

ISSN 1794-5216

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

REVISTA DE DERECHO - LAW REVIEW

UNIVERSITAS

ESTUDIANTES

REVISTA ESTUDIANTIL - FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

UNIV.
ESTUD.

BOGOTÁ
COLOMBIA

Nº 31

PP. 9-254

ENERO
JUNIO

2025

ISSN 1794-5216 (Impreso)
ISSN 2806-0326 (En línea)



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá

Facultad de Ciencias Jurídicas

legis

Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas

Directivos

LUIS FERNANDO MÚNERA, S.J
Rector

JUAN CARLOS BOTERO NAVIA
Decano de Facultad

CARLOS ANDRÉS URIBE PIEDRAHITA
Director del Departamento de Derecho Económico

JOAQUÍN ANTONIO GARZÓN VARGAS
Director del Departamento de Filosofía
e Historia del Derecho

JULIANA PATRICIA MORAD ACERO
Directora Departamento de Derecho Laboral

JOSÉ FERNANDO MESTRE ORDÓÑEZ
Director del Departamento de Derecho Penal

JUAN CAMILO CONTRERAS JARAMILLO
Director Departamento de Derecho Privado

EDGAR JAVIER MUNEVAR ARCINIEGAS
Director del Departamento de Derecho Procesal

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Director del Departamento de Derecho Público

ANDRÉS ATAHUALPA PÉREZ
Director de Carrera

TANIA LUNA BLANCO
Directora del Doctorado

LAURA CRISTINA MOJICA PÉREZ
Secretaria de Facultad

UNIVERSITAS ESTUDIANTES
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

N° 31
ENERO-JUNIO 2025



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá

Facultad de Ciencias Jurídicas

Con el auspicio de



Pagina web: <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/publicaciones/publicaciones-estudiantes/universitas-estudiantes>

Univ. Estud.	Bogotá (Colombia)	N° 31	pp. 9-254	Enero-Junio	2025	ISSN 1794-5216 (Impreso) ISSN 2806-0326 (En línea)
-----------------	----------------------	-------	-----------	-------------	------	---

UNIVERSITAS ESTUDIANTES

Es una publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana - Bogotá.

OBJETIVO

Promover la investigación entre los estudiantes de Derecho, presentando a la comunidad educativa los resultados totales o parciales de las investigaciones jurídicas de jóvenes y futuros abogados.

COBERTURA TEMÁTICA

Recibe colaboraciones de todas las áreas del derecho.

PÚBLICO AL QUE SE DIRIGE

Está dirigida a profesionales, académicos y especialmente estudiantes de derecho, economía, administración y ciencias políticas.

PERIODICIDAD: Semestral

DIRECTOR GENERAL

JUAN CARLOS BOTERO NAVIA

DIRECTORES ESTUDIANTILES

PABLO GALINDO LEMA

MARÍA PAULA CARRILLO RODRÍGUEZ

COORDINADOR EDITORIAL

JAVIER CELIS GÓMEZ

Bibliotecólogo-Facultad de Ciencias Jurídicas

ANDRÉS TÉLLEZ NÚÑEZ

Revisión de traducción

COMITÉ EDITORIAL

LAURA MARIANA NAVARRO LÓPEZ

LAURA CUBILLOS RANGEL

LAURA BUENO

MANUELA GALÁN

NICOLÁS MONTENEGRO

TOMÁS TRUJILLO

VALENTINA MARIA FORERO

CAROLINA GARCÍA

PAULA ANDREA BORDA CASTRO

JUAN DIEGO VÉLEZ FORERO

SOFÍA MOLANO ALEGRÍA

SOFÍA PARRA JIMÉNEZ

MARIA ALEJANDRA PEREIRA

JUAN FELIPE ROJAS

COMITÉ DE COMUNICACIONES

EMANUELA MASTROCINQUE

PAULA CURUBO MAYORGA

JUAN SEBASTIÁN ACOSTA BERNAL

ANA ISABEL SUÁREZ BORRÁS

MARIA GABRIELA VILLAMIZAR

SAMUEL OTÁLORA RAMOS

VALERIA SALGUERO

COMITÉ EDITORES DE LA EDICIÓN 2025-1

PABLO GALINDO LEMA

MARIA PAULA CARRILLO RODRIGUEZ

PAULA BORDA

TOMÁS TRUJILLO

ALEJANDRA PEREIRA

SOFÍA PARRA

ANA ISABEL SUÁREZ BORRÁS

JUAN FELIPE ROJAS

LAURA CUBILLOS RANGEL

MANUELA GALÁN

NICOLÁS MONTENEGRO

CAROLINA GARCÍA

SOFÍA MOLANO ALEGRÍA

LAURA BUENO

INDEXADA EN:

- Academic Search Complete - Ebsco
- BIBLAT - Bibliografía Latinoamericana en Revistas de Investigación Científica y Social - UNAM
- CLASE - Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades
- Dialnet - Universidad de la Rioja
- Fuente Académica Premier - Ebsco

DISEÑO DE CARÁTULA

SANTIAGO CIPAGAUTA SANCHEZ

FELIPE NOVA DELGADO

DIAGRAMACIÓN

JUAN FELIPE ULLOA LÓPEZ - Legis

RICARDO ROJAS ZAMUDIO - Legis

DEPÓSITO LEGAL

Para sus contribuciones, suscripciones o canjes dirigirse a:
Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas
Calle 40 # 6-23 piso 6°
Edificio Gabriel Giraldo, S.J.
Tel. 320 83 20 exts. 5202 - 5213

Página web:

<http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/publicaciones/publicaciones-estudiantes/universitas-estudiantes>

Correo electrónico:

universitas.e@javeriana.edu.co



Esta revista y su contenido se encuentran protegidos bajo la licencia Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons

© Derechos reservados

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los autores.

Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

ISSN (Impreso): 1794-5216

ISSN (En línea): 2806-0326

EL COMITÉ EDITORIAL DE LA REVISTA UNIVERSITAS ESTUDIANTES
AGRADECE LA LABOR PRESTADA POR LOS EVALUADORES
DE LOS ARTÍCULOS DE LA PRESENTE EDICIÓN 2025-I:

EVALUADORES INTERNOS

PABLO GALINDO LEMA
MARIA PAULA CARRILLO RODRÍGUEZ
PAULA BORDA
TOMÁS TRUJILLO
ALEJANDRA PEREIRA
SOFIA PARRA
ANA ISABEL SUÁREZ BORRÁS
JUAN FELIPE ROJAS
LAURA CUBILLOS RANGEL
MANUELA GALÁN
NICOLÁS MONTENEGRO
CAROLINA GARCÍA
SOFIA MOLANO ALEGRÍA
LAURA BUENO

EVALUADORES EXTERNOS

JAIME CHAVES VILLADA
JORGE GAITÁN PARDO
PABLO JOSÉ QUINTERO DELGADO
ÁLVARO JOSÉ PRIETO GARCÍA
FELIPE FRANCO-GUTIÉRREZ
LUIS FELIPE BOTERO
GABRIEL AGUSTIN ECHEVERRY QUINTANA
SANTIAGO SUAREZ

UNIVERSITAS ESTUDIANTES
Facultad de Ciencias Jurídicas

Enero-Junio 2025

EDITORIAL	9
Pablo Galindo Lema - Maria Paula Carrillo Rodriguez	
¿SE PUEDEN COMPRAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES? EL CASO DE LA JUSTICIA ORDINARIA Y EL ARBITRAJE	11
<i>CAN FUNDAMENTAL RIGHTS BE BOUGHT? THE CASE OF THE REGULAR JUSTICE SYSTEM AND ARBITRATION</i>	
Daniela Rojas Galvan - Glissy Redondo Correa Tatiana González Gómez - Juan Esteban Grajales	
EL PROBLEMA DE LA COSMÉTICA EN LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y SUS EFECTOS EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y LAS SANCIONES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS	37
<i>THE PROBLEM OF COSMETIC COMPLIANCE PROGRAMS AND THEIR EFFECTS ON CRIME PREVENTION AND SANCTIONS APPLICABLE TO LEGAL ENTITIES</i>	
José Miguel Lomanto Frias - Luis Felipe Botero Cárdenas	
LA FRAGMENTACIÓN: EL FENÓMENO GLOBAL QUE DESAFÍA LA HEGEMONÍA DEL UNIVERSALISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL	61
<i>FRAGMENTATION: THE GLOBAL SINGULARITY THAT DEFIES THE UNIVERSALITY OF INTERNATIONAL LAW</i>	
Santiago Zambrano Cañón Nicolás Galindo Aguilera - Julián Arroyo Ávila	
LA VOZ DEL MENOR EN LA ELECCIÓN DE PROCEDIMIENTOS MÉDICOS: ¿CUÁNDO DEBE EL MÉDICO IR EN CONTRA DEL CONSENTIMIENTO SUBSTITUTO? UNA PROPUESTA PRÁCTICA	77
<i>THE VOICE OF THE MINOR IN THE CHOICE OF MEDICAL PROCEDURES: WHEN SHOULD THE DOCTOR OVERRIDE SUBSTITUTED CONSENT? A PRACTICAL PROPOSAL</i>	
Nicolás Montenegro Morales	

Univ. Estud.	Bogotá (Colombia)	Nº 31	pp. 9-254	Enero-Junio	2025	ISSN 1794-5216 (Impreso) ISSN 2806-0326 (En línea)
--------------	-------------------	-------	-----------	-------------	------	---

LA IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD REAL Y COMÚN DE LAS PARTES EN LA MODERNIZACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL	95
---	----

THE IMPORTANCE OF REAL AND COMMON WILL OF THE PARTIES IN THE MODERNIZATION OF CONTRACTUAL INTERPRETATION

Pablo Amorocho Barreto - Sofía Pinilla Ospina

LA CONTAMINACIÓN DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO POR PRUEBA ILÍCITA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO. UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO CON EL MODELO MEXICANO	121
---	-----

THE CONTAMINATION OF THE TRIAL JUDGE BY ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE IN THE COLOMBIAN ADVERSARIAL CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: A COMPARATIVE LAW ANALYSIS WITH THE MEXICAN MODEL

Sofía Navas Vera

Silvana Alejandra Rojas Suárez - Luis Felipe Botero Cárdenas

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN ESPACIOS PÚBLICOS PARA EL FOMENTO DE LA CULTURA CÍVICA	141
--	-----

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN PUBLIC SPACES FOR THE PROMOTION OF CIVIC CULTURE

Tomás Trujillo Zambrano

LA COMERCIABILIDAD DE ÓRGANOS Y COMPONENTES ANATÓMICOS HUMANOS: ¿UNA SOLUCIÓN A LA ESCASEZ?	165
---	-----

COMMERCIALITY OF HUMAN ORGANS AND ANATOMIC COMPONENTS: A SOLUTION TO SCARCITY?

María José Arbeláez Moreno

Juan José Ortiz Páez - Pablo Trujillo Azcuénaga

EL MODELAJE WEBCAM DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO	189
--	-----

WEBCAM MODELING FROM THE PERSPECTIVE OF COLOMBIAN COMMERCIAL LAW

Ana Sofía Navas Guevara - Isabella Rubiano Hoyos

LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL LITIGIO ESTRATÉGICO: UNA NUEVA PERSPECTIVA PARA LA EDUCACIÓN LEGAL CLÍNICA	203
--	-----

THE DE-JUDICIALIZATION OF STRATEGIC LITIGATION: A NEW PERSPECTIVE FOR CLINICAL LEGAL EDUCATION

José Miguel Agudelo Álvarez

Mariana Alejandra Aponte Galeano - María Andrea Castaño Vélez

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ¿ES NECESARIA?	223
--	-----

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES: IS IT NECESSARY?

Juan Esteban Pérez

NORMAS DE PUBLICACIÓN	243
-----------------------	-----

EDITORIAL

“Sapere aude”, dice Kant: atrevete a pensar. Este es el pilar fundamental de toda investigación académica. Una buena investigación es aquella que se atreve a cuestionar lo que antes se daba por sentado, que aborda los problemas desde perspectivas inéditas y que contribuye significativamente al conocimiento en una materia determinada. Son ese tipo de investigaciones las que buscamos en la Revista Universitas Estudiantes, y en esta edición No. 31, celebramos el rigor, la creatividad y el compromiso intelectual de quienes se atrevieron a pensar distinto. Cada artículo que compone esta publicación es testimonio de una búsqueda honesta por comprender, interrogar y enriquecer el debate académico del Derecho. En esta edición, el lector encontrará temas novedosos, perspectivas críticas y un enfoque comprometido con los problemas que enfrentamos en la actualidad

El Derecho se construye, se discute y se transforma. En estos tiempos, especialmente marcados por la incertidumbre y el cambio constante, la labor académica adquiere un papel esencial: iluminar lo oscuro, desafiar lo establecido y proponer vías para llegar al tan imposible ideal de una sociedad justa. Universitas Estudiantes no pretende ofrecer respuestas definitivas, sino abrir espacios de diálogo abierto, académicamente riguroso y plural. De modo que, cada artículo es una forma de desafiar el contexto en el que vivimos, de proponer otras miradas y de invitar a la sociedad a pensarse el derecho de una forma diferente.

Desde la Revista Universitas Estudiantes nos enorgullece brindarle a la comunidad la oportunidad de leer autores tan novedosos y críticos, lo cual logramos gracias al arduo esfuerzo de nuestros estudiantes editores, así como de nuestro equipo de comunicaciones y evaluadores externos, a quienes agradecemos por desarrollar de una excelente manera sus labores. Finalmente, invitamos a los lectores a adentrarse en cada uno de los artículos, cuestionarlo y aprender de ellos, esperamos esta edición sea de su total agrado.

Pablo Galindo Lema

Maria Paula Carrillo Rodriguez

Directores Universitas estudiantes



¿SE PUEDEN COMPRAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES? EL CASO DE LA JUSTICIA ORDINARIA Y EL ARBITRAJE

CAN FUNDAMENTAL RIGHTS BE BOUGHT? THE CASE OF THE REGULAR JUSTICE SYSTEM AND ARBITRATION

DANIELA ROJAS GALVAN*

GLISSY REDONDO CORREA**

TATIANA GONZÁLEZ GÓMEZ***

JUAN ESTEBAN GRAJALES****

Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2024

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2025

Fecha de Publicación: 30 de junio de 2025

RESUMEN

Para responder a la pregunta de si un derecho fundamental como el acceso a la justicia puede ser comprado, este texto propone analizar

* Filósofa y Magíster en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente es estudiante de séptimo semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana. Es estudiante coordinadora del Semillero de Derecho Constitucional Contemporáneo (SIDERCC) y miembro de la Clínica de Acciones y Litigio de Interés Público (CALIP). Ha trabajado en investigación académica, docencia universitaria, análisis constitucional y edición de publicaciones científicas. Contacto: rojasgdaniela@javeriana.edu.co

** Estudiante de séptimo semestre de derecho de la Pontificia Universidad Javeriana y miembro del Semillero de Derecho Constitucional Contemporáneo (SIDERCC). Contacto: g_redondo@javeriana.edu.co

*** Estudiante de octavo semestre de la Universidad Pontificia Javeriana. Contacto: gonzalezta@javeriana.edu.co

**** Estudiante de séptimo semestre de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: juanegrajalessv@javeriana.edu.co

la posibilidad de su mercantilización. Para ello, se examinará qué es un derecho fundamental y se establecerá la relación entre el arbitraje y la administración de justicia, incluyendo su forma de materialización. Posteriormente, se analizará cómo la incorporación del arbitraje introduce una lógica de mercado en el acceso a la justicia, y cómo esta puede afectar su carácter de derecho inalienable. A través de un ejercicio de comparación entre el arbitraje y la justicia ordinaria, se identifican tanto las ventajas como las limitaciones y barreras que crea cada sistema. El análisis revela que la justicia se ha visto envuelta en dinámicas mercantiles que han generado una brecha entre dos sistemas: uno ágil pero costoso; otro gratuito pero saturado. Esta coexistencia plantea un conflicto entre una justicia orientada por intereses privados y económicos, y una justicia pública concebida como bien colectivo, accesible y universal, lo que pone en riesgo los principios de equidad y justicia social en un Estado Social de Derecho.

Palabras clave: Acceso a la justicia, mercantilización, equidad, arbitraje, justicia ordinaria.

ABSTRACT

To address the question of whether a fundamental right such as the access to justice can be bought, this text proposes an analysis of its potential commodification. To that end, it will first examine what constitutes as a fundamental right and establish the relationship between arbitration and the administration of justice, including how this relationship materializes. Subsequently, it will explore how the incorporation of arbitration introduces a market logic into access to justice, and how this may affect its status as an inalienable right. Through a comparative analysis of arbitration and the regular justice system, the advantages, limitations, and barriers of each system will be identified. The analysis reveals that justice has become entangled in market dynamics, leading to a gap between two systems: one that is swift but expensive, and another that is free but overburdened. This coexistence raises a conflict between a form of justice driven by private and economic interests and a public justice conceived as a collective, accessible, and universal good—thus putting at risk the principles of equity and social justice in a Social Rule of Law.

Keywords: Access to justice, Commodification, Equity, arbitration, regular justice system.

INTRODUCCIÓN

Las economías de mercado descansan en el principio de la libre competencia, según el cual los productores desarrollan bienes y servicios similares, que se diferencian en términos de calidad o precio, para así ser escogidos por los consumidores, por encima de los otros competidores. Según la teoría económica neoliberal la libre competencia redunda en beneficio de los consumidores, pues les llegan mejores productos, con mayor calidad o tecnología; o, al haber multiplicidad de oferentes, bajan los precios de los bienes y servicios¹. Como lo sostienen Miranda y Gutiérrez (2006):

Se espera que la aplicación activa de la política de competencia permitirá a los consumidores acceder a una mayor cantidad y variedad de bienes y servicios de mejor calidad y a un mejor precio. Hasta parecen promesas salidas de una campaña política, pero es solamente la realidad de un mercado en competencia. (p. 333).

La idea presentada arriba se ajusta a los bienes y servicios que están en el comercio. Sin embargo, cabe preguntarse si hay algunos de los bienes extrapatrimoniales, como lo son los derechos fundamentales, que puedan entrar en esa misma dinámica y, en consecuencia, ser adquiridos por un precio.

En este escrito nos preguntamos si es posible que un derecho fundamental, como el acceso a la administración de justicia, pueda quedar sujeto a las dinámicas del mercado, particularmente a través de mecanismos como el arbitraje. Para abordar esta inquietud, partimos por examinar qué significa que un derecho sea considerado fundamental y cuáles son sus implicaciones jurídicas, sociales y éticas. A partir de este análisis, exploramos si su eventual mercantilización a través del arbitraje vulnera su esencia inalienable, o si, por el contrario, este mecanismo puede entenderse como una alternativa legítima dentro del marco del Estado Social de Derecho. Esta tensión entre la lógica de mercado y el carácter esencial de los derechos fundamentales será el eje central del presente trabajo.

Así, este texto se organiza en cinco apartados. Primero, presentaremos qué son los derechos fundamentales, sus características y por qué la administración

1 Ver “En efecto, se espera que la aplicación activa de la política de competencia permitirá a los consumidores acceder a una mayor cantidad y variedad de bienes y servicios de mejor calidad y a un mejor precio. Hasta parecen promesas salidas de una campaña política, pero es solamente la realidad de un mercado en competencia.” (Miranda y Gutiérrez, 2006)

de justicia cabe dentro de esta categoría. Luego nos ocuparemos de mostrar qué es el arbitraje, su conexión con el derecho a la administración de justicia y algunas instancias de su aplicación exitosa, particularmente en materia de contratación estatal. En un tercer momento, presentaremos criterios de análisis para entender cómo ha sido la materialización del acceso a la justicia. Después, mostraremos cómo la incorporación del sistema de arbitraje supone una mercantilización del derecho al acceso a la justicia, y en este sentido, cómo su lógica de mercado impacta en la posibilidad de que este derecho sea comprable. Por último, presentaremos unas conclusiones.

1. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Los principios, valores y derechos son tres elementos fundantes de las constituciones. Según la teoría de Robert Alexy (2003), los principios pueden ser entendidos como mandatos de optimización cuya característica más destacada es que no pueden ser inaplicados, ni siquiera en caso de colisión entre ellos, contrario a lo que sucede cuando se presenta un conflicto entre dos reglas. De otra parte, los valores son aquello que una sociedad tiene como horizonte de sentido, lo que quiere llegar a ser y aquello que pone por encima de lo demás. Por último, son normas jurídicas aquellas proferidas por el ordenamiento, justiciables y de obligatorio cumplimiento. En ese sentido, cuando nos referimos a derechos fundamentales, que son lo que nos ocupará en la primera parte, estamos ante reglas que son a la vez principios, valores y normas jurídicas justiciables.

Otra característica de los derechos fundamentales es que estos constituyen los pilares de un sistema político y jurídico. Al respecto, la teoría de la fundamentalidad de los derechos, que puede ser rastreada en la Ley Fundamental de Bonn, parte de la idea de que hay “ciertos derechos [que] forman el núcleo del sistema político adoptado en la Constitución, por cuanto sobre tales derechos descansa dicho orden constitucional, es decir, son su fundamento (*Grundlage*)” (Chinchilla, 2022, p. 118). En este sentido, la Constitución colombiana sigue las elaboraciones alemanas en materia de *Grundrechte* (Chinchilla, 2022, p. 139) e incluye en su catálogo derechos de varias de las “generaciones” diseminadas por todo el texto constitucional².

2 El caso del derecho al acceso a la justicia justamente muestra que la enumeración que se hace de los derechos fundamentales en el Título II de la Constitución Política de Colombia no es taxativa sino enunciativa de esta categoría de derechos. El acceso a la justicia se encuentra en el artículo 229, dentro del título VII y no por ello deja de ser comprendido como fundamental, como veremos a continuación.

En ese contexto, siguiendo a Chinchilla (2022), un derecho fundamental tiene tres dimensiones: social, moral y técnica constitucional de garantías reforzadas. La dimensión social de un derecho fundamental lo concibe como la representación de un pilar “sobre el cual descansa y se sostiene el orden de convivencia pacífica y justa (sin el cual el orden social desaparecería o se tornaría insoportable por injusto [...])” (Chinchilla, 2022, p. 118). La dimensión moral parte del postulado de que este es un derecho que emana de la dignidad del ser humano y que, sin él, esta se menoscaba o se rebaja su esencia (Chinchilla, 2022, p. 118). Por su parte, la dimensión técnica constitucional consiste en que el hecho que un derecho sea fundamental quiere decir que tiene garantías reforzadas frente a los poderes públicos (Chinchilla, 2022, p. 118).

a. El derecho a la administración de justicia como derecho fundamental

Esta sección del texto se ocupa de mostrar cómo la administración de justicia se constituye como derecho fundamental. Teniendo en cuenta las tres dimensiones esbozadas en el apartado anterior, se procederá a mostrar cómo el derecho consagrado en el artículo 229 satisface las dimensiones social, moral y técnica constitucional, con lo que quedará demostrado el carácter fundamental del derecho a la administración de justicia.

Para cumplir tal propósito, se hará uso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En esta se muestra, en primer lugar, que —para el intérprete autorizado de la Constitución— el derecho a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, se entiende como:

la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para 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 y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.

El derecho de acceso a la administración de justicia constituye un pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho, en cuanto contribuye decididamente a la realización material de sus fines esenciales e inmediatos como son, entre otros, los de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la

protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas. (CC. C-426 de 2002).

También se ha pronunciado la Corte respecto a la administración de justicia en este sentido:

Constituye un derecho fundamental estrechamente relacionado con la vigencia y la efectividad de otros bienes constitucionales básicos dentro del Estado Social y Democrático de Derecho, en especial la conservación de la convivencia pacífica y de un orden justo, puesto que es claro que la función mediadora y racionalizadora del Derecho depende en gran medida de que los asociados tengan a su alcance las herramientas suficientes e idóneas para dirimir las controversias sociales ante un árbitro imparcial, autónomo y cuya actuación esté limitada por un ordenamiento normativo previo e identificable. (CC., T-134 de 2004).

De los anteriores extractos se colige que el derecho a la administración de justicia satisface la dimensión social de los derechos fundamentales, pues garantiza la posibilidad de un orden social justo y una convivencia pacífica. Lo anterior bajo el entendido de que el acceso a la administración de justicia es la posibilidad de materialización de los derechos y demás garantías en un Estado Social de Derecho.

Respecto a su dimensión moral, la Corte ha relacionado cómo este derecho también es considerado como derecho humano en instrumentos internacionales³. Este es el caso del artículo 25 del Pacto de San José (Convención Americana sobre Derechos Humanos), según el cual:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (OEA, 1969).

Los derechos humanos le son inherentes a la persona solo por su condición de pertenecer a la especie humana. Estos se reconocen como tales porque sin ellos la dignidad de la persona, entendida como la cualidad que tienen los seres

3 Ver Sentencia T-662 de 2017. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

humanos de ser concebidos como fin en sí mismo⁴. En ese sentido, si un derecho es un derecho humano, este cumple con la dimensión moral de los derechos fundamentales, por cuanto está ligado a la dignidad humana. Dado que el acceso a la administración de justicia está consagrado como derecho humano en el Pacto de San José, podemos concluir que dicho derecho satisface la dimensión moral de la fundamentalidad del derecho.

Esta visión coincide con la postura del tribunal constitucional colombiano, que se ha unido íntimamente el derecho a la administración de justicia con la dignidad como condición de posibilidad de la persona humana:

En este sentido, el acceso a la administración de justicia es para los coasociados una necesidad inherente a su propia condición humana, ya que —lo ha sostenido la jurisprudencia— “sin él los sujetos y la sociedad misma no podrían desarrollarse y carecerían de un instrumento esencial para garantizar su convivencia armónica, como es la aplicación oportuna y eficaz del ordenamiento jurídico que rige a la sociedad, y se daría paso a la primacía del interés particular sobre el general, contrariando postulados básicos del modelo de organización jurídica-política por el cual optó el Constituyente de 1991.”(CC. C-426 de 2002; CC. T-476 de 1998).

Por último, la dimensión de técnica constitucional de garantías reforzadas se puede ver en dos manifestaciones. La primera de ellas es a través de la acción de tutela, bajo la cual se encuentra cobijado el derecho a la administración de justicia. A través de este mecanismo de protección, es posible acudir ante el juez constitucional para que se respeten las obligaciones que ha adquirido el Estado, entre las que se incluyen:

El compromiso del Estado de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización. Asimismo, conlleva el deber de inhibirse de tomar medidas discriminatorias, basadas en criterios tales como el género, la nacionalidad y la casta. En segundo lugar, la obligación de proteger requiere que el Estado adopte medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho. En tercer lugar, la obligación de realizar implica el deber del Estado de (i) facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y, (ii) hacer efectivo el goce

4 Sobre esta manera de entender el concepto de dignidad humana, ver Kant (2012, p. 148). En numeración canónica, corresponde a los pasajes A76-A77.

del derecho. Facilitar el derecho a la administración de justicia conlleva la adopción de normas y medidas que garanticen que todas las personas, sin distinción, tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensiones. (CC. T-134 de 2013, reiterada en CC. T-662 de 2017).

