el estudio sobre los usuarios y el statu quo del sistema, mientras que las siguientes consisten en buscar soluciones que sirvan a los usuarios para después validarlas con la realidad y mejorarlas. Esta investigación solamente profundizará en la primera de las fases (comprensión) para demostrar sus puntos.

c. Métodos para el trabajo y aplicación del Diseño Legal

El Diseño Legal actualmente se encuentra en una etapa temprana de desarrollo, sin embargo, eso no implica que la doctrina especializada no haya encontrado métodos concretos de trabajo. En sus investigaciones, Hagan ha establecido que el Diseño Legal puede crear un híbrido de metodologías que pueden conducir a resultados prácticos y académicos según la etapa de trabajo en la que se encuentre

61 Perry-Kessaris, "Legal Design For Practice, Activism, Policy, And Research".
62 Algo similar a lo que se pretende hacer en este texto.
63 Jorge Iván Cuervo, "Las Políticas Públicas Entre Modelo y Práctica." En *Ensayos sobre Políticas Públicas*, editado por Universidad Externado de Colombia, (Bogotá D.C.: U. Externado de Colombia, 2007), 68.
64 Linda Mulcahy, *Legal Architecture: Justice, Due Process And The Place Of Law*, 1st ed. (London: Routledge, 2011).
65 Hagan, "A Human-Centered Design Approach To Access To Justice". Vale la pena aclarar que estos pasos fueron utilizados en la investigación de Hagan en materia de acceso a la justicia, sin embargo, resultan completamente aplicables a esta investigación y a los temas de salud pública.

el diseñador legal (descritas en la sección anterior)[66]. La autora describe varias metodologías que sirven incluso para elaborar prototipos[67]. No obstante, el enfoque de esta investigación descansa en las alternativas relacionadas con el descubrimiento de las necesidades de los usuarios del sistema ya que es en este punto donde i) se concreta el diagnóstico del problema y ii) se priorizan las oportunidades legales de intervención y trabajo para abordar la situación.

Al respecto, se identifican unas metodologías tanto concretas como generales de la mano de varias herramientas sociales. En las concretas se encuentra la bibliografía centrada en las encuestas sobre necesidades jurídicas con un enfoque más cualitativo, pero también métodos que se centran en tendencias a gran escala y el contenido particular generado por los usuarios, por ejemplo, en internet. Por otro lado, hay métodos más generales y sofisticados como:

- **Etnografía aplicada:** contempla la observación de personas en instituciones jurídicas, realizando tareas legales y su desempeño en un sistema relacionado con el derecho[68].
- **Teoría fundamentada:** ofrece un método relacionado para recoger una variedad de entrevistas, observaciones y otros puntos de datos, y utilizarlos para sintetizar patrones y temas comunes[69]. En su relación con el derecho, busca proponer cuál es el statu quo del sistema jurídico y ver los fenómenos y condiciones que afectan a los agentes.
- **Método Delphi:** una técnica que consiste en valerse de la opinión intuitiva de expertos para pronosticar el futuro y organizar visiones sobre lo que debería ocurrir. Una dinámica útil para unir visiones sobre cómo clarificar necesidades y oportunidades.

Todas estas metodologías permiten combinar el enfoque de diseño centrado en el usuario con los retos y estructuras del sistema jurídico[70]. El punto central de estas estrategias es evaluar si los acercamientos que se tienen sobre una cuestión determinada ayudan, en últimas, a mejorar los resultados de los actores del sistema. Es más, su utilización también puede indicar los niveles de aplicabilidad de cada metodología en lo contextos determinados; seguramente unas serán más adecuadas que otras para esclarecer las necesidades y dinámicas de los sistemas objeto de estudio.

4. Aplicación del Diseño Legal a la Problemática

Hoy por hoy, a pesar de contar con una fuerte autoridad sanitaria y tener un liderazgo sanitario en la

66 Margaret Hagan, "A Human-Centered Design Approach To Access To Justice ".
67 En la jerga del Design Thinking, un prototipo es "cualquier cosa tangible que permite explorar una idea, evaluarla y hacer que avance" (Tim Brown, *Diseñar El Cambio: Cómo El Design Thinking Puede Transformar Las Organizaciones E Inspirar La Innovación*, 119).
68 Indi Young, Mental Models Aligning Design Strategy with Human Behavior (San Francisco, CA: Rosenfeld Media, 2008).
69 Juliet Corbin and Anselm Strauss, "Grounded Theory Research," Qualitative Sociology 13, no. 1 (1990): 3–21.
70 Margaret Hagan, "The State Of Legal Design: The Big Takeaways Of The Stanford Law + Design Summit", *Medium*, 2017, disponible en https://medium.com/legal-design-and-innovation/the-state-of-legal-design-the-big-takeaways-of-the-stanford-law-design-summit-ee363b5bf109.

región, Colombia sigue presentando serias dificultades al igual que otros países de ingreso medio en la lucha contra los medicamentos falsificados. En primer lugar, enfrenta grandes barreras en la identificación y comprensión del problema pues al día de hoy no existe una investigación o estudio –a diferencia de la Investigación Inicial– que muestre de manera completa la magnitud de mercado y la verdadera fragilidad de los servicios farmacéuticos locales[71]. En segundo lugar, la inevitable migración del fenómeno al comercio electrónico facilita y cataliza su entrada a la cadena de suministro en sus etapas de distribución[72] bajo espacios de regulación difusa. En tercer lugar, las herramientas jurídicas para hacer frente al asunto se pierden en un mar de competencias desagregadas sin eficacia, pues se asientan en un modelo de IVC sanitario no ajustado a las necesidades interdisciplinarias de la cuestión.

Estos resultados se relacionan con una estrategia basada en una regulación desactualizada, enfocada únicamente en las competencias de las autoridades sanitarias y, peor aún, desconectadas de la realidad de la salud pública. En esencia, esta manera de utilizar el derecho para la salud pública presenta un déficit al no incorporar los puntos de contacto críticos que se dan en la realidad institucional. Toda una situación de 'cuello de botella' en la que se mantienen obstáculos en el sistema que empeoran o mantienen igual unos resultados incrementales que no resuelven el quid del asunto.

Por el contrario, si se tiene una aproximación desde el usuario que utiliza los instrumentos jurídicos, se pueden concretar alternativas que respondan a sus necesidades y preocupaciones reales. Así pues, no sólo se tendrán mejores resultados del usuario, sino que también se dará un enfoque jurídico más adecuado con la realidad empírica. A continuación se mostrará cómo, al dirigirse según las necesidades de la institucionalidad (usuario objetivo de este caso), se puede cambiar la estrategia actual y permitir nuevas posibilidades en esta problemática tan compleja. Por medio de tres preguntas guía[73] se aplica de manera breve el Diseño Legal a la problemática y se refleja la importancia de su implementación en la salud pública. El objetivo principal de este análisis no es criticar la norma para necesariamente proponer la creación de una nueva, sino más bien reflexionar sobre los verdaderos alcances del marco jurídico existente.

a. ¿Dónde hay lagunas?: lugares en los que el derecho no ha sido un facilitador

La respuesta a esta pregunta muestra los puntos en donde el statu quo no funciona, en los que existen

71 Esto ya se advertía desde la investigación del MEM. Ver Mecanismo de Estados Miembros de la OMS sobre productos médicos de calidad subestándar y falsificados, *Cómo Los Estados Miembros De La OMS Colaboran Para Salvaguardar El Acceso A Medicamentos, Vacunas Y Otros Productos Médicos Seguros Y Eficaces* (Organización Mundial de la Salud, 2020).

72 En estos eslabones finales, justo antes de llegar al consumidor final, la cadena de distribución es más vulnerable; aún más en el comercio electrónico. Ver Robin Rojas-Cortés, "Substandard, Falsified And Unregistered Medicines In Latin America, 2017-2018", *Revista Panamericana De Salud Pública* 44 (2020): 1, doi:10.26633/rpsp.2020.125.

73 Adaptadas a partir de metodologías concretas del Diseño Legal aplicables a casos de acceso de justicia y diseño de servicios legales. Ver Margaret Hagan, "A Human-Centered Design Approach To Access To Justice: Generating New Prototypes And Hypotheses For Intervention To Make Courts User- Friendly", *Indiana Journal Of Law And Social Equality* 6, no. 2 (2018): 200-239 y Háptica Service Design, "Legal Service Design Toolkit" (Bogotá, 2020).

vacíos en las teorías y modelos del tema o donde no están sincronizados los resultados deseados con los productos o soluciones. La mejor manera de verlo para el caso de los medicamentos falsificados en el comercio electrónico es a través de dos casos y un ejemplo que ilustra el panorama. El primer caso se refiere a la inoperancia de las definiciones jurídico-sanitarias del ordenamiento colombiano, mientras que el segundo trata sobre cómo la realidad del comercio electrónico desdibuja linderos regulatorios de la salud pública. Por último, se evidencian esas lagunas a partir del conocido y reciente caso del medicamento Cytote**c.**

i. Una terminología "inaplicable"

Como bien se mostró en secciones anteriores, Colombia contempla en su ordenamiento jurídico un marco conceptual diferente al de la salud global para referirse a los medicamentos falsificados y de mala calidad. Efectivamente, por medio de las categorías alterado y fraudulento, encierra mediante trece (13) casos taxativamente tipificados a todo este gran grupo de medicamentos[74]. Esta clasificación aparenta ser un elemento causal más dentro de los muchos definidos en el sistema sanitario, sin embargo, acaba por ser la piedra angular que determina el accionar institucional que entiende la problemática y construye las políticas que la resuelve. En otras palabras, las definiciones son la hoja de ruta que determina las estrategias a seguir para responder a las situaciones sanitarias.

Desafortunadamente, la categorización del ordenamiento colombiano resulta inconveniente pues no logra representar el asunto tan bien como sí lo hacen las definiciones de la OMS de medicamentos subestándar, falsificados y sin registro. Evidentemente, no es lo mismo un medicamento producto de errores negligentes en la cadena de producción y suministro, al que fue deliberadamente corrompido para engañar al consumidor; cada uno implica soluciones diferenciadas. Al mismo tiempo, las dificultades se mantienen con su uso ya que ambas clasificaciones no resultan homologables entre sí toda vez que, para la OMS, un medicamento falsificado puede ser tanto alterado como fraudulento y viceversa. Ello ha representado un gran problema para las rutas de acción, la realización de la trazabilidad y los reportes de casos tanto a nivel global (sistemas de monitoreo que usan la clasificación OMS) como nacional[75]. Se afecta así el mayor input que tienen las autoridades para entender la cuestión.

ii. Retos del comercio electrónico: entre el trabajo interdisciplinario y la primacía del régimen del consumidor.

El comercio electrónico es quizá el escenario más palmario donde puede evidenciarse la laguna legal, no por el hecho de falta de regulación, sino más bien porque el campo de acción es sumamente amplio y la mayoría de este escenario jurídico se subsume en el régimen del consumidor dejando de lado las particu-

74 Art. 2 del Decreto 677 de 1995

75 Por ejemplo, en la Investigación Inicial se realizaron entrevistas con varias direcciones misionales del Invima en las que narraban lo complejo que es el manejo de las categorías a medida que se van reportando los casos. De hecho, los datos del Observatorio de Ilegalidad del ente no diferencian si la denuncia de los medicamentos corresponde a uno fraudulento o alterado, lo que puede brindar un indicio de la dificultad en la clasificación aunque no una relación causal necesaria.

laridades de la salud pública. Al fin y al cabo, la Ley 1480 tiene un ámbito de aplicación bastante amplio por lo que se refiere a relaciones de consumo, como también a cualquier sector de la economía respecto del cual no exista regulación especial (entre esos el comercio electrónico). Paralelamente, no existe ninguna regulación concreta en materia de venta de medicamentos por estos canales, solamente el Decreto 3050 de 2005 que reglamenta el expendio de medicamentos y tiene como requisito imprescindible que el establecimiento donde se venda el producto médico cumpla con las Buenas Prácticas de Abastecimiento expedidas por el Min Salud[76]. No hay claridad de su aplicación (eficacia) jurídica.

En ese sentido, esta visión estándar del comercio electrónico presenta un escenario regulación donde la SIC es la primera autoridad responsable para velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y hacerle IVC a la cuestión[77]. Aquí la SIC –al igual que el Invima– cuenta con amplia autonomía administrativa para investigar las presuntas violaciones al régimen del consumidor, ordenar cese de actividades y difusión correctiva (si se trata de temas de publicidad), sanciones de muchos tipos, e incluso funciones jurisdiccionales con las que no cuentan las entidades sanitarias.

Pese a que estas labores puedan funcionar, lo problemático es que esta visión homogeniza a unos productos como los medicamentos sobre los que recaen unas características especiales y un interés público que involucra un manejo diferenciado. Si bien este régimen exige la idoneidad, calidad y seguridad sobre los productos[78], de la mano de unos deberes de información, no hay claridad de que esas garantías están para la mayor exigibilidad que demanda un producto médico. Pareciera ser que una visión del derecho comercial incorpora un tema sanitario, pero lo absorbe completamente sin cabida a un diálogo más horizontal en el que se pueda reflexionar incluso dentro de los problemas exclusivos del comercio electrónico como lo pueden ser la publicidad engañosa o la intermediación por medio de los portales de contacto (hoy llevado a cabo especialmente por las redes sociales). Todos estos temas tienen que ver con los medicamentos falsificados, por lo que últimamente se muestran avances en colaboración entre sectores y entidades pero nada realmente interdisciplinario donde se comparta una causa, competencias y conocimiento técnico.

iii. Ilustración de la laguna: caso Cytotet

Este medicamento, inicialmente aprobado para tratar enfermedades gástricas, fue retirado del mercado colombiano en 2014 por el laboratorio Pfizer en vista de sus efectos para las personas en estado de embarazo. Desde entonces tiene una considerable demanda que no cede con el paso del tiempo debido a su utilización en procesos de interrupción voluntaria del embarazo (IVE). A partir de entonces se han presentado varios episodios que comprenden alertas sanitarias emitidas por el Invima en 2016 y el posterior desmantelamiento –con la ayuda de la Fiscalía General de la Nación y la DIJIN– de redes

76 Artículo primero del Decreto 3050 de 2005 "Por el cual se reglamenta el expendio de medicamentos".
77 Ver arts. 1, 11 y 12 del Decreto 4886 de 2011 y Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Radicación 05063562. Trámite 113. Actuación 440. Folios 008. Bogotá: Oficina Asesora Jurídica, 2011.
78 Ver artículo 6 de la Ley 1480 de 2011.

criminales dedicadas a la venta de este medicamento[79]. No obstante, la circulación de Cytotec no parece esfumarse pues en septiembre de 2020 y de 2021 se volvieron a emitir alertas sanitarias pero esta vez por el aumento de sus ventas dentro del comercio electrónico[80]. El Invima reportó 38 enlaces de internet en los que se promociona o menciona al medicamento y otros canales por donde se comercializa (redes sociales, mensajes de texto y hasta WhatsApp)[81]. Todo esto sin mencionar las complejidades detrás de este mercado que abarca tensiones entre derechos (entre ellos el aborto y su acceso), acceso a la salud, su calidad y la salubridad pública de todos los colombianos.

El caso de Cytotec es un interesante ejemplo de cómo continúa operando el fenómeno de los medicamentos falsificados en Colombia, particularmente desde el comercio electrónico. Por un lado, prueba la inevitable proliferación de estos productos en todos los canales alternativos que ofrece la web, con un exponencial crecimiento aún en tiempos de pandemia[82]. Por otro lado, refleja la apremiante necesidad de un trabajo interdisciplinario entre autoridades institucionales pues el hecho de que estos medicamentos hayan entrado al país sin autorización, patrocinados por redes sociales y distribuidos por varios canales de mensajería, indica que existen falencias dentro de un complejo sistema que tiene con ver con cuestiones sanitarias, aduaneras, policiales, judiciales y de protección al consumidor. Un sistema tan engorroso necesita ser navegado y vigilado desde todas sus implicaciones técnicas.

b. ¿Qué se ha probado antes?

Aún cuando la gravedad del asunto es latente y no se ha terminado de delimitar su alcance nacional, la institucionalidad sanitaria colombiana ha tenido valiosas respuestas que son dignas de resaltar. En primer lugar, el Invima aprovecha sus competencias básicas, consagradas en el Decreto 2078 de 2012 y el 780 de 2016[83], para tomar varias alternativas en las que se encuentran: la advertencia al público de la comercialización específica de algún medicamento falsificado por medio de alertas sanitarias, actividades de prevención y pedagogía con otros actores del sistema sanitario (incluyendo consumidores), al igual que amplias facultades sancionatorias[84] y medidas sanitarias que incluyen desde el decomiso hasta la cancelación de registros sanitarios[85]. Destaca también la creación del Grupo Unidad de Reacción Inmediata (GURI) adscrito a la Dirección General del Instituto y encargado de realizar acciones

79 El Heraldo, "Desarticulan Red Criminal Dedicada A Comercializar Medicamentos Abortivos", 2018, https://www.elheraldo.co/colombia/desarticulan-red-criminal-dedicada-comercializar-medicamentos-abortivos-535398.
80 El Espectador, "Esta Es La Lista De Los Vendedores Piratas De Pastillas Abortivas En Colombia", 2021, https://www.elespectador.com/salud/esta-es-la-lista-de-los-vendedores-piratas-de-pastillas-abortivas-en-colombia/.
81 Invima, "Invima Advierte Que El Medicamento Cytotec Tableta 200 Mcg No Cuenta Con Registro Sanitario En Colombia", *Invima.Gov.Co*, 2021, https://www.invima.gov.co/invima-advierte-que-el-medicamento-cytotec-tableta-200-mcg-no-cuenta-con-registro-sanitario-en-colombia.
82 Juan Alejandro Martínez , "Los Medicamentos Espurios Y Su Venta Online En Tiempos De Pandemia", *Revista Digital De Derecho Administrativo*, no. 27 (2021): 261-294.
83 Decreto 2078 de 2012 "Por el cual se establece la estructura del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima), y se determinan las funciones de sus dependencias" y Decreto 780 de 2016 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social".
84 Realizadas a partir del Procedimiento Sancionatorio Administrativo estándar del Tít. III, Cap. III del CPACA, Ley 1437 de 2011.
85 Ver art. 245 del Decreto 2078 de 2012.

preventivas sobre la ilegalidad, contrabando y corrupción de productos competencia del ente[86].