Como segunda manifestación de la dimensión técnica, debemos señalar que, al ser un derecho contemplado por la Convención Americana de Derechos Humanos, es justiciable ante el sistema interamericano. En este contexto, la justiciabilidad hace referencia a la posibilidad de acudir ante un juez, quien tiene la potestad de conminar a las partes a cumplir, a través de los mecanismos legítimos, en caso de que el derecho en cuestión sea trasgredido o amenazado. Para el caso de los derechos contemplados en el Pacto de San José, estos son justiciables (además de ante el derecho local) ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luego, hemos visto que el derecho a la administración de justicia es un derecho fundamental por dos razones. Primero, porque así lo ha sostenido la Corte Constitucional y, segundo, porque satisface las tres dimensiones inherentes a todo derecho fundamental. No podríamos pensar en el techo axiológico de una constitución contemporánea sin la posibilidad de que los gobernados puedan acudir en condiciones de igualdad ante un tercero imparcial para que se protejan sus derechos y diriman sus conflictos. La administración de justicia es un valor, un principio y una norma jurídica: es un derecho fundamental.

2. COMPARACIÓN PRÁCTICA ENTRE ARBITRAJE Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

El arbitraje se ha consolidado como un método eficaz y ágil para la resolución de controversias en diversos ámbitos, entre ellos la contratación pública. La Ley 1563 de 2012, por la cual se expide el Estatuto Arbitral Colombiano, establece el marco normativo del arbitraje en el ámbito nacional e internacional, así como también en los ámbitos privados y públicos. Conforme al artículo 1º de esta ley, las entidades públicas pueden someter a arbitraje las controversias relativas a la contratación estatal. Adicionalmente, la Directiva Presidencial 04 del 18 de mayo de 2018, complementa este marco legal, al establecer lineamientos específicos para las entidades de la Rama Ejecutiva en celebración de pactos arbitrales y fijación de reglas, tales como, la selección de árbitros, con el fin de proteger los intereses del Estado.

En cuanto a la eficiencia del arbitraje, los artículos 10 y 11 del Estatuto arbitral establecen claramente el término y las condiciones de suspensión del proceso arbitral. Según el artículo 10, si no se especifica un plazo en el convenio arbitral, la duración del proceso será de seis meses, a contar desde la primera audiencia. Este plazo busca promover la eficacia y la rapidez, permitiendo a las partes obtener una solución en un plazo razonable. Además, la posibilidad de prorrogar este plazo por un máximo de seis meses adicionales, a petición de las partes, aporta flexibilidad sin comprometer la agilidad del proceso. Cada audiencia comenzará con un informe del secretario sobre el tiempo transcurrido, lo que mantiene a las partes informadas y comprometidas con la duración del proceso.

En cuanto al artículo 11 de la misma ley, este detalla las circunstancias en las que se puede suspender el proceso de arbitraje, como —por ejemplo— la solicitud de ambas partes o la incapacidad de un árbitro. Estas suspensiones están limitadas a un máximo de 120 días, lo que evita retrasos innecesarios. La regulación de las suspensiones resulta ser esencial para mantener la eficacia del arbitraje, garantizando que no se convierta en un medio para prolongar injustificadamente los litigios. Esto contribuye tanto a la rapidez en la resolución de conflictos, como a la eficacia del sistema, al ofrecer a las partes un proceso claro y predecible, lo que genera confianza y preferencia frente a la jurisdicción ordinaria.

Nota: El presente análisis se centra exclusivamente en el arbitraje nacional, regulado en la sección I de la Ley 1563 de 2012, sin considerar la regulación específica del arbitraje internacional contenida en la sección II.

3. ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN ESTATAL

a. Caso GAC vs. ANI

El laudo arbitral entre el Grupo Aeroportuario del Caribe (GAC) y la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) pone de manifiesto la eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias en el contexto de los contratos de Asociación Público-Privada (APP) en Colombia. El laudo versa sobre controversias el contrato destinado a la administración y modernización del Aeropuerto Ernesto Cortissoz. Dicho contrato incluía, en su sección 17, un mecanismo que estipulaba que cualquier controversia que surja entre las partes será resuelta por un Tribunal Nacional de Arbitramento de conformidad con la Ley 1563 de 2012.

En el mes de marzo de 2020, con la pandemia del COVID-19, el Gobierno Nacional comenzó a implementar medidas de aislamiento preventivo y suspendió el tráfico aéreo, lo que impactó negativamente los ingresos del aeropuerto. Ante esta circunstancia, el 23 de febrero de 2021, el GAC interpuso una demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitando que se considerara la pandemia como causal de terminación anticipada del contrato.

Luego de varias actuaciones procesales, como el nombramiento de los árbitros, representantes, entre otros, la audiencia de trámite se llevó a cabo el 23 de agosto de 2022. Una vez finalizada, empezó a correr el término de un año para la solución del conflicto. Este plazo fue extendido en 49 días, debido a la suspensión del proceso solicitada por ambas partes, lo que determinó que el plazo efectivo venciera el 1 de noviembre de 2023. Sin embargo, el laudo se dictó el 29 de mayo de 2023, seis meses antes del vencimiento. Esto demuestra la rapidez y eficacia del proceso arbitral, evidenciado en su capacidad de ofrecer un mejor mecanismo de resolución de conflictos.

b. Caso VINUS S.A.S vs. ANI

El 25 de enero de 2016 se celebró un contrato entre Concesión Vías del Nus S.A.S (VINUS) y la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) bajo el esquema de Asociación Público Privada (APP) No. 001 de 2016 de iniciativa privada, cuyo objeto consistió en la elaboración de los estudios de trazado y diseño geométrico, estudios de detalle, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación y mantenimiento y reversión del proyecto “Concesión Vías del Nus”. Este contrato, en su capítulo XV, numeral 15.2, incluye una cláusula compromisoria, la cual fue ejercida por VINUS S.A.S el 23 de febrero del 2022.

El motivo de la demanda interpuesta ante el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá fue el incumplimiento por parte de la ANI, de la obligación de entregar la estación de peaje de Niquía, lo que afectó gravemente los ingresos del proyecto y rompió el equilibrio económico del contrato. Por lo cual, se solicita el restablecimiento de la misma, o en subsidio, la terminación anticipada del contrato.

Después de diferentes actuaciones procesales, la primera audiencia de trámite se celebró el 5 de septiembre de 2022, en la cual se fijó un término inicial del proceso de seis meses. Sin embargo, por solicitud de ambas partes, el proceso fue suspendido en nueve oportunidades, sumando un total de 120 días

hábiles, sin exceder el límite permitido por el artículo 11 de la Ley 1563. Posteriormente, el 10 de agosto de 2023, las partes solicitaron una prórroga de 60 días para la terminación del proceso, la cual fue concedida por el tribunal, fijando como fecha límite del cierre del proceso el 30 de noviembre de 2023.

El Tribunal profirió el laudo arbitral el 7 de noviembre de 2023, dejando constancia de que no se interpuso recurso de anulación y en consecuencia el laudo queda en firme.

4. JURISDICCIÓN ORDINARIA EN CONTRATACIÓN ESTATAL

Una vez presentado el proceso arbitral, tomaremos los casos del Ministerio de Transporte y la Sociedad Portuaria de Cartagena S.A., como también, el de Industrias de Licores del Valle y la sociedad A. Romero Trading para hacer un breve análisis entre el proceso arbitral y la jurisdicción ordinaria en la contratación estatal.

a. Caso Ministerio de Transporte y la sociedad portuaria de Cartagena S.A.

Una vez presentado el proceso arbitral, tomaremos el caso del Ministerio de Transporte y la Sociedad Portuaria de Cartagena S.A. para hacer una breve comparación entre el proceso arbitral y la jurisdicción ordinaria en la contratación estatal.

El 15 de agosto de 2000, el Ministerio presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cartagena, solicitando la nulidad de la Resolución No. 0720 del 8 de junio de 1998, proferida por el Superintendente General de Puertos, que concedió a la Sociedad Portuaria de Cartagena S.A. permisos para modificar los términos del contrato de concesión. El fallo de primera instancia fue proferido el 10 de febrero de 2011 y negó tanto las pretensiones de la demanda como las de la reconvencción y las excepciones propuestas. Posteriormente, el Ministerio de Transporte interpuso recurso de apelación ante la sección tercera del Consejo de Estado, que dictó sentencia el 11 de octubre de 2021, confirmando el fallo de primera instancia y sin pronunciamiento sobre costas.

Si comparamos la duración de este proceso (alrededor de diez años) con el proceso que se llevó a cabo en el caso GAC vs. ANI (dos años entre la presentación de la demanda y el laudo que resolvió el conflicto) anteriormente presentado,

se puede evidenciar que efectivamente los costos en términos de tiempo se reducen significativamente una vez establecemos la comparación entre un proceso que se presenta ante la jurisdicción ordinaria y el que se presenta ante un tribunal de arbitramento. Estas ventajas han sido reconocidas por diversas instituciones como las Cámaras de Comercio de Cali y Bogotá, que resaltan beneficios tales como la especialización, diligencia, privacidad, confidencialidad e idoneidad de los árbitros. Estos permiten dar una pronta y adecuada solución a las controversias que ante ellos se presenten (Cámara de Comercio de Cali, 2024).

A pesar de lo anterior, no dejamos de preguntarnos si la posibilidad del acceso a las ventajas del arbitraje se presenta con la misma facilidad para quien no posee los mismos recursos económicos. Optar por pagar un precio más elevado y acudir a uno de estos centros de arbitraje es una capacidad que sólo poseen unos pocos, ya que estos dos factores —el económico y la disponibilidad de los centros— son de los más importantes y decisivos cuando se trata del acceso a la administración de justicia (Atlantic Council & Pontificia Universidad Javeriana, 2024).

b. Caso Industria de Licores del Valle y sociedad A. Romero Trading Corporation

El 8 de marzo de 2001, la sociedad A. Romero Trading Corporation presentó una demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en contra de la Industria de Licores del Valle, solicitando la declaratoria de incumplimiento de un supuesto contrato celebrado entre las partes, el 7 de enero de 2000. Según la demandante, dicho contrato tenía por objeto la distribución, promoción y venta de aguardiente Blanco y ron Trapiche Premium en Estados Unidos y Canadá, con una vigencia de cinco años. Sin embargo, la parte demandada negó la existencia del contrato, argumentando que únicamente se llevó a cabo actos administrativos que autorizaban despachos de licor, sin que mediara un contrato formal.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca profirió sentencia el 16 de marzo de 2005, inhibiéndose de emitir un pronunciamiento de fondo al considerar que no existía contrato estatal que justificara la demanda. Decisión que fue apelada por ambas partes: la demandante, solicitando el reconocimiento de la existencia del contrato, y la demandada, solicitando la imposición de costas.

El recurso de apelación fue concedido el 6 de mayo de 2005 y admitido por el Consejo de Estado el 27 de octubre del mismo año. Sin embargo, el fallo en segunda instancia fue proferido hasta el 16 de julio de 2015, es decir, después de aproximadamente diez años.

5. CRITERIOS DE ANÁLISIS REFERENTES A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Una vez hemos establecido, en primer lugar, que la administración de justicia es un derecho fundamental y un servicio, en segundo lugar, que tanto los tribunales judiciales como el arbitraje son formas de materializar este derecho, es pertinente preguntarnos por la efectividad de dicha materialización. La ley 270 de 1996, define la Administración de Justicia como:

La parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley para hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordancia social. (art. 1, Ley 270 de 1996).

Esta misma ley define una serie de principios que deben orientar esta función, a saber, la celeridad, la eficacia, la autonomía e independencia, el acceso a la justicia, entre otros. Estos principios pretenden encauzar y llenar de contenido al mismo derecho, permitiéndole cumplir el propósito para el que fue concebido, el cual está relacionado con instaurar la equidad social, la realización de la convivencia y la consolidación de la paz interna (Pinzón, 2013). Estos principios nos permiten evaluar la efectividad del derecho a la administración de justicia, actuando como marcos de referencia a la hora examinar el desempeño de los distintos órganos e instituciones a través de los cuales se puede acceder a dicho derecho.

Aparte del criterio anteriormente presentado, nos es posible rastrear diversos indicadores que permitan evaluar el rendimiento de las instituciones a la hora de prestar este servicio. Roberto Rodríguez Meléndez (2005) plantea que, por ejemplo, se deben evaluar aspectos como: la gestión, el desempeño, la utilización de recursos humanos y materiales, y el servicio mismo. En este entendido, procederemos a hacer un breve análisis del cumplimiento y el desempeño de los tribunales ordinarios y los centros de arbitraje en relación con estos indicadores, para determinar cuál de estas dos alternativas presenta una mayor eficacia o si por el contrario, no existe diferencia alguna entre ellas.

a. Evaluación de la gestión

Este indicador hace referencia especialmente al manejo de la carga de trabajo, la forma en que se tramitan los procesos, la identificación de “cuellos de botella” y la definición de objetivos. Podemos analizar, por ejemplo, la productividad por

juez de la república y por árbitro. Según datos del Departamento Administrativo de Estadística [DANE] y el Consejo Superior de la Judicatura, que realizan esta medición desde el 2012, para el 2023 se tuvieron unos ingresos efectivos de 1.843.266 procesos en un total de 5.609 despachos, es decir que debían existir un total de 329 egresos por juez, eso es casi un egreso por día⁵ (Hernández, 2024). Por otro lado, según estadísticas del Departamento Nacional de Planeación [DNP] y el Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición [SICAAC] la cantidad de solicitudes de arbitraje apenas ascendió a 1093 casos en 2023 (SICAAC, 2024.), una carga mucho menor con respecto a los procesos presentados dentro de la Rama Judicial. Suponiendo que estos procesos fueran repartidos equitativamente entre los 54 centros de arbitraje registrados en la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, cada una tendría que atender un promedio de 21 casos por año, lo que representa una carga mucho menor que permite atender cada uno de los casos que se llevan ante estos centros de manera más eficaz y especializada.

b. Evaluación del desempeño

Este indicador ha estado tradicionalmente vinculado con la búsqueda o creación de indicadores que permitan obtener una visión fiable de la calidad en el desempeño por parte del recurso humano disponible. Se evalúan, por ejemplo, el manejo del personal y las relaciones interinstitucionales, además de la atención al usuario.

Frente al tiempo de duración que se invierte durante todo el procedimiento judicial, un informe del Atlantic Council, que hace parte de la iniciativa Justicia Fair Play, mencionaba que sólo el 36% de los encuestados afirmaban estar de acuerdo con que el tiempo empleado era razonable, mientras que el 64% afirman que el tiempo empleado en este tipo de trámites desbordaba estos límites y era en realidad excesivo. Cuando se revisa el mismo índice para procesos de arbitraje, se encuentra que el 52% de los encuestados coinciden en que el tiempo es razonable en comparación con el 48% que declara no estar de acuerdo con esta afirmación (Atlantic Council & Pontificia Universidad Javeriana, 2024).

Cabe destacar que, según el informe de litigiosidad de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la mayoría de los procesos activos en la Rama Judicial [jurisdicción ordinaria y administrativa] han sido admitidos a partir del

5 Según estadísticas del Consejo Superior de la judicatura para el 2023 el índice de evacuación total de procesos fue de 47.4%

2018. Sin embargo, los procesos admitidos con anterioridad a este año acumulan el 50,1% del total de las pretensiones de los procesos admitidos (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2024). Esto se traduce en que más de la mitad de los procesos activos en la Rama Judicial llevan más de seis años de trámite, lo que indica que la duración de un proceso ante la jurisdicción es más alta que el tiempo que podría tener un proceso llevado ante un tribunal de arbitraje.

c. Evaluación de la utilización de recursos humanos y materiales

Se refiere generalmente a la identificación de la distribución de dichos recursos y el impacto que posee la falta o sobredimensión de estos dentro de las instituciones, es decir, en su adecuada, equitativa y razonable distribución. Así, este indicador resulta ser el que, precisamente, nos permite hablar sobre la congestión que pueda presentarse en las diversas instituciones.

Según datos del Consejo Superior de la Judicatura, para el año 2023 la congestión dentro de la Rama Judicial se encontraba en alrededor del 54.9%. El panorama parece no apuntar a una mejora significativa, ya que desde el 2016 la tendencia ha sido que la congestión se mantenga muy cercana al 50% (Rozo, 2024). Además, se estima que un proceso en la jurisdicción ordinaria toma alrededor de 680 días o 1,86 años⁶ si se trata de un proceso civil (El Tiempo, 1997). Cuando comparamos estos datos con los suministrados por el SICAAC sobre los tribunales de arbitraje, encontramos que la mayoría de los procesos toman menos de una semana⁷ y apenas el 24,52% toman más de un año (SICAAC, 2024).

d. Evaluación del servicio

Este indicador nos permite —sobre todo— conocer la “percepción del usuario”, sus niveles de confianza o desconfianza frente al servicio, el grado de satisfacción que tiene la persona y la facilidad de acceso al servicio mismo.

6 Estos datos varían según la región en la que se haga la medición: Hay un promedio de 813 días en la región Atlántica, 592 días en la Pacífica, 563 días en Antioquía y toda la zona cafetera, 680 días en el centro del país, 747 días en la Orinoquía y 579 en la región Suroriental del país.

7 De los 1093 casos presentados ante tribunales arbitrales en el año 2023, 319 tomaron menos de una semana, 18 menos de un mes, 54 procesos tomaron entre 1 y 3 meses, 146 de 4 a 6 meses; y 288 entre 7 y 12 meses. Lo que nos indica que el 75.48% de los procesos tomaron menos de un año.

Refiriéndonos al primer aspecto analizado dentro de este indicador, esto es, la percepción del usuario, de acuerdo con un estudio llevado a cabo por el Atlantic Council y apoyándose en la Encuesta Invamer (2023) entre el 70% y 80% de la población tiene una percepción negativa del Sistema Judicial colombiano desde hace más de una década. Del mismo modo, según el informe de Desarrollo Humano para Colombia, la confianza en la justicia en Colombia por parte de la población ha sido sistemáticamente baja durante la última década (PNUD, 2023). En 2022, el 56% de los colombianos reportó desconfianza en la Justicia, mientras que el 38% reportó cierta confianza en el sistema. En contraposición, la percepción sobre el mecanismo de arbitraje cuenta con alrededor de un 62% de favorabilidad por parte del público (Atlantic Council & Pontificia Universidad Javeriana, 2024).

Ahora bien, sobre el acceso a estas diversas formas de resolución de conflictos, podemos afirmar que la cobertura territorial de los centros de arbitraje es bastante limitada, ya que llega solamente al 4% de los municipios del país según datos del DNP y la mayoría de los centros de arbitraje están ubicados en las ciudades principales⁸ (Ministerio de Justicia, 2017).

Estos pocos datos nos permiten evidenciar el panorama general de la administración de justicia. Encontramos, por ejemplo, que la Rama Judicial se enfrenta a grandes casos de congestión y falta de confianza por parte del público, además el tiempo que se debe invertir para obtener una sentencia que pueda poner fin al pleito en disputa es uno de los grandes desincentivos para acudir a este medio de resolución de conflictos. Por otro lado, el arbitraje cuenta con una mejor percepción pública y el tiempo que debe invertirse es menor, sin embargo, se evidencia una gran debilidad cuando nos fijamos en la presencia de tribunales de arbitraje a lo largo del territorio nacional. Adicionalmente, es de destacar que acudir a la alternativa que representa el arbitraje, en la mayoría de los casos, trae consigo el incurrir en mayores costos, lo que puede, y de hecho representa una barrera de acceso.

6. MERCANTILIZACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA: MIRADA CRÍTICA AL ARBITRAJE

Como se ha dicho anteriormente, la administración de justicia, considerada como un derecho fundamental, es un pilar esencial para garantizar la igualdad

8 Los 5 departamentos que suman el 66% de los centros de arbitraje son: Bogotá D.C. (24%), Valle (18%), Antioquia (10%), Atlántico (9%) y Risaralda. Las 5 ciudades con mayor número de centros de arbitraje son Bogotá D.C (22%), Cali (13%), Barranquilla (8%), Medellín (6%) y Cartagena (4%).

ante la ley y la convivencia pacífica en un Estado de Derecho. Sin embargo, la introducción de mecanismos privados como el arbitraje ha permitido que, bajo las reglas del mercado, este derecho pueda ser adquirido a través de un precio. Este fenómeno genera una reflexión profunda sobre el impacto del capitalismo en la justicia: ¿qué sucede cuando los principios de eficiencia económica y competencia se entrelazan con el acceso a derechos fundamentales?

Habiendo planteado lo anterior, en esta sección del texto se busca mostrar cómo la lógica de mercado, aplicada a la administración de justicia a través del arbitraje, introduce desigualdades en el acceso a este derecho, limitando a quienes no pueden costear dicho mecanismo. Además de ello, se busca problematizar la legitimidad que emana de la justicia pública cuando entra en competencia con servicios privados que, si bien más ágiles, no siempre garantizan la equidad que debe caracterizar a un derecho inalienable.

Para ello, primero se presentará qué se entiende por mercantilización de la justicia, teniendo en cuenta los criterios de competencia en el mercado de servicios legales y la privatización de los árbitros. Luego se mostrará cómo la introducción del arbitraje supone una desigualdad en el acceso al derecho a la administración de justicia.

a. Sometimiento a las reglas de mercado

La mercantilización de la justicia surge cuando un derecho fundamental, como lo es la administración de justicia, se somete a las reglas del mercado. Esto es posible en la medida en que no se trata solo de un derecho sino, como lo define su Ley estatutaria, de un servicio público esencial (Ley 270 de 1996, art. 1). En cuanto servicio, está sometido a la competencia de sus oferentes, en términos de calidad y precio. Es allí en donde entra el arbitraje en la oferta de servicios privados de resolución de conflictos, amparados en la autonomía de la voluntad privada. Los costos se constituyen en barreras de acceso a esta forma de administración de justicia, por lo que quienes no tengan la capacidad económica para pagarlos quedarán excluidos de la posibilidad de acceder a tal servicio. Así, este fenómeno introduce una lógica mercantilista en un ámbito que debería ser equitativo e igualitario. Ello se puede evidenciar desde dos aspectos: la competencia en el mercado de resolución de conflictos y la privatización de los árbitros.

i. Competencia en el mercado de resolución de conflictos

Los centros de arbitraje, al operar como entidades privadas, están sujetos a la competencia, entendida como las dinámicas que rigen el libre mercado, en el

ámbito de la resolución de conflictos, lo cual introduce incentivos económicos en un área que históricamente ha sido administrada como un bien público. Esta competencia entre centros de arbitraje implica que las tarifas, los tiempos de resolución y la calidad del servicio sean variables y se ajusten a la lógica de oferta y demanda.

En la Constitución Política de Colombia⁹ se garantiza la igualdad ante la ley. Sin embargo, una posible consecuencia de introducir el arbitraje con la ley modelo UNCITRAL¹⁰ es que esto redunde en una vulneración a ese derecho. No todos los ciudadanos pueden acceder al arbitraje debido a los costos que implica. Al ser un mecanismo voluntario¹¹, su uso tiende a favorecer a quienes pueden asumir los costos, generando una justicia a dos velocidades o dos niveles, en la que las personas naturales o jurídicas con suficiente capital (demanda) acceden a soluciones rápidas y especializadas (oferta), mientras que el resto de la población debe esperar en una justicia ordinaria más lenta y congestionada.

Al respecto, el Estatuto Mercantil de UNCITRAL¹², adoptado por medio de la ley 1563 de 2012 en Colombia, ha estipulado que las partes deben acordar los honorarios de los árbitros, basados en criterios de cuantía y complejidad. Ello demuestra que este mecanismo de acceso a la justicia está sujeto a la economía de mercado, pues, a diferencia de la justicia ordinaria (en la que el Estado asume los costos), el arbitraje introduce el concepto de una “justicia de pago”, convirtiendo a la administración de justicia en un objeto transable, sujeto a negociación económica. Siendo el arbitraje un medio alternativo no obligatorio, su mercantilización plantea tensiones con el principio de acceso universal a un recurso judicial efectivo, lo que pone en tela de juicio al arbitraje como un recurso justo y equitativo.

9 El artículo 13 de la Constitución reza: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.” Además, promueve: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.”

10 Ley 1563 de 2012, *Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*.

11 Ver art. 1. Ley 1563 de 2012.

12 El artículo 35 del Estatuto Arbitral menciona que habrá cesación de funciones del tribunal “1. Cuando no se haga oportunamente la consignación de gastos y honorarios prevista en la presente ley”. Lo que muestra que no habrá oferta sin la correspondiente demanda, efecto mercado.

ii. Privatización de los árbitros

A diferencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria, los árbitros operan como profesionales del derecho que ofrecen su servicio a cambio de una remuneración que las partes deben asumir. Esto hace que el acceso a la justicia, en lugar de ser un derecho inalienable, se convierta en un servicio comercializable. Las tarifas de los árbitros y los costos asociados con el arbitraje se convierten en una barrera de entrada, limitando el acceso a aquellos con recursos económicos suficientes.

En su obra *La Gran Transformación de 1944*, Polanyi ha reflexionado sobre cómo la intervención del gobierno no siempre es ineficaz, sino que puede ralentizar cambios económicos que, de no ser controlados, podrían generar grandes desigualdades o incluso crisis sociales. Polanyi (1944) ha analizado la mercantilización de bienes esenciales y advierte que, al tratarlos como mercancías, tienden a desnaturalizarse en cuanto a su función social. El Estado naturalmente debería regular el acceso a la justicia y la introducción del arbitraje, junto con otros mecanismos de resolución de conflictos privados, que podrían acelerar cambios que generan exclusión. Sin dicho control, puede darse un favorecimiento a los sectores que tienen mayor capacidad económica, lo que causa la tendencia de pérdida de control del Estado sobre el monopolio de justicia en el territorio nacional.

En síntesis, la mercantilización de la justicia a través del arbitraje introduce una dinámica de competencia que responde a la lógica del mercado, en la que quienes pueden pagar acceden a un sistema más ágil y especializado. Dicha competencia se entiende en un sentido económico: dos oferentes con servicios similares ponen a disposición de una demanda el acceso a tales servicios. Uno de ellos es gratuito, pero con demoras y altos costos en términos de tiempo; otro con una barrera de entrada, traducida en un precio que varía dependiendo de la complejidad del caso, pero que se presenta como más celera y efectiva. No obstante, el Estado tiene un papel fundamental en modificar el ritmo de este cambio para asegurar que las personas no sean excluidas de manera estructural del acceso a la justicia.

Como señala Polanyi (1994) “Muchas veces el ritmo del cambio tiene más importancia que su dirección” (p. 74-75), y si no existe una intervención estatal adecuada, las dinámicas de mercado pueden conducir a una “degeneración” del sistema de justicia, beneficiando solo a quienes pueden costear este acceso (Polanyi, 1944, p. 74-75). El acceso a la justicia, como derecho fundamental, no puede ser objeto de una aceleración descontrolada hacia su mercantilización,

pues, en palabras de Polanyi, la falta de intervención podría causar “un daño mortal tanto humano y económico como físico y moral” (Polanyi, 1944, p. 75) particularmente para los sectores más vulnerables de la sociedad.

b. Desigualdad en el acceso

La desigualdad en el acceso es uno de los problemas más críticos cuando se habla de la mercantilización de la justicia a través del arbitraje. Aunque el arbitraje ofrece ventajas como la celeridad y especialización en la resolución de conflictos, está profundamente limitado por su costo. Este factor genera una barrera de entrada que excluye a quienes no pueden asumir los honorarios de los árbitros o los costos asociados con los procedimientos arbitrales, lo que crea un sistema de justicia paralelo para aquellos que pueden permitírselo, mientras que los menos favorecidos se ven relegados al sistema judicial público, que en muchos casos, puede estar congestionado y ser menos eficiente.