A su vez, resulta importante subrayar todo el tipo de colaboraciones que han gestado las autoridades sanitarias para abordar el problema con ayuda de otras entidades del orden nacional e internacional. A nivel local es común ver operativos del Invima en conjunto con la POLFA y la Fiscalía para desmantelar redes criminales e impedir la circulación de medicamentos falsificados[87]. Inclusive, dentro del entorno del comercio electrónico, ha habido una buena colaboración entre el Invima y la SIC mediante la cual se logró retirar 209 publicaciones de medicamentos falsificados por violar la normatividad de protección al consumidor en el periodo comprendido entre 2018 y 2019[88].

Por su parte, el contexto internacional refleja varias acciones de cooperación donde Colombia es referente a nivel regional liderando varias iniciativas y no limitándose a reportar casos a sistemas de monitoreo. Por ejemplo, a través de la Oficina de Asuntos Internacionales del Invima, el país coordina el grupo de trabajo de la denominada "Actividad H" del MEM de la OMS donde varias naciones se reúnen a estudiar la venta ilegal de medicamentos por internet[89]. También ha participado en la creación de redes internacionales como la Red EAMI (Red de Autoridades en Medicamentos de Iberoamérica), al igual que en operativos internacionales coordinados por la Interpol que lograron decomisos transnacionales de productos vendidos por la web. Así mismo, es importante mencionar que, por medio de un trabajo conjunto con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, el Invima logró crear el Observatorio Nacional de Ilegalidad y Contrabando: el primer espacio que brinda información sobre la gestión del ente en relación con los productos alterados y fraudulentos.

Finalmente, debe recalcarse que Colombia ha sido de los países dentro de la región que ha logrado concretar acuerdos con portales de contacto del comercio electrónicos como Mercado Libre y hasta redes sociales como Facebook e Instagram. En el caso de Mercado Libre se firmaron acuerdos para retirar anuncios ilegales de la plataforma, logrando así que en el periodo entre 2018 y 2019 se retiraran 780 anuncios de esta índole[90]. De la misma manera, en virtud del convenio con Facebook e Instagram, se logró dar de baja a 1.187 perfiles que promocionaban medicamentos ilegales para el periodo entre 2018 y 2020[91]. Sin embargo, la amplia proliferación de estos perfiles inescrupulosos no da tregua y parece ser que se crean más rápido de lo que se eliminan; eso sin mencionar la escasa trazabilidad de las ventas en el comercio electrónico y la baja individualización de los falsificadores. Todo esto manifiesta las complejidades que deben enfrentar las autoridades en estos ámbitos y pone en tela de juicio si las herramientas y estrategias

86 De la misma manera, la Resolución que lo crea establece que GURI es el punto de contacto para realizar el trabajo interinstitucional que demanden todas estas acciones. Ver Resolución No. 001487 del 24 de enero de 2014

87 Infobae, "Megaoperación De La Polfa Incautó 400 Mil Unidades De Medicamentos Fraudulentos", 2021, https://www.infobae.com/america/colombia/2021/02/24/megaoperacion-de-la-polfa-incauto-400-mil-unidades-de-medicamentos-fraudulentos/.

88 Información suministrada por el Invima a la Investigación Inicial.

89 Mecanismo de Estados Miembros de la OMS sobre productos médicos de calidad subestándar y falsificados, *Cómo Los Estados Miembros De La OMS Colaboran Para Salvaguardar El Acceso A Medicamentos, Vacunas Y Otros Productos Médicos Seguros Y Eficaces* (Organización Mundial de la Salud, 2020).

90 Organización Panamericana de la Salud, *Regulatory System Strengthening In The Americas*, 68.

91 Información suministrada por el Invima a la Investigación Inicial.

(jurídicas y de política pública) son adecuadas para proteger la salubridad pública.

C. ¿Qué otra cosa es posible según las necesidades de usuario?

Ahora bien, después de haber situado la problemática dentro del sistema sanitario que lo combate y su realidad jurídica, es imperativo concretar todas sus posibilidades de acuerdo a las necesidades del usuario que utiliza el derecho en el presente caso: la institucionalidad sanitaria encabezada por el Invima. Todas las necesidades establecidas a continuación son producto de un análisis realizado con base en i) lo que el estado del arte ha identificado como el deber ser en la materia y ii) un trabajo etnográfico llevado a cabo en la Investigación Inicial donde se entrevistó a miembros de varios grupos y direcciones del Invima que son cruciales dentro su labor sanitaria[92]. El propósito de este aparte no es otorgar soluciones últimas a la cuestión de los medicamentos falsificados en el comercio electrónico, sencillamente quiere señalar un camino de discusión a tener en cuenta para las futuras decisiones e intervenciones dentro de esta sofisticada situación de salud pública.

i. Revisión terminológica y actualización normativa

Como bien se enunció anteriormente, contar con una terminología unificada y apegada a la realidad no solamente es esencial para recopilar y analizar datos de las falsificaciones, sino también para tomar decisiones sobre cómo operar con las competencias que se tienen[93]. Por ello, la necesidad con la que puede empezar a trabajar la institucionalidad tiene que ver con la adecuación de las definiciones de la OMS de subestándar/falsificado/no-registrado al ordenamiento jurídico colombiano. El punto central de esta necesidad es que la normativa pueda integrar el concepto de 'intención' dentro de sus definiciones para así reconocer y diferenciar el componente criminal tan primordial en los medicamentos falsificados.

Más allá de si el país termina por consignar las definiciones tal y como las tiene la OMS, lo importante es distinguir las malas prácticas de fabricación de las delictivas. Esto será determinante para individualizar a los responsables, tomar medidas al respecto y, a partir de ahí, asignar responsabilidades a los entes encargados. Igualmente, puede pensarse en términos de la practicidad para usar unos términos que sean realmente aplicables y puedan ser usados con facilidad por las autoridades, pero que no comprendan casos taxativos y restrictivos en un tema que muta y deviene más rápido que los intentos del derecho por regularlo.

No obstante, detrás del requerimiento terminológico, esta investigación encuentra problemas en la eficacia y utilidad actual del modelo de IVC sanitario para combatir la falsificación de medicamentos

92 Particularmente, se destacan las entrevistas efectuadas con la Dirección de Responsabilidad Sanitaria, la Oficina de Asuntos Internacionales y el Grupo de Articulación y Apoyo Técnico de la Dirección de Medicamentos.
93 Mecanismo de Estados Miembros de la OMS sobre productos médicos de calidad subestándar y falsificados, *Cómo Los Estados Miembros De La OMS Colaboran Para Salvaguardar El Acceso A Medicamentos, Vacunas Y Otros Productos Médicos Seguros Y Eficaces* (Organización Mundial de la Salud, 2020).

en el comercio electrónico. Si bien el objetivo del Diseño Legal y el diseño de cualquier política en salud pública no debe basar su accionar en la incondicional creencia de que expedir o modificar normas resolverá los problemas de fondo, la discusión acerca del cambio normativo de las herramientas jurídicas debe darse. Actualmente, hay una sensación general –al menos dentro del Invima– de que la normatividad está desactualizada[94]; y no es para nada descabellado pues la norma fundante en materia de IVC sanitario es de 1995 (el Decreto 577) y la última que regula la venta de medicamentos de 2005 (Decreto 3050), mucho antes de entrar en vigencia el fenómeno de la "farmacia electrónica"[95].

Aunque el decreto que crea el modelo de IVC sanitario es reciente (2013), sus principios difícilmente responden a los desafíos del comercio por internet entre los que se encuentran la trazabilidad de los productos, la coordinación con los portales de contacto, la alta capacidad técnica para las labores de IVC, entre otros. Además, se pierde de vista que la inspección y vigilancia de productos falsificados se da mediante espacios ilegales que escapan del giro ordinario del modelo IVC[96]. En vista de que es una necesidad amplia pero esencial, es un buen punto de partida para intervenir y diseñar soluciones.

ii. Ruta de articulación interinstitucional: hacia una uniformidad en el accionar

Como el nuevo escenario del comercio electrónico es tan sofisticado y con tantas aristas, no se puede navegar exclusivamente con las estrategias tradicionales sanitarias. Resulta ser una cuestión que involucra a muchos más temas técnicos, por lo cual constituye un interés para otras entidades además de las dedicadas exclusivamente a la salud pública. Así pues, se encuentra una importante necesidad de que todas las agencias del Estado implicadas incluyan, dentro de sus planes y objetivos internos, acciones dirigidas a definir los puntos de contacto entre responsables como también líneas claras de acción sobre cómo proceder con la colaboración interinstitucional. Estas rutas de acción son especialmente necesarias cuando existen tantas competencias solapadas entre sí dentro del ordenamiento jurídico, e incluyen a otros entes aparte del Invima y las entidades territoriales en salud, a saber: la SIC, la Fiscalía, la DIJIN, la DIAN y la POLFA.

Naturalmente, el Invima puede seguir ejerciendo el liderazgo en la coordinación y en la materia, pero la articulación debe ser gestionada por todas las demás autoridades. Por fortuna, la normatividad colombiana brinda mecanismos jurídicos para que se lleve a cabo esa colaboración, al menos desde una perspectiva formal y ordenada. En particular, la Ley 489 de 1998 consagra el principio de colaboración y coordinación entre entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones, como también una serie de mecanismos para materializarlo[97]. Entre ellos se encuentra la figura de las comisiones intersectoriales

94 Impresiones recogidas de las entrevistas realizadas en la Investigación Inicial con los funcionarios del Invima.

95 De este último decreto aún no hay manera de mostrar el rango de su aplicación pero esta investigación intuye que es baja debido a la facilidad con la que cualquier persona puede vender productos vía internet y el bajo control en estos escenarios.

96 Una cosa es la cadena legal de suministro sumamente controlada por el Invima y expresada por medio de farmacias y vendedores autorizados mientras que otra es la ilegal. Lastimosamente, en el comercio electrónico ambos espacios se confunden (i.e. un criminal podría vender o promocionar un producto al igual que una farmacia en un portal de contacto como Mercado Libre o una red social sin que el consumidor promedio pueda distinguir con precisión).

97 Artículo 6 de la Ley 489 de 1998 "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

que ayudan a coordinar y orientar funciones y servicios públicos que, por sus características especiales, necesitan de varias entidades descentralizadas[98]. La inspección, vigilancia y control sanitario puede ser uno de esos servicios y estas comisiones ayudarían a formalizar las colaboraciones para tomar decisiones que concreten rutas de trabajo claras y precisas entre las entidades involucradas. Adicionalmente, existen ejemplos en la salud pública donde ya se ha utilizado este mecanismo con el fin concretar políticas públicas como lo evidencia la Comisión Intersectorial de Salud Pública creada desde 2014[99].

Así mismo, esta necesidad incluye dentro de sí otra más específica relacionada con las capacidades técnicas que deben ser tenidas en cuenta para aproximarse a la problemática en el contexto del e-commerce. El fortalecimiento de las capacidades debe darse tanto en las autoridades sanitarias para que comprendan las dinámicas propias del internet y lo naveguen con más facilidad, pero también desde las autoridades del consumidor con miras a que completen su entendimiento sobre las particularidades y manejo de bienes tan particulares como lo son los medicamentos. Inclusive, también puede pensarse en cómo seguir aprovechando las estructuras internas de las entidades con base en puntos de contacto que en sus funciones propicien la colaboración; el GURI del Invima es un gran ejemplo.

De la misma manera, el intercambio de conocimientos debe darse con las autoridades judiciales y de policía para que éstas comprendan las particularidades sanitarias de los delitos que están persiguiendo, pero que a su vez el Invima entienda las estructuras criminales que están detrás de la falsificación. No es una cuestión de "pasarse la bola" entre entidades, se trata más bien de apropiarse de los problemas según las capacidades de cada una, de la mano de competencias flexibles pero determinadas según objetivos concretos. Solamente así se superará la estrategia actual marcada por un trabajo donde las disciplinas se centran en partes separadas del problema (multidisciplinario) para alcanzar otro tipo de colaboración más interdisciplinaria en que los campos del conocimiento utilizados transgredan sus límites y, de manera integrativa, ayuden a comprender el problema en su totalidad[100]. Un abordaje interdisciplinario es, precisamente, la clase de articulación que pretende el Diseño Legal.

iii. Trazabilidad de los medicamentos en el comercio electrónico

En vista de que el mercado de los medicamentos posee un flujo tan grande y rápido, rastrearlos –tanto en los canales físicos como en los virtuales– se convierte en una necesidad imperante[101]. Más aún cuando el IVC no presenta tanta profundidad en internet como si lo tiene en los estrictos controles de calidad que suele llevar el Invima dentro de la cadena de suministro física. Por tanto, para evitar que el tratamiento del fenómeno siga manteniéndose en una fase reactiva antes que preventiva, es in-

98 Por medio de estas comisiones se crean grupos de trabajo más pequeños como mesas intersectoriales, aunque se les suele equiparar a nivel conceptual en los ejemplos del sistema jurídico. Ver Artículo 45 y subsiguientes de la Ley 489 de 1998.
99 Ver Decreto 859 de 2014 "Por el cual se reglamenta el par~grafo 1 del artículo 7 de la Ley 1438 de 2011".
100 Pablo Riveros, Jaqueline Meriño y Francisco Crespo, *Las Diferencias Entre El Trabajo Multidisciplinario, Interdisciplinario Y Transdisciplinario.* (Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2020).
101 En efecto, el Boletín SISMED No. 2 del Min Salud muestra que en 2018 el volumen de venta de medicamentos fue mayor a los 5 billones de pesos y las unidades vendidas sobrepasaron los mil millones. Ver Secretaría Técnica de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, *Boletín SISMED No. 2* (Bogotá: Ministerio de Salud y Protección Social, 2019).

dispensable contar con procedimientos que permitan seguir los procesos en los que evoluciona el producto médico en todos los eslabones de la cadena de distribución y suministro. Al menos, si se realiza juiciosamente desde los espacios legales de la cadena, el IVC podrá extenderse a los medicamentos falsificados que intentan entrar a la misma, al tiempo en que se desdibuja esa línea gris existente en la venta electrónica de legal-ilegal referida anteriormente. En resumidas cuentas, se trata de darle profundidad al IVC sanitario en el comercio electrónico.

En ese sentido, es pertinente que la institucionalidad sanitaria busque maneras de precisar cuándo y de qué manera los productos entran en la cadena sin necesidad de depender totalmente de las denuncias ciudadanas y farmacéuticas que son las que normalmente encienden las alarmas con respecto a los medicamentos falsificados. Actualmente, el estado del arte sobre el tema ofrece varias alternativas que comprenden desde códigos de todo tipo en los medicamentos (bidimensionales, de radiofrecuencia, etc.) hasta aplicativos móviles que verifican la autenticidad[102]. Evidentemente, cada país puede escoger cuáles se adecúan más a sus necesidades y limitaciones económicas, pero siempre con miras a organizar un sistema de trazabilidad y rastreo de las unidades que van entrando al mercado.

Sin embargo, el comercio electrónico plantea más desafíos que en la cadena física, pues, en principio, cualquier persona puede crear perfiles en portales de contacto para vender y publicitar productos. Y, aún peor, la gestión de las autoridades se dificulta a la hora de individualizar y encontrar responsables debido a que los deberes de idoneidad, calidad y seguridad de los productos recae sobre los vendedores y no sobre los portales[103]; por lo que las labores de colaboración se limitan al cierre de perfiles sin garantías de sanción o prevención de los infractores. En efecto, es una gran barrera aunque superable por medio de colaboraciones con los portales encaminadas a: i) fortalecer su capacidad técnica para entender mejor las implicaciones sanitarias de la venta de medicamentos y adecuar sus reglamentos internos; pero también ii) mediante la mejora del monitoreo de actividad por medio de inteligencia artificial con el fin de recoger información para después tomar decisiones con respecto a los transgresores[104].