De esta manera, el arbitraje, al convertirse en un servicio de pago, introduce una forma de justicia elitista. Las partes que tienen mayores recursos pueden acceder a una justicia más rápida y especializada, lo que genera una clara desigualdad ante la ley. Esta dinámica es contraria a los principios fundamentales de igualdad y acceso universal que deben caracterizar a la administración de justicia en un Estado de Derecho¹³.

David Harvey utilizó el concepto de acumulación por desposesión en su obra *El nuevo imperialismo*¹⁴, en la que señala que el capitalismo contemporáneo tiende a aumentar la desigualdad a través de mecanismos que favorecen la concentración de riqueza en manos de unos pocos. Ejemplos de ello son la privatización de bienes públicos, la desregulación, la expulsión de los menos privilegiados y las dinámicas financieras. Esta concentración a menudo es a costa de los derechos fundamentales de los menos privilegiados. Según Harvey: “Los procesos de acumulación no solo generan desigualdad económica, sino que también reproducen condiciones de exclusión social que perpetúan las jerarquías en el acceso a recursos y derechos” (Harvey, 2003, p. 43). Aplicando lo

13 Se refiere al principio de gobernanza por el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente y se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. *Gobierno de México. (n.d.). Estado de derecho. SIL.*

14 Véase pg. 41 Capítulo III Bajo el dominio del capital. <https://rfdvcatedra.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/02/350975756-david-harvey-el-nuevo-imperialismo-pdf.pdf>

anterior al arbitraje, el acceso a una justicia más rápida y eficiente se convierte en un privilegio reservado a quienes pueden pagar, produciendo una desigualdad estructural en el acceso a derechos fundamentales como la justicia.

El arbitraje, al ser un mecanismo costoso, crea una barrera económica que reproduce la exclusión social en el acceso a la justicia, limitando este derecho fundamental a aquellos que tienen los medios para pagar una resolución más rápida y eficiente. Su alto costo se vuelve un obstáculo significativo para pequeñas empresas y ciudadanos comunes, que muchas veces no pueden costear este servicio, por lo que deben acudir al sistema judicial público, que tiene las desventajas mencionadas anteriormente.

En consecuencia, los altos costos de los procesos arbitrales internacionales se vuelven prohibitivos para muchas pequeñas y medianas empresas (PYMES), lo que las coloca en desventaja frente a grandes multinacionales y transnacionales. Las grandes empresas tienen el capital de demandar “el producto: justicia” mientras que aquellas con menor capital deben recurrir a sistemas judiciales locales más lentos.

c. Competencia entre justicia pública y arbitraje

La competencia entre la justicia pública y el arbitraje plantea preguntas cruciales sobre la legitimidad y el rol del Estado en la provisión de justicia. Mientras que el arbitraje se presenta como una alternativa eficiente, ágil y especializada, la justicia pública está concebida como un derecho universal que debe garantizar el acceso equitativo para todos. La coexistencia de estos dos sistemas, bajo reglas de mercado, introduce un conflicto sobre qué tipo de justicia es más legítima y accesible.

Jürgen Habermas, en su obra *Facticidad y validez*, destacó que la justicia forma parte de la esfera pública del Estado, cuya legitimidad se deriva de su capacidad para representar los intereses colectivos y garantizar la igualdad de acceso (Habermas, 2009). De lo anterior resulta fácil pensar que los mecanismos privados como el arbitraje, pertenecen a la esfera privada, donde la lógica de mercado prevalece y no, propiamente, la justicia material, Habermas (2009) concluyó que:

A diferencia del constitucionalismo alemán que espera del Estado de Derecho el aseguramiento de la autonomía privada y de la igualdad jurídica de los ciudadanos, la fundamentación del Derecho en la teoría del dis-

curso no le asigna legitimidad al Derecho y al ejercicio del poder político sobre la base de la forma jurídica y al contenido jurídico sino por el procedimiento de establecimiento del derecho (p. 169).

Por lo anterior, se infiere que la legitimidad de las instituciones públicas, incluida la justicia, radica en su capacidad de representar a todos los ciudadanos de manera equitativa, sin la influencia de intereses particulares. La esfera privada y lo regulado allí no genera verdadera “utilidad social” porque no satisface intereses sociales sino privados y particulares. La justicia pública, por tanto, debe mantenerse como un bien colectivo que asegura la participación democrática y la protección de los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, la competencia entre la justicia pública y el arbitraje crea una distorsión en el sistema de acceso a derechos fundamentales, favoreciendo a quienes pueden pagar por un servicio más rápido y especializado, y dejando a los demás atrapados en un sistema público más lento y congestionado. Esta situación, erosionaría la confianza en la justicia pública y refuerza la desigualdad estructural.

Además, el análisis de Loos frente al pensamiento de Habermas aborda la diferenciación entre justicia y utilidad, destacando cómo ciertos principios, como la justicia, tienen una validez absoluta mientras que los principios de utilidad están sujetos a valoraciones políticas (Habermas, 2009). Así, se entiende que la justicia es un concepto relacionado con la validez absoluta porque se relaciona con igualdad y derechos humanos elementales. Por el contrario, la utilidad está más relacionada con ideales políticos y decisiones de conveniencia. Por consiguiente, al analizar la competencia entre la justicia pública y el arbitraje, es razonable concluir que:

- a. Mientras que la justicia pública debe estar basada en principios de igualdad y acceso universal, el arbitraje, al estar regido por la lógica de la utilidad económica, introduce un sistema que prioriza la eficiencia y los intereses privados sobre la equidad; y
- b. El derecho está directamente relacionado con la distribución de la riqueza social y las chances de vida de los ciudadanos.

Por lo anterior, el arbitraje, al ser más accesible para quienes tienen mayores recursos, distorsiona este principio, generando una justicia diferenciada basada en la capacidad económica de las partes, lo que pone en riesgo las “chances de vida” de aquellos que no pueden acceder a dicho mecanismo.

d. Eficiencia vs equidad

Ahora bien, se esbozará la posibilidad de un conflicto entre eficiencia y equidad. Pues ello permitirá entender cómo la lógica del mercado se enfrenta a los valores fundamentales del acceso igualitario a la justicia.

El arbitraje es frecuentemente elogiado por su eficiencia. Su capacidad para resolver disputas de manera más rápida, especializada y flexible lo convierte en un mecanismo preferido por muchos actores privados, especialmente en el ámbito comercial. Sin embargo, esta eficiencia está profundamente condicionada por los costos que acarrea el proceso arbitral, lo que introduce una tensión con el principio de equidad, entendido como el acceso igualitario a la justicia sin discriminación por razones económicas.

Por otro lado, la justicia pública, aunque menos eficiente en términos de tiempos y costos operativos, se basa en la idea de la equidad. Su acceso está garantizado para todos los ciudadanos, sin importar su capacidad económica. Así, el conflicto entre eficiencia (representada por el arbitraje) y equidad (representada por la justicia pública) plantea una cuestión fundamental: ¿cuál de los dos valores debe prevalecer en una sociedad que aspira a la igualdad ante la ley?

7. CONCLUSIONES

En el texto hemos presentado cómo el derecho a la administración de la justicia misma puede estar envuelta en mecanismos de mercado y libre competencia. Para esto nos servimos en un primer momento de la definición de derechos fundamentales y cómo estos representan principios, valores y normas jurídicas, pilares esenciales de un sistema político y jurídico. En ese contexto afirmamos que la administración de justicia es efectivamente un derecho fundamental y que, como tal, ofrece garantías reforzadas frente a los poderes públicos, según lo reconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En segundo lugar, abordamos el arbitraje como un mecanismo de resolución de conflictos que, a diferencia de la justicia ordinaria, opera bajo las reglas del mercado, es decir se ve afectado por principios de competencia y economía, lo que introduce un componente mercantilista en el acceso a este derecho. Lo anterior, sumado a la poca proliferación de centros de arbitraje a lo largo del país, agudiza el problema de acceso aún más. Esto ha generado una brecha entre aquellos que pueden pagar por una justicia más rápida y especializada y los que deben recurrir a la justicia ordinaria, la cual, por estar sobrecargada, ofrece resoluciones más lentas.

Por último, se resalta la tensión entre eficiencia y equidad, ya que el arbitraje permite soluciones más rápidas, pero excluye a los sectores más vulnerables y marginalizados del país, lo que no solo afecta el derecho fundamental al acceso a la justicia, sino que se termina comprometiendo todo un abanico de derechos y garantías que dependen directamente de la efectividad de aquel. En contraste, la justicia pública, aunque más equitativa, sufre de congestión y falta de confianza por parte de los usuarios. De esta forma, la competencia entre ambos sistemas plantea un conflicto sobre la legitimidad de una justicia que responde a intereses económicos y privados versus una justicia pública concebida como un bien colectivo, accesible y universal. Es por eso que creemos que el no prestar atención a este fenómeno, podría profundizar las desigualdades estructurales en el acceso a derechos fundamentales, lo que coloca en riesgo la equidad y justicia social en un Estado Social de Derecho.

En suma, el análisis desarrollado permite concluir que, si bien el arbitraje ha demostrado ser una herramienta eficiente y especializada para resolver conflictos, su carácter mercantilizado introduce una barrera económica que limita el acceso equitativo a la justicia. Esta situación tensiona los principios fundamentales de igualdad y universalidad propios del derecho a la administración de justicia como derecho fundamental. La coexistencia de un sistema público colapsado y uno privado eficiente pero costoso genera una justicia desigual, donde el acceso depende de la capacidad económica de las partes. En un Estado Social de Derecho, esta lógica de mercado aplicada a un derecho inalienable como la justicia debe ser cuidadosamente regulada por el Estado para evitar que se profundicen las brechas sociales y se comprometa la legitimidad del sistema jurídico en su conjunto.

REFERENCIAS

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2024, June 30). *Informes de gestión*. Defensa Jurídica Del Estado. Retrieved October 20, 2024, from
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia.
- *Arbitraje y sus beneficios* | Cámara de Comercio de Cali. (n.d.). Cámara De Comercio De Cali. <https://www.ccc.org.co/programas-y-servicios-empresariales/centro-de-conciliacion-arbitraje-y-amigable-composicion/arbitraje/>
- Atlantic Council & Pontificia Universidad Javeriana. (2024). *La iniciativa justicia Fair Play: la clave para mejorar la administración de justicia en Colombia*.
- Cámara de Comercio de Bogotá. (2017). *Informe final del diagnóstico del arbitraje en el Territorio Nacional*. <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/MASC/Documents/>

INFORME%20FINAL%20DIAGNOSTICO%20DE%20%20ARBITRAJE%20EN%20 COLOMBIA%20VERSION%20FINAL.pdf

- Chinchilla Herrera, Tulio. (2022). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Temis.
- *Gestión de la Rama Judicial - Estadísticas Judiciales*. (n.d.). <https://www.ramajudicial.gov.co/web/estadisticas-judiciales/gestion-de-la-rama-judicial>
- Gobierno de México. (n.d.). *Estado de derecho*. Sistema de Información Legislativa (SIL).
- Habermas, Facticidad y validez De Prof. Dr. Fritz Loos, Gotinga https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_5_318.pdf
- Harvey, D. (2004). *El nuevo imperialismo*. Akal. S.A. <https://rfdvcatedra.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/02/350975756-david-harvey-el-nuevo-imperialismo-pdf.pdf>
- Hernández, M. (2024, July 30). *Productividad por juez en Colombia*. Corporación Excelencia En La Justicia. <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/efectividad/productividad-por-juez-en-colombia/>
- Kant, I. (2012). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (Alianza Editorial).
- Loos, F. (2009). *Habermas, Facticidad y Validez*. *Zeitschrift für Internationale Strafrechts dogmatik (ZIS)*.
- Miranda, A., & Gutiérrez Rodríguez, J. D. (2006). Fundamentos económicos del derecho de la competencia: Los beneficios del monopolio vs. Los beneficios de la competencia. *Revista de derecho de la competencia CEDEC*, 269-400.
- Pinzón, O. a. H. (2013). El alcance de los principios de la administración de justicia frente a la descongestión judicial en Colombia. *Prolegómenos*, 16(32), 105. <https://doi.org/10.18359/derec.757>
- Polanyi, K. (1944). *La Gran Transformación: Crítica al liberalismo económico*. Editorial 2007 Quipu editorial.
- Quinto Gómez, N. D. (2024). *Eficacia de la cláusula compromisoria en la resolución de conflictos en la contratación estatal colombiana*. Recuperado de: <https://repository.udem.edu.co/handle/11407/8390>
- Quinto Gómez, N. D. (2024). *Eficacia de la cláusula compromisoria en la resolución de conflictos en la contratación estatal colombiana*.
- Rodríguez Meléndez, R. (2005, 27 agosto). *¿Calidad de la justicia? Eficacia y eficiencia en la Administración de Justicia*. Primer Foro Sobre Transparencia y Excelencia Judicial En el Salvador, San Salvador, El Salvador. <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1838/calidaddelajusticia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Roza, N. (2024, July 29). *Índice de Congestión de la Rama Judicial en Colombia (Sector Jurisdiccional)*. Corporación Excelencia En La Justicia. <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/efectividad/indice-de-congestion-de-la-rama-judicial-en-colombia-sector-jurisdiccional/>
- *Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición*. (n.d.). SICCAC - Estadísticas Arbitraje. Retrieved October 19, 2024, from <https://www.sicaac.gov.co/Informacion/EstadisticaArbitraje>

- Tiempo, R. E. (1997, April 13). Cuánto tiempo demora un proceso judicial. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-539893>

Leyes y Jurisprudencia

- Concesión Vías del Nus S.A.S vs. Agencia Nacional de Infraestructura. (2023) *Laudo Arbitral (135526)*. Cámara de Comercio de Bogotá. <http://hdl.handle.net/11520/29347>
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 41168, C.P María Adriana Marín; 11 de octubre de 2021. <https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2021/12/DemanUS11mill.pdf>
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación 76001-23-31-000-2001-01009-01(31683), C.P Carlos Alberto Zambrano; 16 de julio de 2015. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=139086&dt=S>
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 13. 7 de julio de 1991 (Colombia)
- Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). (1969). Pacto de San José, Costa Rica. Artículo 8
- Corte Constitucional (1998, septiembre 8). Sentencia T-476/1998 [M.P. Fabio Morón Díaz]
- Corte Constitucional (2002, mayo 29) Sentencia C-426/2002 [M.P. Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión (2013, marzo 13). Sentencia T-134/2013 [M.P Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional Sala Segunda de Revisión (2017, octubre 30). Sentencia T-662/2017 [M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Grupo Aeroportuario del Caribe S.A.S vs. Agencia Nacional de Infraestructura. (2023) *Laudo Arbitral (128836)*. Cámara de Comercio de Bogotá. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/items/08574756-2c73-44bb-93ae-283b32ed4640/full>
- Directiva 04 de 2018 Presidencia de la Republica. (2018). Función Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=86419>
- Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2012. D.O. No. 48489.
- Ley 270 de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. 15 de marzo de 1996. D.O. No. 42745.
- Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. D.O. No. 41094.



EL PROBLEMA DE LA COSMÉTICA EN LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y SUS EFECTOS EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y LAS SANCIONES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

THE PROBLEM OF COSMETIC COMPLIANCE PROGRAMS AND THEIR EFFECTS ON CRIME PREVENTION AND SANCTIONS APPLICABLE TO LEGAL ENTITIES

JOSÉ MIGUEL LOMANTO FRIAS*
LUIS FELIPE BOTERO CÁRDENAS**

*Fecha de recepción: 7 de marzo de 2025
Fecha de aceptación: 4 de abril de 2025
Fecha de Publicación: 30 de junio de 2025*

RESUMEN

Este artículo es el resultado de una investigación cuyo objetivo principal fue analizar si existen elementos objetivos para evaluar

* Estudiante de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, cursando noveno semestre. Coordinador del Semillero de Investigación en Derecho Penal Económico y monitor académico de las asignaturas Derecho Procesal Penal I y Derecho Procesal Penal II de la misma universidad. Actualmente, se desempeña profesionalmente como paralegal en la firma de abogados Mauricio Marín Martínez Abogados Consultores S.A.S. Bogotá, Colombia. Correo electrónico: jolomanto@javeriana.edu.co

** Abogado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, con especialización en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia y maestría en Derecho de la Universidad de Los Andes. Actualmente, es profesor titular en las asignaturas de Procesal Penal I, Procesal Penal II, Penal Especial II, y Consultorio Jurídico en la Pontificia Universidad Javeriana. Además, dirige el Semillero de Investigación en Derecho Penal Económico de la misma universidad. Se desempeña profesionalmente como Asociado Senior en la firma Abogados Asociados Riveros Barragán S.A.S. Bogotá, Colombia. Correo electrónico: botero-luis@javeriana.edu.co

los programas de cumplimiento y determinar su eficacia en la prevención del delito dentro de las empresas o personas jurídicas. De esta manera, la metodología empleada consistió en el análisis de fuentes doctrinales y normativas para fundamentar la postura sobre el tema. De dicha investigación y análisis, se concluyó que los sistemas de cumplimiento no cuentan con un modelo único y definitivo, y su eficacia aún genera dudas, especialmente respecto a la construcción de una cultura corporativa de cumplimiento. Con lo que si bien cada ordenamiento posee una serie de criterios objetivos que permiten calificar la eficacia de un programa de cumplimiento, lo cierto es que estos criterios no son universales. Así, al final, la eficacia de un programa de cumplimiento siempre dependerá de dos aspectos fundamentales; del reconocimiento de las necesidades específicas de las empresas y su diligencia frente a las fuentes de riesgo, y de un compromiso real de adoptar políticas y prácticas de buen gobierno corporativo.

Palabras clave: Programas de cumplimiento, evaluación del riesgo, cultura de cumplimiento, responsabilidad penal de la persona jurídica, *Compliance* cosmético.

ABSTRACT

This article is the result of a research study whose main objective was to analyze whether there are objective parameters to assess *Compliance* programs and determine their effectiveness in preventing crime within companies or legal entities. Thus, the methodology employed involved analyzing doctrinal and regulatory sources to support the position on the subject. From this research and analysis, it was concluded that *Compliance* systems do not have a unique and definitive model, and their effectiveness still raises doubts, especially regarding the construction of a corporate *Compliance* culture. So, while each legal system has a set of objective criteria to assess the effectiveness of a *Compliance* program, these criteria are not universal. Therefore, the effectiveness of a *Compliance* program will ultimately depend on recognizing the specific needs of companies and their diligence in addressing sources of risk and having a genuine commitment to acquire policies and practices of good corporate governance.

Keywords: Compliance programs, risk assessment, Compliance culture, corporate criminal liability, Cosmetic Compliance.

INTRODUCCIÓN

En 1976, Michael Jensen y William H. Meckling abordaron el problema de la agencia, que, en términos generales, consiste en la falta de alineación entre los intereses de los propietarios de una empresa y los de sus agentes. Así, como resultado de este desajuste, los agentes terminan actuando en su propio beneficio en lugar de en el de la empresa y sus propietarios, lo que, en algunos casos, puede representar un riesgo administrativo o penalmente relevante, según sea el caso.

Ante lo anterior, y reconociendo la altísima importancia del sector empresarial en la sociedad, así como el impacto positivo o negativo que su operancia puede suponer, múltiples ordenamientos jurídicos adoptaron la responsabilidad penal de las personas jurídicas o *contrario sensu*, incorporaron la posibilidad de que el ente juzgador impusiera sanciones accesorias de distinta naturaleza a esta. De este modo, la tendencia de los ordenamientos jurídicos hacia la adopción de este modelo de responsabilidad, así como la aplicación de sanciones accesorias, ha evolucionado hasta el punto en que la implementación de un programa de cumplimiento como manifestación de una política de observancia a las normas, se ha convertido no solo en una necesidad para las empresas, sino también en una obligación que devine de disposiciones normativas, dependiendo del caso que se analice.

En Reino Unido, Italia, Japón, Austria y Australia, la implementación de programas de cumplimiento eficaces puede llevar a la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Lo que contrasta con Estados Unidos, donde la misma situación puede resultar en una disminución de la pena o en la no adopción de medidas cautelares durante la fase preliminar de una investigación.¹ O, por otro lado, en el caso de España, aunque no se exige a las empresas la implementación de programas de cumplimiento, contar con ellos puede servir como defensa en un proceso de responsabilidad corporativa, ya sea para buscar una exención de la responsabilidad o, en su defecto, para atenuar la sanción, como se explicará más adelante.²

Sin embargo, una de las principales dificultades que enfrentan las empresas al adoptar programas de cumplimiento, para evitar la responsabilidad penal,

1 Marta Muñoz de Morales Romero, *Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada*, en *El Derecho Penal en la Era Compliance* 211-12 (Tirant lo Blanch ed., 2013).

2 Miguel Polaino-Orts, *Gobernanza corporativa y criminal Compliance en la legislación española tras la reforma de 2015*, en *Anuario de Corporate Compliance* 90 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino-Orts dirs., Editorial Ibáñez ed., 2019).

bien sea de la empresa como ente jurídico independiente o quienes están vinculados a ella, es que estos pueden ser calificados por fiscales o autoridades judiciales como ineficaces o como un “*Cosmetic Compliance*”. Es decir, un programa de cumplimiento que, aunque ha sido diseñado, implementado y ejecutado, no ha tenido un impacto real en el desarrollo de una cultura de cumplimiento en la empresa. Lo cual resulta en la pérdida de capacidad de la política de *Compliance* para influir en el proceso penal respecto a la responsabilidad de la persona jurídica, de sus miembros, o de su representante legal.³

A modo de ejemplo de lo mencionado anteriormente, durante la vigencia de la *Federal Sentencing Guidelines* de 1991⁴ en los Estados Unidos, que establecían que los programas de cumplimiento debían identificar, evitar y prevenir conductas delictivas por parte de la empresa o sus miembros, y, en caso de que se cometieran, asegurar su detección, investigación y denuncia oportunas⁵. El caso Enron, uno de los mayores escándalos corporativos de la historia, en donde *Enron Corporation* utilizó una estructura contable fraudulenta para ocultar sus deudas y sobrestimar sus ingresos, presentando una imagen empresarial próspera cuando, en realidad, se encontraba al borde de la quiebra, demostró que, a pesar de contar con un sistema de cumplimiento normativo conforme a dichos estándares, su eficacia no era suficiente frente a la comisión de delitos financieros dentro de la compañía. Lo cual se debió a que el programa solo existía en papel y sus directivos no tenían un conocimiento ni un manejo adecuado del mismo.⁶

Por lo anterior, en 2004 se revisaron las *Federal Sentencing Guidelines*, añadiendo el deber de que directivos y administradores conozcan, ejecuten y

3 Dino Carlos Caro Coria, *Compliance y corrupción*, en *Anuario de Corporate Compliance* 506 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino-Orts dirs., Editorial Ibáñez ed., 2019)

4 Las *Federal Sentencing Guidelines* (Directrices Federales de Sentencia) son un conjunto de reglas y principios emitidos por la Comisión de Sentencias de los Estados Unidos que establecen un marco para la imposición de penas en el ámbito federal. Estas directrices fueron diseñadas para promover la uniformidad y proporcionalidad en las sentencias, proporcionando criterios específicos que los jueces deben considerar al determinar las penas aplicables a personas físicas y jurídicas. En el contexto del derecho penal corporativo, las *Federal Sentencing Guidelines* incluyen disposiciones que incentivan la implementación de programas de *Compliance* efectivos, con el fin de prevenir y detectar delitos dentro de las empresas, y que, en caso de ser adecuados, pueden servir como atenuantes al momento de determinar la pena.

5 Aldo Calcina Hanco, *Compliance programs penal: en el sector laboral empresarial*, en *Anuario de Corporate Compliance* 151 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino-Orts dirs., Editorial Ibáñez ed., 2019).

6 Dino Carlos Caro Coria, *Compliance y corrupción*, en *Anuario de Corporate Compliance* 506 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino-Orts dirs., Editorial Ibáñez ed., 2019).

supervisen el sistema de cumplimiento. Así, la eficacia de este sistema para la disminución de la pena o la no adopción de medidas cautelares durante la fase preliminar de una investigación está condicionada a dos elementos: i) la debida diligencia en el diseño, ejecución y supervisión de los sistemas de prevención y detección de delitos, y ii) la promoción de la ética desde la dirección empresarial, mediante el fomento de una cultura organizacional de cumplimiento con la ley, establecida a partir de las directrices de la compañía.⁷

Sin embargo, tomando como referencia el ejemplo de Estados Unidos, la efectividad de los programas de cumplimiento y su impacto en la responsabilidad penal de la empresa sigue siendo objeto de debate. Esto, en tanto la realidad muestra que tanto fiscales como jueces son reacios a reconocer un efecto exonerante o atenuante de la sanción. Tanto así, que en 1996 y 1999 solo existieron tres empresas que obtuvieron la atenuación de su pena por la implementación adecuada de programas de cumplimiento⁸.

Teniendo en cuenta lo descrito anteriormente, en este producto caracterizaremos el concepto de *Compliance* y, a continuación, realizaremos una breve revisión de algunos ordenamientos jurídicos que prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas así como de aquellos que han optado por sanciones administrativas frente a los mismos hechos o han establecido sanciones penales accesorias para las empresas y normativa técnica internacional, con el fin de analizar si existen elementos objetivos para evaluar los programas de cumplimiento y determinar si estos son eficaces en la prevención del delito dentro de las empresas o personas jurídicas en general⁹.

De esta manera, ofrecemos este escrito a la comunidad jurídica en general, especialmente a los estudiantes y egresados de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana que desean ampliar sus conocimientos en derecho penal económico y de la empresa. Esto, en aras de contribuir al compromiso adquirido por el Departamento de Derecho Penal de la Facultad como estudioso de estos temas en instancias de pregrado y posgrado.

7 Dino Carlos Caro Coria, *Compliance y corrupción*, en *Anuario de Corporate Compliance* 499 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino-Orts dirs., Editorial Ibáñez ed., 2019).

8 Marta Muñoz de Morales Romero, *Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada*, en *El Derecho Penal en la Era Compliance* 214 (Tirant lo Blanch ed., 2013).

9 Consideramos pertinente aclarar que se habla de “personas jurídicas en general” en tanto el *Compliance* no aplica únicamente a personas jurídicas de derecho privado como muchas veces podría indicarlo la intuición.

1. CARACTERIZACIÓN DEL COMPLIANCE PENAL

1.1. Definiciones, Objeto y Funciones

En los últimos años, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, o en su defecto las sanciones accesorias que se puede imponer a estas en aquellos ordenamientos en donde no se ha incorporado este modelo de responsabilidad, ha cobrado una importancia innegable. Esto, atendiendo a que, en palabras de Paula Andrea Ramírez Barbosa¹⁰,

El delito corporativo plantea la posibilidad de atribuir responsabilidad a las personas jurídicas en los países que regulan esta modalidad, lo cual puede ser concurrentemente con las responsabilidades individuales como resultado de la comisión de delitos cometidos por los representantes legales y/o directivos de la empresa cuando actúen en nombre de la sociedad; o cuando sus empleados cometan crímenes en ejercicio de las actividades sociales y por cuenta de la compañía.