A modo de inspiración, hay muchos referentes a nivel internacional que pueden ayudar al país a consolidar su estrategia. En particular, la Unión Europea cuenta con un marco jurídico específico para regular la venta de medicamentos en internet, autorizando su comercialización exclusivamente a farmacias y a minoristas habilitados[105]. De igual forma, la Agencia Europea de Medicamentos tiene

102 Ingrid M.E. Bakker-'t Hart, Dana Ohana and Bastiaan J. Venhuis, "Current Challenges In The Detection And Analysis Of Falsified Medicines", *Journal Of Pharmaceutical And Biomedical Analysis* 197 (2021): 113948, doi:10.1016/j.jpba.2021.113948. y William L. Hamilton et al., "Public Health Interventions To Protect Against Falsified Medicines: A Systematic Review Of International, National And Local Policies", *Health Policy And Planning* 31, no. 10 (2016): 1448-1466.

103 Su responsabilidad, según decisiones de la SIC, radica más en un completo deber de información. Ver art. 53 de la Ley 1480 de 2011 y Delegatura de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 40924 de 2012, Radicado 11-137254.

104 Esto ayudaría particularmente a recoger material probatorio para las futuras acciones que deseen tomar las autoridades (administrativas y penales) como también en la identificación de patrones y comportamientos de los medicamentos falsificados en la red.

105 Aniello Santoro et al., "Promoting And Protecting Public Health: How The European Union Pharmacovigilance System Works", *Drug Safety* 40, no. 10 (2017): 855-869, doi:10.1007/s40264-017-0572-8. y Joanne Potts et al., "Improving The Safety Of Medicines In The European Union: From Signals To Action", *Clinical Pharmacology & Therapeutics* 107, no. 3 (2019): 521-529, doi:10.1002/cpt.1678.

registros abiertos en los que se encuentran los comercializadores autorizados, los cuales cuentan con un logotipo que identifica la legitimidad de su operación en sus páginas web[106]. No obstante, la consolidación de estos sistemas solamente se puede completar hasta que las autoridades completen su diagnóstico de los datos y magnitudes reales del mercado de los medicamentos subestándar y falsificados en Colombia. Solamente así se podrán completar rutas de acción reorientadas en la salud pública pero coherentes con el ritmo del comercio electrónico.

d. Discusión: la importancia del Diseño Legal y aplicación en temas de salud pública

Ahora bien, no se debe perder de vista que las necesidades identificadas y analizadas anteriormente hacen parte de sistemas sociales sofisticados que son difíciles de abordar y comprender. De hecho, la doctrina especializada del Design Thinking reconoce que estos sistemas son el futuro de aplicación de la disciplina tanto por su impacto social como por sus prometedores resultados[107]. Precisamente, la salud pública comprende esta clase de escenarios y sistemas al perseguir el interés público de asegurar las condiciones en las que las personas puedan estar sanas[108]. Por consiguiente, necesita de enfoques interdisciplinarios mediante los cuales las disciplinas puedan dialogar entre sí, especialmente dentro de las ciencias de la salud y las ciencias sociales[109]. Todas estas particularidades hacen que un problema de salud pública como el de la falsificación de los medicamentos sea, en últimas, un reto perfecto para el Diseño Legal y el diseño centrado en el usuario.

No se puede pasar por alto el hecho de que los sistemas sociales están centrados en las personas y es esto lo que conecta al Diseño Legal con un problema como el presente. Si la idea de la salud pública es lograr cambios sostenibles, sistémicos y a largo plazo para mejorar las condiciones de salud de una comunidad[110], el Diseño Legal presenta una gran oportunidad para que los objetivos de los usuarios vayan en una misma línea y se integren a este fin. Por tanto, una aproximación de esta índole ayuda a captar el alcance e integridad del problema que busca ser solucionado. Esto llevará a soluciones más completas y que realmente respondan a la situación fáctica de quienes se ven afectados por los problemas: los usuarios.

En efecto, empezar desde los usuarios lo cambia todo[111], y, como evidencia, se tiene el breve diagnóstico presentado en esta investigación. A partir de una breve pero significativa identificación de las necesidades de usuario se mostró cómo el modelo de IVC sanitario y las demás normas sanitarias no

106 Unión Europea, "Public Health - European Commission", *Union Register Of Medicinal Products*, 2021, https://ec.europa.eu/health/documents/community-register/html/.
107 Tim Brown, *Diseñar El Cambio: Cómo El Design Thinking Puede Transformar Las Organizaciones E Inspirar La Innovación*, 1st ed. (Madrid: Ediciones Uranu, S.A.U, 2020).
108 Institute of medicine, *The Future Of Public Health*, 1ª ed. (Washington DC: National Academy Press, 1988).
109 Jeffrey P Koplan et al., "Towards A Common Definition Of Global Health", *The Lancet*373, núm. 9679 (2009): 1993-1995.
110 John M Last et al., *A Dictionary Of Epidemiology* (Oxford: Open University Press, 2001).
111 Marie Potel-Saville, "My Legal Design journey: Marie Potel-Saville, from in-house VP Legal to launching my own legal design agency", *Medium*, 2018, https://medium.com/legal-design/my-legal-design-journey-marie-potel-saville-from-in-house-vp-legal-to-launching-the-paris-office-bf5cd63c520c

están diseñadas –al menos en su totalidad– para el reto que en este momento presenta la falsificación de medicamentos en el comercio electrónico colombiano. Aunque se haya realizado de manera sumaria, mediante la aplicación del Diseño Legal al caso en cuestión, se trazaron unas posibilidades de estudio y acción que pueden movilizar el tratamiento de la cuestión desde su nivel más fundamental: las necesidades de los actores interesados en resolver el problema. He aquí el valor agregado de esta manera de aproximarse al derecho, un giro de perspectiva donde no se piensa ya en productos o soluciones independientes, sino en sistemas y sus particularidades.

No obstante, en el ejercicio de incorporar y reconocer al Diseño Legal como una alternativa de investigación jurídica válida, no se puede dejar de considerar una perspectiva crítica que reconozca sus limitaciones. La naturaleza amplia y dinámica de las metodologías del diseño centrado en el usuario puede ser una gran ventaja pero al mismo tiempo una desventaja. El hecho de no ser tan rigurosa en sus formas puede hacer que se difuminen las maneras de rastrear el impacto de su trabajo en los sistemas sociales como también dificultades a la hora de examinar los contextos jurídicos en los que se sitúan los usuarios[112]. Por lo cual, cualquier análisis que utilice el Diseño Legal siempre debe considerar la posibilidad de realimentar su discernimiento y proceso de aplicación.

Sin embargo, no es algo imposible de gestionar si se tiene en cuenta, como establece Hagan, que en este momento el Diseño Legal está en una fase temprana de su desarrollo por lo que sus discusiones estarán enfocadas en el cómo y el porqué se práctica[113]. A medida que se vaya aplicando a las diferentes ramas del derecho se puede ir perfeccionando sus metodologías de evaluación al igual que la construcción de indicadores para medir los efectos de sus intervenciones. Aun así, el propósito de la incorporación del Diseño Legal en esta investigación nunca fue verlo como la última y máxima solución al problema; por el contrario, se quiso poner de manifiesto su utilidad para mostrar oportunidades y caminos en los problemas de política pública antes de ser la solución en sí misma.

5. Conclusión

En suma, esta investigación ha realizado una breve aproximación a un problema de la salud pública de la mano del Diseño Legal. Por medio de unas preguntas relacionadas con el usuario, insumos etnográficos y el estado del arte de la materia, se ilustra la utilidad del Diseño Legal para diagnosticar problemas desde sus elementos más esenciales según una perspectiva sistémica y las necesidades de los usuarios de acuerdo con su contexto en cuestión (sistema). Puede decirse, en términos generales, que esta floreciente disciplina jurídica ayuda a: i) entender retos complejos desde sus niveles fundamentales; ii) canalizar ideas que definan las intervenciones adecuadas y iii) movilizar e integrar a las disciplinas necesarias para abordar las dificultades en la salud pública.

112 Amanda Perry-Kessaris, "Legal Design Could And Should Be More Sociolegal", *SSRN Electronic Journal* 26, no. 11 (2021).
113 Margaret Hagan, "Legal Design As A Thing: A Theory Of Change And A Set Of Methods To Craft A Human-Centered Legal System", *Design Issues* 36, no. 3 (2020): 3-15.

El análisis dentro del problema en cuestión mostró lo rígidas y poco ajustadas a la realidad que pueden llegar a ser las estructuras jurídicas que deberían facilitar la labor de la institucionalidad sanitaria. No obstante, las posibilidades de acción descubiertas bajo el diseño centrado en el usuario abren el horizonte para integrar los intereses de la institucionalidad sanitaria y las demás entidades interesadas para mejorar sus resultados en el tratamiento del fenómeno. Quizá, la alternativa de formalizar los canales del e-commerce para la venta de medicamentos sin restringir la flexibilidad característica de este medio, no se había visto tan factible como lo refleja un trabajo interdisciplinario real desde el Design Thinking. Aún queda el reto de idear y ejecutar las soluciones que garanticen esa posibilidad de armonía, pues, para el Diseño Legal, la protección de la salud pública no representa una dicotomía irresoluble con el ágil comercio electrónico.

Este último gran objetivo debería estar siempre al alcance del derecho que, en últimas, es el vehículo esencial por donde se construyen y ejecutan las políticas públicas, particularmente las relacionadas con la salud pública. El Diseño Legal permite, a fin de cuentas, que el derecho no pierda de vista su función de ser útil en su tarea de regular y transformar las relaciones sociales. De esta manera demostraría su inmensa capacidad de ser un instrumento de real gobernanza, pero más importante aún: ayudar a construir políticas públicas que mejoren la vida de las personas.

Bibliografía

Doctrina:

Brown, Tim. "Design Thinking". Harvard Business Review, 2008.

https://readings.design/PDF/Tim%20Brown,%20Design%20Thinking.pdf.

Brown, Tim. Diseñar El Cambio: Cómo El Design Thinking Puede Transformar Las

Organizaciones E Inspirar La Innovación, 1ª ed. (Madrid: Ediciones Uranu, S.A.U, 2020).

Bolla, Anmole S., Ashwani R. Patel, and Ronny Priefer. "The Silent Development Of

Counterfeit Medications In Developing Countries – A Systematic Review Of Detection Technologies". International Journal Of Pharmaceutics 587 (2020): 119702. doi:10.1016/j.ijpharm.2020.119702.

Caudron, J.-M., N. Ford, M. Henkens, C. Macé, R. Kiddle-Monroe, and J. Pinel. "Substandard

Medicines In Resource-Poor Settings: A Problem That Can No Longer Be Ignored". Tropical Medicine & International Health 13, no. 8 (2008): 1062-1072. doi:10.1111/j.1365-3156.2008.02106.x.

Díaz Vázquez, Rafael Francisco, and Walter Gerardo Valencia Jiménez. "Una Introducción A

Las Investigaciones Empíricas En Derecho". Verba Luris 15, no. 44 (2020): 186-215. doi:10.18041/0121-3474/verbaiuris.44.6877.

Hagan, Margaret. "A Human-Centered Design Approach To Access To Justice: Generating

New Prototypes And Hypotheses For Intervention To Make Courts User- Friendly". Indiana Journal Of Law And Social Equality 6, no. 2 (2018): 200-239.

Hagan, Margaret. Law By Design. 1st ed., 2017. Recuperado de https://lawbydesign.co

Hagan, Margaret. "Legal Design As A Thing: A Theory Of Change And A Set Of Methods To

Craft A Human-Centered Legal System". Design Issues 36, no. 3 (2020): 3-15. doi:10.1162/desi_a_00600.

Hamilton, William L., Cormac Doyle, Mycroft Halliwell-Ewen, and Gabriel Lambert. "Public

Health Interventions To Protect Against Falsified Medicines: A Systematic Review Of International, National And Local Policies". Health Policy And Planning 31, no. 10 (2016): 1448-1466. doi:10.1093/heapol/czw062.

Háptica Service Design. "Legal Service Design Toolkit". Bogotá, 2020.

Kolhmeier, Astrid, and Meera Klemola. The Legal Design Book. 1st ed. Meera Klemola and Astrid Kohlmeier, 2021.

Koplan, Jeffrey P, T Christopher Bond, Michael H Merson, K Srinath Reddy, Mario Henry Rodriguez, Nelson K Sewankambo, and Judith N Wasserheit. "Towards A Common Definition Of Global Health". The Lancet 373, no. 9679 (2009): 1993-1995. doi:10.1016/s0140-6736(09)60332-9.

Last, John M, Robert A Spasoff, Susan S Harris, and Michel C Thuriaux. A Dictionary Of Epidemiology. Oxford: Open University Press, 2001.

Martínez Navarro, Juan Alejandro. "Los Medicamentos Espurios Y Su Venta Online En Tiempos De Pandemia". Revista Digital De Derecho Administrativo, no. 27 (2021): 261-294. doi:10.18601/21452946.n27.09.

Mecanismo de Estados Miembros de la OMS sobre productos médicos de calidad subestándar y falsificados. Cómo Los Estados Miembros De La OMS Colaboran Para Salvaguardar El Acceso A Medicamentos, Vacunas Y Otros Productos Médicos Seguros Y Eficaces. Organización Mundial de la Salud, 2020.

Mille, Antonio. "Impacto Del Comercio Electrónico Sobre La Propiedad Intelectual". Revista De Derecho De La Universidad Católica De Valparaíso 19, no. 1 (1998): 339-369.

Ministerio de Salud y Protección Social. "¿Qué Es Un Medicamento?". Medicamentosaunclic.Gov.Co, 2019. http://medicamentosaunclic.gov.co/contenidos/que_es_medicamento.aspx.

Nayyar, Gaurvika M. L., Joel G. Breman, Tim K. Mackey, John P. Clark, Mustapha Hajjou, Megan Littrell, and James E. Herrington. "Falsified And Substandard Drugs: Stopping The Pandemic". The American Journal Of Tropical Medicine And Hygiene 100, no. 5 (2019): 1058-1065. doi:10.4269/ajtmh.18-0981.

Olliaro, Eugenia, Piero Olliaro, Calvin W. L. Ho, and Raffaella Ravinetto. "Legal Uncertainty—The Gray Area Around Substandard Medicines: Where Public Health Meets Law". The American Journal Of Tropical Medicine And Hygiene 102, no. 2 (2020): 262-267.

doi:10.4269/ajtmh.19-0645.

Ozawa, Sachiko, Daniel R. Evans, Sophia Bessias, Deson G. Haynie, Tatenda T. Yemeke,

Sarah K. Laing, and James E. Herrington. "Prevalence And Estimated Economic Burden Of Substandard And Falsified Medicines In Low- And Middle-Income Countries". JAMA Network Open 1, no. 4 (2018). doi:10.1001/jamanetworkopen.2018.1662.

Ozawa, Sachiko, Daniel R. Evans, Colleen R. Higgins, Sarah K. Laing, and Phyllis Awor.

"Development Of An Agent-Based Model To Assess The Impact Of Substandard And Falsified Anti-Malarials: Uganda Case Study". Malaria Journal 18, no. 1 (2019): 1-14. doi:10.1186/s12936-018-2628-3.

Potts, Joanne, Georgy Genov, Andrej Segec, June Raine, Sabine Straus, and Peter Arlett.

"Improving The Safety Of Medicines In The European Union: From Signals To Action". Clinical Pharmacology & Therapeutics 107, no. 3 (2019): 521-529. doi:10.1002/cpt.1678.

Perry-Kessaris, Amanda. "Legal Design Could And Should Be More Sociolegal". SSRN

Electronic Journal 26, no. 11 (2021). doi:10.2139/ssrn.3972789.

Perry-Kessaris, Amanda. "Legal Design For Practice, Activism, Policy, And Research".

Journal Of Law And Society 46, no. 2 (2019): 185-210. doi:10.1111/jols.12154.

Rojas-Cortés, Robin. "Substandard, Falsified And Unregistered Medicines In Latin America,

2017-2018". Revista Panamericana De Salud Pública 44 (2020): 1. doi:10.26633/rpsp.2020.125.

Rincón Cárdenas, Erick. Derecho Del Comercio Electrónico Y De Internet. Valencia: Tirant lo

Blanch, 2020.

Riveros, Pablo, Jaqueline Meriño, and Francisco Crespo. Las Diferencias Entre El Trabajo

Multidisciplinario, Interdisciplinario Y Transdisciplinario.. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2020.

Santoro, Aniello, Georgy Genov, Almath Spooner, June Raine, and Peter Arlett. "Promoting

And Protecting Public Health: How The European Union Pharmacovigilance System Works". Drug Safety 40, no. 10 (2017): 855-869. doi:10.1007/s40264-017-0572-8.

Torloni, MR, C Gomes Freitas, UH Kartoglu, A Metin Gülmezoglu, and M Widmer. "Quality

Of Oxytocin Available In Low- And Middle-Income Countries: A Systematic Review Of The Literature". BJOG: An International Journal Of Obstetrics & Gynaecology 123, no. 13 (2016): 2076-2086. doi:10.1111/1471-0528.13998.

Otros:

Asociación Nacional de Empresarios. Caracterización Del Comercio Ilegal De Los Productos

De Consumo Masivo En Colombia. Bogotá: ANDI, 2020.

El Espectador. "Esta Es La Lista De Los Vendedores Piratas De Pastillas Abortivas En

Colombia", 2021. https://www.elespectador.com/salud/esta-es-la-lista-de-los-vendedores-piratas-de-pastillas-abortivas-en-colombia/.

El Heraldo. "Colombia Está Entre Los 10 Países Donde Más Se Falsifican Medicamentos",

2018. https://www.elheraldo.co/colombia/colombia-esta-entre-los-10-paises-donde-mas-se-falsifican-medicamentos-459246.

El Heraldo. "Desarticulan Red Criminal Dedicada A Comercializar Medicamentos Abortivos",

2018. https://www.elheraldo.co/colombia/desarticulan-red-criminal-dedicada-comercializar-medicamentos-abortivos-535398.

Infobae. "Megaoperación De La Polfa Incautó 400 Mil Unidades De Medicamentos

Fraudulentos", 2021. https://www.infobae.com/america/colombia/2021/02/24/megaoperacion-de-la-polfa-incauto-400-mil-unidades-de-medicamentos-fraudulentos/.

Invima. "Invima Advierte Que El Medicamento Cytotec Tableta 200 Mcg No Cuenta Con

Registro Sanitario En Colombia". Invima.Gov.Co, 2021. https://www.invima.gov.co/invima-advierte-que-el-medicamento-cytotec-tableta-200-mcg-no-cuenta-con-registro-sanitario-en-colombia.

ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general

Nº 14 (2000) : El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 Agosto 2000, E/C.12/2000/4, disponible en esta dirección: https://www.refworld.org.es/docid/47ebcc492.html [Accedido el 8 Noviembre 2021]

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Trade In Counterfeit

Pharmaceutical Products, Illicit Trade. Paris: OECD Publishing, 2020.

Organización de las Naciones Unidas. Los 13 desafíos de la salud mundial en esta década.

"Noticias ONU", 2020. https://news.un.org/es/story/2020/01/1467872.

Organización Mundial de la Salud. A Study On The Public Health And Socioeconomic Impact

Of Substandard And Falsified Medical Products. Ginebra, Suiza: Organización Mundial de la Salud, 2017.

Organización Mundial de la Salud, "Growing Threat From Counterfeit Medicines". Bulletin Of

The World Health Organization 88, no. 4 (2011): 247 - 248.

Organización Mundial de la Salud, Reporte del Mecanismo de Estados Miembros en

productos médicos de calidad inferior/adulterados/etiquetados falsamente/falsificados/alterados, 20 de marzo de 2017, A70/23 (en el marco de la 70ª Asamblea Mundial de la Salud). Disponible en https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA70/A70_23-en.pdf

Organización Mundial de la Salud, "Substandard And Falsified Medical Products". Who.Int,

2018. https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/substandard-and-falsified-medical-products.

Policía Nacional. "La POLFA Puso Al Descubierto Una Fábrica Clandestina De Supuesto

Viagra Al Sur De La Ciudad De Bogotá.". Blog. Noticias Policía Nacional, 2020. https://www.policia.gov.co/noticia/aumento-valor-aprehensiones-medicamentos-contrabando-pandemia.

Serajuddin, Umar y Nada Hamadeh. "Nuevas Clasificaciones De Los Países Elaboradas Por El

Banco Mundial Según Los Niveles De Ingreso: 2020-2021". Blog. Banco Mundial Blogs, 2020. https://blogs.worldbank.org/es/datos/nuevas-clasificaciones-de-los-paises-elaboradas-por-el-banco-mundial-segun-los-niveles-de-ingreso.

Secretaría Técnica de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos

Médicos. Boletin SISMED No. 2. Bogotá: Ministerio de Salud y Protección Social, 2019.

Superintendencia de Industria y Comercio. Guía Para La Protección Del Consumidor Y Sus

Datos Personales En El Comercio Electrónico. Bogotá D.C.: Superintendencia de Industria y Comercio

Capitalización de intereses en créditos educativos: Una narrativa de la realidad colombiana y un dilema constitucional.*

Edgar Giovanny Monsalve Jiménez**

Recibido: 9 de mayo de 2022. Aceptado: 14 de julio de 2022.

Resumen

El presente texto tiene como propósito detallar y determinar la situación jurídica, en especial desde la perspectiva constitucional, del régimen de créditos con aplicación de capitalización de intereses en créditos educativos, con el fin de establecer la viabilidad y constitucionalidad de la aplicación del mismo en contraste con el manejo que a dicha figura se ha dado en los créditos de vivienda urbana. Para lograr esto, se busca dar respuesta a la interrogante ¿Debería concederse la misma protección constitucional contra la capitalización de intereses a los deudores de créditos educativos que aquella protección que se otorga a los deudores de créditos de vivienda? Para el desarrollo del proyecto se hará uso de una técnica narrativa[1] que facilite la inmersión del lector en el panorama crediticio del ICETEX, para luego proceder a abordar dicho panorama mediante un análisis normativo, dogmático, comparativo y económico del derecho, en aras de establecer un marco normativo sólido y de determinar las justificaciones que se puedan encontrar en el giro ordinario de los negocios del ICETEX y de otras entidades que otorgan créditos educativos.

Palabras claves

Anatocismo, Régimen jurídico, créditos, interés compuesto, Derecho a la Vivienda, Derecho a la educación, Derecho Constitucional.

1 La metodología narrativa de la presente investigación está inspirada y adaptada de la metodología empleada en (Durán Uribe, 2020)

* Artículo de reflexión.

** Abogado de la Universidad de los Andes (Colombia). Correo: eg.monsalve@uniandes.edu.co

Compound Interest in Credits for Education: aNarrative of the Colombian reality and a Constitutional Dilemma.*

Edgar Giovanny Monsalve Jiménez**
Received: May 9, 2022. Accepted: July 14, 2022.

Abstract

This Project has as purpose detailing and determining the legal situation of the credit regime with application of compound interest in credits for education. This is done in order to detail the viability and constitutionality of applying said figure in contrast with the way in which it has been controlled in credits for housing To achieve this purpose, this text looks forward to giving a solution to the following question: Are there reasons to justify applying the same constitutional protection to debtors of educational credits as the protection that debtors of dwelling credits have? To develop this project it is necessary to rely on a narrative perspective to better describe the situation of those who apply to receive a credit in ICETEX. Afterwards it becomes adequate to apply a normative, dogmatic, comparative, and legal economics analysis, in order to establish a solid legal context and research the internal reasons for this situation inside ICETEX and other entities that concede credits for education.

Key Words

Anatocism, Legal regime, Credits, Compound interest, Right to housing, Right to education, Constitutional Right.

* Review article

** Lawyer from Universidad de los Andes (Colombia). Email: eg.monsalve@uniandes.edu.co

Introducción: El precio de una profesión

Una historia que ya parece parte de la idiosincrasia colombiana

Yulieth se despertó temprano a prepararse para la jornada tan extensa que le esperaba. Hace ya un año se había graduado del bachillerato, y aunque en su momento su examen de Estado no tuvo los mejores resultados, se había tomado un año completo para estudiar para volver a presentar el examen en busca de una segunda oportunidad. Había estado trabajando en la panadería del barrio a medio tiempo sirviendo café durante dicho año para poder pagar el pre-ICFES que contrató para sentirse más preparada, y los resultados se notaban plenamente. Yulieth se encontraba en el percentil más alto del país para el examen de ese año, y ya había pasado sus solicitudes de estudio ante numerosas universidades. Este era el día en que tenía las entrevistas más importantes, las relativas a las dos mejores universidades que había en su ciudad.

Llegó entonces la esperada primera entrevista, y fue recibida con amabilidad por uno de los profesores de planta de la institución. La entrevista se desarrolló con naturalidad, y tanto el entrevistador como Yulieth se encontraban muy cómodos conversando sobre las ventajas del campus y los diferentes programas que la institución tenía para ofrecer.

Yulieth conocía las capacidades económicas de su familia, y estaba ansiosa por consultarle a su entrevistador si la institución ofrece opciones de apoyo económico, o ya de paso, becas a sus estudiantes más destacados. La Universidad solo ofrece becas a los 10 mejores puestos del examen de Estado a nivel nacional. Sus resultados habían sido buenos, pero no bastaban para calificar en dicho beneficio. La otra opción consistía en una beca por resultados académicos, pero eso implicaría que Yulieth tendría que, como mínimo, aportar lo pertinente a su primer semestre de carrera para luego obtener los resultados necesarios para dicha beca, mas esto no era algo que su familia pudiera permitirse. Ante la evidente consternación de Yulieth, el entrevistador, intentando ofrecerle alternativas, le recordó la existencia del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (ICETEX, para abreviar), que contaba con numerosas alternativas crediticias para el pago de carreras universitarias de jóvenes colombianos.

Con estas inquietudes, Yulieth se dirigió puntualmente a su segunda entrevista. Estando allí, de forma muy respetuosa consultó con la entrevistadora las oportunidades económicas que ofrecía la institución para que los estudiantes pudieran saldar el costo de la matrícula. Una vez más su puntaje, aunque bueno, no fue suficiente para conseguirle una beca estudiantil, por lo que una vez más se encontró ante la necesidad de afrontar, cuando menos, un semestre completo para obtener el promedio necesario para postularse a la beca de resultados académicos.

En la mañana se dirigiría a las oficinas del ICETEX y averiguaría las opciones que allí le podrían ofrecer.

Yulieth llegó a la oficina principal del ICETEX, donde solicitó amablemente que se le ofreciera un turno de atención para consultar las opciones de crédito que ofrecía la institución, y fue remitida ante un asesor de la entidad. El asesor de manera técnica y algo compleja le explicó a Yulieth que a los créditos les aplicaría la figura de "capitalización de intereses". Yulieth se quedó con dos ideas que sí logró interiorizar: primero, que la capitalización de intereses toma los intereses que paga y los incluye en el capital para futuros intereses, y segundo, que su aplicación implicaba que el total a pagar se incrementara. Llegó a su casa y tras conversarlo con su familia, se decidió por la modalidad de crédito que más se acoplaba a sus necesidades. Esa misma semana adelantaría su proceso de inscripción en la primera universidad que la entrevistó, y radicaría la solicitud del crédito necesario ante el ICETEX.

Pasaron los años, y Yulieth, ya siendo una profesional, se encontraba aun reuniendo el dinero para pagar las cuotas que le faltaban. Si bien ya contaba con su título, todavía no había logrado encontrar un empleo donde pudiera ejercer sus estudios. Por el contrario, teniendo en cuenta su crédito con el ICETEX, tuvo que buscar un empleo a tiempo completo tan pronto terminó sus estudios, de lo contrario, empezaría a atrasarse en el pago de sus obligaciones.

Lo que Yulieth ignoró en su joven ingenuidad, pero que ahora con carrera había entendido, es que el ICETEX le estaba cobrando un aproximado del 150% del capital en intereses, es decir, estaba pagando aproximadamente dos veces y media el crédito que había solicitado. A estas alturas, sin embargo, ya era muy tarde. La obligación había sido contraída y había terminado sus estudios. El único camino que le quedaba por delante era trabajar tanto como pudiera para poder subsidiar las cuotas, o caer en mora y perder toda su vida crediticia, y arriesgarse a un cobro ejecutivo por parte del ICETEX.

Lo que más le dolió en realidad, fue escuchar a su mejor amigo, un abogado que conoció en la universidad, decir que, tratándose de créditos de vivienda urbana, se encuentra prohibida la capitalización de intereses, por motivo del derecho a la vivienda. A Yulieth esto le generó mucho inconformismo, pues en parte deseaba que lo mismo se predicara de los créditos educativos, pero en parte también le causaba intriga el saber si el derecho a la educación podía tener tal relevancia para que le den los mismos beneficios. Ante esto, realizó una ligera búsqueda y descubrió que, para su sorpresa, ambos derechos gozan de relevancia constitucional según la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencias T-743 de 2013 y C-747 de 1999, entre otras[2].

Yulieth se planteó la posibilidad de investigar más a fondo por su propia cuenta, en aras de averiguar cuál es el trasfondo de esta situación, y cuál es la razón que justifica la inconstitucionalidad de capitalizar intereses en los créditos de vivienda urbana, más aún si dicha razón es compartida con el derecho a la educación. Yulieth aspiraba no solo a dar respuesta a su situación, sino también lograr un

2 En sentencia T-743/13 la Corte reconoce que el derecho a la educación es un derecho fundamental. Paralelamente, el art. 51 de la Constitución reconoce el valor fundamental del derecho a la vivienda, que también ha sido desarrollado en sentencia C-747/99, entre otras sentencias.

mejor entendimiento del alcance de los derechos a la vivienda y a la educación, en especial el alcance de este último con respecto a los créditos del ICETEX. Pensó que incluso, si su investigación era fructífera, podría brindarle las herramientas para lograr una reducción en los costos que deben afrontar los usuarios de los créditos del ICETEX. Sintió que, eventualmente, su investigación podría llenar muchos vacíos de información con los que cuentan los colombianos a la hora de adquirir créditos con el ICETEX. Así, Yulieth se dispuso a sumergirse en la doctrina constitucional y descubrir si la Corte Constitucional tenía buenas noticias para ella o no.

Entonces, ¿Cuál es el problema?

La Corte Constitucional ha desarrollado el derecho a la vivienda y, en aplicación del mismo, ha determinado que la aplicación de la figura de capitalización de intereses en créditos de vivienda urbana es contraria a los fines constitucionales relativos a la protección del derecho a la vivienda digna (Corte Constitucional, 1999). En los créditos de vivienda urbana la Corte Constitucional ha determinado que la figura de capitalización de intereses es una forma de obstaculizar el efectivo acceso de los colombianos al derecho a la vivienda y, en conexidad, a la vida digna. Esto se explica pues, a ojos de la Corte, la figura implica un detrimento al patrimonio de los colombianos que buscan obtener una vivienda, y además se convierte en un obstáculo que dificulta el pago de los créditos. En contraste, el derecho a la educación es también un derecho de relevancia constitucional, sin embargo, no ha habido discusión sobre si dicha protección constitucional prevé la prohibición de la capitalización de intereses en los créditos educativos. Esto es llamativo pues ambos derechos cuentan con una relevancia comparable a nivel constitucional y legal. Un ejemplo meramente ilustrativo de esto es que, hasta tiempos recientes, las únicas causales que hacían viable el retiro de cesantías en el régimen laboral eran los créditos educativos y los créditos de vivienda. Así las cosas, la cuestión a solucionar es ¿Existen razones constitucionales suficientes para que se justifique declarar inconstitucional la capitalización de intereses en los créditos educativos?

Necesidad de una respuesta

Lo cierto es que realizar esta investigación puede tener importantes implicaciones en el desarrollo del derecho a la educación, pues pone sobre la mesa el debate sobre el alcance de dicho derecho, y la forma en la que este interactúa con las prácticas económicas más comunes en el campo de la educación. Por otro lado, en el aspecto económico, aclarar esta situación podría significar la diferencia entre capitalizar intereses o no hacerlo en los créditos estudiantiles que concede el ICETEX entre otras instituciones, lo cual potencialmente podría tener efectos tanto benéficos como perjudiciales para la economía nacional: como bien afirmó el accionante de la sentencia C-112/07 de la Corte Constitucional, la capitalización de intereses tiene como efecto que el deudor deba enfrentar un alto incremento del total a pagar por el capital, como se ejemplificará posteriormente en este texto. Así, esta investigación no solo delimitaría

los alcances de los derechos revisados sino que tiene la potencialidad de afectar la economía de los colombianos, y de las instituciones que ofrecen créditos educativos, entre ellas el ICETEX.

I. ¿Qué son el anatocismo y la capitalización de intereses y cuál es su régimen general?

Para empezar, es necesario entender los conceptos que se manejan en la doctrina y en la ley para las situaciones que se van a analizar. En ese sentido, anatocismo es definido como el pacto de intereses sobre intereses. Así, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define el anatocismo como "Interés de los intereses o interés compuesto. Los intereses vencidos se agregan al capital para producir nuevos intereses". Adicionalmente agrega "se utilizó como un mecanismo para eludir la prohibición de la usura, al estar prohibido inicialmente el interés y después a una limitación al 5%, durante la Edad Media." (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2020).

Por otro lado, Merriam-Webster atribuye el origen de la palabra a sus raíces griegas *ana-tokismos,* que significa usura[3]. En contraste, el ordenamiento jurídico colombiano ha delimitado el concepto, privándolo de su definición original y estructurándolo de tal manera que "(...) el anatocismo implica un cobro de intereses, sobre intereses "atrasados""[4]. Esta apostura además es sostenida por el Consejo de Estado[5]el decreto 1454 de 1989, y la Corte Suprema de Justicia[6]. Sin embargo, en referida sentencia la Corte Constitucional reconoce que existe una discusión doctrinal en lo relativo a la capitalización de intereses, y en especial sobre si la misma puede considerarse contenida dentro del concepto de anatocismo.

De cualquier forma, la capitalización de intereses consiste, en resumen, en que una porción de los intereses exigibles es sumada al capital pendiente por pagar, y por lo tanto, sirve de base para calcular intereses futuros (Vidal Ramirez, 1968), o en otras palabras, es *el cobro de intereses sobre intereses que no están atrasados, pendientes, ni vencidos, sino que fueron amortizados con el capital*[7]. Esta es una práctica ampliamente extendida y regulada en el ámbito comercial y financiero. Adicionalmente, también existe una ley que establece que las entidades crediticias podrán hacer uso de la capitalización de intereses en los créditos que expidan, esta es la ley 45,1990. Por otro lado, el anatocismo puede entonces simplificarse a "*el cobro de intereses sobre intereses vencidos*", con base en las definiciones del Código Civil.