De esta manera, la política que ha sido utilizada desde los años setenta aproximadamente para atajar este tipo de situaciones, desde el punto de vista jurídico, se le denomina *Compliance*. Política que, según lo señalado por Luis Felipe Henao Cardona & Carlos Guillermo Castro Cuenca¹¹ citando a Miguel Ontiveros Alonso, consiste esencialmente en un sistema para el cumplimiento del ordenamiento y la ética corporativa. O, citando también a Troklus, Warner y Wollshlager Schwartz consiste en un sistema de individuos, procesos, políticas y procedimientos desarrollados para asegurar el cumplimiento de las leyes, regulaciones industriales y contratos privados que gobiernan las acciones de la organización.

Paralelamente y de manera muy similar, Ulrich Sieber¹² lo define como un modelo de prevención de riesgos a través de la introducción de una cultura del respeto de las normas legales y éticas en la empresa que implica el estableci-

10 Paula Andrea Ramírez Barbosa & José Carlos Ferré Olivé, *El Mundo de los Negocios y los Crímenes Corporativos: Reflexiones de Casos Globales*, en *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial*, 20-48, (2021).

11 Luis Felipe Henao Cardona & Carlos Guillermo Castro Cuenca, *Introducción al Compliance, Concepto y Características*, en *Compliance: Prevención de la Corrupción Pública y Privada* 23-35 (2020).

12 Ulrich Sieber, *Programas de Compliance en el Derecho Penal de la Empresa: Una Nueva Concepción para Controlar la Criminalidad Económica*, en *El Derecho Penal Económico en la Era del Compliance* 64 (Luis Arroyo Zapatero & Adán Nieto Martín eds., Tirant lo Blanch 2013).

miento de códigos de conducta, medidas de auto vigilancia, controles y la auto-determinación de los flujos de información.

A partir de las anteriores definiciones, se puede determinar entonces que el *Compliance* penal tiene como objeto fundamental la prevención, gestión y corrección del riesgo de responsabilidad penal dentro de las empresas a través de medidas que aseguran el cumplimiento del ordenamiento jurídico y la ética corporativa. Riesgo que, vale la pena aclarar, puede surgir tanto del uso de la estructura de la empresa como de la conducta individual de los agentes que orgánicamente forman parte de esta.

De esta manera, su propósito no se limita a evitar la imposición de sanciones con ocasión a la sujeción al ordenamiento jurídico, sino que también busca fomentar una cultura de respeto hacia las normas legales y éticas en todos los niveles de la organización, involucrando tanto a directivos como a empleados. Para ello, el *Compliance* penal se apoya en un sistema integral compuesto por individuos, procesos y políticas cuyo fin último no es más que garantizar que las actividades empresariales se lleven a cabo dentro de los límites de la ley.

Con todo, en línea con las definiciones de *Compliance* ya citadas, encontramos acertada la postura de los autores Luis Felipe Henao Cardona & Carlos Guillermo Castro Cuenca¹³, al considerar que el *Compliance* cumple con cuatro funciones destacadas. i) Promover una cultura de ética y de cumplimiento, (ii) favorecer el buen gobierno corporativo y la autorregulación de las organizaciones, (iii) permitir la prevención del delito y las conductas ilegales y (iv) facilitar el análisis de la responsabilidad al interior de la empresa.

No obstante las definiciones citadas previamente y estando plenamente de acuerdo con las funciones del *Compliance* planteadas por los autores mencionados, resulta crucial analizar los calificativos atribuidos a este como ‘sistema’ y ‘modelo’. Definirlo con tales términos podría generar problemas, dado que, si bien es un concepto transversal que facilita la interacción entre diversas áreas del derecho y situaciones del mundo jurídico, consideramos que carece de una regulación universal y homogénea de entera accesibilidad que permita una aplicación irrestricta o “a ciegas”. En este sentido, podría suceder que, ante la ausencia de un marco jurídico unificado, su aplicación efectiva puede verse truncada para quienes buscan implementar una política de cumplimiento

13 Luis Felipe Henao Cardona & Carlos Guillermo Castro Cuenca, *Compliance: Prevención de la Corrupción Pública y Privada* 27 (2020)

efectiva. Consideramos imprescindible entonces realizar un análisis crítico y profundo sobre los alcances y limitaciones del *Compliance* como concepto, en aras de entender aquel como un conjunto de sistemas, políticas y principios que, al ser dinámicos y no universales, requieren una aplicación práctica basada en un minucioso análisis de las necesidades y fines particulares del ente, ya sea de naturaleza pública o privada, que busque implementarlos.

2. RESPUESTA A LA CRIMINALIDAD CORPORATIVA DESDE EL DERECHO COMPARADO

A pesar de que en los últimos años la adopción de la responsabilidad de personas jurídicas como mecanismo para atajar la criminalidad corporativa ha sido una constante, no puede echarse de menos que cada país ha implementado sus propios mecanismos de orden normativo conforme a su tradición jurídica y contexto socioeconómico para abordar aquel fenómeno.

En este sentido, el derecho comparado constituye una herramienta esencial para poder comprender cómo los distintos ordenamientos jurídicos diseñan políticas de diversas naturalezas orientadas a prevenir el delito en el ámbito empresarial para enfrentarla.

Así, a lo largo de este capítulo, se examinarán las sanciones aplicables a las empresas desde una perspectiva comparada, explorando cómo algunos sistemas han optado por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mientras que otros privilegian regímenes administrativos sancionatorios o de penas accesorias.

En legislaciones como la peruana, debe ponerse de presente que no se ha incorporado al ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, en su legislación penal establecen penas accesorias a la pena *per se* aplicada a personas naturales en los casos en los que se comprueba que el delito se consumó en el ejercicio de la actividad económica de la empresa o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo. Un claro ejemplo de lo anterior es el artículo 105 del Código Penal Peruano que prevé la multa, clausura de locales, cancelación y disolución de la personería jurídica o la prohibición de continuar explotando la actividad económica a modo de sanciones accesorias a la pena¹⁴.

14 Presidencia de la República de Perú, Decreto Legislativo No. 635, Código Penal, art. 105 (3 de abril de 1991), publicado en el Diario Oficial El Peruano.

De esta manera, puede observarse que este ordenamiento establece una serie de criterios a evaluar al momento de graduar la sanción a imponer establecidas en el Código Penal Peruano en el artículo 105¹⁵, como lo son que i) la empresa haya prevenido la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas, ii) la modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible, iii) la gravedad del hecho punible realizado, iv) la extensión del daño o peligro causado, v) el beneficio económico obtenido con el delito, vi) la reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible, y vii) la finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

Sobre el particular, autores como Calcina Hanco, explicando de qué manera funciona la imposición de las sanciones descritas, reconocen que estos elementos se pueden ver satisfechos de forma favorable (es decir, puede evitarse la imposición de la sanción) cuando la compañía implementa un sistema de cumplimiento a través de la cultura empresarial formada en valores, es decir, acredita una base ética normativa que se expresa en un código de deberes de actuar o de omitir acciones en circunstancias concretas que se denominan reglas de conducta al interior de la compañía.¹⁶ Incluso, en países donde funcionan sistemas de esta naturaleza, al estar compuestos por elementos normativos más o menos comunes que sirven de guía para su implementación y valoración, como lo son la evaluación del riesgo penal, adopción de protocolos y políticas escritas de prevención, compromiso de los órganos directivos, formación del personal, delegación, supervisión y revisión, implementación de sistemas disciplinarios, flujos de información dinámicos, creación de departamentos especiales de control y vigilancia, entre otros elementos, es posible lograr un acercamiento considerable a lo que puede ser un sistema de prevención eficaz.¹⁷

Por otro lado, en legislaciones como la colombiana se sigue un camino muy similar al peruano pues en Colombia no se ha incorporado al ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Con lo cual, al igual que en Perú solo se aceptan sanciones penales accesorias a saber, medidas provisionales, como lo son las consagradas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004¹⁸

15 Presidencia de la República de Perú, Decreto Legislativo No. 635, Código Penal, art. 105 (3 de abril de 1991), Diario Oficial El Peruano.

16 Aldo Calcina Hanco, *Compliance Programs Penal: En el Sector Laboral Empresarial*, en *Anuario de Corporate Compliance*, 156, (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts dirs., Ed. Ibáñez, Bogotá D.C., 2019).

17 Id, en 156.

18 Congreso de la República, Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, art. 91 (Colom.).

dirigidas a suspender la personería jurídica de la compañía o su cancelación definitiva. Incluso, el ordenamiento jurídico también reconoce la responsabilidad administrativa de las empresas rente a riesgos de comisión del delito de soborno trasnacional. Este asunto se encuentra regulado en la Ley 2195 de 2022 en el artículo 14¹⁹ y ha establecido que las compañías podrán implementar programas de transparencia y ética empresarial, produciendo atenuaciones en la sanción, o en otros casos, frente a la colaboración con la justicia, a la exoneración de responsabilidad administrativa según se explicará más adelante.

Vale la pena detenerse a observar que la elaboración de dichos programas de transparencia y ética empresarial se encuentra regulada por la Superintendencia de Sociedades mediante la Circular Externa 100-000011 de 2021 en la que se recogieron las buenas prácticas internacionales tenidas en cuenta al momento de la valoración de un adecuado sistema de prevención. En esta circular se señala que aquellos deben contar con al menos los siguientes elementos: El diseño del programa debe fundamentarse en una previa valoración de los riesgos penales, acompañada de la determinación clara y documentada de las responsabilidades asignadas a los administradores y oficiales de cumplimiento. Asimismo, es esencial establecer procedimientos y controles específicos, así como definir funciones para administradores, empleados y asociados. El programa debe ser dinámico y estructurado de manera que permita actualizaciones ágiles y efectivas. Además, se debe designar un oficial de cumplimiento, implementar mecanismos de capacitación y pedagogía relacionados con el programa, habilitar canales de denuncia accesibles y confiables, y establecer reglas de conducta claras y documentadas para empleados, asociados, administradores y demás partes interesadas.

Como se señaló, la Ley 2195 de 2022 también permite la exoneración total o parcial de la responsabilidad administrativa cuando la compañía colabore oportunamente con la entrega de información y pruebas relacionadas con la comisión de algún delito en particular en el marco de la actividad empresarial, siempre y cuando dicha información y dichas pruebas sean de utilidad en el momento en que sean entregadas, que la información no sea conocida o difundida por otros medios, que no haya sido objeto de investigación por autoridades nacionales o extranjeras, y que se hayan tomado acciones correctivas al interior de la compañía, en todo caso, cuando se pretenda la exoneración total. Además, deberán concurrir dos elementos esenciales. i) Que previo al inicio de la investi-

19 Congreso de la República, Ley 2195 de 2022 por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones, art. 14 (18 de ene. de 2022) (Colom.).

gación la compañía haya puesto en conocimiento de las autoridades los hechos, y ii) que no se haya ejecutado la transacción internacional comprometida.²⁰

En el caso de Alemania, sin ir muy lejos como sucede con la regulación colombiana o peruana donde parece ser que se dan pasos hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha considerado sin más que la respuesta a estos actos debe ser desde la vía administrativa para las personas jurídicas y de responsabilidad penal individual para las personas naturales²¹.

Italia por su parte, introdujo la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos cometidos por la alta gerencia, representantes legales, administradores, gerentes, así como por las personas sujetas a su dirección y supervisión a través del Decreto Legislativo 231 del 8 de junio de 2001²². Así, el artículo 6 del citado Decreto Legislativo establece que la entidad debe implementar un modelo de prevención orientado a: (i) Identificar las áreas de actividad en las que podrían cometerse delitos; (ii) desarrollar protocolos específicos para la formación del personal y la toma de decisiones corporativas en materia de prevención de delitos; (iii) asignar los recursos financieros necesarios para prevenir ilícitos penales; (iv) establecer canales de comunicación efectivos hacia el órgano encargado del control y supervisión de la prevención penal; e (v) implementar un sistema disciplinario eficiente para sancionar el incumplimiento de las medidas de prevención²³. De esta manera, en caso de acreditarse que previo a la comisión del delito se había dado cabal cumplimiento a tales exigencias implementado un sistema de cumplimiento, designando un órgano competente para su supervisión y acreditando que los autores actuaron vulnerando dicho sistema de prevención, la entidad podría resultar eximida de responsabilidad administrativa.²⁴

En Estados Unidos sucede un fenómeno distinto al de los ordenamientos previamente referidos pues durante las últimas décadas la mayor parte de los casos

20 Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000011 de 2021, 9 de agosto de 2021 (Colom.)

21 Bernardo Feijoo Sánchez, El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable, en *Anuario de Corporate Compliance* 296 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts dirs., Editorial Ibáñez, 2019) (Colom.).

22 Ismael Clemente Casas & Manuel Álvarez Feijoo, ¿Sirve de algo un programa de *Compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica), *Actualidad Jurídica (Uría Menéndez)*, No. 28, 40 (2011) (Esp.), disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf>.

23 Id, en 40.

24 Id, en 40.

de criminalidad corporativa y corrupción internacional se han resuelto por fiscales mediante la aplicación de dos figuras que, vistas desde nuestro ordenamiento jurídico, fungen como acuerdos pre procesales. Estos son los *Deferred Prosecutions Agreements* (DPA) y *Non Prosecution Agreements* (NPA), los cuales permiten que las empresas no lleguen hasta una etapa de juicio. De esta manera, puede observarse que tener un programa de cumplimiento efectivo puede llevar a la fiscalía a solo dirigirse contra los empleados o imponer sanciones más laxas, atendiendo a la posibilidad que ofrecen los acuerdos pre procesales²⁵.

De esta manera, fiscales y jueces son guiados por el *United States Attorney's Manual* al momento de examinar los sistemas de cumplimiento y su efectividad, teniendo en cuenta criterios como el número y nivel de los empleados comprometidos, la gravedad, la frecuencia y la duración del delito, la actualización de los procedimientos para garantizar el cumplimiento u las acciones correctivas de la compañía como investigaciones o sanciones, recordando que la mera existencia de un programa no es suficiente para excluir o atenuar la responsabilidad de la empresa o sus colaboradores.²⁶

Sobre esto, es relevante mencionar que la evolución que en materia de *Compliance* penal ha tenido Estados Unidos, ha permitido identificar elementos más o menos comunes con los que debe contar un programa de cumplimiento eficaz, los cuales no solo provienen de normas penales, sino que recoge normas de gobierno corporativo, códigos éticos, riesgos laborales, protección de datos, blanqueo de capitales o competencia desleal (también conocida como antitrust).²⁷

Estos elementos comunes los podemos delimitar en al menos en cuatro bloques: i) la existencia de un manual de cumplimiento escrito, revisado periódicamente y con programas de formación sobre el mismo, ii) el nombramiento de un oficial de cumplimiento autónomo financieramente y con comunicación directa con los órganos de dirección, iii) medidas de vigilancia y control, y iv) y la existencia de canales de denuncia²⁸.

25 Marta Muñoz de Morales Romero, *Programas de Cumplimiento "Efectivos" en la Experiencia Comparada*, *El Derecho Penal en la Era Compliance* 215, 220 (Tirant lo Blanch 2013)

26 Dino Carlos Caro Coria, *Compliance y Corrupción*, in *Anuario de Corporate Compliance* 501-02 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Editorial Ibanez 2019).

27 Adán Nieto Marín, *Problemas Fundamentales del Cumplimiento Normativo en el Derecho Penal*, in *Compliance y Teoría del Derecho Penal* 24 (Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel & Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno eds., Marcial Pons 201X).

28 Marta Muñoz de Morales Romero, *Programas de Cumplimiento "Efectivos" en la Experiencia Comparada*, in *El Derecho Penal en la Era Compliance* 222-23 (Tirant lo Blanch 2013).

Adicionalmente, en este modelo también se evalúa el comportamiento posterior al delito en cuanto a posibles omisiones o negligencias respecto de los deberes de supervisión, existencia de vigilancia y control de directores, administrativos u oficiales de cumplimiento, la participación directivos o de asesores en la comisión de la conducta punible, la presencia de outsourcing e incluso la dificultad de los autores para cometer la conducta típica evadiendo el sistema de cumplimiento, y finalmente si la empresa ha puesto en conocimiento de las autoridades y facilitado el acceso a la información respecto de la conducta criminal²⁹.

Sobre el Reino Unido debe decirse que este ha seguido la tradición y la experiencia de Estados Unidos. Teniendo como base el *case law*, promueve la celebración de acuerdos pre procesales con la fiscalía y la admisión de culpabilidad, animando a las empresas a denunciar y a investigar ellas mismas los ilícitos que se cometan en su seno.³⁰

De este modo, a partir de la expedición del *Bribery Act*³¹ en el año 2010, las sanciones para las empresas por vínculos con la corrupción se hicieron más estrictas en lo que respecta a conductas punibles como el cohecho activo y pasivo, el cohecho de funcionarios públicos extranjeros y la omisión de impedir un cohecho al interior de la organización comercial, cuando este se haya efectuado en su propio beneficio.

Del mismo modo, esta legislación contempla una excepción a la responsabilidad penal de la organización, permitiendo su exoneración si demuestra la implementación de procedimientos adecuados para prevenir la comisión de delitos. Procedimientos que fueron definidos en una guía expedida por el Ministerio de Justicia del Reino Unido en marzo de 2011.³²

Esta guía establece seis principios que permiten determinar la implementación de procedimientos para la prevención del delito: i) los procedimientos deben ser proporcionales al riesgo de cohecho que enfrenta la organización, así

29 Miguel Polaino-Orts, *Gobernanza Corporativa y Criminal Compliance en la Legislación Española Tras la Reforma de 2015*, in *Anuario de Corporate Compliance* 89 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Editorial Ibáñez 2019).

30 Marta Muñoz de Morales Romero, Programas de Cumplimiento “Efectivos” en la Experiencia Comparada, in *El Derecho Penal en la Era Compliance* 221 (Tirant lo Blanch ed., 2013).

31 El Bribery act o ley contra el soborno es una ley promulgada en 2010 cuyo fin último es brindar solidez a la normativa del Reino Unido en materia de soborno y fraude internacional.

32 Francisco Javier Bedecarratz Scholz, *La Indeterminación del Criminal Compliance y el Principio de Legalidad*, 13 Polít. Crim. 221 (2018) (Chile). DOI: 10.4067/S0718-33992018000100208.

como a la naturaleza, escala y complejidad de sus actividades (*proportionate procedures*); ii) los directivos principales deben comprometerse activamente con la prevención del cohecho en las personas asociadas a la organización (*top-level commitment*); iii) la organización debe realizar un análisis periódico, informado y documentado del riesgo de cohecho al que está expuesta (*risk assessment*); iv) la selección y evaluación de las relaciones comerciales deben basarse en un examen proporcional al riesgo identificado (*due diligence*); v) se debe garantizar que las políticas y procedimientos de prevención del cohecho sean difundidos y comprendidos dentro de la organización (*communication – including training*); y vi) los procedimientos deben someterse a un monitoreo, evaluación y revisión constantes (*monitoring and review*).

En el caso de Chile, se ha dado paso a la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la expedición de la ley 20.393 de 2009, donde se prevé que estas serán responsables por incurrir en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y corrupción de funcionarios públicos, siempre que se logre comprobar que la configuración de tales conductas delictivas corresponde a una falta a los deberes de dirección y supervisión de la compañía, los cuales se encuentran contenidos previamente en la ley. En contrapartida, se entiende que la persona jurídica ha cumplido con sus deberes cuando previo a incurrir en las conductas típicas, se han implementado programas de organización, administración y supervisión del riesgo de su comisión. No obstante, llama la atención, no se exige la creación de una cultura corporativa de cumplimiento.³³

Asimismo, la ley chilena establece que los modelos que precaven la comisión de una conducta punible, los cuales permiten exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica, deben incluir al menos los siguientes elementos: i) la designación de un encargado de prevención con autonomía administrativa, recursos materiales suficientes y acceso directo a la administración; ii) la implementación de un sistema de prevención de delitos, que debe incluir la identificación de riesgos, la definición de protocolos para las personas involucradas en dichos riesgos, la adopción de procedimientos disciplinarios y la habilitación de canales de denuncia, todo lo cual deberá incorporarse en los respectivos contratos de trabajo. Incluso, las compañías podrán certificar la idoneidad de sus programas de cumplimiento.³⁴

33 Dino Carlos Caro Coria, *Compliance y Corrupción*, in *Anuario de Corporate Compliance* 511 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Ed. Ibáñez 2019).

34 Congreso Nacional, Ley 23.393 de 2009, art. 4, 2 de diciembre de 2009 (Chile).

Respecto a la atenuación de la pena, debe decirse que esta solo se producirá cuando la persona jurídica colabore cuanto menos, antes de conocer que en contra de esta se está adelantando un proceso penal, cuando denuncia la existencia de un hecho punible antes del comienzo del juicio, o se hayan tomado medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de investigación.³⁵

España por su parte, a diferencia de los ordenamientos ya examinados, ha incluido en el propio tipo penal los requisitos mínimos con los que deben cumplir los programas de cumplimiento para que estos puedan ser considerados o evaluados respecto de su efectividad. Particularmente, en una de las reformas más recientes al Código Penal español, específicamente la de 2015, el artículo 31 bis establece que las personas jurídicas pueden ser responsables penalmente por los delitos cometidos en su nombre o en su beneficio, siempre que no se haya demostrado la implementación de un modelo de organización y gestión que prevenga esos delitos. Este modelo que permite la exoneración de la responsabilidad penal debe abarcar diversos aspectos como: el diseño e implementación acorde con la actividad económica de la empresa, la formación de la voluntad de la compañía, la gestión de los recursos financieros, la existencia de un sistema de denuncia interno y la actualización continua del programa de cumplimiento.³⁶

Con mayor profundidad, la legislación española establece que los modelos de organización y gestión deberán contener al menos seis aspectos fundamentales, i) la identificación de riesgos relacionados a la comisión de delitos que deben ser prevenidos, ii) protocolos para la toma de decisiones al interior de la persona jurídica y ejecución de las mismas, iii) modelos de gestión de los recursos financieros, iv) la obligación de informar de riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento del modelo de prevención, v) un sistema disciplinario, y finalmente vi) una verificación y actualización periódica del modelo³⁷.

De esta suerte, el Código Penal español establece que cuando estos sistemas sean implementados con posterioridad a la comisión del delito, servirá como un atenuante de la pena a imponer. Si se ha implementado con anterioridad y es un empleado o administrativo quien cometió el delito, se podrá excluir la respon-

35 Congreso Nacional, Ley 23.393 de 2009, art. 6, 2 de diciembre de 2009 (Chile).

36 Miguel Polaino-Orts, *Gobernanza Corporativa y Criminal Compliance en la Legislación Española Tras la Reforma de 2015*, in *Anuario de Corporate Compliance* 91-93 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Editorial Ibáñez 2019).

37 Cortes Generales, Ley Orgánica 10/1995, art. 31 bis, 24 de noviembre de 1995 (España).

sabilidad penal de la persona jurídica. Sin embargo, para evaluar la efectividad del sistema de prevención, no existe una norma que zanje la discusión en torno a cómo deben ser los planes de cumplimiento, pero ello no es óbice para que la compañía alegue la imposibilidad de llegar a un programa completo y efectivo. Máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el Código Penal español y los parámetros que ofrece el derecho comparado³⁸.

De esta manera, habiendo agotado, a nuestro juicio, un análisis de derecho comparado suficiente es posible concluir en este punto del escrito que existen elementos comunes entre los ordenamientos respecto a la elaboración y evaluación de los programas de cumplimiento, aunque con variaciones en su alcance dependiendo de las necesidades de cada sistema legal. No obstante, debido a la característica ya establecida de autorregulación de las personas jurídicas, queda claro que parte de la efectividad de un programa de cumplimiento radica en el conocimiento de los propios riesgos y en su prevención, pudiendo, por supuesto, apoyarse en experiencias internacionales, normas técnicas o disposiciones especiales sobre el área.

Contrario sensu, la empresa que opte por la solución más cómoda, por ejemplo, limitándose únicamente a elaborar un sistema de cumplimiento que no recoja las características que previamente han sido expuestas, se arriesga a que este pueda ser catalogado como insuficiente. Pero, si en su lugar se impone a sí misma obligaciones más estrictas, estará elevando por sí misma el estándar de diligencia por el que será evaluada en el futuro.

3. RESPUESTA A LA CRIMINALIDAD CORPORATIVA DESDE LAS NORMAS TÉCNICAS INTERNACIONALES

Habiendo explorado cómo ha sido la respuesta a la criminalidad corporativa en los distintos ordenamientos, ahora consideramos pertinente, para ofrecer al lector una visión integral de la regulación en materia de *Compliance*, mencionar brevemente la regulación internacional sobre el tema. Esta regulación internacional, vale la pena aclarar, está compuesta por normas ISO, las cuales constituyen un estándar internacional de carácter técnico e independiente de la

38 Ismael Clemente Casas & Manuel Álvarez Feijoo, ¿Sirve de Algo un Programa de *Compliance* Penal? ¿Y Qué Forma le Doy? (Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en la LO 5/2010: Incertidumbres y Llamado por la Seguridad Jurídica), *Actualidad Jurídica (Uría Menéndez)*, no. 28, 38 (2011), disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf?id=2974_es&forceDownload=true.

regulación interna de cada país en tanto no son nada distinto a una acreditación expedida por autoridades certificadoras autorizadas para tales efectos.

Al respecto, encontramos los estándares de auditoría IDW PS 980 publicados en abril de 2011 por el Instituto de Auditores en Alemania (*Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland*), los cuales establecen normas claras para la auditoría de sistemas de gestión de *Compliance* a nivel internacional, y la norma ISO 19600: 2015 “Sistemas de gestión de Compliance. Directrices”, que orienta sobre la implementación, evaluación, mantenimiento y mejoramiento de sistemas de *Compliance* y que ha sido incorporada por algunos países en reemplazo de estándares locales.

Sobre los anteriores, la autora alemana Riederer sostiene que el estándar internacional consignado en la norma ISO 37301:2021 se presenta como una alternativa a la IDW PS 980. Pues, en comparación con su predecesora, la nueva contiene requisitos específicos y recomendaciones que deben contener los programas de cumplimiento, es acreditable y se puede certificar. Lo cual permite que su aplicación no solo promueva el desarrollo y la difusión de una cultura de cumplimiento positiva, sino que también facilite la evaluación de la eficacia del sistema.³⁹

Vale la pena detenerse en la norma ISO 37301:2021, pues esta establece al menos siete requisitos para la evaluación de un sistema de cumplimiento efectivo. En primer lugar, se debe definir y analizar los requisitos específicos para el sistema de gestión de cumplimiento de la empresa, lo cual está relacionado con la identificación de riesgos y el análisis del entorno empresarial, incluyendo factores internos y externos. En segundo lugar, el liderazgo es fundamental, ya que la observancia real del programa solo puede tener éxito si impregna toda la organización, siendo el órgano supremo quien comunica claramente un compromiso activo de cumplimiento. En tercer lugar, se debe realizar una planificación a nivel estratégico con el fin de anticipar posibles escenarios de riesgo y desarrollar contramedidas adecuadas. En cuarto lugar, determina que la comunicación es clave, ya que un sistema de acatamiento normativo eficaz requiere una gestión adecuada de la información, lo que implica no solo crear canales de comunicación internos y externos, sino, en particular, crear conciencia sobre el tema de cumplimiento entre los colaboradores. En quinto lugar, la norma establece la ejecución de un sistema de gestión bien diseñado que incluye medidas para dar contenido e

39 Sabine Riederer, *Implementierung und Zertifizierung des Compliance-Management-Systems: Die neue ISO 37301 als Alternative zum IDW PS 980* (Traducción del autor), *Revisionspraxis PRev.*, Issue 2, 55 (2022), ISSN: 1862-9032.

impacto a una cultura de *Compliance*, como políticas, procesos y procedimientos que aborden los riesgos identificados en el proceso y busquen reducirlos. En sexto lugar, la evaluación es otro requisito fundamental, ya que el sistema de prevención debe revisarse periódicamente y realizarse un seguimiento y medición del cumplimiento, lo cual se puede lograr a través de auditorías internas.