3 Merriam Webster. (2020). "*Anatocism"*. Merriam-Webster. Consultado el 20 de Octubre de 2020. https://www.merriam-webster.com/dictionary/anatocism#:~:text=%3A%20compound%20interest%20%3A%20the%20taking%20of%20compound%20interest

4 Corte Constitucional, Sentencia C-364/00 (2000), https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-364-00.htm

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de marzo de 1992. C.P González, M.

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia Número 11001-3103-022-1997-14171-01 M.P. Namén, W. (el 27 de agosto de 2008)

7 Definición propia

Habiendo definido entonces los conceptos de anatocismo y capitalización de intereses (y destacando que se reconoce la existencia de la discusión sobre si son conceptos autónomos o si la capitalización de intereses es una forma de anatocismo en su definición original), es entonces pertinente referirnos a los créditos educativos y el papel que juegan en el territorio nacional. Puesto que se trata de un campo amplio con muchas aristas y agentes que se desarrollan en el mismo, se decidió que para dar imagen al alcance de los créditos educativos en el territorio nacional se revisaría el alcance de los créditos conferidos por el ICETEX, por ser la institución por excelencia dedicada a los prestamos educativos, además de facilitar un amplio catálogo de información en virtud de la transparencia de las entidades públicas y su gestión. No está de más aclarar que el estudio de este texto versa sobre los créditos de educación en general, pero el estudio estadístico y económico se centrará en el ICETEX por su relevancia a nivel nacional.

II. ¿Cómo funciona la capitalización de intereses en los créditos educativos del ICETEX?

1. ¿Por qué nos importa el ICETEX?

El ICETEX es la institución pública dedicada a brindar herramientas para facilitar el acceso a la educación mediante créditos a mediano y largo plazo. En este sentido, es una entidad representativa de los créditos educativos a nivel nacional, la forma en que los mismos son regulados, y la función pública del Estado como garante y facilitador del derecho a la educación. Por estos motivos, se considera que un estudio de sus regulaciones es no solo ilustrativo sino también necesario para un completo entendimiento del régimen de créditos educativos en Colombia.

En este orden de ideas, para el año 2019, según el informe de gestión realizado por ICETEX, se otorgaron 40.160 nuevos créditos educativos de diferentes modalidades proferidas por la misma entidad. Dichos créditos alcanzaron conjuntamente la suma de $254.618.000.000.00 COP (doscientos cincuenta y cuatro mil seiscientos dieciocho millones de pesos)[8] lo cual denota que dicho es el valor que ICETEX está desembolsando en favor de los particulares, pero no representa realmente el valor en retorno que espera ICETEX por dichos créditos. Estas sumas demuestran que la incidencia del ICETEX en la economía colombiana no es precisamente reducida. Ahora bien, es cierto que existen modalidades de crédito condonable (como el crédito Ser Pilo Paga), sin embargo, la gran mayoría de créditos no cuentan con tal beneficio y por lo tanto tienen intrínseca una expectativa legítima de pago[9]. Aunque en principio todo parezca un aburrido panorama crediticio, lo cierto es que la situación se torna interesante cuando miramos con lupa uno de sus elementos más relevantes: la capitalización de intereses que

8 ICETEX. *Informe de Gestión del ICETEX Vigencia-2019.* Bogotá: ICETEX, 2019.

9 ICETEX. *Creditos Tu Eliges.* s.f. https://portal.icetex.gov.co/Portal/Home/HomeEstudiante/creditos-tu-eliges (último acceso: 06 de Marzo de 2021).

tiene lugar en dichos créditos y la forma en que esta interactúa con los derechos de los colombianos.

2. ¿Qué diferencia hace la capitalización de intereses en estos créditos?

Tener estas estadísticas en mente es importante, pues ya con ellas es posible vislumbrar las potenciales consecuencias de la capitalización de intereses en un crédito educativo y así dimensionar los efectos que esta figura tiene cuando se aplica de forma masiva a los créditos educativos de los colombianos. Así, la capitalización de intereses tiene la potencialidad de generar sobrecostos en los créditos de los solicitantes que pueden llegar a superar el 150% del capital solicitado en los créditos estudiantiles, tal como lo prueba la argumentación del accionante de la sentencia C-112/07[10]. Dicho de otra forma, la capitalización de intereses tiene el potencial de lograr que los intereses pagados alcancen un valor del 150% o más del capital inicialmente solicitado. Para darle realidad a este porcentaje, vamos a suponer (sin que se insinúe que este ejemplo expresa fidedignamente los efectos pragmáticos en la realidad) que la cifra citada en el párrafo anterior es sometida a este incremento. Así las cosas, ICETEX podría tener una expectativa de recibir el total del capital concedido en crédito, es decir, $254.618.000.000.00, más un total de $477.816.138.800.00 por concepto de intereses sobre el capital[11], incluidos los intereses capitalizados. Incluso, siendo más precisos, y estudiando porcentualmente las sumas presentadas por el accionante de referida sentencia, la capitalización de intereses por sí misma puede implicar un porcentaje de hasta el 44% sobre el capital, para un total de $112.031.920.000.00 (los cuales ya están incluidos en los $477.816.138.800.00 calculados anteriormente) por concepto únicamente de intereses capitalizados, que de otra forma los deudores no se verían en obligación de pagar. Si bien este ejemplo es meramente ilustrativo, pues no todos los créditos del ICETEX aplicarán la capitalización de intereses hasta el porcentaje referenciado en dicha sentencia, ejemplifica la potencial relevancia económica. Teniendo en cuenta la pluralidad de solicitantes del ICETEX, este porcentaje de sobrecostos toma una alta relevancia, tanto a la hora de aumentar el capital entrante para el ICETEX, como para representar la cantidad de dinero que la población colombiana debe pagar en costos crediticios, en este caso, en el interés compuesto de los créditos que contrata.

3. ¿Qué dice el ICETEX?

Para desarrollar este trabajo de investigación se radicó ante el ICETEX un derecho de petición en el cual se consultaba el régimen legal que justificaba la aplicación de la capitalización de intereses en los créditos del ICETEX. A partir de esta solicitud, el ICETEX remitió respuesta el día 28 de septiembre del presente año. En referida comunicación, el ICETEX rindió las siguientes indicaciones y susten-

10 Parafraseando los argumentos del accionante según lo referido en sentencia: en una primera etapa el alumno recibe un capital de $10.338.100, que genera intereses de $10.239.055 durante 10 semestres; que cuando el alumno termina sus estudios empieza una segunda etapa del crédito (periodo de amortización), en la que se suman esos dos valores dando un nuevo capital de $20.577.155, sobre el cual se liquidan nuevos intereses. En el ejemplo concreto, el accionante calcula que al finalizar el crédito el estudiante habrá desembolsado un total de $29.738.970, lo que evidencia que por un capital de $10.338.100 se pagan intereses de $19.400.870, es decir, un 187,66% del crédito.

11 Con base en el porcentaje presentado y argumentado por el accionante de la sentencia ya mencionada

taciones sobre la capitalización de intereses y su uso en los créditos educativos de su institución, las cuales se transcriben de manera literal en aras de conservar la imparcialidad y expresar de manera fidedigna los argumentos presentados:

> *"El Régimen Financiero y Cambiario en su Artículo 121 claramente contempla la capitalización de intereses en operaciones de largo plazo, al señalar lo siguiente: "En operaciones de largo plazo los establecimientos de crédito podrán utilizar sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses, de conformidad con las reglamentaciones que para tal efecto expida el Gobierno Nacional."*
>
> *En igual sentido en sentencia de marzo 27 de 1992, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del consejero Miguel González Rodríguez, en la que se establece que la capitalización de intereses no es anatocismo declara exequible el Decreto 1454 del 4 de julio de 1989 que reglamentó los artículos 1618, numeral 4 y 2235 del Código Civil y 886 del Código de Comercio en materia de cobro de intereses sobre intereses. Al respecto consideró esta Corporación Judicial, entre otras cosas que: "[…] conforme a las normas civiles y comerciales que regulan el anatocismo, debe entenderse por tal el cobro de intereses sobre intereses exigibles y no pagados oportunamente; y no los sistemas de pago libremente acordados entre las partes en un negocio jurídico que contemplen la capitalización de intereses, teniendo para ello en cuenta la cuantía, plazo y periodicidad en que deben cancelarse dichos rendimientos."*
>
> *Con relación a la sentencia citada, la Corte Constitucional en sentencia C-364/00 manifiesta: "[…] Así en virtud de esa decisión, el anatocismo implica un cobro de intereses, sobre intereses "atrasados", es decir, aquellos que no fueron cubiertos en el tiempo u oportunidad señalados para ello, en el respectivo negocio jurídico. En efecto, "son los intereses colocados en condiciones moratorias los que no permiten, de conformidad con las normas reglamentadas en el Código Civil el cobro de nuevos intereses". Sin embargo, los intereses no "atrasados" si pueden llegar a "producir intereses" y es respecto de aquellos "causados" pero no exigibles, que resulta válido el negocio jurídico de la capitalización de intereses. […]."*
>
> *De acuerdo con la doctrina al respecto, en los sistemas de crédito donde se contemple la capitalización de intereses remuneratorios, es manifiestamente claro que al convertirse tales intereses en capital no existiría conflicto alguno, puesto que se estaría cobrando intereses sobre capital.*
>
> *Específicamente, en materia de capitalización de intereses, las Resoluciones que reglamentan los créditos en el ICETEX, han hecho explícita la operancia de esta figura en la entidad.*
>
> *Ahora bien, si estas resoluciones se entienden incorporadas a la carta de instrucciones y el pagaré, tal como lo expresa su literalidad, es claro que al aceptar el crédito otorgado se aceptan las disposiciones contenidas en los correspondientes reglamentos.*

En este sentido, en el artículo 22 de la Resolución 600 de 2000 por medio de la cual se reglamentó el servicio de crédito educativo, dispone:

"El beneficiario debe pagar al ICETEX, en pesos colombianos en cuotas mensuales, la totalidad de la suma recibida más los intereses generados durante la etapa de estudios (intereses de ejecución) y los intereses en la etapa de amortización, de acuerdo con los planes de pago, según la modalidad de crédito concedido. Esto significa que el ICETEX, para establecer las cuotas que debe pagar el deudor una vez haya terminado sus estudios, debe tomar el capital inicialmente aprobado más los intereses corrientes de la época de estudios y calcula la cuota de amortización sobre el saldo resultante.".

Nótese que el ICETEX liquida interés simple tanto en etapa de ejecución como en amortización.

En cuanto a la publicación del acto administrativo resolución 01195 de 1992, la misma que no fue publicada porque no constituye un acto de carácter general cuya publicidad sea necesaria para su vigencia y oponibilidad puesto que el reglamento de crédito que contiene sólo es exigible cuando se incorpora en un contrato de mutuo suscrito entre el ICETEX y el mutuario. La falta de publicación del acto demandado no impide el enjuiciamiento de su legalidad porque, como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional en forma reiterada y uniforme, la publicidad es un requisito externo al acto administrativo que impide su oponibilidad frente a los particulares y, por tanto, su eficacia, pero en ningún caso afecta su existencia y validez pues el acto existe y es válido desde cuando se expide, esto es, desde cuando lo suscribe la autoridad administrativa correspondiente. En el presente caso se probó la expedición del acto acusado, puesto que se allega al expediente copia de la misma.

En este orden de ideas, en razón de las normas especiales aplicables al ICETEX, el Reglamento de Crédito educativo, está incorporado a los documentos que suscriben el beneficiario y sus deudores solidarios y obran como plena garantía de los créditos otorgados."

La respuesta brindada por el ICETEX denota que, bajo su criterio, sus créditos están sujetos al régimen general de capitalización de intereses, es decir, que se encuentra permitida esta práctica al considerarla un elemento autorizado en el Régimen Financiero y cambiario, así como ser un elemento de "libre negociación" entre las partes de un negocio crediticio. De esta forma, la postura de la institución es que la práctica constituye simplemente un acto sujeto a la autonomía de la voluntad de las partes bajo las premisas de que, por un lado, la capitalización de intereses en general no está prohibida, y por otro, que está permitida para las entidades crediticias como el ICETEX.

Sin embargo, hay una realidad que no es reconocida por el ICETEX por esta respuesta y es que los créditos proferidos por las Instituciones y compañías, y en especial los desplegados por el ICETEX mismo, se realizan mediante la figura de contratos de adhesión, que en resumen lo que generan es que

la parte que cuenta con una posición de poder en la relación contractual fije unas condiciones genéricas de contratación, ante las cuales la otra parte solo puede "adherirse" al aceptarlas, o renunciar a la contratación. De esta manera, no se trata de una verdadera voluntad entre las partes de adoptar todas las cláusulas contenidas en el contrato, sino de una intención de la parte "inferior" de contratar con la parte que goza de una superioridad contractual, y la aceptación de la primera de todas las condiciones que fija la segunda para poder llevar a cabo el contrato. Así, no es posible sostener que los usuarios de los créditos educativos negociaron todas las condiciones aplicables a sus contratos de manera tal en que estos reflejen la voluntad mutua y dialogada de fijar o eliminar cláusulas del mismo, sino que los usuarios se han sujetado a las condiciones fijadas genéricamente por el ICETEX (y otras instituciones) para conceder créditos educativos.

Ahora bien, ya teniendo un contexto sobre las prácticas del ICETEX como modelo de los créditos educativos, es necesario analizar la constitucionalidad de la capitalización de intereses en los créditos de vivienda, en aras de revisar qué similitudes se pueden encontrar entre ambos casos y corroborar si existen también razones de peso para homologar este análisis a los créditos educativos.

III. ¿En qué consiste la prohibición de la capitalización de intereses en créditos de vivienda urbana a largo plazo?

1. Historia de una prohibición Internacional, España y Estados Unidos.

A. El acercamiento español

A modo de brindar un poco más de trasfondo a la discusión en comento, se realizó un estudio sobre la prohibición y/o posibles regulaciones alrededor de la capitalización de intereses y el anatocismo que hubiera en países cuyo ordenamiento jurídico pudiera ser cotejable con el colombiano de manera ilustrativa. El primer país analizado fue España, pues se evidenció que su ordenamiento jurídico pertenece a una misma familia (el derecho greco-romano y sus manifestaciones contemporáneas) e igualmente se reconoce que, por medio de la colonización, tanto el desarrollo jurídico colombiano como el español se encontraron en las instituciones coloniales hasta el siglo XIX, y aunque posteriormente se desarrollarían de forma autónoma, el derecho español moderno y el derecho colombiano contemporáneo partirían de un mismo punto común. Así las cosas, y habiendo reconocido el valor ilustrativo de analizar el panorama en el derecho español, se encontró que la situación jurídica española frente al anatocismo o la capitalización de intereses es la siguiente:

A modo de apertura, en el texto de "Anatocismo, Historia de una prohibición" (Murillo Villar, 1999) se busca delimitar el alcance del concepto anatocismo, lo cual si bien en esencia es similar al manejado en

Colombia (pues se definen como intereses sobre intereses) tiene la particularidad de ser reconocido, desde la delimitación del término, como el cobro incluso de intereses sobre los intereses no pagados a la hora de realizar una reclamación judicial (dicha posibilidad es viable en Colombia, pero de buenas a primeras dicha práctica no suele ser vinculada con el concepto de anatocismo). En concordancia con lo anterior se encuentra que el art. 1109 del C*ódigo* Civil español establece que los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados. Dicho autor, sin embargo, no manifiesta análisis alguno sobre la capitalización de intereses.

Este primer descubrimiento, en principio, parece avalar la idea de que el anatocismo está permitido en España, al menos en la definición colombiana de intereses sobre intereses vencidos. Continuando con la investigación se encontró información que arroja luz sobre la viabilidad de la capitalización de intereses, pues se evidencia que en el régimen civil español solo es válido que los intereses **vencidos y no satisfechos** generen intereses, de lo que se deriva que los intereses satisfechos no podrían ser susceptibles de tal beneficio en cabeza del acreedor. Según lo analizado por CIALT[12] se afirma que el Tribunal Supremo, en sentencia del 8 de noviembre de 1994[13], interpreta que el art. 1109 del código civil español *"viene a admitir que las partes puedan pactar expresamente que los intereses pactados (vencidos y no satisfechos) puedan producir intereses"* (negrilla añadida para efectos de énfasis, ausente en el texto original). Esta tesis, adicionalmente, fue confirmada por la sentencia del mismo Tribunal del 4 de junio de 2009[14].

Adicionalmente, el análisis anteriormente expuesto es también confirmado por Wolters Kluwer, en su texto *"Anatocismo"*[15]dónde extraen la misma regla jurídica con base en la anteriormente referida sentencia y en la interpretación negativa (es decir, por oposición) del art. 1109 del código civil español y de comparar dicho artículo con el código de comercio español (que, en contraste, de manera explícita establece que los intereses vencidos y no pagados no generarán intereses, pero permite la capitalización de los intereses pagados, siendo que esto no lo hace el artículo del código civil).

Este es el contexto actual, sin embargo, igual que la mirada de un solo fotograma no es capaz de demostrar el movimiento, no sería prudente limitarnos a la situación actual de las cosas, por lo que resulta necesario hacer también una revisión histórica de la evolución del anatocismo en España, de la mano con la evolución de los préstamos con intereses. Para esto, recurriremos al texto de María Encarnación Gómez Rojo[16]

12 CIALT. LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO. 23 de Enero de 2020. https://www.cialt.com/blog/actualidad-juridica/la-capitalizacion-de-intereses-en-los-contratos-de-prestamo/ (último acceso: 10 de Diciembre de 2020)

13 Referenciado por CIALT como Aranzadi-Westlaw: RJ 1994/8477

14 Referenciado por CIALT como Aranzadi-Westlaw RJ 2009/4747

15 Wolters Kluwer. *Anatocismo.* s.f. https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H-4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTS0MjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzI2OQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAzVlwP-TUAAAA=WKE (último acceso: 10 de Diciembre de 2020).

16 Gómez Rojo, María Encarnación. *Historia Jurídica del anatocismo.* Barcelona: Universidad de Malaga, 2003.

En su libro, *"Historia jurídica del anatocismo"*, Gómez hace un recuento del préstamo con intereses, remontándose incluso a la edad media. Sin embargo se considera que el punto histórico desde el cuál puede resultar relevante revisar el anatocismo es la prohibición histórica del mismo en la tradición católica e islámica. En este análisis, encuentra la autora que en la tradición islámica la usura era entendida como un "incremento injustificable", que tenía como resultado una desigualdad en el equilibrio de las partes. Dicho de otra forma, era usura todo aquello en lo que un sujeto recibe más de lo que merece por lo que está dando. A partir de esta conceptualización, el cobro de mayores precios por el paso del tiempo era entendido como un acto contrario a las buenas costumbres de la religión islámica, más aún si dicho incremento partía de la suma que se alcanzaba mediante cobros previos del mismo tipo.

Por otro lado, en la tradición cristiana encuentra la autora que la prohibición se derivaba de la lectura del éxodo, el levítico y el Deuteronomio, que establecían contextos en los cuales las sociedades estaban basadas en campesinos y pastores que accedían a la economía con el fin único de sobrevivir, por lo que permitir la usura en el mutuo (contrato en el cual el que pide el préstamo es entendido como la parte débil de la relación) era impensable, pues atentaba contra la manutención de los individuos y la subsistencia a la larga de la sociedad. Por supuesto, tales prohibiciones no eran meramente etéreas o canónicas, pues fueron materializadas por la iglesia; en palabras de Gómez: *"Los concilios de los siglos XII y XIII definen la prohibición como una ley universal de la Iglesia conforme al Derecho natural añadiendo nuevas sanciones a las preexistentes, así el de Letrán de 1139 estableció que las prácticas ilícitas de usura debían ser consideradas infames para privar a sus ejecutores de los sacramentos y de la sepultura eclesiástica*".[17]

Estos dos criterios son relevantes pues, por un lado, tanto Colombia como España fueron grandemente influenciadas por la religión cristiana y católica en su desarrollo histórico, político y económico. Por otro, muestra de fondo la intención que se persigue al prohibir la capitalización de intereses en contextos civiles, esta es, proteger a la parte "débil" de la transacción de perjuicios injustificados (los cuales se muestran como probables, tal como lo evidenció el accionante de la sentencia C-112/07 al presentar el ejemplo del crédito con el ICETEX). Esta postura, aunque no necesariamente sus fundamentos teológicos, es similar a la compartida por la Corte Constitucional en tratándose de capitalización de intereses en créditos de vivienda urbana, pues la finalidad es también proteger los intereses de los particulares y su acceso a garantías mínimas como la vivienda.

Por lo demás, históricamente, la prohibición en general del préstamo con intereses (como forma de usura) y de la capitalización de intereses se mantendría de manera casi uniforme a lo largo de los siglos en España, para ser permitida de manera paulatina a medida que la globalización ha dado como resultado la necesidad de nuevas prácticas comerciales no solo más competitivas sino también más beneficiosas para el hombre de negocios. Esto precisamente se evidencia en que la capitalización de intereses está

17 *ibidem*

permitida como práctica mercantil en España[18], lo cual es equivalente a la forma en que funciona la capitalización de intereses en el régimen comercial colombiano.

En síntesis, en España se entiende que el anatocismo se encuentra permitido en el sentido de avalar la posibilidad de que los intereses vencidos, y no pagados, puedan ser tenidos en cuenta para la tasación de intereses moratorios desde que se realiza la reclamación judicial. Sin embargo, y para efectos del debate que se presenta en el contexto constitucional en Colombia, España parece concordar con la postura proteccionista del ciudadano común que fue adoptada por la Corte Constitucional en el régimen de créditos de vivienda urbana, toda vez que la capitalización de intereses vencidos en aras de tasar nuevos intereses a partir de dicha suma es una práctica que se encuentra prohibida en el régimen civil español. Gracias a un análisis ligero pero sustancioso del desarrollo histórico de la usura en el contexto del cristianismo, sabemos que tal prohibición parte de la intención de evitar la usura como forma de perjudicar al ciudadano de a pie, lo cual fue transmitido a Colombia pues, como la historia lo ha reconocido, la tradición cristiano-católica española influyó y sigue influyendo en el funcionamiento, desarrollo y realización del derecho y la economía colombianos.

B. La respuesta norteamericana

Ahora bien, se consideró analizar de igual forma la regulación de los Estados Unidos de Norteamérica pues permite un vistazo opuesto a los criterios que cumple España para efectos de este proyecto. Es decir, Estados Unidos es un país con una tradición jurídica perteneciente a la familia del *common law* y que, si bien no comparte familia legal con Colombia, comparte un contexto geográfico más cercano con nuestro país, siendo entonces un punto de comparación paralela pero cercana al contexto colombiano. Por estos motivos, resulta ilustrativo como fuente de comparación.

Dicho lo anterior, procedemos entonces a señalar una circunstancia relevante, y es que Estados Unidos, a diferencia de España y Colombia, cuenta con una mayor independencia legislativa para sus divisiones políticas, lo que implica que cada estado puede tener diferentes regulaciones con respecto al asunto del anatocismo. Así las cosas, evitando incurrir en el pecado de Ícaro e intentar volar demasiado alto, para desplomarnos irremediablemente por nuestro propio exceso, en este trabajo no buscaremos caracterizar todas y cada una de las posturas de los estados americanos con respecto al anatocismo. Por el contrario, el método consistirá en un barrido en aras de encontrar los estados que de manera más directa han abordado el tema.

Así las cosas, el estado de Nueva York es el primero en destacar, pues a ojos del "New York Code" de 2006, el anatocismo es permitido en un concepto muy similar al previsto en la regulación española. Esto es lo que establece dicho precepto legal: *"Exigibilidad del interés compuesto. Un préstamo u otro*

18 CIALT. LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO. 23 de Enero de 2020. https://www.cialt.com/blog/actualidad-juridica/la-capitalizacion-de-intereses-en-los-contratos-de-prestamo/ (último acceso: 10 de Diciembre de 2020)

acuerdo que prevea el interés compuesto será exigible sin consideración sobre la fecha en que dicho préstamo u otro acuerdo (que prevea el interés compuesto) debía haber sido ejecutado; teniendo en cuenta que, sin embargo, dicho interés compuesto deberá empezar a acrecentarse y volverse pagadero en (...) (b) ***la fecha en la que cualquier obligación de pagar dicho interés compuesto haya surgido, incluyendo, pero no limitándose a, la fecha de cualquier mora o evento de mora bajo dicho préstamo u otro acuerdo.*** *Para el propósito de esta subdivisión, el término "interés compuesto" deberá significar la acumulación de intereses sobre intereses* ***no pagados,*** *sin consideración sobre si dichos intereses no pagados son añadidos a la deuda principal o no."* (traducción propia)[19].

Este texto citado establece entonces dos características principales que ya se encontraron en la regulación española. En primer lugar, establece que el *"compound interest"* (que se traduce como interés compuesto y que es el equivalente al anatocismo en el idioma anglosajón) solo podrá ser de cobro efectivo una vez haya surgido la obligación de pagarlo, lo cual se puede dar por *"default"* (mora, en castellano). En otras palabras, el interés compuesto solo se vuelve existente a efectos de un préstamo cuando se ha presentado una mora que lo haga exigible (lo cual es equivalente al requisito de reclamación judicial presente en el ordenamiento hispano). En segundo, encontramos que los intereses compuestos solo pueden predicarse sobre los *"unpaid interests"*, es decir, sobre los intereses no pagados. Esto es concordante con lo que sucede en el ordenamiento jurídico español: la capitalización de intereses, al menos en el régimen civil, se encuentra prohibida y solo los intereses no pagos pueden generar nuevos intereses.

Por otra parte, en Ohio encontramos que la regla de derecho es similar. En sentencia del 3 de diciembre de 2009, la Suprema Corte de Ohio estableció la siguiente regla jurídica: *"cuando un deudor entra en mora en un contrato escrito que especifica una tasa de interés pagadera sobre el balance pendiente, y no hay acuerdo entre las partes u otra provisión legal que autorice el interés compuesto, el acreedor tendrá derecho al interés simple sobre la suma hasta que el pago sea realizado"* (traducción propia)[20]. Según este criterio, si no existe pacto que predisponga el cobro de intereses sobre intereses, se entiende que el acreedor tiene derecho al interés simple sobre la suma que está en mora, incluyéndose en la misma tanto el capital vencido y no pagado, como los intereses vencidos y no pagados. En este orden de ideas, la Suprema Corte de Ohio determina que el pago de intereses sobre intereses vencidos puede ser pactado, pero también opera de pleno derecho una vez se ha constituido en mora, y solo sobre los montos no pagos, lo cual concuerda con el criterio encontrado en la regulación de Nueva York.

Vale aclarar que, según la página de la Suprema Corte de Ohio, las discusiones antes de tomar la deci-

19 Original en inglés: *"§ 5-527. Enforceability of compound interest. 1. A loan or other agreement providing for compound interest shall be enforceable notwithstanding the date that such loan or other agreement providing for such compound interest shall have been executed; provided, however, that such compound interest shall begin to accrue and become due and payable on (...) (b)* ***the date that any obligation to pay such compound interest may have arisen, including, but not limited to, the date of any default or event of default under such loan or other agreement****. For purposes of this subdivision, the term "compound interest" shall mean the accruing of interest upon* ***unpaid*** *interest irrespective of whether such unpaid interest is added to the principal debt."*

20 Original en inglés: "*when a debtor defaults on a written instrument that specifies an interest rate payable on the unpaid balance, and there is no agreement of the parties or another statutory provision expressly authorizing the compounding of interest, the creditor is entitled to simple interest on the unpaid amount until payment is made."*

sión giraron en torno a una decisión previa. En preciso, establecen "En revisión, la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Distrito revocó la decisión del caso y sostuvo que, basados en una decisión de 1943 de la Suprema Corte de Ohio, los Mayers tenían derecho de recuperar el interés compuesto de las sumas no pagadas pertenecientes a las notas promisorias hasta que la deuda fuera satisfecha. El Décimo Primer Distrito certificó que su decisión sobre el asunto del interés compuesto entraba en conflicto con una decisión de 1993 de la Corte de Apelaciones del Décimo Distrito sobre el mismo asunto. La Suprema Corte aceptó revisar el caso"[21] (traducción propia).

En concordancia con los dos regímenes estatales encontrados anteriormente, se encontró lo siguiente con respecto al interés compuesto en una perspectiva de nivel nacional a ojos de la Constitución Política de los Estados Unidos: *"Los intereses compuestos son intereses autorizados sobre intereses; por ejemplo, cuando una suma de dinero debida por intereses es añadida al capital, y luego sirve para tasar intereses. Esto no es, en general, permitido. Vea también intereses sobre el capital."* (traducción propia)[22].[23] Si bien esta cita es antigua, la misma se sujeta a la constitución política de los Estados Unidos de Norteamérica, ratificada en 1787, la cual solo ha sufrido 27 *"amendments"* desde su expedición, y ninguno relativo a los principios bajo los cuales se estructura la ley civil en el territorio nacional.[24] Así las cosas, el texto de Bouvier, aunque lejano en cronología, tiene plena vigencia, pues interpreta de manera extensiva los principios constitucionales en aras de definir y determinar el alcance conceptual de cosas como el "compound interest".

En conclusión de este panorama, en Estados Unidos, de una forma menos directa pero igual de diciente que en el régimen hispano, se establece que los intereses sobre intereses solo serán válidos en el entendido de que los intereses vencidos y no pagos pueden servir como base de cálculo para los intereses moratorios una vez se constituye la mora del deudor. En casos ajenos a este, no se prevé ni se avala tal posibilidad. Esto tiene concordancia con lo aplicado por la Corte Constitucional Colombiana al régimen de vivienda urbana, pues en Estados Unidos se evidencia que existe una clara prohibición a la capitalización de intereses toda vez que, según las fuentes analizadas, no se encuentra fundamento en cobrar intereses sobre intereses ya pagados, lo cual contrasta con la figura avalada, esta es, el cobro de intereses moratorios sobre intereses ordinarios que no fueron saldados, pues se entiende que esta práctica sí tiene fundamento legal.

21 Original en inglés: "*On review, the 11th* ***District Court of Appeals reversed the trial court and held that, based on a 1943 Supreme Court of Ohio decision, State ex rel. Bruml v. Brooklyn, the Mayers were entitled to recover compound interest on the unpaid amounts of the promissory notes until the debts were satisfied. The 11th District certified that its ruling on the issue of compound interest was in conflict with a 1993 decision of the 10th District Court of Appeals on the same legal question.*** *The Supreme Court agreed to review the case"*

22 Original en inglés: "*Compound interests (are) Interests allowed upon interest; for example, when a sum of money due for interest, is added to the principal, and then bears interest. This is not, in general, allowed. See Interest for money"*

23 John Bouvier, Law Dictionary (Kindle Editors, 1856)

24 Elcato.org "**La Declaración de Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de América**", consultado el 20 de octubre de 2021.

2. El desarrollo de la prohibición a nivel constitucional en Colombia

La Corte Constitucional ha realizado un amplio análisis del derecho a la vivienda, sin embargo, lo que realmente resulta interesante y pertinente para el presente trabajo es el desarrollo que ha tenido dicho derecho en relación con los créditos de vivienda urbana y la aplicación del anatocismo dentro de los mismos. De esta manera, es necesario hacer referencia a la decisión que declaró la inconstitucionalidad de la aplicación de la capitalización de intereses en créditos de vivienda urbana.

En sentencia C-747 de 1999, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de los artículos 121 y 134 del Decreto 0663 de 1993. El texto de dichos artículos se trascribe a continuación, y se mantiene el subrayado de la Corte Constitucional para señalar los apartados demandados por inconstitucionalidad:

> *"Artículo 121: Sistemas de pago e intereses.*
>
> *"1. Capitalización de intereses en operaciones de largo plazo. En operaciones de largo plazo los establecimientos de crédito podrán utilizar sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses, de conformidad con las reglamentaciones que para el efecto expida el Gobierno Nacional.*
>
> "…
>
> *"3. Límites a los intereses. De conformidad con el artículo 64 de la ley 45 de 1990 y para los efectos del artículo 884 del Código de Comercio, en las obligaciones pactadas en unidades de poder adquisitivo constante (UPAC) o respecto de las cuales se estipule cualquier otra cláusula de reajuste, la corrección monetaria o el correspondiente reajuste computará como interés.*
>
> ***"Capítulo IV***
>
> ***"Disposiciones relativas a las operaciones de las corporaciones de ahorro y vivienda"***
>
> *"Artículo 134. Aplicación. El fomento del ahorro para la construcción se orientará sobre la base del principio valor constante de ahorros y préstamos, determinado contractualmente. Para efectos de conservar el valor constante de los ahorros y de los préstamos a que se refiere el presente capítulo unos y otros se reajustarán periódicamente de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno y los intereses pactados se liquidarán sobre el valor principal reajustado.*
>
> *"En desarrollo del principio de valor constante de ahorros y préstamos consagrados en el inciso anterior, establécese la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC) con base en la cual las corporaciones de ahorro y vivienda deberán llevar todas las cuentas y registros del sistema, reducidos a moneda legal.*

> *"2. Estipulación en los contratos. Para los efectos previstos en el artículo 1518 del Código Civil, tanto en los contratos sobre constitución de depósito de ahorro entre los depositantes y las corporaciones de ahorro y vivienda como en los contratos de mutuo que éstas celebren para el otorgamiento de préstamos, se estipulará expresamente que las obligaciones en moneda legal se determinarán mediante la aplicación de la equivalencia de la Unidad del Poder Adquisitivo constante."*

En dicha providencia, el demandante presentaba argumentos según los cuales los artículos anteriormente citados eran violatorios de la Constitución toda vez que, en su consideración, dichos contenidos legales vulneran el derecho a la vivienda, el cual constituye una garantía en cabeza del Estado. En este orden de ideas, el demandante afirma que los referidos artículos prevén la posibilidad directa de establecer la capitalización de los intereses en créditos de largo plazo o de plano establecen la capitalización de intereses como un componente del sistema de unidades de valor constante. De esta forma, el contenido legal demandado está fijando la capitalización de intereses como un instrumento en favor de las entidades financieras en detrimento de los deudores y en perjuicio de su derecho de acceder a una vivienda.