Otra norma que vale la pena referir es la norma técnica UNE 19601, que es la primera guía española sobre gestión corporativa de riesgos penales. En ella, se reconoce la imposibilidad de disminuir a cero el riesgo de comisión de delitos al interior de la empresa, e inicia con la necesidad de que el sistema de gestión de riesgos identifique las actividades corporativas que tienen asociados riesgos penales. Además, complementa esta visión con la necesidad de minimizar la exposición de la organización a los riesgos penales, exigir el cumplimiento de la legislación penal aplicable a la organización e incluir un compromiso con la mejora continua del sistema de gestión de *Compliance* penal.⁴⁰

4. SUPERANDO LA COSMÉTICA EN EL COMPLIANCE: LA ÉTICA CORPORATIVA Y LA VERIFICACIÓN CONTINUA COMO ELEMENTOS CLAVE PARA UN SISTEMA DE CUMPLIMIENTO EFICAZ

Como ya fue puesto de presente en líneas anteriores, el problema de la cosmética en los programas de cumplimiento se refiere a aquella muestra de una intención fidedigna, no genuina, de abordar seriamente la prevención de conductas delictivas en el interior de una empresa.⁴¹ De esta manera, este fenómeno se materializa cuando las personas jurídicas implementan una serie de procedimientos que, si bien formales, resultan ineficaces para enfrentar la criminalidad corporativa de manera real.

Ahora bien, con base en la información recabada sobre cómo los distintos ordenamientos jurídicos y las auditoras internacionales abordan la criminalidad corporativa, y reconociendo que el concepto de *Compliance* no está plenamente desarrollado en todos los sistemas debido a la naturaleza ya descrita, a continuación, proponemos un planteamiento orientado a superar el problema de la cosmética en el cumplimiento corporativo.

40 Matilde Fourey González, *Novedades de la proyectada Norma UNE 19601 para el sistema español de Compliance penal*, *Actualidad Jurídica*, Issue 46, 89 (2017).

41 Ramírez Barbosa, Paula Andrea & Ferré Olivé, Juan Carlos, *Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2019), p. 89.

Consideramos que en el análisis de efectividad de un programa de cumplimiento se debe verificar que el crimen cometido no corresponda a un defecto en la organización, el cual haya sido tolerado por la compañía o se haya consumado a partir de una deficiente cultura de cumplimiento promovida por la empresa; entendida esta como aquel comportamiento de la compañía que se encuentra definido por una serie de complejas interacciones de decisiones humanas, más o menos predecibles, que van construyendo una personalidad propia de la empresa, generándose la cultura o ética empresarial, furto o consecuencia de la suma de relaciones y decisiones interpersonales a lo largo del tiempo en un contexto institucional⁴².

De suerte que la ética o cultura corporativa es un estado de cosas al que se llega a través de la gestión de los directivos o administradores, aquella que va en contravía de la legalidad responde a una serie de decisiones difusas a lo largo del tiempo que son incompatibles con el desarrollo de una política de cumplimiento que se pretende a través de la implementación de un programa. Cosa que podría considerarse un fallo estructural de la corporación y por ende, una falta de eficacia del sistema de prevención.⁴³

La cultura corporativa permite entonces identificar de forma más clara cuándo puede considerarse que un hecho es aislado, atribuible a la conducta individual de un miembro de la organización guiado por un propósito específico, frente a un escenario en el que la actuación delictiva constituye una directriz propia del ente ficticio, configurándose así una verdadera empresa criminal.

De manera que las reacciones de la compañía frente a la identificación de un hecho delictivo son muestra de una cultura corporativa de cumplimiento preexistente que se manifiesta aun en momentos posteriores a la comisión del delito, lo que, ulteriormente permite a la empresa desvincularse del hecho investigándolo y denunciándolo, y quedado este exclusivamente como manifestación de la voluntad del autor individualmente considerado⁴⁴.

42 Bernardo Feijoo Sánchez, *El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable*, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts, dirs.), Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2019, p. 292.

43 Bernardo Feijoo Sánchez, *El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable*, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts, dirs.), Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2019, p. 293.

44 Bernardo Feijoo Sánchez, *El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable*, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts, dirs.), Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2019, p. 297.

A nuestro juicio y a título de hipótesis, en caso de que el representante de una empresa enfrente un proceso penal, es importante señalar que entre más alto sea el cargo del autor del delito o entre más niveles de la organización afecte, menos creíble será el sistema de cumplimiento para la autoridad que lo evalúe. Con lo que se podrá presumir con mayor fuerza una falla en la organización de la compañía, reconociéndose la existencia de un conjunto de decisiones individuales que al final condujeron a que, en el momento del hecho, existiera una cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad insuficiente que permitió su ejecución.⁴⁵

Así pues, lo que en última instancia se espera por parte de los programas de cumplimiento para no ser considerados cosméticos, es que estos sean idóneos para mantener por debajo del riesgo permitido la actividad de la compañía. Cosa que, como puede extraerse del análisis realizado desde el derecho comparado, puede lograrse mediante la investigación y aplicación de las normas nacionales y técnicas internacionales, que prevén las prácticas adecuadas para prevenir el riesgo penalmente relevante.

En todo caso, bajo la idea de una cultura o ética corporativa, los programas de cumplimiento que han logrado impregnar a todos los niveles de la compañía en cuanto al respeto por la legalidad, y que han expresado dicho propósito mediante controles y sanciones disciplinarias adecuadas como las que se han expuesto se podrá concluir que estos han sido eficaces. Logrando su propósito más importante, que no es nada distinto a excluir la imputación del hecho a la empresa o su representante legal por un defecto en la organización.

De esta manera, la trazabilidad de las decisiones empresariales se convierte en un elemento esencial para evaluar el estado actual de la cultura corporativa de la compañía, la cual debería manifestarse de manera consistente a lo largo del tiempo a través de decisiones alineadas con ella. Por ejemplo, contar con un programa de cumplimiento documentado no solo facilita su implementación, sino que también permite su uso como prueba en un proceso penal, evidenciando la satisfacción de los requisitos mínimos para su diseño y ejecución. Del mismo modo, la conservación de archivos y registros de las actividades de observancia a la norma permitirá demostrar las medidas de control y prevención adoptadas, las denuncias recibidas a través de los canales habilitados, así como

45 Bernardo Feijoo Sánchez, *El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable*, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts, dirs.), Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2019, p. 296.

las investigaciones internas realizadas y las sanciones disciplinarias impuestas con el fin de lograr el mismo propósito ya enunciado.⁴⁶

Como se ha señalado, el sistema de cumplimiento debe reflejar una verdadera técnica para la prevención delictiva, lo que implica que su diseño, implementación y mantenimiento deben ser verificables en el tiempo.

En este sentido, dar trazabilidad a las decisiones de la empresa no solo permite evaluar la coherencia entre sus políticas y su cultura corporativa, sino que también constituye un medio probatorio idóneo que es esencial en caso de un proceso penal. Dicho de otro modo, contar con un programa de cumplimiento documentado facilita su uso como prueba que ulteriormente puede aportar información clave sobre el grado de institucionalización del sistema.⁴⁷

5. CONCLUSIONES

En definitiva, los sistemas de cumplimiento no tienen un estado del arte terminado o definitivo, ni mucho menos existe un *Compliance* único. De hecho, puede afirmarse que aún se presentan muchas dudas sobre a su contenido, respecto a lo que puede significar para la empresa la creación de una cultura de cumplimiento por parte de sus colaboradores, y lo que espera el derecho penal de estas empresas, sin perjuicio de la adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo que, definir hasta qué punto la compañía se encuentra protegida frente a una posible sanción penal aún es un escenario probabilístico.

Lo que sí está claro es que, a lo largo del tiempo de vida de los programas de cumplimiento, estos deben contar con al menos ciertas medidas básicas o mínimas que permitan inferir, en primera instancia, la existencia de un manual de cumplimiento serio. Sin embargo, esto no es suficiente para considerar a la empresa como diligente frente a los riesgos que genera, ya que también se le exige un compromiso ético en su comportamiento y un apego a la legalidad en

46 Ana María Neira Pena, *La prueba en el proceso penal de las personas jurídicas. Especial referencia a los criminal Compliance como objeto de prueba*, in *Anuario de Corporate Compliance* 347 (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Ibáñez, 2019).

47 Adán Nieto Marín, *Problemas Fundamentales del Cumplimiento Normativo en el Derecho Penal*, in *COMPLIANCE Y TEORÍA DEL DERECHO PENAL* 24 (Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel & Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno eds., Marcial Pons, Madrid, ISBN 978-84-15948-00-1).

todos los niveles de la corporación, lo que, en última instancia, se traduce en una cultura corporativa de cumplimiento.

De este modo, concluimos que los sistemas de cumplimiento carecen de un esquema estandarizado y definitivo, y que su efectividad sigue siendo incierta, especialmente en lo que respecta al desarrollo de una cultura organizacional orientada al acatamiento a los estándares de conducta establecidos por la normativa vigente. Aunque cada jurisdicción tiene ciertos parámetros objetivos para evaluar la efectividad de un programa de *Compliance*, estos criterios no son aplicables de manera universal. Por lo tanto, al final, la efectividad de un programa dependerá de la identificación de las necesidades particulares de cada empresa y de su capacidad para gestionar los riesgos a los que se enfrenta.

REFERENCIAS

- Adán Nieto Marín, Problemas Fundamentales del Cumplimiento Normativo en el Derecho Penal, en *Compliance y Teoría del Derecho Penal* (Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel & Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno eds., Marcial Pons, Madrid, 2013).
- Aldo Calcina Hanco, *Compliance Programs Penal: En el Sector Laboral Empresarial*, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Editorial Ibáñez, 2019).
- Álvarez Feijoo, Manuel & Ismael Clemente Casas, ¿Sirve de algo un programa de *Compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica), 28 *Actualidad Jurídica* (Uría Menéndez) (2011), disponible en <https://www.uria.com/es/revista/30>.
- Bernardo Feijoo Sánchez, El Fundamento de la Responsabilidad Penal de las Empresas y Otras Personas Jurídicas: Un Debate Interminable, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Editorial Ibáñez, 2019).
- Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Art. 91. 31 de agosto de 2004 (Colombia).
- Congreso Nacional, Ley 23.393 de 2009 (Chile).
- Cortes Generales, Ley Orgánica 10 de 1995 (España).
- Dino Carlos Caro Coria, *Compliance y Corrupción*, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Editorial Ibáñez, 2019).
- Francisco Javier Bedecarratz Scholz, La indeterminación del criminal *Compliance* y el principio de legalidad, 13 *Polít. Crim.* 35 (2018), <https://doi.org/10.4067/S0718-33992018000100208>.
- Ley 2195 de 2022. Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. 18 de enero de 2022. D.O. No. 51.921.

- Marta Muñoz De Morales Romero, Programas de Cumplimiento “Efectivos” en la Experiencia Comparada, en *El Derecho Penal en la Era Compliance* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).
- Matilde Fourey González, Novedades de la proyectada Norma UNE 19601 para el sistema español de *Compliance* penal, 46 *Actualidad Jurídica* (2017).
- Miguel Lamadrid & Estanislao Escalante, Programas de Cumplimiento: Elementos para una Política Pública de Prevención en el Contexto Colombiano, en *Problemas Actuales de Derecho Penal Económico, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Compliance Penal y Derechos Humanos y Empresa* (Univ. Nac. de Colom., Bogotá, 2020).
- Miguel Polaino-Orts, Gobernanza Corporativa y Criminal *Compliance* en la Legislación Española Tras la Reforma de 2015, en *Anuario de Corporate Compliance* (Hoover Wadith Ruiz Rengifo & Miguel Polaino Orts eds., Editorial Ibáñez, 2019).
- Ministerio de Justicia del Reino Unido, *Guidance About Procedures Which Relevant Commercial Organisations Can Put into Place to Prevent Persons Associated with Them from Bribing* (Bribery Act 2010, Section 9) (2010), <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>.
- Paula Andrea Ramírez Barbosa & José Carlos Ferré Olivé, El Mundo de los Negocios y los Crímenes Corporativos: Reflexiones de Casos Globales, in *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial* 20, 20-48 (2d ed. Bogotá, Tirant lo Blanch 2021).
- Presidencia de la República de Perú, Código Penal, Decreto Legislativo 635 (Perú).
- Sabine Riederer, Implementierung und Zertifizierung des *Compliance*-Management-Systems: Die neue ISO 37301 als Alternative zum IDW PS 980, 2 *Revisionspraxis* PRev. (2022).
- Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 100-000011 de 2021 (Colombia), https://doc-00-ak-apps-viewer.googleusercontent.com/viewer/secure/pdf/a8bijttfa31sg27k1it3unrn1gtimfl2/5rlsmjq77svost7t9e761tsfiih4h29/1670943525000/lantern/15888091165462833095/ACFrOgAGg0KP3mTLEZ3ek29engXD1E9OpVDZcd4MtLxcsHGbkX2ali8YfO2AQWgXCHG9EKHuWowPkvJKXP5Pd1tkJM8wb_WJCMeyM72tmCNmZnNLmP3RCbORAn3sZafRbssaF2jzqIBpyxjQ0hR?print=true&nonce=me7rrj8ugbn32&user=15888091165462833095&hash=69c4i7h5u5a639bvhaqetc4udfi08bo.
- Ulrich Sieber, Programas de *Compliance* en el Derecho Penal de la Empresa: Una Nueva Concepción para Controlar la Criminalidad Económica, en *El Derecho Penal Económico en la Era del Compliance* 64 (Luis Arroyo Zapatero & Adán Nieto Martín eds., Tirant lo Blanch 2013).
- United States Sentencing Commission, *Guidelines Manual* § 3E1.1 (Nov. 2004).
- United States Sentencing Commission, *Guidelines Manual* § 3E1.1 (Nov. 2004).



LA FRAGMENTACIÓN: EL FENÓMENO GLOBAL QUE DESAFÍA LA HEGEMONÍA DEL UNIVERSALISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

FRAGMENTATION: THE GLOBAL SINGULARITY THAT DEFIES THE UNIVERSALITY OF INTERNATIONAL LAW

SANTIAGO ZAMBRANO CAÑÓN*

NICOLÁS GALINDO AGUILERA*

JULIÁN ARROYO ÁVILA*

Fecha de recepción: 6 de marzo de 2025

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2025

Disponible en línea: 30 de Junio de 2025

RESUMEN

Este artículo es producto de una investigación en el área de Derecho Internacional, y su objetivo es analizar la fragmentación. Al respecto se identificó que su principal causa es la globalización, y su principal consecuencia, el “forum shopping”, que consiste en la descentralización y multiplicación de instancias en el Derecho Internacional. El resultado de este análisis es que existe una dicotomía entre la soberanía de las naciones y la influencia de las potencias en la configuración del derecho internacional, que se manifiesta a través de tratados y jurisdicciones especializadas. Finalmente, presenta una crítica esta tendencia con miras a ponderar las posibles

* Estudiantes de séptimo y octavo semestre de la Pontificia Universidad Javeriana.

consecuencias y efectos de la fragmentación y teorizar cómo se vería un sistema del Derecho Internacional más equitativo.

Palabras clave: Fragmentación, Derecho Internacional, Globalización, Tribunales Internacionales, Soberanía, Potencias Mundiales.

ABSTRACT

This article is the result of a research around International Law, and its objective is to analyze fragmentation. Globalization was identified as its main cause; and “forum shopping”, which consists of the decentralization and multiplication of instances in International Law, as its main consequence. The result of the analysis is that there exists a dichotomy between the sovereignty of nations and the influence of the global powers in the configuration of international law, which is manifested through treaties and specialized jurisdictions, is established. Finally, a critique of this trend is presented, with a view to pondering the possible consequences and effects of fragmentation and theorizing what a more equitable system of international law might look like.

Keywords: Fragmentation, International Law, Globalization, International Courts, Sovereignty, World Powers.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las controversias más trascendentales que actualmente existen en el Derecho Internacional es la discusión sobre el alcance y la naturaleza de los tratados, normas y costumbres internacionales en relación con los sujetos que regulan. En la doctrina, surgen dos posturas dominantes: el universalismo y el relativismo, aplicadas principalmente en los Derechos Humanos.

No obstante, dada la creciente importancia de las relaciones entre particulares de diferentes nacionalidades, la interpretación de los principios del Derecho Internacional Privado, tales como Principios de UNIDROIT, debe ser analizada a través de estos dos enfoques. Varios autores han identificado un fenómeno central en este análisis, que es la fragmentación de las instituciones y las organizaciones a raíz de la globalización y su impacto en la economía y geopolítica internacional. Esta tendencia, caracterizada por la proliferación de instancias y la limitación de jurisdicciones nacionales en controversias transnacionales, es la principal transformación del Derecho Internacional en este siglo.

Esta discusión no es únicamente teórica, pues la adopción de uno u otro enfoque moldea la conducta de los Estados y las organizaciones y define las obligaciones internacionales que contraen. Así pues, las empresas transnacionales y los actores del derecho internacional en sentido lato determinan sus decisiones y participación en el escenario internacional de acuerdo con la oferta de instancias y normas disponibles para abordar las controversias. En esto radica la importancia de comparar y contrastar el *soft law*, *hard law* y doctrina para determinar el alcance y las implicaciones de este nuevo fenómeno en el presente, y las posibles ramificaciones a futuro.

2. ¿LA AUTODESTRUCCIÓN DE UN SISTEMA GLOBAL DE DERECHO INTERNACIONAL?

Luego de la Segunda Guerra Mundial —empezando con la Conferencia de San Francisco de 1945— surgió un Sistema Global conocido como la *Comunidad Internacional* que ha propendido por mantener la paz y la convivencia entre países. Fue la culminación de un proceso que duró siglos, en el que las relaciones internacionales dependían del equilibrio entre los grandes poderes. Estos a menudo libraban guerras por influencia y control. Se establecieron mecanismos legales y diplomáticos para resolver las controversias entre naciones. Sin embargo, la tecnología y la globalización convirtieron las relaciones internacionales en un asunto de particulares. Cada vez más las sociedades y personas naturales operan de forma independiente y con intereses que conflictúan con los de sus países de origen. Esto ha permitido la proliferación de jurisdicciones e instancias no supeditadas al control de un sistema universal jerárquico internacional de normas, aunque sí a tratados como la Convención de Viena sobre la Compra-venta Internacional de Mercadería y la costumbre mercantil internacional, que a su vez ha desafiado el orden mundial que se creía hegemónico.

Hoy en día, los conglomerados tienen presencia en tantos países que sería imposible acogerse a las normas de todos para efectos del traspaso de bienes, servicios o divisas a través de las fronteras; y cuando un contrato internacional es incumplido, o una multinacional se constituye en insolvente, existen normas que trascienden la soberanía territorial que pueden resolver estos conflictos.

Pero, además de estudiar estas normas, es fundamental analizar la razón detrás de esta proliferación y sus efectos, pues de este estudio surgen dos alternativas: uno, que la tecnología haga obsoleta a la burocracia interna, lo que puede resultar en la integración del mercado mundial de bienes y servicios, tal y como están los mercados nacionales; o, puede derivar en el surgimiento de bloques

aislados y un paradigma mundial fragmentado, similar al decimonónico, con centros de poder y de producción jurídica que agrupan a varios países más pequeños y que buscan una balanza de poder mutua.

De hecho, este último escenario es cada vez más notable con la disrupción del sistema global de giros bancarios SWIFT luego de la invasión rusa de Ucrania, y los proyectos de introducir divisas de bloques como BRICS y las uniones continentales que rivalicen con el dólar como estándar de cambio internacional.

Esta transformación ha dado relevancia al estudio de las normas y las relaciones jurídicas internacionales que no se dan entre Estados, pero que están mediadas por estos; por lo que su estudio es cada vez es más apetecido. La primera y más importante es el principio según el cual los países solo están obligados internacionalmente a aquello a lo que se comprometen por su participación en Convenios, Convenciones, Protocolos y las organizaciones que los compilan, debido a la ausencia de una jerarquía legal internacional y una autoridad central *de jure*, aunque *de facto* ciertos países tengan mayor influencia y poder que otros.

No obstante, es generalmente aceptado que todos los Estados cuentan con igualdad, pero sin obviar la influencia y marcado desarrollo occidental del derecho internacional. A través de lo que Cárdenas ha denominado “campañas de universalización” las cuales al final “operan conjuntamente como herramientas que consolidan aún más el sistema de creencias”¹, los valores compartidos en los que se fundamenta el sistema se han convertido en herramientas de dominación las potencias, especialmente las representadas permanentemente en el Consejo de Seguridad.

A pesar de su reticencia, la mayoría de los países han adoptado la teoría universalista, principalmente por necesidad de insertarse en los mercados globales. La armonización y unificación de las normas internacionales, en palabras de Bruno Simma, fue una respuesta a la necesidad de “establecer un orden público en una escala global, un orden legal común para la humanidad entera”². Pero ¿es posible que la fragmentación sea el inicio del desmantelamiento de este sistema?

1 Cárdenas, Fabián. ¿De dónde viene ese derecho internacional? La implantación de creencias de inversión extranjera y protección ambiental en Latinoamérica, 72, Universitas (2023).

2 Simma, Bruno. “*Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*.” European Journal of International Law, vol. 20, no. 2, 2009, pp. 265-297. Nijhoff Publishers, Leiden (2003).

Esta idea puede parecer inconcebible en un mundo globalizado, hasta que se toman en cuenta las múltiples crisis que se han desencadenado desde la época en la que se creó la Organización de las Naciones Unidas con estos ideales y en la que se sentaron los pilares del Derecho Internacional. En cuanto a los efectos de la fragmentación, el primero y más importante es la proliferación de tribunales de arbitraje, composición y mediación de controversias, como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en materia de inversión extranjera, o la Cámara de Comercio Internacional.

La característica que los convierte en un síntoma de una desestabilización del sistema internacional es que no están sometidos a una organización creada por un instrumento, sino que cuentan con su propia fuente normativa y por tanto son autónomas. Y así como no son instancias universalizadas, tampoco lo es su jurisdicción, porque esta depende de factores espaciales, temporales, objetivos y subjetivos como la autonomía de la voluntad de las partes.

La distinción entre jurisdicción y competencia podría parecer trivial, pero cuando varias instancias pueden decidir una controversia, como en estos casos, es de hecho de vital importancia. Por ejemplo, en materia de compraventa internacional, el instrumento suscrito y ratificado por la mayoría de las partes es la Convención de Viena de 1980, cuyo primer artículo unifica la jurisdicción al establecer que: “A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato”.

Pero lo cierto es que, tanto los jueces nacionales de los estados parte, como los Centros de Arbitraje-dependiendo de la regla de conflicto-pueden ser competentes para conocer controversias derivados de las normas de esta Convención. Es así como funciona la fragmentación, porque de una misma norma y unos mismos hechos surgen varias respuestas simultáneas pero contradictorias. Para demostrar esta premisa, hay que comparar jurisprudencia análoga de diferentes instancias relativa a la Compraventa Internacional, que es recopilada por la CNUDMI.

Algunos casos que reflejan fielmente esta disparidad en las diferentes instancias son los siguientes: En el laudo 9117 de marzo de 1998, proferido por el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en Zúrich, se interpretó el artículo 29 de la Convención³ de acuerdo con los artículos 2.1.17 y

3 Artículo 29 1) El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes.
I. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de

2.1.18 de los principios UNIDROIT. En consecuencia, consideró inválidos los acuerdos verbales entre las partes al contrato porque estas habían estipulado que las modificaciones al contrato debían ser por escrito.⁴

Por otro lado, en el laudo SCH 4318 del 15 de junio de 1994, el Tribunal de Arbitraje Internacional de la Cámara Federal de Comercio de Viena decidió una controversia con una aplicación diferente a la ya expuesta del artículo 29, esta vez no basándose en los principios UNIDROIT, sino en la doctrina de los actos propios (*no venire contra factum proprium*).⁵ Aunque el supuesto de hecho relativo a la validez de los acuerdos es el mismo, dos instancias competentes de dos países muy cercanos y con el mismo idioma interpretaron la Convención de formas distintas. Lo interesante es que en ambas circunstancias decidieron a favor de la parte demandante, lo cual conduce al punto de la necesidad de prestigio en el “mercado jurídico” de las instancias internacionales.

Refiriéndose a estas instancias, ya M. Craven evidenció que: “su multiplicación podría exacerbar la policentricidad existente en las relaciones legales internacionales y aumentar los riesgos de la fragmentación del derecho internacional”⁶.

Y es que existe una íntima relación entre la existencia de este fenómeno y el choque de interés entre los múltiples actores del derecho internacional, a tal grado que autores como Prost subrayan el problema como un reto intrínseco al ser humano y la globalización.⁷ Estos choques han llevado a que las decisiones de los tribunales internacionales se conviertan en una competencia por atraer procesos, con el objetivo de ganar prestigio.

Aunque es ideal que se busque dar resolución rápida e integral a las controversias, en la práctica esta tendencia representa un peligro para la integralidad

Mercaderías 9 2) Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos.

4 ICC International Court of Arbitration, Zürich 9117

5 Caso 94: CIM 1 1) b); 7 2); 16 2) b); 29; 74; 78 Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft - Wien; SCH-4318 15 de junio de 1994 (p.4)

6 M. Craven, *Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law*, 3-35, j. Klabbers, Ed. Martinus.

7 M. Prost, *All Shouting the Same Slogans: International Law's Unities and the Politics of Fragmentation*, 131-163, j. Klabbers, Ed., Martinus Nijhoff Publishers, Leiden (2008).

del derecho en sí mismo. Ya que esta fragmentación genera vacíos y conflictos respecto a la jurisdicción, competencia y el acceso libre y equitativo a la justicia. Estos problemas se exacerban cuando se combinan con los intereses discordantes entre los actores privados y las organizaciones de Derecho Internacional, como lo afirma Koskenniemi: “nuevas instituciones han usado el derecho internacional para avanzar nuevos intereses, especialmente aquellos que no predominan en el derecho tradicional.

Otro síntoma patognomónico de la fragmentación es la especialización de este en diferentes áreas jurídicas, tal como lo predijo Juez Guillaume de la Corte Internacional de Justicia, en el año 2000, fecha en la que los efectos de la fragmentación todavía no estaban vigentes: “Las Cortes especializadas [...] se inclinan a favorecer sus propias disciplinas”.

Sin lugar a duda esto representa un riesgo, porque no es igual que un tribunal especializado en inversiones internacionales falle una problemática sustancialmente ambiental, cuando sus intereses van de la mano del mercado y posiblemente considere medidas que no resulten del todo favorable para lo ambiental, pero sí para las inversiones.