A modo de añadido, el demandante hace referencia a la relevancia de la sentencia C-383 de 1999, y a la necesidad de que la Corte Constitucional continúe ampliando la protección del derecho a la vivienda y se abstenga de retrotraer el alcance de la protección. En dicho análisis, la Corte establece que es perfectamente constitucional ajustar el valor de las unidades de valor constante con base en el cambio del valor del dinero en el tiempo. Sin embargo, en contraste, no es respetuoso de los principios constitucionales el ajustar las unidades de valor constante según las variaciones de las tasas de interés en la economía, pues al aplicar esta práctica, en palabras de la Corte, *"(la obligación) se aumenta no sólo para conservar el mismo poder adquisitivo, sino con un excedente que, por ello destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente, que, precisamente por esa razón, aparece como contrario a la equidad y la justicia como fines supremos del Derecho, es decir opuesto a la "vigencia de un orden justo", como lo ordena el artículo 2º de la Constitución."*. Además, agrega la Corte *"Semejante sistema para la financiación de vivienda, no resulta a juicio de la Corte adecuado para permitir la adquisición y conservación de la misma, como de manera expresa lo ordena el artículo 51 de la Carta en su inciso segundo, pues ello desborda, como es lógico la capacidad de pago de los adquirentes de vivienda"*[25]. Con base en esta sentencia, el demandante propone que la capitalización de intereses es también una práctica contraria al acceso a la vivienda de los colombianos.

Estos son, en resumen, los argumentos presentados por la ciudadana demandante. Procedió entonces la Corte Constitucional a realizar un análisis de los cargos presentados. Al respecto, inicia la Corte aclarando que la capitalización de intereses no es, per se, una práctica inconstitucional, por lo que el artículo 121, al abrir la posibilidad de implementar esta figura no puede ser declarado inconstitucional

25 Corte Constitucional Colombia, sentencia C-383/99 (1999) https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-383-99.htm

de manera general y completa. A pesar de esto, la Corte reconoce que la capitalización de intereses se torna inconstitucional cuando se aplica en los créditos de vivienda urbana pues la Constitución Política establece que el derecho a la vivienda digna es uno de los derechos sociales y económicos que el estado está en la obligación de garantizar, no de forma inmediata sino progresiva, por lo que está en sus funciones fijar *"las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho"*. En otras palabras, la obtención y conservación de vivienda por parte de las familias colombianas es un asunto propio de las preocupaciones del estado, por lo que debe adelantar actos que procuren el acceso de los ciudadanos al derecho a la vivienda.

Bajo esta premisa, la Corte concluye sintetizando su decisión y determinando que la declaratoria de inconstitucionalidad se predica solo de la aplicación de capitalización de intereses en créditos de vivienda urbana a largo plazo.

La postura esbozada por la Corte en esta providencia fue posteriormente reiterada en sentencia C-364/00, en la cual se establece que la capitalización de intereses, por sí misma, no implica una violación de la Constitución Política, sino que se vuelve inconstitucional en tanto vaya en contra de los principios constitucionales, como sucede en los créditos de vivienda urbana, en cuyo caso la figura violenta el derecho a la vivienda digna de los deudores.

En síntesis, la Corte Constitucional considera que el derecho a la vivienda es un elemento de interés estatal, por lo que es parte de las obligaciones y funciones del Estado procurar estrategias y proyectos que faciliten el acceso a la vivienda de los colombianos y, paulatinamente, eliminen las dificultades de acceso de los ciudadanos al derecho a la vivienda digna como una garantía constitucional. De esta forma, el Estado tiene la obligación de intervenir en el giro ordinario de los negocios con tal de velar por el acceso de las personas a sus derechos fundamentales. En este sentido, es entonces plenamente legítimo que la Corte Constitucional decida intervenir y declarar la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses cuando esta práctica dificulta y hace más engorroso el acceso al derecho a la vivienda.

IV. El derecho a la educación: ¿Mereca también ser protegido de la capitalización de intereses?

1. La Corte Constitucional y el Derecho a la Educación

Para desarrollar la protección constitucional que se ha predicado sobre el derecho de acceso a la educación, es pertinente hacer alusión al artículo de la Carta Magna que reconoce dicho derecho. Así las cosas, el artículo 67 de la Carta Magna establece:

> *"Artículo 67. La educación* ***es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social;*** *con ella* ***se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.*** *La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.* ***El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación,*** *que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.* ***Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.*** *La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley." (Negrilla añadida para destacar las dimensiones de derecho personal y de obligación en cabeza del Estado fundamentadas en desarrollo jurisprudencial).*

Ahora bien, ya habiendo citado la definición base del derecho, se hace alusión a las decisiones constitucionales que han establecido el alcance interpretativo de dicho derecho. Para empezar, se hará referencia a la sentencia T-743/13, en la cual se establece que el derecho a la educación consta de dos dimensiones, una dimensión consistente en el derecho personal en la cabeza de los ciudadanos de acceder a la educación (derecho cuya protección depende de la familia, la sociedad y el Estado), y una dimensión consistente en la prestación de un servicio público, cuyo cumplimiento está en cabeza del Estado.

Es en esta segunda dimensión que la Corte reconoce que el Estado debe responder ante las exigencias de garantizar su prestación eficiente y continua a los habitantes del territorio nacional bajo los principios de universalidad, **solidaridad y redistribución de los recursos en la población económicamente vulnerable.**

Adicionalmente, la Corte reconoce la importancia del derecho a la educación a la hora de facilitar y garantizar el acceso a otras garantías conexas, entre ellas se menciona la **dignidad humana, la igualdad de oportunidades, el mínimo vital**, la libertad de escoger profesión u oficio y la participación política.

Finalmente, esta sentencia determina que el Estado tiene la obligación de tomar medidas "de protección", consistentes en evitar que terceros imposibiliten o dificulten la materialización del derecho a la educación. Adicionalmente añaden que el Estado debe tomar también acciones de "cumplimiento", las cuales consisten en prestaciones e incluso obligaciones de facilitar y proveer el acceso a la educación.

La Corte establece que *"las obligaciones de cumplir suelen requerir la movilización de recursos económicos y un desarrollo normativo, reglamentario y técnico destinado a identificar los requisitos que determinan su exigibilidad,* ***al responsable de su garantía y las fuentes de financiación que permitirán cubrirlas.".***

Del análisis de esta sentencia se evidencia que la Corte Constitucional reconoce que el Estado tiene la obligación de interceder en procura del derecho a la educación de los colombianos, tanto en términos de protección, como en términos de garante y facilitador de dicho acceso. En este sentido, no solo los colombianos cuentan con un derecho en su favor consistente a la facultad de solicitar el cumplimiento de su derecho de acceso a la educación, sino que también se encuentran facultados a esperar que los aparatos estatales actúen en pro de facilitar y garantizar dicho acceso. De igual forma, de la sentencia se deduce que el derecho a la educación cuenta con lazos fuertes de conexidad con derechos como la dignidad humana, el acceso al mínimo vital, y en general, al libre desarrollo de la personalidad.

Habiendo adelantado este análisis, haremos una breve mención al criterio expresado en la sentencia T-106/19. En esta providencia, que por lo demás versa sobre el derecho a la educación y su relación con la autonomía de los establecimientos de educación superior, la Corte Constitucional sintetiza que, según la jurisprudencia constitucional, ***"El derecho a la educación es fundamental***, *dado que: (i)* ***es objeto de protección especial del Estado;*** *(ii)* ***es presupuesto básico de la efectividad de otros derechos fundamentales***, *como la escogencia de una profesión u oficio, la igualdad de oportunidades en materia educativa, la realización personal, el libre desarrollo de la personalidad, y el trabajo, entre otros; (iii)* ***es uno de los fines esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho****; (iv) está comprendido por la potestad de sus titulares de reclamar el acceso y la permanencia en el sistema educativo o a uno que permita una "adecuada formación"; y (v) se trata de un derecho deber que genera obligaciones reciprocas entre todos los actores del proceso educativo."*[26].

En síntesis, la Corte Constitucional ha fijado el derecho a la educación como un derecho fundamental, el cual no solo prevé la facultad de los individuos de solicitar acceso a la educación, sino también el deber del Estado de intervenir, interceder, planificar y legislar para poder ampliar el alcance del derecho a la educación y facilitar el acceso a la misma, eliminando las posibles barreras que pudieren surgir y procurando que el acceso a la educación responda a las dinámicas sociales específicas en las que se encuentra el pueblo colombiano.

2. La prohibición de la capitalización de intereses en los créditos educativos

Para este punto ya se ha caracterizado el alcance y la definición del derecho a la vivienda a nivel constitucional, su interacción con la capitalización de intereses en los créditos de vivienda urbana, y de

26 Para sustentar esta afirmación la Corte se permite hacer la siguiente recopilación jurisprudencial: "Sobre el particular pueden ser consultadas las Sentencias T-236 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-527 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz; T-078 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara; T-329 de1997. M.P. Fabio Morón Día; T-534 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía; T-974 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-925 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-041 de 2009. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-465 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-056 de 2011. M.P Jorge Iván Palacio Palacio y T-941A de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otras."

forma paralela, el alcance y definición del derecho a la educación. Es por esto que, como si se tratase de una regla de tres, nos queda entonces por determinar la interacción del derecho a la educación con la capitalización de intereses en los créditos educativos. Si bien esta relación no ha sido desarrollada en una providencia constitucional, es posible analizar esta relación al realizar un contraste con su homónima de los créditos de vivienda urbana.

Con el fin de desarrollar este punto se implementarán tres argumentos. En primer lugar, se discutirá el argumento constitucional, es decir, los alcances tanto del derecho a la vivienda como del derecho a la educación y los motivos por los cuales podrían considerarse derechos de igual relevancia a la luz de la Constitución Política, en concordancia con la forma en que dichos derechos se contrastan a la luz del principio de igualdad. Posteriormente se hará uso de un argumento económico, retomando parte de las estadísticas brindadas inicialmente sobre los créditos del ICETEX. Por último, se desarrollará un argumento de política pública que si bien, igual que el primer punto, halla su fuente en el desarrollo constitucional, contempla la educación y la vivienda como garantías en cabeza del Estado y no como un derecho en cabeza de los particulares.

A. El enfoque constitucional

En desarrollo del primer argumento resulta útil resumir sumariamente las características principales de los derechos a la educación y a la vivienda, y la razón por la cual la capitalización de intereses es contraria a la finalidad constitucional del derecho a la vivienda. En este sentido, los derechos a la educación y a la vivienda comparten el rango de derechos constitucionales, toda vez que tienen una alta injerencia en pilares constitucionales como lo son la dignidad humana y el mínimo vital por lo que ambos derechos son vías para la protección de otros intereses paralelos que también hacen parte de los intereses del Estado. No solo esto sino que, además de constituir derechos en favor de los habitantes del territorio nacional, también cuentan con una dimensión dual en la cual se entiende que recae en el Estado el deber no solo de garantizar su protección, sino también de legislar, intervenir y diseñar planes gubernamentales encaminados a facilitar el acceso a dichos derechos, eliminar las barreras de acceso y aumentar el alcance de los mismos. En desarrollo de este argumento se analizará la dimensión de derecho en favor de los habitantes, mientras la garantía del Estado será analizada en el tercer argumento.

En contraste, vemos que el derecho a la educación también cuenta con una alta injerencia en la dignidad y otras garantías de los colombianos. Esto ha sido sostenido por la Corte Constitucional[27] llegando incluso a afirmar que, como derecho fundamental, cumple incluso un papel relevante en la promoción del desarrollo humano y **la erradicación de la pobreza.** Se destaca en especial lo relativo en este último punto pues es el que demuestra la incidencia económica de garantizar el acceso a la educación, al respecto, la Corte expande su análisis así:

27 Según se comprobó al analizar el análisis hecho por esta corporación al derecho a la educación.

> *"La incidencia de la educación en la reducción de pobreza y en la formación de las capacidades que permiten que cada individuo construya su propio proyecto de vida ha sido destacada en diferentes escenarios. La Observación General Número 13 del Comité intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* ***define a la educación como el principal medio que, dentro del ámbito de la autonomía de la persona, "permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades" y da cuenta de su papel en "la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico". Ese rol preponderante en la consecución de las aspiraciones individuales y en la protección de las garantías fundamentales explica que la educación haya sido ampliamente reconocida como "el mayor factor de movilidad social", y que los índices de*** *alfabetismo,* ***cobertura*** *y calidad educativa* ***sean aspectos de imprescindible análisis por parte de quienes conciben el desarrollo como la ampliación de las posibilidades y las libertades humanas.*** *(...) (Informe sobre Desarrollo Humano 2010, La verdadera riqueza de las Naciones: Caminos al desarrollo humano. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2010).".*[28]*(Negrilla añadida para hacer énfasis)*

Dicho de otra forma, y sintetizando lo expresado en el apartado en el que se analiza el derecho a la educación según la Corte Constitucional, el derecho a la educación es una garantía cuya protección no solo dignifica por sí misma el pueblo colombiano, sino que además facilita la protección de otras garantías y principios como lo son la defensa de la vida digna, la procura del progreso tanto del país como de sus nacionales, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad de oportunidades, entre otros elementos que hacen parte de los intereses del Estado y de las finalidades del mismo según la Constitución Política.

Así, conociendo el alcance del derecho a la vivienda y a la educación, se procede entonces a cotejar los motivos que justifican la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en los créditos de vivienda urbana y ver si podrían ser comparables en aras de ampliar el alcance de tal protección para que cobije también el derecho a la educación. Sobre dicho análisis, teniendo en cuenta el ejemplo presentado por el demandante de la sentencia C-112/07, es evidente que la aplicación de la capitalización de intereses genera un relevante sobrecosto para los deudores con respecto a la deuda originalmente contraída. En este sentido, se corrobora que la capitalización de intereses funge como una figura que, por su naturaleza y por los sobrecostos que genera, tiene como resultado dificultar y entorpecer el efectivo acceso a la educación por parte de los colombianos. Adicionalmente, dichos altos sobrecostos pueden ser superiores a la capacidad financiera de los usuarios, por lo que los mismos tienen un alto riesgo de incurrir en mora, sometiéndose a los cobros ejecutivos que pueda adelantar el ICETEX, en

28 Corte Constitucional, Sala de revisión de tutela.. Sentencia T-743 de 2013 M.P. Vargas, L. (el 23 de octubre de 2013)

los cuales pueden ver comprometido su patrimonio, por lo que los sobrecostos de los créditos del ICETEX aumentan la probabilidad de que los usuarios vean comprometido su derecho a la vivienda o a la dignidad con tal de saldar los valores pendientes de sus créditos educativos. De esta forma, es evidente que la capitalización de intereses en los créditos educativos, en específico los del ICETEX, podría tener como resultado una mayor dificultad de acceso al derecho a la educación para los colombianos, similar al que la misma figura inflige en el derecho a la vivienda cuando se trata de créditos de vivienda urbana. Así, la capitalización de intereses en ambas situaciones tiene como resultado dificultar, entorpecer y obstaculizar el acceso de los ciudadanos a los derechos a la vivienda y a la educación.

De lo anterior se deriva que, en principio, los argumentos que sustentan la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en créditos de vivienda urbana también son aplicables a la capitalización de intereses en los créditos educativos. Esto se evidencia cuando la figura, en ambos casos, se convierte en obstáculos para el acceso a los derechos de los usuarios, y dificultan su sostenibilidad, su capacidad económica de asumir los costos de los créditos, y ponen en riesgo su vida digna por implicar que, en caso de no poder pagar los créditos, no solo verán frustrado su intento por acceder a los derechos sino también se arriesgan a procesos ejecutivos en los cuales pueda peligrar su patrimonio y en especial su vivienda, arriesgando su derecho a la vida digna.

Por todo lo anterior, queda demostrado que la capitalización de intereses es una figura que podría dificultar y entorpecer el acceso de los colombianos al derecho a la educación, condicionando dicho acceso a unos mayores costos de ingreso y un mayor endeudamiento en cabeza de los deudores. En estricto sentido, esta figura debería considerarse inconstitucional pues no se fundamenta de manera alguna tal obstrucción a los efectivos derechos de los colombianos, pues la única razón de su implementación es el lucro de las entidades crediticias a costa de la economía de los que se sujetan a tal régimen para poder acceder al derecho a la educación.

B. Principio de igualdad y el contraste entre derechos

Si se intenta postular que ambos derechos gozan de igual entidad ante la Constitución Política, es necesario comprender la jurisprudencia constitucional con respecto a los cargos de violación a la igualdad, ya que a la luz de estos cargos es que se pondría en tela de juicio la equivalencia de ambos derechos y se analizarían las consecuencias de demostrarse que, en términos de créditos y capitalización de intereses de los mismos, ambos derechos tienen una misma relevancia. En razón de lo anterior se procede a realizar un recuento de los requisitos que ha fijado la Corte para que se corrobore una verdadera situación de desigualdad y, por lo tanto, se considere meritoria la intromisión de la Corte.