Dicho proceso competitivo ha extrapolado la discusión del ámbito meramente teórico y ha materializado en la práctica la fragmentación. Fischer-Lescano y Teubner aseguran: “El número de organizaciones internacionales y regímenes regulatorios, que, en contraste con su génesis en tratados internacionales, se establecieron como órdenes legales autónomas, se ha expandido aceleradamente. La diferenciación nacional de la ley está saturada por la fragmentación sectorial”⁸. Otros autores también identifican esta tendencia, en el cual cada especialidad del derecho internacional está aislada y es aplicada separadamente de las demás, la cual se relaciona con el “forum shopping”.

Al tener cada régimen sus tribunales y normas especializadas, se desnaturaliza la autoridad de los jueces de atraer los procesos, pues los sujetos del derecho internacional tienen la capacidad de seleccionar a cuál tribunal va a acudir, en búsqueda de una interpretación favorable de acuerdo con la jurisdicción que más les conviene; de forma similar a una relación de oferta y demanda.

8 Fischer-Lescano, Andreas, and Gunther Teubner. “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law.” *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, no. 4, 2004, pp. 999-1046.

Martti Koskenniemi & Piivi Leino⁹, a partir de una recopilación de decisiones e intervenciones del Juez Guillaume, identifican los efectos del fórum shopping, como la ambigüedad de las diversas fuentes de precedente, la falta de seguridad jurídica, y los posibles conflictos de interpretación, competencia y legitimidad.

Por otro lado, Dupuy ha concluido de forma acertada que la unidad está en riesgo, al decir; “la proliferación de cortes internacionales y tribunales hace surgir la cuestión de si este fenómeno llevará a la fragmentación del sistema legal internacional, o al menos a la fragmentación de la interpretación de sus normas. Este resultado perjudicaría la unidad básica del orden legal internacional”¹⁰.

La coexistencia de interpretaciones dispares de las normas internacionales no sólo pone en entredicho la coherencia de los principios universales del derecho internacional ampliamente defendidos, sino que también pone en riesgo la estructura normativa que sustenta el sistema internacional, que es la hipótesis de la unidad, uniformidad y universalidad.

En consecuencia, la expansión de la fragmentación sin mecanismos de coordinación o un sistema jerárquico, es más que una nueva tendencia, y constituye una crisis estructural del Derecho Internacional. Esta postura es compartida por M. Koskenniemi, que en un discurso ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU), expresó: “ la fragmentación trae problemas tanto institucionales como substantivos [...] la fragmentación crea el peligro de reglas, principios y prácticas institucionales coherentes, incompatibles y conflictivas entre sí”¹¹, y es que justamente su reporte demuestra la erosión de la unidad del derecho internacional, a tal grado que se habla de principios incompatibles dada la especialidad de cada tribunal y sus múltiples intereses.

Este poder ilimitado de los tribunales para interpretar e incluso generar a la vida jurídica principios propios de su especialidad o de su desarrollo jurídico, representa una amenaza para las normas de ius cogens, normas que para la

9 Koskenniemi, M. (2002). *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*. Leiden Journal of International Law, 15(3), 553-580

10 Dupuy, Pierre-Marie. “The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice.” *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, no. 4, 1999, pp. 791-807.

11 Koskenniemi, Martti. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. United Nations, 2006

ONU han resultado difíciles de definir; y, por ende, pueden verse amenazadas dada la aplicación de diferentes jurisdicciones.

Como explican Teubner y Fischer-Lescano: “no hay una instancia jerárquica superior con poder decisorio dentro del derecho de los conflictos entre regímenes”¹². Las normas *ius cogens* son uno de los pocos ejemplos de normas imperativas de carácter vinculante para todos los actores del sistema internacional, pero su propósito puede ser afectado si no hay un mínimo de estructura en el sistema. Justamente Weil ha dicho acerca de estas: “Una normatividad sujeta a una graduación ilimitada está condenada a la ineficacia, una que al final se verá reducida a un conveniente término del arte, que cubre diversas realidades difíciles de concretar”¹³.

Reiterando, los efectos prácticos de la fragmentación pueden devenir en múltiples ordenamientos legales en que los principios no van a ser mandatos de optimización normativa con un contenido único, sino que serán herramientas de libre uso desde todas las especialidades.

Y al tener libertad de aplicación de los principios, existe un incentivo perverso para que las instancias autónomas ajusten sus decisiones de tal forma que sean más favorables para la parte cuyos intereses estén más alineados con los del órgano de decisión. Indudablemente, la fragmentación del derecho internacional amenaza las bases del sistema, más cuando la finalidad del consenso, la cooperación y mantenimiento de la paz entre países cada vez se vuelve más frágil en un mundo multipolar.

3. LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONALES COMO FUENTES DE DERECHO DEL FUTURO

Una conclusión lógica de la proliferación de instancias es que también se multiplicarán las decisiones, y consecuentemente, los doctrinantes emplearán mayor esfuerzo en recopilar y desentrañar la marejada de diferentes interpretaciones. Actualmente, los tratados y otras fuentes de *hard law* componen una mayoría de las fuentes que integran el Derecho Internacional, debido a que las naciones del mundo

12 Teubner, Gunther and Fischer-Lescano, Andreas, Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, No. 4, 2004, pp. 999-1046.

13 Weil, Prosper. “Towards Relative Normativity in International Law?” *American Journal of International Law*, vol. 77, no. 3, 1983, pp. 413-442.

han sido las responsables de acordar cómo conducir sus relaciones, en un proceso que Jean D'Aspremont denomina un “conjunto de coacciones comunitarias”¹⁴.

En teoría, las convenciones, tratados y protocolos son un reflejo de los intereses generales de las naciones y de los intereses particulares de sus integrantes. Sin embargo, como consecuencia de las disparidades en la influencia geopolítica de los diferentes países, la realidad es que el poder se concentra en determinados foros, a los cuales las personas jurídicas y los particulares acuden para hacer efectivas las normas del *hard law* mediante decisiones que se convierten en *soft law*.

Es por esto precisamente que la fragmentación es un cambio del paradigma de las fuentes como una consecuencia natural de los intereses de las potencias mundiales, las cuales se benefician del poder blando que confiere dominar las instancias a las que todos los países pueden acudir. Teniendo en cuenta lo anterior cabe preguntarse: ¿En qué medida la fragmentación vista desde las nuevas fuentes legales responde a las necesidades generales de las naciones?

La dicotomía anteriormente expuesta se asemeja al debate que en su momento tuvieron Ihering y Savigny. El primero teorizaba que el Derecho no es un medio para alcanzar una determinada finalidad, sino un fin en sí mismo, que sólo puede ser alcanzado a través de la lucha popular por las necesidades. La extrapolación de esta visión al ámbito del derecho Internacional fundamenta en parte la posición expuesta por Cárdenas, con la salvedad de que la finalidad de la “lucha” para la obtención de los intereses, en el ámbito internacional, está sujeta a los intereses de las potencias¹⁵. Por otro lado, Savigny consideraba a la ciencia jurídica el medio para consolidar un proceso natural encarnado por las costumbres y creencias populares. Así pues, su visión es el sustento de la postura hegemónica que afirma que el Derecho Internacional, especialmente la costumbre, a medida que se va consolidando de forma pasiva, necesariamente refleja las necesidades de la Comunidad Internacional.

Uno de los proponentes de esta teoría es Mario Prost, que la define como una “batalla territorial” que abarca la “creciente complejidad del sistema internacional en cuanto al número de actores y el alcance de las interacciones; y la expansión de la economía global”¹⁶. Según este autor, este proceso orgánico

14 J. d'Aspremont, *International Law as a Belief System* (CUP, Cambridge, 2017).

15 F. Cárdenas, ¿De dónde viene ese derecho internacional? La implantación de creencias de inversión extranjera y protección ambiental en Latinoamérica, 72, *Universitas* (2023).

16 M. Prost, *All Shouting the Same Slogans: International Law's Unities and the Politics of Fragmentation*, 131-163, j. Klabbers, Ed., *Martinus Nijhoff Publishers*, Leiden (2008).

inevitablemente desemboca en la proliferación de fuentes jurídicas, debido a la necesidad tanto de materializar la creciente complejidad del derecho internacional, como a la necesidad que tienen los juristas internacionales de asegurar una posición en los mercados jurídicos más competitivos, y en las nuevas jurisdicciones que surgen para satisfacer la necesidad de justicia especializada.

Una consecuencia de este proceso, tal como lo menciona el expresidente de la Corte Internacional de Justicia Gilbert Guillaume, es que incentiva a que todos los sujetos del derecho internacional tiendan a elegir la jurisdicción que más les conviene para proteger sus intereses, creando así, lo que él denomina como “distorsión a la operación judicial”. Aunque algunos autores, en particular Koskenniemi, consideran que: “lejos de ser un problema que resolver, la proliferación de organismos autónomos o semi normativas autónomas son beneficiosas para una comunidad pluralista en la que los grados de homogeneidad y fragmentación reflejan los cambios de preferencia política”¹⁷, hay un importante disenso.

El problema de la anterior postura es que no existe ningún límite a la fragmentación, precisamente por la falta de regulación por parte de las organizaciones internacionales, al ser estas, en conjunto, las responsables de esta. Y es precisamente la influencia de las potencias la que elimina toda posibilidad de una fragmentación imparcial y ordenada. El sistema actualmente es capaz de absorber la ambigüedad de las normas y la existencia de varios ordenamientos especializados con remedios tales como los que propone Matthew Craven, como la jerarquización de las normas legales internacionales, pero no la problemática subyacente a estos.

La escala de esta es tal que, “es una en la que el derecho internacional se disolverá eventualmente en una serie de regímenes especializados, proyectos especializados, que operan con poca o nula coherencia avocándose a los actores relevantes y a las prioridades institucionales”¹⁸.

Un ejemplo de la postura de Craven es la práctica del régimen especializado del derecho de las inversiones, más específicamente, en las relaciones comerciales entre los países potencia y los países latinoamericanos a través de los tratados de libre comercio (TLC). Estos tratados auguran el concepto de “bue-

17 Martti Koskenniemi. *What is International Law For?* in *International Law* 89, no, 1st ed., Oxford University Press, Oxford, (2003).

18 M. Craven, *Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law*, 3-35, j. Klabbers, Ed., Martinus Nijhoff Publishers, Leiden (2003).

na gobernanza”¹⁹ empleado por Anthony Angie, que trae consigo “beneficios” para ambas partes como lo son el desarrollo a doble vía y prosperidad, nociones plasmadas en varios de los TLC y que esconden detrás, como el menciona intenciones neocolonialistas, salvacionistas y “civilizatorias”²⁰.

Estos conceptos anteriormente expuestos no son el producto de negociaciones multilaterales que buscan la equidad y la superación de la desigualdad y la pobreza, pues los países latinoamericanos, africanos y asiáticos tienen poco poder de negociación en los tratados -de forma paralela a como ocurre en los contratos de adhesión- que conlleva a la imposición de fórmulas doctrinales como la de los estándares mínimos²¹ y el estándar de compensación²², como una cláusula de protección de las potencias y regla general en los tratados.

Y es que las potencias no solo se imponen la negociación de los tratados, sino en la interpretación y los procesos para dirimir conflictos y controversias que surjan de esta. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), es preferido por los países potencia, de acuerdo con el concepto de “forum shopping”²³ para proteger sus intereses.

Esto se debe a que los árbitros que deciden estos casos son mayoritariamente ciudadanos de países potencia o sus posturas y educación están alineados con sus intereses, como lo evidencia el Informe Anual Excelencia del 2023 del mismo centro. Según este, el 54%²⁴ de representación para el 2023 era entre Norte-

19 Good governance’ is, like ‘development’ before it, a broad term which has a number of meanings. Like Development, [...] Good governance may be seen in many ways as an ‘essentially contested term’ which could justify a whole series of very different, and perhaps inconsistent, projects and initiatives. [...] Good governance, then, provides the moral and intellectual foundation for the development of a set of doctrines, policies, and principles, formulated and implemented by various international actors.

20 A. Anghie, *Imperialism, sovereignty and the making of International Law* (Cambridge University Press 2004).

21 Fabián Cárdenas & Jean d’Aspremont, *International Investment Law in Latin America: Universalizing Resistance*, en *Latin America and International Investment Law: A Mosaic of Resistance*, 386-417 (Melland Schill Perspectives on International Law, MUP, 2022).

22 “*Court of International Justice’s general approach to [...] the principle of compensation with a view of repairing the consequences of an illegal act, pinpointing the need to proof the necessary wrongfulness of the act of expropriation*”.

23 Martti Koskenniemi, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, 15 LJIL 553 (2002).

24 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *2023 Informe Anual Excelencia en la resolución de diferencias relativas a inversiones* (2023).

américa y Europa Occidental, sin haber adicionado a los que no son originarios de estos territorios, pero que tienen doble nacionalidad.

El único resultado lógico del poderío de las potencias sobre la región es que Latinoamérica termina siendo, al 2023, la región más demandada, representando el 29% del total de las demandas. Considerando la evidencia, es innegable que las causas de la proliferación de la fragmentación no son orgánicas, pues se observa una mayor incidencia de este fenómeno en los ámbitos en los que las naciones potencia tienen mayor interés, como lo son tratados de libre comercio.

4. CONCLUSIONES

En conclusión, la fragmentación es lo opuesto al universalismo, y es actualmente el arquetipo interpretativo más importante para caracterizar al Derecho Internacional. No sólo por la proliferación de instancias que conduce a decisiones que favorecen a las potencias y buscan ganar competitividad, sino porque el mundo cada vez es más multipolar y las relaciones jurídicas más complejas. También, porque el peso de los Estados como principales actores del Derecho Internacional es cada vez menos preponderante.

Una forma de evitar los juicios de valor en la caracterización de la fragmentación es la posición ecléctica. Esta es bipartita, porque aunque no desconoce el inmenso impacto que tienen las potencias en la fragmentación, tampoco niega las posturas que propone Prost al respecto, pues es evidente que, con el paso del tiempo, el surgimiento de nuevas ramas del derecho y nuevos tribunales especializados, son necesarios como respuesta a la creciente globalización y a las problemáticas que surgen como consecuencia a esta.

Además, tampoco se puede negar, que incluso los países menos desarrollados se han intentado beneficiar o resistir la maleabilidad del derecho internacional, como fue el caso de Colombia, al salirse del pacto de Bogotá tratando de impedir con esto que la corte internacional tuviera jurisdicción para conocer el caso Colombia V.S Nicaragua.

Ahora bien, para que esta solución pueda materializarse, resulta indispensable impulsar una renegociación de los tratados internacionales y acuerdos bilaterales que, como se ha demostrado, imponen cargas marcadamente desiguales. Dado que los países latinoamericanos, de manera individual, carecen del poder y la influencia necesarios para modificar estas condiciones, la conformación de bloques económicos regionales o multilaterales emerge como una estrategia

crucial. Ejemplos como la Unión Europea o los BRICS evidencian que la integración fortalece la posición de los Estados en el escenario internacional, permitiéndoles negociar en condiciones más equitativas.

En consecuencia, se propone que, una vez constituido un bloque regional sólido, se proceda a una revisión sistemática de los tratados existentes, con el objetivo de introducir disposiciones que garanticen una mayor equidad en las relaciones internacionales. Dentro de estas, resultaría especialmente valioso incorporar cláusulas que reflejen los principios de la Doctrina Calvo, asegurando que los inversores extranjeros no reciban un trato más favorable que los nacionales y reivindicando así la soberanía jurídica de los Estados frente a la fragmentación y desigualdad imperantes en el derecho internacional contemporáneo.

REFERENCIAS

- A. Anghie, *Imperialism, sovereignty and the making of International Law* (Cambridge University Press 2004).
- F. Cárdenas, ¿De dónde viene ese derecho internacional? La implantación de creencias de inversión extranjera y protección ambiental en Latinoamérica*, 72, *Universitas* (2023).
- Fabián Cárdenas & Jean d'Aspremont, *International Investment Law in Latin America: Universalizing Resistance*, en: *Latin America and International Investment Law: A Mosaic of Resistance*, 386-417 (Melland Schill Perspectives on International Law, MUP, 2022).
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2023 Informe Anual Excelencia en la resolución de diferencias relativas a inversiones (2023).
- CNUDMI. (2017). *Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*.
- M. Craven, *Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law*, 3-35, J. Klabbers, Ed., Martinus Nijhoff Publishers, Leiden (2003).
- J. d'Aspremont, *International Law as a Belief System* (CUP, Cambridge, 2017).
- Dupuy, Pierre-Marie. "The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice." *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, no. 4, 1999, pp. 791-807
- Fischer-Lescano, Andreas, and Gunther Teubner. "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law." *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, no. 4, 2004, pp. 999-1046.
- M. Koskenniemi, *What is International Law For?* in *International Law* 89, no, 1st ed., Oxford university press, Oxford, (2003).
- M. Koskenniemi, *What is International Law For?* in *International Law* 89, no, 1st ed., Oxford University Press, Oxford, (2003).

- M. Koskenniemi, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, 15 LJIL 553 (2002).
- M. Koskenniemi. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. United Nations, 2006.
- M. Prost, All Shouting the Same Slogans: International Law's Unities and the Politics of Fragmentation, 131-163, j. Klabbers, Ed., Martinus Nijhoff Publishers, Leiden (2008).
- B. Simma. "Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner." *European Journal of International Law*, vol. 20, no. 2, 2009, pp. 265-297.
- P. Weil. "Towards Relative Normativity in International Law?" *American Journal of International Law*, vol. 77, no. 3, 1983, pp. 413-442.
- Caso 94: CIM 1 1) b); 7 2); 16 2) b); 29; 74; 78 Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft - Wien; SCH-4318 15 de junio de 1994. Tomado de: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v95/559/69/img/v9555969.pdf>
- ICC International Court of Arbitration, Zürich 9117. March 1998. Tomado de: <https://www.unilex.info/principles/case/661>



**LA VOZ DEL MENOR EN LA ELECCIÓN
DE PROCEDIMIENTOS MÉDICOS:
¿CUÁNDO DEBE EL MÉDICO IR EN CONTRA
DEL CONSENTIMIENTO SUBSTITUTO?
UNA PROPUESTA PRÁCTICA**

***THE VOICE OF THE MINOR IN THE CHOICE
OF MEDICAL PROCEDURES: WHEN SHOULD
THE DOCTOR OVERRIDE SUBSTITUTED CONSENT?
A PRACTICAL PROPOSAL***

NICOLÁS MONTENEGRO MORALES*

Fecha de recepción: 6 de marzo de 2025

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2025

Fecha de Publicación: 30 de junio de 2025

RESUMEN

El concepto de consentimiento informado es fundamental en la práctica médica, ya que garantiza que los pacientes tomen decisiones sobre sus tratamientos con base en información clara y completa. Sin embargo, cuando se trata de menores de edad, este principio enfrenta importantes desafíos legales y éticos. Generalmente, los padres o guardadores legales otorgan el **consentimiento sustituto**, pero existen situaciones en las que esta autoridad entra en conflicto con el **interés superior del menor**. La jurisprudencia constitucional colombiana ha establecido límites a la decisión de los padres, priorizando la **autonomía progresiva del menor**, la urgencia del

* Estudiante de octavo semestre de la Pontificia Universidad Javeriana, miembro de Universitas, director editorial de opinión de Foro Javeriano, director del semillero SIDERCC y asistente jurídico en CAYRE-IPS. Correo: montenegro-n@javeriana.edu.co

procedimiento y la protección de sus derechos fundamentales. Este artículo analiza el marco legal del consentimiento informado en menores y explora las condiciones en las que los profesionales de la salud pueden intervenir sin el consentimiento de los representantes legales. Asimismo, se propone una rúbrica de análisis de riesgo como herramienta práctica para evaluar objetivamente los casos en los que la acción médica sin el consentimiento sustituto puede estar justificada. Este modelo busca equilibrar la seguridad jurídica de los profesionales de la salud con la garantía de los derechos fundamentales de los menores en la toma de decisiones médicas.

Palabras clave: Consentimiento sustituto, interés superior del menor, autonomía progresiva del menor, jurisprudencia constitucional, patria potestad, toma de decisiones médicas, derechos fundamentales del menor

ABSTRACT

Informed consent is essential in medical practice, but dealing with minors presents legal and ethical complications. Typically, parents or guardians provide substituted consent, yet this can clash with the child's best interests. Colombian constitutional law sets boundaries on parental authority, especially when a child's fundamental rights are at risk. The courts emphasize the growing autonomy of minors and the need for urgent medical care in some cases. Medical professionals may face situations where they must act without parental approval. This article examines when such actions are legally justified. It highlights the importance of protecting children's rights while respecting legal protocols. A proposed risk assessment rubric offers a structured way to evaluate these complex scenarios. The goal is to support ethical decision-making while reducing legal uncertainty for healthcare providers. Ultimately, the framework aims to uphold both medical responsibility and the evolving rights of minors.

Keywords: substituted consent, minors' best interest, progressive autonomy of minors, constitutional jurisprudence, child custody, medical decision making, fundamental rights of minors

1. INTRODUCCIÓN

El consentimiento informado es un principio fundamental en la relación médico-paciente, garantizando que en toda intervención médica sea realizada la

voluntad del paciente una vez que haya recibido información clara, completa y veraz sobre los riesgos y beneficios del procedimiento. Sin embargo, cuando se trata de menores de edad, esta garantía enfrenta diversas complejidades debido a la capacidad limitada de los menores para tomar decisiones autónomas y a la potestad que la ley otorga a sus padres o guardadores para consentir en su nombre. En este escenario, surge el denominado consentimiento sustituto, el cual permite que los representantes legales del menor decidan sobre los procedimientos médicos que le afectan.

Aunque la normatividad vigente y la jurisprudencia han reforzado la importancia del consentimiento sustituto en la protección de la vida y la salud del menor, hay circunstancias donde este principio choca con otros derechos fundamentales del niño. Casos emblemáticos han puesto de manifiesto que la voluntad de los padres no siempre es compatible con el interés superior del menor, especialmente cuando la negativa a un procedimiento se basa en consideraciones religiosas, morales o de otra índole que pueden poner en riesgo su vida, su integridad física o su desarrollo futuro.

El presente artículo analiza la evolución jurisprudencial y doctrinal sobre el consentimiento informado en menores, estableciendo los límites del consentimiento sustituto y las circunstancias en las que el médico puede, e incluso debe, actuar en contra de la decisión de los padres. Para ello, se revisan los criterios fijados por la Corte Constitucional, que han establecido que la autonomía progresiva del menor, la urgencia del tratamiento y la afectación de otros derechos fundamentales deben ser ponderados al momento de determinar la validez del consentimiento otorgado o negado por los representantes legales.

Por último, se propone una metodología objetiva basada en una rúbrica de análisis de riesgo, que busca brindar una herramienta práctica a los profesionales de la salud para evaluar, en cada caso concreto, si es viable proceder con una intervención médica sin el consentimiento sustituto, garantizando la protección de los derechos del menor y minimizando la incertidumbre legal que puede enfrentar el personal médico al tomar estas decisiones.

2. DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado es la declaración de voluntad de un paciente, quien, tras recibir información suficiente sobre un procedimiento médico, de-

cide someterse o no a este. Esta protección se extiende a cualquier actividad médica con riesgos, incluyendo tratamientos y terapias. En Colombia, el consentimiento informado es una obligación legal en intervenciones quirúrgicas, garantizando que el paciente reciba información clara y veraz para ejercer su derecho a la autodeterminación¹.

En concordancia con esto, el Código de Ética Médica² en su artículo 15, dicta que:

El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. **Pedirá su consentimiento** para aplicar los tratamientos médicos, [sic] y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente. (énfasis fuera de texto).

De esta manera, se observa que el consentimiento informado es el acto del cual nacen las obligaciones entre paciente y médico(s) tratante(s), y que es indispensable para la realización de cualquier procedimiento médico, pues, como dijo La Corte Constitucional en la Sentencia SU-337 de 1999: “Omitir el consentimiento informado sería permitir que la concepción de bienestar y salud del médico se imponga a aquella del paciente, en detrimento de los propios intereses de este último y de la protección constitucional al pluralismo”.

2.1. ¿Cómo aplica el consentimiento informado en los menores de edad?

Hablar de los hijos es hablar de los padres, para analizar la posición de los menores de edad se debe empezar por los adultos responsables sobre dicho menor. Los menores, salvo excepciones de emancipación, no tienen la totalidad de la capacidad legal para desenvolverse en la sociedad. Por esto, están bajo el cuidado y responsabilidad de un adulto, que en principio son sus padres y en algunos casos es un guardador³ ⁴. Este concepto de Patria Potestad está definido en el Código Civil en el artículo 288 como: *el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el*

1 (Rubio, 2011)

2 Ley 23 de 1981: por la cual se dictan normas en materia de ética médica

3 Entiéndase guardador, como la persona designada por un juez para, por ausencia o incapacidad de los padres, ejercer la patria de potestad sobre un menor

4 (Díaz et al, 2023)

*cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Definición que recoge y ratifica el Código de Infancia y Adolescencia*⁵.

Estos derechos de los padres sobre los hijos se extienden a la autorización o negación de realizar procedimientos médicos sobre ellos, como establece la Corte Constitucional en la Sentencia T-1015 del 2002: *Con todo, tratándose de menores, de ordinario corresponde a quienes ejercen la patria potestad prestar su consentimiento para la práctica de las distintas intervenciones quirúrgicas o tratamientos terapéuticos indispensables para la recuperación o rehabilitación del menor*. Esto se llama consentimiento sustituto y es el equivalente al consentimiento informado que deben firmar todos los pacientes antes de recibir un servicio, solo que en este caso es firmado por los padres y no por el menor. Este consentimiento es:

“presupuesto fundamental para garantizar la efectiva protección de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física de quienes no están en capacidad de decidir de manera autónoma sobre su propio cuerpo, como ocurre, como ya se dijo, con los hijos menores de edad frente a sus padres” (Corte Constitucional, T- 565A del 2007).

Lo anterior deja claro que como regla general son los padres quienes deben dar el consentimiento por sus hijos y no puede brindársele servicio alguno sin el documento firmado por sus padres o guardador. Esto también se encuentra regulado en el Código de Ética Médica, en el artículo 14: *“El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata” (énfasis fuera de texto).*

2.2. De los límites del consentimiento sustituto

Como quedó claro en el inciso anterior, es responsabilidad de los padres consentir por sus hijos para cualquier procedimiento. Esto implica que el profesional de la salud debe siempre tener en mente que la primera opinión a consultar

5 Artículo 14: La responsabilidad parental. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

y, usualmente, la de mayor peso es la de los padres o guardadores, incluso si es contraria a la del niño, como se evidencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en Sentencia T-408-1995:

En estos eventos, es claro que los padres pueden decidir por el hijo. Así, ninguna objeción constitucional se podría hacer al padre que fuerza a un niño de pocos años a ser vacunado contra una grave enfermedad. En efecto, a pesar de la incomodidad relativa que le puede ocasionar al infante la vacuna, los beneficios de la misma para sus propios intereses son evidentes. Por ello es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño, a pesar de que éste se oponga de momento a la vacuna, por cuanto es lícito suponer que[sic] en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención paternal (énfasis fuera de texto).

Si bien, esta es la regla general y debe ser el punto de partida de todo profesional médico para analizar un caso, no siempre es la regla aplicable, pues existen situaciones en las que el consentimiento no debe aplicarse; en que la regla general tiene excepciones. Estas excepciones las ha esbozado la Corte Constitucional en diferentes sentencias para determinar que la teoría del poder sustitutivo aplica cuando los procedimientos no son tan invasivos ni hieren la identidad o el libre desarrollo de la personalidad del menor.

“Sin embargo, aun cuando esta postura jurisprudencial puede ser lógica y razonable para aquellas operaciones o tratamientos que por su propia naturaleza no tengan incidencia sobre la identidad personal, la identidad sexual o el libre desarrollo de la personalidad del menor” SU-337 de 1999 (énfasis fuera de texto).

Es decir, la capacidad de los padres de consentir por sus hijos, incluso en contra de estos, encuentra límites en la jurisprudencia. Pues, como se dijo al principio de este escrito, los derechos de los menores tienen prevalencia, y por lo tanto deben, ser ponderados favorablemente incluso cuando entran en disputa con los de sus padres a pesar de que, en principio, son ellos los encargados de salvaguardar los derechos del menor. Esto, porque esa responsabilidad que otorga la patria de potestad en procedimientos médicos se entiende como un juicio sensato pensado a futuro, para proteger los derechos del titular incluso contra su juicio aún inmaduro. Por esto, en la Sentencia T-408, citada anteriormente, (el ejemplo de la vacuna) ilustra cómo la poca edad del niño haría que este quisiera oponerse a aplicarse una vacuna por el dolor que esta le produce, sin embargo, los padres de familia saben que esta vacuna es necesaria para su correcto desarrollo y por eso consienten su aplicación, incluso frente a la negativa del menor.

Este ejemplo, deja claro que lo que legitima el poder de la patria de potestad es el derecho a la salud del menor y el hecho de que deba asignarse un guardador, puesto que el titular es todavía muy inmaduro para ser consciente de la gravedad e importancia de sus propios derechos. Por esto mismo, no puede el padre de familia extralimitarse en su uso, pues usar como criterio para decidir algo diferente a los derechos de salud del menor, como podrían ser las creencias religiosas o sociales del padre de familia, constituirían un uso incorrecto de la patria de potestad y darían pie para prescindir del consentimiento sustituto.

Ejemplos de ambos casos hay en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Es el caso de la Sentencia T-474 de 1996, en donde un adolescente de 17 años se negaba a recibir un tratamiento de quimioterapia, pero su padre insistía en realizarlo. Así La Corte falló a favor del padre, argumentando que:

El tratamiento era entonces necesario no sólo para amparar la vida y salud sino también para proteger la estabilidad emocional del menor, que ha entendido que de él en gran medida depende que cuente con la posibilidad de un futuro.

Así se puede ver que la razón de la decisión del padre (la posibilidad de alargar la vida y curarse de su enfermedad) fue basada en los derechos de salud del menor y en su futuro, razón por la cual la Corte ratificó el uso del consentimiento sustitutivo.

Caso contrario, es el analizado en la Sentencia T-408 de 1995 (la misma del ejemplo de la vacuna), en donde se evalúa que:

en la hipótesis contraria, no sería admisible constitucionalmente que un padre forzara a su hijo, que está a punto de cumplir la mayoría de edad, a someterse a una intervención médica que afecta profundamente su autonomía, y que no es urgente o necesaria en términos de salud, como una operación [sic] de cirugía plástica por meras razones estéticas.

En este caso el padre está usurpando la autonomía de su hijo y modelando su vida, pues le está imponiendo, de manera agobiante y permanente, unos criterios estéticos que el menor no comparte. La decisión paterna deja entonces de tener sentido para proteger los intereses del menor y se convierte en la imposición coactiva a los individuos de un modelo estético contrario al que éste profesa, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico (CP arts 1º, 5 y 16)”.

Así, empieza a quedar claro que no es que el menor sea un titular mudo de sus derechos, sino que de acuerdo con diferentes escenarios su voz toma mayor o menor relevancia. Estos parámetros son analizados desde los principios de (i) necesidad, (ii) urgencia y (iii) afectación a los demás derechos del menor.

La necesidad, en cuanto sea indispensable el recibimiento del procedimiento, como fue el caso citado anteriormente de la quimioterapia, en donde si este procedimiento no se aplicaba el paciente seguramente fallecería. La urgencia, entendida como el juicio de qué tan inminente e indispensable es la realización del procedimiento en el menor, cómo fue plasmada por La Corte Constitucional:

*“El consentimiento informado en menores se denomina consentimiento sustitutivo, puede ir en cabeza de los padres o del médico tratante, pero para ello debe tener en cuenta los siguientes parámetros: **La urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor de 18 años**, o Los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y la edad del paciente”. (Sentencia C-900 de 2011).*

Y la vulneración de sus otros derechos, como la ponderación entre el derecho protegido y aquellos que pueden verse vulnerados por el procedimiento médico, porque existen procedimientos que por su naturaleza son invasivos y pueden afectar gravemente la vida del paciente, como lo establece la Corte Constitucional en Sentencia C-900 de 2011:

*“No obstante, esta facultad no es absoluta, y por el contrario: (i) debe garantizarse que la opinión del niño sea consultada, de acuerdo [sic] a su edad y madurez y (ii) bajo ciertas circunstancias resulta indispensable el consentimiento informado del menor de 18 años, **en aras de salvaguardar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la proyección de la identidad y autonomía personal y, en últimas, la vida digna, especialmente en aquellos procedimientos altamente invasivos y definitivos**” (énfasis fuera de texto).*

3. PARÁMETROS PARA PONDERAR LAS VOLUNTADES IRRECONCILIABLES

Como regla general, la protección de los derechos de los menores de edad implica un equilibrio con los derechos de sus padres. Derechos, que como se vio en el capítulo anterior incluyen la capacidad para consentir los procedimientos médicos que se realizan sobre el menor a su cargo, siempre y cuando se haga en aras del mejor interés del menor. Y, cuando existan discrepancias entre ambas

voluntades, La Sentencia C-900 de 2011 de la Corte Constitucional explica el interés superior del niño como un principio fundamental en la protección de sus derechos, enfatizando su prevalencia sobre los derechos de terceros, incluyendo los de sus padres o representantes legales. La Corte señala que este principio, consagrado en el Artículo 44⁶ de la Constitución Política, obliga a que en todas las decisiones que afecten a los menores, se garantice de manera prioritaria su bienestar y desarrollo integral.

Para acreditar el interés superior del niño, La Corte, en la sentencia anteriormente mencionada, manifiesta la necesidad de (i) tomar a consideración el grado de autonomía de los menores de edad, que evoluciona con su edad y madurez, lo que implica que su opinión debe ser tomada en cuenta en decisiones que les afecten. (ii) Determinar si la decisión tomada por los representantes del menor vulnera derechos fundamentales, particularmente el derecho a la vida y la salud. Y (iii) la facultad del Estado de intervenir para garantizar la protección de los menores cuando los padres o representantes legales adoptan decisiones que comprometen gravemente la salud o la vida del menor.

Así la Corte concluye que, si bien no hay una regla general que permita al personal médico aplicar procedimiento sin el consentimiento sustituto de los Padres de familia: “en los casos de urgencia manifiesta que ponga en peligro la vida de los infantes, el sistema de salud debe actuar de forma inmediata, incluso cuando no sea posible obtener dicha aquiescencia”. (Sentencia C-900 de 2011).

Lo anterior, evidencia que existen momentos en donde la persona encargada de llevar a cabo el test de prevalencia de interés superior del menor para realizar o no un procedimiento médico es el médico tratante, incluso teniendo la facultad de ir en contra de lo manifestado por los representantes legales del menor si considera que sus derechos fundamentales deben tener primacía.

El problema, es que no existen lineamientos específicos para tomar esta determinación, como lo reconoce la misma Corte Constitucional en la sentencia

6 Artículo 44 de la Constitución política:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

anteriormente citada: “La forma en que se deben armonizar los derechos y resolver los conflictos entre los intereses de los padres y los intereses del niño, no se puede establecer en abstracto, sino en función de las circunstancias de cada caso particular”. Sino que remite a los conceptos anteriormente mencionados, y a un listado general que se recogió de las sentencias C-900 del 2011, T-510 de 2003 y T-572 de 2009, sobre los criterios a tener en cuenta cuando se intente establecer el interés superior del menor:

a. Garantía del desarrollo integral del niño. Se debe, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Corresponde a la familia, la sociedad y el Estado, brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño.

b. Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño. Los derechos de los niños deben interpretarse de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia.

c. Protección del niño frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y protegerlos frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas.

Sin embargo, estos criterios son abstractos, abarcan más escenarios que el médico y requieren de un conocimiento legal profundo que un profesional de la salud no debería tener, además de ser necesarios en momentos de urgencia donde puede no existir el tiempo para que el médico busque asesoramiento jurídico. Por ende, existe la necesidad de intentar cuantificar el razonamiento médico de estas situaciones, no con la intención de remplazar el juicio humano, sino de darle un fundamento numérico que, a su vez, brinde seguridad jurídica al profesional de la salud. Por estos motivos, se presenta la siguiente propuesta.

4. UNA PROPUESTA PRÁCTICA

De la unión de los principios dados por la Corte Constitucional para juzgar el peso de la opinión del menor a la hora de opinar sobre procedimientos médicos para que sean o no aplicados en él, los cuáles fueron numerados y definidos en

el capítulo 2.2 de este texto, y los parámetros requeridos por la misma Corte Constitucional para valorar opiniones en controversia entre el menor de edad y sus padres o representantes legales sobre la aplicación de un procedimiento médico, explorados en el capítulo 3 del texto, se construyó una rúbrica de medición de riesgo jurídico que pretende ser una herramienta que dé un sustento objetivo y número al profesional de la salud que se encuentre en una situación donde deba juzgar si aplicar o no un procedimiento a un menor de edad.

Esta rúbrica no pretende ser la herramienta final que tendría un profesional de la salud en sus manos, sino ser una primera propuesta en una larga discusión para cuantificar conceptos abstractos y altamente cualitativos como lo pueden ser la ponderación de derechos. Asimismo, el valor de la propuesta yace en los criterios seleccionados, los cuales fueron elegidos por ser los más repetidos en las sentencias de la Corte Constitucional. Y en el orden que le dio en la tabla, teniendo en cuenta que del valor del primer concepto, el resto tendrá un valor mayor o menor.

Por ende, lo que este artículo propone es una rúbrica con cuatro conceptos, donde el primero es el más importante y dependiente del nivel de gravedad que se evidencie en este criterio, los demás tendrán mayor o menor relevancia. Los porcentajes mostrados fueron elegidos por el autor para poder presentar una demostración gráfica de cómo se vería la rúbrica, no pretenden ser el número final, por el contrario, se espera sean revisados y modificados por expertos en la materia que tomen interés en la propuesta. Por lo anterior, se le pide al lector que localice su atención en lo que significa cada criterio y en el orden en que aparecen, no en la precisión matemática del porcentaje.

Hecha esa salvedad, se presenta la siguiente rúbrica elaborada en Excel:

Nivel de Riesgo	
5	no hacerlo
1	hacerlo

				Violación otros derechos		
				entre 4 y 5	3	entre 1 y 2
1	Violación otros derechos			50%	35%	20%
2	Necesidad			5%	5%	10%
3	Edad			5%	15%	20%
4	Urgencia			40%	45%	50%

La rúbrica presenta cuatro elementos:

I. La violación a los derechos:

Los menores de edad tienen especial protección del ordenamiento legal, según la constitución política en su artículo 44. Esto, porque los menores no han alcanzado la plenitud de sus facultades mentales, lo que implica que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el **ejercicio pleno de sus derechos**⁷. Es decir, que el sentido de la protección especial es salvaguardar al niño de daños hasta que tenga la capacidad para ejercer sus derechos de manera individual.

Por ende, toda potestad derivada de esta especial protección debe ejercerse con en pro de los derechos del menor. En temas médicos, la Corte Constitucional ha enfatizado que siempre deben considerarse “los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño” (C 900-2011) y que no pueden tomarse “decisiones que tendrían que imponerse por la fuerza, a lo mejor transgrediendo otros derechos del mismo” (C 474-1996). Asimismo, ha dicho que, para determinar en un caso en concreto lo mejor para el interés superior del menor, debe buscarse la opción que de Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño (T-510 del 2003).

Lo anterior, complementa lo dicho en capítulos anteriores para concluir que la razón de ser de la posición privilegiada de los menores de edad en el orden constitucional, es el interés del Estado en que los menores se desarrollen oportunamente y puedan ejercer sus derechos. Por ende, se seleccionó la violación a los derechos como el primer concepto que debe juzgar el profesional de la salud que tome la decisión final sobre si aplicar un procedimiento o no. Pues, entre más un procedimiento interfiera con el resto de derechos del menor, más urgente y necesario debe ser para poder considerarlo, y mayor debe ser el menor de edad.

Con esto dicho, entiéndase el criterio como: qué tan invasivo es el procedimiento y, debido a esta naturaleza invasiva, cómo puede el cuerpo y/o los demás derechos del paciente (vida, libre desarrollo de la personalidad, libertad de locomoción, derechos sexuales, etc.) verse afectados.

7 Corte Constitucional Sentencia C-900 de 2011.

II. La necesidad:

Uno de los parámetros de la Corte Constitucional para juzgar este tipo de casos, como se citó en el capítulo 3, es la obligación de Protección del niño frente a riesgos prohibidos, donde dice que “se debe proteger a los menores frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico” (C-900, 2011). Dichas amenazas, pueden ser de carácter médico, pues es deber el médico expresar al paciente cuáles son los riesgos de su procedimiento y cuáles son los riesgos de no realizarlo (SU-337, 1999). Y Sobre esta valoración médica, debe evaluarse siempre que el paciente presente necesidades fisiológicas que justifiquen el procedimiento, pues de lo contrario esas intervenciones quirúrgicas y hormonales debían ser postergadas hasta que el afectado pueda comprender sus riesgos y beneficios (T-1021 del 2003), por lo que, ha dicho la Corte que para tomar estas decisiones debe estar clara la importancia del tratamiento para los intereses del menor (C-900, 2011).

Ante esto, el segundo criterio seleccionado busca que el profesional de la salud juzgue qué tan indispensable es el procedimiento para tratar o diagnosticar la condición del paciente, es decir, que para la condición específica del paciente ese procedimiento sea el único o el más efectivo y que las consecuencias de no aplicarlo configuran riesgos de gran escala para el menor, entendiendo esto como un parámetro a mediano o largo plazo.

III. La edad del menor:

La autonomía de los menores de edad no es un concepto estático, sino que evoluciona progresivamente en función del desarrollo de sus capacidades. A medida que los niños y adolescentes crecen, su habilidad para ejercer sus derechos y comprender los riesgos asociados a sus decisiones se fortalece, lo que implica que la intervención de los padres o representantes también debe ajustarse a esta evolución. Como lo señala la Corte, corresponde a los padres “ir delante mostrando el camino” (T-474 de 1996), guiándolos en el ejercicio de su libertad de manera acorde con el desarrollo de sus facultades, restringiendo progresivamente su intervención conforme el menor alcanza mayor autonomía. Este proceso de consolidación de la personalidad y de la autonomía se encuentra íntimamente relacionado con la edad de la persona, como lo reconoce la jurisprudencia al afirmar que dicho desarrollo está “en gran medida ligado a la edad” (SU-337 de 1999).

Sin embargo, ni la ley ni la jurisprudencia marcan una diferenciación específica para el caso de las edades de los menores. Por analogía, podría usarse la establecida en el Código de Infancia y Adolescencia, la cual únicamente distingue a los niños (entre 0 y 12 años) y a los adolescentes (entre 13 y 17). Sin embargo, al no especificarse en la jurisprudencia un trato diferenciado por edades, se presenta la siguiente diferenciación: Si el paciente es menor de 12 años, calificar como 5. Si tiene 13 o 14 años, calificar con 4. Si tiene 15-años calificar con 3. Si tiene 16 años calificar con 2. Si tiene 17 años calificar con 1.

IV. Urgencia:

En materia de derechos a la salud de los niños, niñas y adolescentes, la urgencia del tratamiento resulta un factor primordial. La disposición aplicable establece que debe garantizarse “la actuación inmediata del personal médico y administrativo cuando un niño, niña o adolescente se encuentre hospitalizado o requiera tratamiento o intervención quirúrgica y exista peligro inminente para su vida” (C-900 de 2011), resaltando la importancia de responder sin dilaciones ante situaciones que comprometan su integridad. Además, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que, al abordar estos casos, debe sopesarse la urgencia y relevancia del tratamiento en función de los intereses del menor. En esta línea, se ha señalado que “**la urgencia**, el carácter benéfico, poco invasivo y no riesgoso del procedimiento, la poca edad del niño y el hecho de que no se afecte su libre desarrollo de la personalidad juegan a favor del consentimiento sustituto, mientras que sus contrarios aconsejan consultar la voluntad del menor de edad, así sea necesario esperar a que crezca un poco para alcanzar la autonomía suficiente para decidir” (C-900 de 2011).

Ante esto, se ecogió la urgencia como el último criterio, pero como el segundo que más importancia tiene, al ser este entendido como la inminencia del procedimiento, y la afectación grave y riesgo de muerte que sufre el paciente de no hacerse lo más pronto posible.

¿Cómo se califican los criterios?

Cada elemento debe ser calificado de 1 a 5, siendo 1 valor donde más recomendable es hacer el procedimiento y 5 el que menos. La rúbrica debe ser llenada en orden, pues los valores de cada numeral no son fijos, sino que varían en función del valor asignado al criterio anterior. Esto significa que cada factor de riesgo no es evaluado de forma aislada, sino que su peso se ajusta según la influencia de los

factores previos usando un ajuste dinámico de los porcentajes. Este mecanismo permite una evaluación más precisa y contextualizada del riesgo, garantizando que las decisiones sean proporcionales a la situación específica de cada caso.

El porcentaje de los numerales depende del valor ingresado en el numeral primero: vulneración de otros derechos, que se evidencia es al que más preponderancia se le da en las sentencias. Así, en los casos donde el caso evidencia una violación a otros derechos de 4 y 5(el más grave, es decir, el escenario donde el procedimiento más interfiere con los otros derechos del menor), este numeral valdrá el 50%, en los casos donde el valor es 3, valdrá el 35% y en los casos donde el valor es 1 o 2, valdrá el 20%. De esta manera, el porcentaje del resto de numerales se distribuirá en concordancia, como se evidencia ilustra en la siguiente tabla:

Violación otros derechos		
entre 4 y 5	3	entre 1 y 2
50%	35%	20%
5%	5%	10%
5%	15%	20%
40%	45%	50%

De esta manera, se utilizan coeficientes numéricos como “0.5”, “0.35” y “0.2” para cada factor de riesgo, lo que permite cuantificar su impacto en la evaluación global y el resultado final del análisis de riesgo indica la acción a seguir. Si el puntaje total es mayor a 3.5, se recomienda no hacer el procedimiento, si es menor, es recomienda hacerlo, como se puede ver en la siguiente simulación:

Simulación		
5	50%	2,50
5	5%	0,25
1	5%	0,05
1	40%	0,40
	100%	3,20

SI

5. CONCLUSIONES

El consentimiento informado en menores de edad representa un desafío en la intersección entre la autonomía progresiva del menor, la patria potestad de los padres y la obligación del Estado de garantizar el interés superior del niño. La jurisprudencia constitucional colombiana ha reconocido que, si bien los padres tienen la facultad de otorgar un consentimiento sustituto en nombre de sus hijos, este poder no es absoluto y debe estar sujeto a límites que protejan los derechos fundamentales del menor, especialmente en situaciones donde su vida, salud o desarrollo integral estén en riesgo.

A lo largo de este artículo, se han analizado los criterios establecidos por la Corte Constitucional para evaluar en qué circunstancias el consentimiento sustituto es válido y cuándo, por el contrario, es necesario ponderar la opinión del menor o incluso prescindir del consentimiento de sus representantes legales. Se ha identificado que la urgencia del procedimiento, la afectación de otros derechos fundamentales y la capacidad de discernimiento del menor son factores determinantes en esta decisión.

En este contexto, la propuesta de una rúbrica de análisis de riesgo busca proporcionar una herramienta práctica y cuantificable para guiar la toma de decisiones en situaciones médicas complejas. Al permitir un enfoque estructurado, esta metodología ayuda a evaluar la gravedad del caso y a determinar si es necesario proceder con el tratamiento, aun en ausencia o contra la voluntad del consentimiento sustituto.

Sin embargo, es fundamental reconocer que ninguna herramienta puede reemplazar el análisis caso a caso que deben realizar los profesionales de la salud y las autoridades competentes. La protección del menor exige un equilibrio entre la seguridad jurídica del personal médico y la garantía de los derechos del paciente. La evolución normativa y jurisprudencial en esta materia continuará siendo crucial para definir con mayor claridad los límites del consentimiento sustituto y fortalecer el marco de protección de la niñez en Colombia.

REFERENCIAS

- Corte Constitucional, Sentencia C-900 de 2011
- Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 1999
- Corte Constitucional, Sentencia T-1021 de 2003
- Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1994

- Corte Constitucional, Sentencia T-1015 de 2002
- Corte Constitucional, Sentencia T-408 de 1995
- Corte Constitucional, Sentencia T 474 de 1996
- Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003
- Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 2009
- *DECISIONES MÉDICAS EN MENORES DE EDAD: AUTONOMÍA y CONSENTIMIENTO INFORMADO*. (2011). [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana]. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/54834/RubioMorelli%2cMariaCamila.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Díaz, B. J. O., Medina, A. P., & Martínez, C. a. C. (n.d.). Consentimiento informado en menores de edad en tratamientos de reasignación de sexo en Colombia. *Deleted Journal*, 2(2), 146–167. <https://doi.org/10.62407/rces.v2i2.56>



LA IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD REAL Y COMÚN DE LAS PARTES EN LA MODERNIZACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

THE IMPORTANCE OF REAL AND COMMON WILL OF THE PARTIES IN THE MODERNIZATION OF CONTRACTUAL INTERPRETATION

PABLO AMOROCHO BARRETO*

SOFÍA PINILLA OSPINA**

Fecha de recepción: 5 de marzo de 2025

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2025

Fecha de Publicación: 30 de junio de 2025

RESUMEN

Dentro de las tendencias de modernización del derecho privado continental, la interpretación contractual ha sido objeto de revisión por su importancia e implementación. Por ella confluyen debates tan importantes desde la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad como fundamento de la teoría contractual, hasta la discusión sobre la regulación puramente jurisprudencial de materias como la simulación. Este estudio se detiene sobre las propuestas de modernización presentadas en Colombia, con el fin de analizar esta institución jurídica y su relevancia actual.

Palabras clave: Interpretación, derecho de contratos, modernización, voluntad, reforma al Código Civil, derecho comparado.

* Estudiante de octavo semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana. Miembro del Semillero de Derecho Privado y Semillero de Derecho Procesal.

** Estudiante de octavo semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana. Codirectora de Foro Javeriano, miembro del Semillero de Derecho Procesal.

ABSTRACT

Among the tendencies of modernization of continental private law, contractual interpretation has been subject of review because of its importance and implementation. Through it converge important debates such as the validity of the principle of will autonomy as a foundation to contractual theory, and the discussion on the judicial and jurisprudential regulation of subjects such as simulation. This study focuses on the modernization proposals presented in Colombia, with the aim of analyzing this legal institution and its relevance nowadays.

Keywords: interpretation, contract law, modernization, will, reform to the Civil Code, comparative law.

1. INTRODUCCIÓN

La globalización y la conectividad han transformado profundamente nuestras dinámicas sociales, económicas y culturales. La evolución constante hace que surja la necesidad de transformación. En el área del derecho, la necesidad de actualizar nuestras normas jurídicas para responder a las nuevas dinámicas de nuestro país y del mundo está a la orden del día. En este contexto, la revisión y modernización del sistema jurídico colombiano se convierte en una tarea indispensable. Considerando, por lo demás, que nuestras codificaciones más relevantes de derecho privado tienen más de cincuenta años de antigüedad, por lo que no contemplan adecuadamente las nuevas formas en las que desarrollamos nuestras actividades comerciales y sociales.

En concreto nos interesa la codificación civil, cuyo texto base se remonta a mediados del siglo XIX y que por fuerza de la evolución que ha vivido el mundo desde entonces, se ha quedado corta para responder a los problemas contemporáneos. Si bien la legislación civil ha sido actualizada desde la expedición del Código Civil, es cierto que esta actualización ha sido muchas veces fragmentada y carente de coherencia sistemática. Es respondiendo a esto que en nuestro país se ha vivido, cada vez con más fuerza, un fenómeno de crítica hacia el código vigente y de defensa de una necesidad de reforma total del Código, para expedir uno completamente nuevo.

Uno de los primeros intentos serios de actualización fue el Proyecto de Reforma del Código Civil de 1983, liderado por el jurista Arturo Valencia Zea. Aunque dicho proyecto nunca se materializó, fue un hito en generar un debate crucial sobre varios puntos sobre la reforma del derecho privado colombiano,

como son su unificación (entre el derecho civil y el derecho mercantil), la adopción de nuevas figuras desarrolladas en el derecho comparado y el abandono de instituciones que, aunque milenarias, no responden a la actualidad del tráfico jurídico. En los últimos años, esta discusión se ha cristalizado en una propuesta de varios docentes y juristas de la Universidad Nacional de Colombia, que hoy está en su segunda edición, de un “Proyecto de Código Civil”, que será objeto de análisis de este texto.

Esta discusión sobre la reforma del Código Civil trae consigo muchas propuestas para mejorar el funcionamiento del derecho civil y comercial en el país. De todas ellas, proponemos un análisis de la interpretación de los contratos y en general de los actos y negocios jurídicos, que es a nuestro juicio un asunto transversal al derecho privado. Este aspecto, que pareciera circunstancial, ha sido objeto de variaciones en las diferentes propuestas¹ que se han hecho alrededor de la reforma.

Con el propósito de hacer un trabajo más exhaustivo, el objetivo de este texto es una comparación entre el artículo de interpretación de los contratos según la intención de las partes de la legislación vigente y su equivalente del Proyecto de Código Civil de la Universidad Nacional, buscando la actualización y añadiendo elementos nuevos que permitan una interpretación más adecuada a la verdadera intención de los contratantes. De esa forma, se hará una comparación del Código Civil actual con la propuesta, revisando los conceptos añadidos en la propuesta, para luego verificar la existencia de estos elementos nuevos en el derecho comparado, finalizando con unas conclusiones.

2. SIGNIFICACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

2.1. Fines de la interpretación

El sistema jurídico colombiano contempla varias herramientas, en el marco de los conflictos surgidos de relaciones contractuales, por las cuales se hace una labor de escrutinio de lo pactado, con el fin de aclarar cuál es el sentido real de lo contratado y la solución jurídica que de ello se desprenda. Se sigue entonces

1 Crf. Comisión Revisora del Código Civil, op. cit. En el proyecto de Valencia Zea, se hablaba de interpretación con base en una “intención real” en su artículo 476, que pretendía reemplazar el actual artículo 1816 del Código Civil; en la exposición de motivos de la reforma, dice que: “(...) no es cualquier intención la que ha de investigarse, sino la intención real (...)”

la guía de resolución de conflictos a partir de la interpretación de los contratos plasmada en el Código Civil en los artículos 1618 a 1624. Dentro de la organización planteada por el legislador, lo que primero se debe buscar es la “intención de los contratantes” más allá de las palabras, lo que nos abre la puerta a la necesidad del escrutinio por la “intención” a la hora de contratar.