En desarrollo del análisis de vulneración al principio de igualdad, la Corte ha fijado tres criterios a tener en cuenta para corroborar si efectivamente se evidencia una vulneración a dicho principio y, por lo tanto, se justifica la intromisión de la Corte. Estos tres criterios son: 1. El patrón de comparación.

Este criterio consiste, *grosso modo,* en identificar a los sujetos o las situaciones sobre las cuales se acusa la desigualdad y determinar si se trata de situaciones homologas o distintas. 2. El trato diferenciado. Este criterio busca determinar las consecuencias jurídicas que se están aplicando a una u otra situación, en aras de determinar si el tratamiento que se ha dado a cada sujeto o situación es distinto, o si por el contrario se trata de tratos iguales entre dos o más situaciones. 3. Justificación constitucional del trato diferente. Este criterio tiene como función determinar si existen razones de relevancia constitucional que permitan explicar o sustentar el trato diferenciado de manera tal en que el mismo no resulte contrario a la Constitución, sino necesario para el cumplimiento de sus principios y derechos.

En el caso en concreto, el patrón de control podría fijarse como deudores de créditos de vivienda urbana a largo plazo y deudores de créditos educativos a largo plazo[29], sabiendo que ambos individuos y sus derechos a la vivienda y a la educación se encontraron expuestos a los perjuicios inherentes a la capitalización de intereses. Habiendo fijado que ambos casos se caracterizan por tener usuarios de créditos a largo plazo en los cuales la capitalización de intereses amenaza los derechos fundamentales de los deudores, procede entonces a fijarse el trato diferenciado, el cual no es otro que la prohibición de capitalización de intereses en créditos de vivienda urbana para proteger los derechos de los deudores de dichos créditos mientras los deudores de créditos educativos no cuentan con tal beneficio y/o protección a sus derechos fundamentales. Por último, y sabiendo que tanto el derecho a la vivienda como el derecho a la educación son de carácter constitucional y cuya protección, facilitación y ampliación hacen parte de las políticas e intereses del Estado, es entonces argumentable que, mientras existen motivos constitucionales para proteger ambos derechos, no se encuentran motivos constitucionales por los cuales el derecho a la vivienda deba gozar de protección contra la capitalización de intereses mientras el derecho a la educación no deba permitírsele el mismo beneficio.

C. Un peso más en el bolsillo de los colombianos

No obstante, afirmar que se generan mayores costos para que los colombianos accedan a sus derechos no es suficiente para demostrar el carácter perjudicial de la medida, se debe analizar la potencial lesividad de esta práctica y la forma en que afecta o podría afectar los derechos de los nacionales. Así, que sea lo primero el traer a la memoria el ejemplo práctico adelantado por el accionante de la sentencia C-112/07, en la cual el accionante presenta un caso hipotético en el cual los intereses por el crédito, gracias a la capitalización de intereses, tenían la potencialidad de superar un total del 180% del capital, solo en intereses e intereses capitalizados. Esto, lo que implica, en resumen, es que esta figura facilita el que los deudores paguen casi tres veces las cantidades que recibieron inicialmente en préstamo, dos de esas veces constituidas casi exclusivamente por intereses.

Esto suena bastante perjudicial por sí mismo, pero es un mecanismo comercial legítimo de tasar in-

29 Lo cual se corrobora al notar que el ICETEX justifica la capitalización de intereses en la ley que avala dicha figura en los créditos de **largo plazo**, según la respuesta por ellos remitida al derecho de petición.

tereses, por lo que es también ilustrador recordar que, en términos de capital, el ICETEX desembolsa en sus créditos en el territorio nacional cantidades que rondan los $254.618.000.000.00 (doscientos cincuenta y cuatro mil seiscientos dieciocho millones de pesos), lo cual es no solo de relevancia económica sino también social, por su potencial influencia en la educación de los colombianos.

Esta suma pone en contexto que el dinero que se está amortizando como intereses en beneficio del ICETEX no es una suma menor, y que, por el contrario, es más elevada que lo debido por concepto de capital por parte del deudor. La capitalización de intereses, si bien no es el único criterio que lleva los intereses a constituir un 180% del capital, si es una herramienta que prolonga el tiempo de amortización de la deuda[30] y que además abre la puerta a un aumento injustificado de los intereses que debe pagar el deudor. No es que la capitalización de intereses sea un acto prohibido o contrario a las buenas costumbres crediticias, pero sí es un acto cuyo único fundamento es "la autonomía de la voluntad de las partes" y que en la mayoría de los casos solo genera mayores sobrecostos para el deudor sin que se vea un verdadero beneficio para este que justifique la aplicación de esta figura.

Aunado a esto, no es novedad que los sobrecostos causados por entidades crediticias y por sistemas financieros tienen la potencialidad de causar un colapso en los sistemas económicos. Para ejemplificar esto, solo es necesario recurrir a la burbuja especulativa que tuvo lugar en el campo de vivienda en la década de los 90. Durante dicho periodo, la capacidad adquisitiva de los colombianos no estaba aumentando al mismo ritmo que los precios de la vivienda en el mercado nacional, y el motivo de esto es que, entre la verdadera demanda de los colombianos y la oferta en vivienda se encontraba el "apalancamiento" en los sistemas financieros, que estaban causando un alto sobre costo mediante las tasas de intereses aplicadas y la capitalización de intereses en los créditos de vivienda[31].

Toda esta situación tuvo como resultado una crisis del sistema a finales de los años 90, lo cual implicó que los precios se desplomaran y que la economía nacional se desestabilizara en consecuencia, y todo surgió de unos sobrecostos achacables al sistema financiero y a las entidades crediticias. Este panorama, dicho sea de paso, fue el que se encontraba en desarrollo cuando la sentencia C-747/99 fue emitida, sentencia en la cual la Corte declaró que la capitalización de intereses era un mecanismo inconstitucional cuando se implementaba en créditos de vivienda urbana.

Así las cosas, vemos que la injerencia de las entidades crediticias y de ciertos mecanismos como la capitalización de intereses pueden generar un incremento en el costo de ciertos servicios que, de no compensarse simétricamente con el poder adquisitivo de los colombianos, puede causar el colapso de todo un sistema financiero e implicar un gran detrimento para el derecho de los colombianos de

30 Según lo argumentado por el accionante de la sentencia C-112/07, el cual aclaró que el crédito, una vez pagado el capital, entra en una segunda etapa de amortización en la que se calculan los intereses pagados para tasar nuevos intereses.

31 Gómez, John Freddy, y Camila Andrea Galindo. *Burbuja inmobiliaria en Colombia: Vivienda, salario y deuda.* 4 de Julio de 2019. https://www.cadtm.org/Burbuja-inmobiliaria-en-Colombia-Vivienda-salario-y-deuda (último acceso: 2 de Noviembre de 2021).

acceder, en estos casos, a la vivienda y a la educación. Por esta razón, hay motivos económicos para, cuando menos, morigerar la aplicación de esta figura en los créditos educativos a nivel nacional, en aras de evitar un mayor riesgo de un colapso del sistema crediticio.

D. El papel del Estado

Finalmente, la Corte Constitucional desarrolló tanto el derecho a la vivienda como el derecho a la educación, no solo como garantías en beneficio de los ciudadanos, sino también como verdaderos objetivos y deberes en cabeza del Estado.

Así por ejemplo, en la sentencia C-747/99 la Corte Constitucional recalca la doble dimensión del derecho a la vivienda, estableciendo que si bien en gran parte se trata de una garantía en favor de los nacionales, existe también un componente que compromete al Estado a desplegar actos directamente encaminados a facilitar el acceso de los colombianos a dicha garantía, a establecer mecanismos crediticios y leyes de protección que evidencien que la función del Estado. Si bien su deber no es otorgar viviendas a todos los colombianos, si tiene la obligación de interferir en las esferas comerciales y financieras para establecer reglas y criterios que faciliten, de manera progresiva, el acceso de cada vez más colombianos a una vivienda digna.

Por estos motivos, declarar la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en los créditos educativos es ya no solo una cuestión de relevancia constitucional o de interés económico, sino que realmente se convierte en un interés estatal, pues parte de sus funciones es ampliar la protección y el alcance de los derechos fundamentales de los colombianos, lo cual, al menos tratándose del derecho a la vivienda y, en este caso, también a la educación, se ve totalmente impedido por los sobrecostos y dificultades causadas por la capitalización de intereses en los colombianos.

Vale la pena especificar que la Corte Constitucional es clara al determinar que la labor del Estado no es la de conceder vivienda ni educación *per se* a todos los colombianos, o lo que es lo mismo, el Estado no debe proveer a cada colombiano una casa y un título universitario, sino que su labor como garante es la de fijar políticas públicas, expedir y abolir leyes, fijar fondos y programas, y adelantar tantos proyectos como sean posibles para que, de manera progresiva, cada vez más colombianos puedan acceder tanto a una vivienda digna como al derecho a la educación. Es en este sentido, declarar inconstitucional la capitalización de intereses en créditos educativos se vuelve una forma del Estado de aumentar la protección del derecho a la educación y procurar así que cada vez más colombianos tengan acceso a la misma.

V. Conclusiones

Ante los resultados hallados anteriormente en el análisis de la doctrina constitucional con respecto al derecho a la educación y a la vivienda, se afirma que hay razones de peso que justifican que se declare inconstitucional la aplicación de la figura de capitalización de intereses en los créditos educativos, en especial teniendo en cuenta la relevancia constitucional que tiene el derecho a la educación, la obstrucción a dicho derecho que genera la aplicación de la figura de capitalización de intereses, los fines mismos del Estado y las consecuencias económicas potenciales de dicha figura en la economía nacional y en especial en los bolsillos de los colombianos.

Así las cosas, se considera que existen dos principales vías para abordar la problemática y buscar una solución que pueda dar buen término a la investigación, y en especial al dilema de Yulieth.

1. El amparo de la Constitución a la educación

En primer lugar, Yulieth encontró que es viable interponer una demanda de inconstitucionalidad contra el contenido legal que avala la capitalización de intereses en créditos a largo plazo, este es, el art. 121 del decreto 0663 de 1993 (el cual fue el mismo que resultó demandado por vulnerar el derecho a la vivienda) por cargos homólogos y similares a aquellos impetrados en la sentencia C-747 de 1999, y que obtuvieron un resultado favorable al corroborar la inconstitucionalidad de dicha práctica y solicitar la declaración de dicho artículo como condicionalmente exequible siempre que se entienda que no avala la capitalización de intereses en créditos de vivienda.

Esta solución, considera ella, debe ser la primera a ser adelantada, pues los cargos que sirvieron de fundamento para declarar la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en créditos de vivienda urbana, en su mayoría, son también predicables de la capitalización de intereses en los créditos educativos. De esta forma, se sometería a la Corte a analizar que los derechos, en comparación, sean ambos de carácter constitucional y se vean vulnerados u obstruidos por la práctica de la capitalización.

2. La alternativa de la igualdad constitucional

No obstante, le queda aún una segunda vía, la cual si bien consiste igualmente en una demanda de inconstitucionalidad, esta vez se interpondría por los cargos de violación del principio de igualdad, pues se puede argumentar que se está violando dicho principio al proteger a los deudores de los créditos de vivienda de la capitalización de intereses mientras al mismo tiempo se desprotege a los deudores de créditos educativos que se enfrentan a la misma figura y que sufren perjuicios equivalentes a sus derechos fundamentales, los cuales, además, resultan similares en naturaleza y relevancia constitucional a aquellos relativos al derecho a la vivienda digna.

Esta vía no es excluyente de la primera, puede presentarse de manera concurrente con los cargos a

imputar en la primera hipótesis, aunque también es posible agotar primero la estrategia anterior y, si esta no prospera, hacer uso de esta segunda alternativa, pues al ser implementada con posterioridad a la primera se contaría entonces con un análisis más contemporáneo y extensivo del derecho a la educación que permita sustentar de mejor manera las posibles desigualdades constitucionales que se puedan predicar del trato diferenciado de las dos situaciones.

3. La Constitución como garante por excelencia de los derechos fundamentales

En razón de lo anteriormente expuesto, Yulieth determinó que la vía procedente para procurar un cambio en el panorama legal es la demanda de inconstitucionalidad contra el art 121 del decreto 0663 de 1993, ya sea por los mismos argumentos que fueron usados en la sentencia C-747 de 1999 y posteriormente por cargos de violación al principio de igualdad, o de manera conjunta por ambos argumentos.

Una vez Yulieth llegó a estos resultados, no perdió el tiempo y redactó, con todo lujo de detalles y narrativas, su propia acción pública de inconstitucionalidad. Una vez terminada, la presentó ante la Corte, y esperó a que el alto tribunal se pronunciara, no sin antes preguntarse si, a lo mejor, lograría cambiar la vida de alguien, o incluso, de todo el país, gracias a su intervención.[32]

32 El presente proyecto de investigación es el primer paso para una efectiva acción de inconstitucionalidad que será presentada el 16 de diciembre.

Bibliografía

Doctrina:

Wolters Kluwer. (s.f.). *Anatocismo.* Recuperado el 10 de Diciembre de 2020, de sitio web de Wolters Kluwer: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H-4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTSoMjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzI2OQQGZa-pUt-ckhlQaptWmJOcSoAzVlwPTUAAAA=WKE

Gómez Rojo, M. E. (2003). *Historia Jurídica del anatocismo.* Barcelona: Universidad de Malaga.

Hurwood, J. (19 de Abril de 2018). *How Does 'Magical' Compound Interest Actually Work?* Recuperado el 17 de septiembre de 2020, de Canstar: https://www.canstar.com.au/savings-accounts/compound-interest/

Carollo, B. (19 de Agosto de 2019). *Opinion | The Need to Ban Compound Interest*. Recuperado el 17 de Septiembre de 2020, de 6th District DFL: https://cd6dfl.com/news/2019/8/opinion-the-need-to-ban-compound-interest

Barker, B. E. (25 de Abril de 2018). *California Usury Law: A Search for Clarity around Compound Interest*. Recuperado el 17 de Septiembre de 2020, de Mintz: https://www.mintz.com/insights-center/viewpoints/2176/2018-04-california-usury-law-search-clarity-around-compound

Ruiz, J. (14 de Febrero de 2020). *¿Qué es el interés compuesto y por qué es importante para mis inversiones?* Recuperado el 17 de Septiembre de 2020, de De ahorrador a inversor: https://blog.r4.com/que-es-el-interes-compuesto/

Ramirez, F. V. (1968). *La capitalización de intereses.* Recuperado el 17 de Septiembre de 2020, de Unirioja España: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5143955.pdf

González, I. (06 de Abril de 2015). *La importancia del Interés Compuesto*. Recuperado el 20 de Octubre de 2020, de Formación en bolsa: https://formacionenbolsa.com/la-importancia-del-interes-compuesto/

Durán Uribe, J. C. (2020). ¿Cómo enseñar y aprender la compleja tributación colombiana? En E. L. Rodríguez, *Narrativas Tributarias* (págs. 15-86). Bogotá: Ediciones Uniandes.

Vidal Ramirez, F. (1968). *La capitalización de intereses.* Recuperado el 06 de Marzo de 2021, de Sitio web de la Universidad de la Rioja: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5143955.pdf

Murillo Villar, A. (1999). *Anatocismo, historia de una prohibición.* Recuperado el 17 de Septiembre de 2020, de Unirioja España: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/134803.pdf

Gómez, J. F., & Galindo, C. A. (4 de Julio de 2019). *Burbuja inmobiliaria en Colombia: Vivienda, salario y deuda*. Recuperado el 2 de Noviembre de 2021, de https://www.cadtm.org/Burbuja-inmobiliaria-en-Colombia-Vivienda-salario-y-deuda

Otros:

ICETEX. (2019). *Informe de Gestión del ICETEX Vigencia-2019.* Bogotá: ICETEX.

ICETEX. (s.f.). *Creditos Tu Eliges*. Recuperado el 06 de Marzo de 2021, de Sitio Web del ICETEX: https://portal.icetex.gov.co/Portal/Home/HomeEstudiante/creditos-tu-eliges

CIALT. (23 de Enero de 2020). *LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO*. Recuperado el 10 de Diciembre de 2020, de Sitio web de CIALT: https://www.cialt.com/blog/actualidad-juridica/la-capitalizacion-de-intereses-en-los-contratos-de-prestamo/

Gerencie.com. (11 de Octubre de 2017). *¿Qué es el interés compuesto?* Recuperado el 17 de Septiembre de 2020, de Gerencie.com: https://www.gerencie.com/interes-compuesto.html

BBVA España. (28 de Agosto de 2020). *Guía de finanzas para no financieros: interés compuesto*. Recuperado el 17 de Septiembre de 2020, de BBVA: https://www.bbva.com/es/guia-de-finanzas-para-no-financieros-interes-compuesto/

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. (2020). *Anatocismo*. Recuperado el 20 de Octubre de 2020, de Diccionario Panhispánico del Español Jurídico: https://dpej.rae.es/lema/anatocismo#:~:text=Civ.,por%20convenio%20entre%20los%20interesados.

Merriam Webster. (2020). *Anatocism*. Recuperado el 20 de Octubre de 2020, de Merriam-Webster: https://www.merriam-webster.com/dictionary/anatocism#:~:text=%3A%20compound%20interest%20%3A%20the%20taking%20of%20compound%20interest