Para resolver los posibles conflictos que surgen de una relación contractual, el ordenamiento jurídico mantiene dichas reglas para la implementación por parte del juez que deba dirimir, que acaban en las normas de interpretación que son objeto de análisis en este escrito. Lo que podemos resaltar de ello, es la importancia que se le da a la intención de las partes, ya que, en el fondo, lo que protege el sistema jurídico es que se cumpla con la verdad, con lo que las personas realmente quieren. Tal como estipula el artículo 1618 del Código Civil, la interpretación debe ir más allá de lo que se pone en palabras en el contrato.

La importancia de la labor interpretativa se funda en que los contratos son la base de muchas de las relaciones sociales. Es absolutamente necesario dar la seguridad de que ante la duda hay elementos claros para llegar a una solución y que esta protegerá lo que las partes quisieron hacer de verdad. Pero teniendo como elemento principal la veracidad dentro de las relaciones contractuales, que se resuelvan los conflictos y se proteja la intención de los contratos, como la intención de los contratantes.

La búsqueda de la realidad en las estipulaciones contractuales es una herramienta indispensable para las sanciones que se dan ante el escenario de la simulación contractual. Al proteger la intención de los contratos, también castigamos el intento de defraudar al ordenamiento jurídico expresando algo diferente a la intención. Partiendo de la buena fe de los contratantes, la ley otorga herramientas al juez, solicitado por las partes interesadas en el escrutinio, para poder encontrar la realidad de lo pactado y, de ser necesario, hacer valer el negocio que realmente se celebró o dejar sin efectos el que no se pretendió celebrar jamás.

2.2. Diferencia entre voluntad e intención

Es necesario realizar un desglose sobre la diferencia entre la voluntad y la intención en esta materia, ya que en muchas ocasiones el legislador tiende a usar una u otra palabra de manera indiscriminada. Las palabras no significan lo mismo y no comportan los mismos elementos. Aunque la distinción en el sentido literal de las palabras no trae para este análisis más que la claridad sobre a lo que se refiere el legislador, es importante hacer la precisión, por lo que uno y otro concepto no son lo mismo desde la interpretación de los contratos.

Por un lado, la voluntad entendida en el sistema jurídico colombiano es la expresión de lo que se quiere realizar. Expresión exteriorizada por medio del contrato como tal, ya sea escrito o verbal, es lo que se conoce de lo que quieren realizar las partes. Como se entiende en la doctrina del derecho civil la voluntad es la manifestación de voluntad de las partes, por lo que es más hacia la externalización del querer de las partes a la hora de contratar.

En cuanto a la intención, a lo que nos referimos es a lo que realmente se pretende realizar, dentro de la esfera interna de las partes. Aquí es donde cabe el problema que normalmente surge en las simulaciones, donde una cosa es lo que se externaliza y otra lo que internamente se proponen las partes realizar. Cuando hablamos de la intención es lo que está detrás de la manifestación, que puede externalizarse en una voluntad clara, pero también puede ir con defectos en su emisión, o con el interés de defraudar plasmando en lo externo algo diferente a lo que se quiere lograr realmente con ese negocio jurídico. Y en este tipo de situaciones es donde vemos la diferencia de los conceptos, que podríamos simplificarlos en dos acepciones, una interna y una externa.

En cuanto a la prevalencia de una sobre la otra, el proyecto de reforma del Código Civil busca darle más fuerza a la intención, siendo en todo caso un reto para encontrarla realmente, también es primordial que sea lo que reine en la interpretación contractual colombiana. Si lo que buscamos es la verdad, no nos podemos quedar con la simple expresión de la voluntad de las partes, ya que podemos ver que las manifestaciones a veces no vienen con claridad de la intención real, y nuevamente recordamos la buena fe, donde también existe el riesgo de que se intente defraudar a través de una manifestación falsa por un propósito de la intención diferente.

2.3. Importancia de la voluntad en la interpretación contractual

La teoría del contrato ha tenido como fundamento, de antiguo, el principio de la autonomía de la voluntad privada. Nuestro Código Civil vigente incorpora varias disposiciones que dan fe de esta teoría. Según este principio, las personas tienen la libertad de contratar libremente siempre que esa sea su voluntad. Una vez expresada esta voluntad de contratar, y a su vez la indicación de los términos en los cuales se contrata existe obligatoriedad de dicha declaración. Esta teoría surge como consecuencia de su época, fundamentada en las ideas del voluntarismo jurídico y el individualismo liberal. De ahí que la interpretación contractual tenga como su fundamento la intención o voluntad de las partes.

Sin embargo, desde sus inicios la teoría ha sido objeto de críticas. La autonomía de la voluntad nunca se ha considerado como absoluta, puesto que siempre ha encontrado sus límites en el orden público y el derecho ajeno, hoy refinadas con el derecho al libre desarrollo de la personalidad². Así mismo, la autonomía de la voluntad no es suficiente para expresar la fuerza obligatoria del contrato. Y a pesar de esto, la evolución histórica que ha tenido el tráfico jurídico y las dinámicas de las sociedades han hecho aparecer fenómenos que siguen colocando en tela de juicio este principio, como lo es la contratación predispuesta.

El estado actual de la autonomía de la voluntad como fundamento de la teoría contractual puede analizarse desde la definición vigente de negocio jurídico, cuya expresión por antonomasia es el contrato: la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir los efectos jurídicos que de ella se derivan (Ospina, 2005). Partiendo de este concepto se pueden identificar los cambios sustanciales que ha sufrido la teoría contractual clásica.

Como ya se dijo, la teoría contractual tradicional se ha visto cuestionada por el fenómeno de la contratación predispuesta. En la actualidad, es inusual que en los contratos que se celebran en la cotidianidad, las partes efectivamente se sienten a negociar los términos del contrato. Se ha consolidado el debate sobre la contratación predispuesta, dado que sí se trata de un verdadero contrato, ya que existe un verdadero ejercicio de la voluntad al aceptar el contrato con todas sus cláusulas. Esta aceptación se deriva de una serie de expectativas que se fundamentan en que lo que se está aceptando es acorde a derecho, es equitativo y cumple con el beneficio recíproco que se busca en la relación contractual.

Entender esta postura desde la definición de negocio jurídico es útil. El hecho de que la manifestación de voluntad sea directa y reflexivamente encaminada a producir los efectos jurídicos que de ella se derivan puede no ser del todo cierto. A pesar de esto, la voluntad sí está encaminada directamente a la producción de efectos jurídicos dentro del marco de lo que es razonable esperar de determinada transacción, manifestada en el contrato.

El concepto de razonabilidad, como se explicará más adelante, es novedoso y transformador en la teoría contractual. La manifestación de voluntad ya no se puede considerar como total en cuanto al acto en sí mismo, sino que se entiende dentro de un contexto que también hace parte de la voluntad. Los negocios que se celebran diariamente se nutren de las circunstancias que lo rodean, puesto

2 *Art. 16 Constitución Política*

que generan expectativas en los contratantes, aun cuando no hayan pactado con precisión cada uno de los términos del contrato.

A modo de conclusión sobre este tema, la voluntad sigue siendo parte fundamental del negocio jurídico y sigue siendo parte de su fundamentación. Sin embargo, un concepto moderno de la teoría contractual debe conducir a entender dicha voluntad no solo desde su exteriorización en un acto determinado, sino como el conjunto de manifestaciones y circunstancias que rodean el contrato particular, partiendo de la razonabilidad y las expectativas que fundan cada negocio.

2.4. Sistemas de interpretación contractual de origen legal

Una última precisión que debe hacerse es acerca de los sistemas de interpretación contractual. La tendencia de las legislaciones que han seguido el sistema del Código Civil francés ha optado por una consagración legal expresa de los criterios que debe tener el juez al momento de interpretar el contrato. Otros sistemas han optado por dejar al total arbitrio del juez la definición de los criterios para la interpretación. Más adelante se darán ejemplos de ambos.

Las ventajas del sistema judicial radican en la mayor amplitud que tiene el juez para fallar en equidad, detectando situaciones de injusticia manifiesta que están aparentemente protegidas por las normas positivas. Sin embargo, los sistemas de interpretación de consagración legal, a nuestro juicio, pueden proveer los mismos beneficios, acompañándolos de seguridad jurídica para los contratantes, puesto que sabrán los criterios particulares para la interpretación de sus contratos. Esto también sirve para simplificar los contratos en cuanto su extensión, en contraste con los llamados “contratos anglos”, dado que el contratante puede elegir guardar silencio sobre aspectos que sabe que serán llenados tanto por las normas dispositivas como por las normas de interpretación.

Hay que preguntarse sobre la posibilidad de aplicación directa de los preceptos consagrados en la Constitución al momento de interpretar el contrato. Un argumento a favor podría ser la protección de los derechos fundamentales dentro de las relaciones contractuales. A nuestro juicio, existen muchas instituciones dentro del derecho privado que tienen como fundamento la misma protección del ejercicio de la actividad contractual (buena fe, diligencia, abuso del derecho, etc.). El fenómeno de la constitucionalización del derecho privado debe servir para refinar estas instituciones hacia los fines que se ha propuesto la Constitución, sin tener que derogar una serie de instituciones que son producto del ensayo-error y del aprendizaje que ha caracterizado el estudio del derecho privado.

3. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL UNIFICADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Como referente de modernización del derecho en Colombia, se hará un análisis de la propuesta acerca de la interpretación según la voluntad de las partes en la segunda versión del Proyecto de Código Civil de la Universidad Nacional. El texto que se analizará es el siguiente:

Art. 557. Además de las reglas siguientes, en la interpretación del contrato se debe tener en cuenta la intención común y real de las partes, y las circunstancias que lo rodearon, antes que el sentido literal de las palabras.

En la intención se deberá apreciar el comportamiento total de las partes y habrá que tenerse en cuenta las negociaciones previas, las prácticas que hayan establecido, los actos realizados con posterioridad a la celebración del contrato, la naturaleza y finalidad del contrato, el significado común de los términos y expresiones, y la costumbre.

Si no es posible establecer la intención real de los contratantes deberá acudirse a la interpretación que realiza una persona puesta en las mismas circunstancias, o en su defecto conforme a la buena fe.

De una lectura preliminar se encuentran tres componentes principales en cuanto a criterios de interpretación de los contratos a la luz de la intención común de las partes. Estos son: la interpretación según la común voluntad de las partes, el comportamiento total de las partes como integrante de la voluntad común y el criterio de la persona puesta en las mismas circunstancias.

3.1. Interpretación según la común voluntad de los contratantes

“Art 557. Además de las reglas siguientes, en la interpretación del contrato se debe tener en cuenta la intención común y real de las partes, y las circunstancias que lo rodearon, antes que el sentido literal de las palabras. (...)”

Esta primera parte del artículo se refiere a la que ha sido tradicionalmente la regla general y principio fundamental en la interpretación contractual: la primacía de la voluntad de las partes. Para entender el alcance de lo propuesto por el Proyecto, es necesario primero conocer el texto actual del Código Civil: *“Artículo 1618. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”*

De la redacción de esta norma se evidencian varias dificultades. No existe ningún criterio definido por el legislador para delimitar el contenido de dicha intención. En este sentido cabe resaltar la falta de un criterio que es introducido por el Proyecto, que es el de la intención real y común. Como segunda dificultad, la cual es planteada en el libro “Contratos: notas de clase”, es que la redacción del artículo da lugar a entender que la interpretación de la voluntad incluso puede excluir la interpretación literal del contrato, si se encuentra que la voluntad real de las partes era distinta a lo claramente establecido.³

Del Proyecto de Código Civil, donde aparentemente se replica este criterio, cabe hacer varias anotaciones. La primera es la inclusión de la expresión “Además de las reglas siguientes”. Esto rompe con una tradición del sistema de interpretación contractual, puesto que los demás criterios incluidos en el Código siempre han sido subsidiarios a la interpretación de la intención de las partes. Con esta novedad, que cabe resaltar no se incluía en la primera versión del Proyecto, se está abriendo la posibilidad a una utilización integral de las normas de interpretación que generalmente se han considerado auxiliares (interpretación sistemática, interpretación que produce efectos, interpretación *contra proferente*, etc.).

El Proyecto califica la intención que se entra a analizar, puesto que tiene que ser la “común y real de las partes”. Estos nuevos criterios son instrumentos que puede utilizar el operador judicial al momento de interpretar el contrato, contando con más elementos. La intención real, por su lado, se puede entender como aquella que efectivamente se manifestó al momento de la celebración del contrato. Se contrapone a la intención declarada, en el sentido que esta puede no coincidir con la real. Esto es importante para las consecuencias que puede tener el contrato, puesto que se podría estar frente a un contrato simulado, asunto que se tratará más adelante.

Por otro lado, se tiene la intención común de las partes. Puede decirse que en esto el Código Civil actual y el Proyecto convergen, puesto que se privilegia la necesidad de que la intención sea de “los contratantes” (como lo consagra el Código actual) o “común” (como lo consagra el Proyecto). Esto responde a una idea que es clara en la teoría jurídica y es que la voluntad de someterse a un contrato debe ser de todas las partes. No puede ser de una de ellas, puesto que está en la esencia misma del contrato ser un acuerdo multipersonal.

3 Pág. 59.

Finalmente, complementa la interpretación del contrato con las “*circunstancias que lo rodearon*”. Este criterio de interpretación, al que podría llamarse contextual, tampoco es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. Un atisbo de este puede verse en el segundo inciso del artículo 1621 del actual Código Civil, que establece que “*Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen*”. Esta norma, interpretada con amplitud, puede significar que a los contratos se deben entender incluidos los usos comunes que los rodean. Lo que hace el Proyecto es ampliar este criterio no solo a las cláusulas de uso común, sino a llenar de contenido la voluntad de las partes con el contexto en el cual contrataron.

Así, si se lee en conjunto, en palabras sencillas el artículo 557 del Proyecto quiere decir que la interpretación de los contratos debe tener en cuenta, antes que las palabras escritas en él, lo que las partes conjuntamente quisieron de acuerdo con el contexto en el que lo celebraron.

Una de las dificultades que resuelve el Proyecto es la utilización del vocablo “claramente” que utiliza el Código Civil vigente. Que se exija la expresión “clara” de la intención de los contratantes deja un vacío, tanto interpretativo como de acción para quienes quisieran realizar actos fraudulentos. Cárdenas expone dos tipos de ambigüedad, una intrínseca, del significado de las palabras, y una extrínseca, de las circunstancias que lo rodean y la interpretación en conjunto con todas las cláusulas del contrato⁴ (2021). Por eso mismo, la interpretación presenta problemas cuando se enfrenta con un criterio tan amplio y de un posible entendimiento diverso de las partes. Partiendo de la buena fe de los contratantes, la claridad, aunque parece un criterio muy simple, es bastante subjetivo. Lo que para las partes puede ser muy claro, puede no serlo para un juez, o lo que claramente significa algo para uno de los contratantes, puede significarle a otro algo completamente diferente.

El asunto de la claridad no es menor. Una falla en esta podría llevar al contrato a verse afectado por vicios de consentimiento que acabarían en posibles nulidades. El Código Civil en su artículo 1510 establece que los errores generales en los negocios jurídicos pueden afectar la esencia de este, pero no se adentra en la discrepancia sobre pequeñas cláusulas que pueden no ser esenciales al objeto principal del contrato, pero podrían generar inconformidades en alguno de los contratantes. Si protege la voluntad clara de las partes y sobre un punto hay una claridad aparente, pero en la que se discrepa, la regla es inaplicable. Y

4 Cárdenas pág. 61

si se busca es proteger la intención, el intérprete tendría que remitirse a lo escrito, aunque no sea la intención real de los contratantes.

Por otro lado, proteger “la claridad” puede poner en riesgo la seguridad jurídica, abriendo una puerta en favor a la interpretación y prevalencia de los contratos simulados. La jurisprudencia colombiana, pese a desarrollar con minucia la figura de la simulación según las presunciones de hecho para su prueba, no contempla que desde el mismo Código Civil se pueda generar una prevalencia para lo que las partes dejen claro, y desatender a quienes simulan burlar al ordenamiento jurídico. Si se interpreta con base en la intención claramente expresada por las partes en conjunto, que obviamente fue fraudulenta y mentirosa en los contratos simulados, si se interpretan con base en ello y no a la intención real, se podría prevenir en sí que se perjudique con la existencia de un contrato aparente. Si el criterio es la primacía de la claridad inequívoca, estamos desviándonos. En instancias de casación civil de la Corte Suprema de Justicia⁵ a través de los años, las definiciones de simulación, por más que hayan variado siempre coinciden en lo mismo, que hay una “declaración de voluntad a designio divergente de sus pensamientos íntimos”⁶, “declaración no acorde con la realidad”⁷ o “disconformidad entre la verdadera intención y la declaración aparente”⁸. Entonces, ¿cómo podemos interpretar con base en el Código Civil, la intención de las partes, si va a prevalecer la claridad sobre la real intención? Y claro está, no hubiera tanto desarrollo jurisprudencial sobre las reglas de la simulación si estas estuvieran expresamente legisladas.

Este problema parece resolverse con el texto del Proyecto. No solo se protege lo que ya es importante y funciona de la interpretación contractual, como que debe ser común y que en subsidio se apoyen en la literalidad del contrato, sino que también se busque la real intención del contrato, en reemplazo del criterio de claridad.

En cuanto al problema que se detecta sobre la simulación, el Proyecto sienta una base normativa importante en su artículo 566, así: “*Un contrato es simulado cuando las partes aparentan celebrar un negocio jurídico sin tener la voluntad de celebrarlo, pues las declaraciones no corresponden a lo que parcial o totalmente han querido.*” Así, el criterio para la determinación de la simulación

5 Casación civil 14/09/1976, 26/08/1980, 11/07/91

6 Casación civil 14/09/76

7 Casación civil 26/08/80

8 26/08/80

es la no correspondencia entre la voluntad declarada y la voluntad real, como lo ha precisado la jurisprudencia.

Ahora bien, puede simplemente asumir que esta nueva propuesta sería perfecta para nuestro sistema jurídico y, francamente, si se llegara a dar este cambio nos enfrentaremos a una dificultad probatoria monumental. Poder transmitirle al juez la intención real del contrato puede parecer fácil, pero cuando nos encontramos ante este supuesto, normalmente es porque las partes entraron en conflicto por algún punto del contrato. Aunque las subsiguientes reglas de interpretación del Código Civil, no podemos dejar de lado, que lo primero que se debe esclarecer es la intención real de las partes. Para la verificación de esta el esfuerzo probatorio debe estar encaminado a probar la mala fe, en este caso, que la verdadera intención de una de las partes fuera diversa a la que se entendió como común entre los contratantes. Como se debe entender según la Constitución⁹, siendo nuestra conductora dentro de la vida jurídica, social y política de nuestro Estado, y el mismo Código Civil¹⁰, es un deber presumir la buena fe. Es evidente ante el reto de distinguir entre lo real y lo aparente, aunque es difícil probarlo, es imperante esperar la buena fe de las partes y el juez debe partir de este supuesto antes de interpretar siquiera sobre la realidad.

Por eso mismo, aunque si genera un gran esfuerzo, partiendo de las bases de que siempre se debe esperar una actuación honesta de las partes, en búsqueda de un fin común, el reto de modificar el artículo 1618 del Código Civil actual, optando por el Proyecto de Reforma de la Universidad Nacional de Colombia en su artículo 557, nos daría una certeza y seguridad jurídica más sólida que nos da el artículo actual. Una reforma claro implica una nueva implementación de la ley e interpretación judicial, pero los efectos beneficiosos ya analizados, nos darían tranquilidad en cuanto a una mayor prevalencia de la intención de las partes en la interpretación de los contratos, además de la certeza de que se buscará desde el principio, desde la legislación, la realidad.

3.2. El comportamiento total de las partes como integrante de la voluntad común

“(…) En la intención se deberá apreciar el comportamiento total de las partes y habrá que tenerse en cuenta las negociaciones previas, las prácticas que hayan establecido, los actos realizados con posterioridad a la

9 Artículo 83 Constitución Política de Colombia

10 Artículo 769 C.C.

celebración del contrato, la naturaleza y finalidad del contrato, el significado común de los términos y expresiones, y la costumbre. (...)”.

El artículo 557 continúa con lo que parece ser un criterio adicional para determinar la intención común y real de las partes, es decir el comportamiento total de las partes. Esta disposición, novedosa en comparación con el artículo 1618 del actual Código Civil, llena de contenido el concepto de intención común y real, que en principio parecería ambiguo y en exceso abierto. El contenido del comportamiento total de las partes parece estar definido en el artículo por varios componentes, de los que cabe hacer varias observaciones.

Como primera observación, cabe preguntarse a qué se refiere el artículo cuando habla de *“las negociaciones previas”*. Cabe resaltar que la primera versión del Proyecto precisaba que estas negociaciones eran entre las partes, claridad tal vez redundante dentro de la interpretación de la norma. Una alternativa a lo que esto significa es que hable de las convenciones que las partes hayan celebrado anteriormente, lo cual corresponde a un criterio conocido para el ordenamiento jurídico interno. Tan es así que está consagrado en el artículo 1622 del actual Código Civil, estipulando que *“Podrán también interpretarse [las cláusulas del contrato] por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia”*.

Este criterio interpretativo es especialmente relevante cuando las partes son personas que negocian habitualmente. Puede que las partes hayan olvidado plasmar algo dentro de un contrato que se encuentra claramente definido en un contrato anterior, ya sea por la utilización de formatos o por un simple descuido producto de la reiteración de sus relaciones. Al haber un entendimiento constante entre ellas, es plausible utilizar un contrato, distinto al analizado, para determinar cuál es el contenido real y común de su intención al contratar.

Sin embargo, es relevante la advertencia que hace Cárdenas sobre que puede que las partes, en un contrato posterior al resto celebrado, hayan querido alterar una o varias reglas establecidas mediante una redacción distinta en el contrato posterior (2021). Es por esto por lo que resulta útil la delimitación que hace el artículo 1622 cuando limita la utilización de este criterio a contratos que versen sobre la misma materia.

A pesar de lo anterior, la redacción del artículo 557 hace caber la posibilidad de entender las negociaciones previas como los tratos y acuerdos precontractuales. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se ha entendido que la etapa precontractual es relevante para el contrato, en tanto de esta pueden resultar

convenios que determinen la actuación futura de las partes como la eventual interpretación de su voluntad. La actuación de las partes dentro de esta etapa tiene que ceñirse a la buena fe, como se desprende del artículo 863 del Código de Comercio, que establece como criterio adicional que esta buena fe debe ser exenta de culpa. Esta norma se ha entendido extendida al régimen civil, especialmente por la consagración del principio de la buena fe en el artículo 83 de la Constitución Política.

De acuerdo con esta interpretación, a la intención común y real de las partes deberían incorporarse los memorandos de entendimiento, acuerdos parciales, pactos de preferencia, promesas, entre otros. Si bien se suscita un problema en cuanto a la prueba del contenido de estas negociaciones previas, dicha discusión no es objeto del presente estudio.

Es evidente que, dada la amplitud de interpretaciones de la expresión “negociaciones previas”, el Proyecto de Código adolece de una falla en técnica legislativa y claridad jurídica. A nuestro juicio esto ocasionaría un problema de apreciación del contenido de la norma, que eventualmente terminaría decantándose vía jurisprudencia. Sin embargo, no tendría sentido que los operadores judiciales pudieran darle una u otra interpretación al artículo, puesto que los contratos anteriores y los acuerdos precontractuales se tratan de dos asuntos profundamente distintos, lo cual deja abierta la cuestión de cuál de ellos debe entenderse y aplicarse.

La aplicación simultánea de ambos criterios, desprendiéndose del mismo texto normativo, sería un error lógico. La utilización de los acuerdos precontractuales está más directamente encaminada a esclarecer la intención real de las partes en el negocio jurídico en concreto. La utilización de otros contratos celebrados entre las partes es un criterio auxiliar, que consiste en consultar la voluntad de las partes en negocios ajenos al que se estudia ante la falta de claridad sobre cuál era la intención en el negocio jurídico concreto. No es posible equiparar ambos criterios. Pero la aplicación excluyente de la norma privaría al operador de la utilización alguno de los dos criterios, que a pesar de tener más proximidad uno del otro a la intención que se quiere consultar, son útiles para la interpretación efectiva de los contratos. El articulado debería, entonces, precisar de qué se tratan estas negociaciones previas y adicionalmente consagrar un criterio similar al del artículo 1622 del actual Código Civil.

La segunda observación que cabe hacerle al texto del Proyecto es la inclusión de la expresión “*las prácticas que hayan establecido*”. Esta parece ser otra regla que parece ser una ya existente en el ordenamiento jurídico colombiano,

que se basa en las prácticas que hayan establecido las partes. En el último inciso del mismo artículo 1622 del actual Código Civil, se estipula que las cláusulas se podrán interpretar (...) “*O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte*”. La diferencia fundamental entre el texto del Proyecto y del artículo 1622, es que este último toma en cuenta la aplicación práctica que las partes hayan hecho de las cláusulas y disposiciones que hayan incluido en el contrato. Esto significa que el contenido literal de estas puede verse modificado por la ejecución efectiva que de estas se haga.

Si bien este es un criterio útil para esclarecer cuáles son los efectos que las partes le querían dar a lo pactado, el texto del Proyecto es bastante amplio en relación con la disposición contenida en el actual Código Civil. Al hablar de las prácticas que hayan establecido las partes, sin coligarlas necesariamente a la aplicación de determinada cláusula o estipulación contractual, da libertad al intérprete de analizar, en la conducta de las partes, el contenido del negocio jurídico. Incluso, se podría decir, aunque las partes no hayan estipulado nada al respecto en lo escrito. De nuevo puede criticarse la ambigüedad del término, puesto que las distintas interpretaciones que se le podría dar al texto podrían llevar a que los operadores judiciales crearan estipulaciones contractuales, no escritas o probadas de cualquier manera por las partes, sino inferidas por este a partir de su comportamiento.

La anterior interpretación del texto del Proyecto puede verse alterada por el texto de este, pues inmediatamente después dispone como criterio “*los actos realizados con posterioridad a la celebración del contrato*”. Esto deja dudas sobre la intención del Proyecto al hablar de las prácticas que han establecido los contratantes. Si esta última expresión utilizada en el Proyecto se refiere al precepto consagrado en el artículo 1622 actual, cabe preguntarse cuáles son las prácticas de las que habla el Proyecto. Y más importante, en qué se diferencian o contraponen con la aplicación efectiva del contrato.

Así mismo, podría considerarse, ateniéndose al significado jurídico del concepto de actos, que a lo que se refiere el Proyecto con esta expresión es a las convenciones modificatorias del contrato. La amplitud de los términos de nuevo es un problema. Si se toma por actos cualquier operación jurídica que pudieron realizar las partes con posterioridad a la celebración del contrato, podría llegarse incluso a hablar de convenciones modificatorias tácitas, que se incorporarían a la interpretación del contenido del contrato.

Como tercera observación se puede preguntar a qué se refiere la expresión “*la naturaleza y finalidad del contrato*”. Esta parece ser más sencilla, puesto

que podría referirse a aquello que se entiende que busca el contrato por su tipología. Es a lo que comúnmente se ha denominado la causa objetiva del contrato. Tan sólo surgiría el interrogante de qué sucedería con los contratos atípicos. El asunto se complica cuando se analiza a qué se refiere con la finalidad del contrato. Si se refiere a la finalidad que tiene en cuanto a su tipología, o si se refiere a la finalidad que las partes le quieren dar al contrato. De ser la primera, sería reiterativo con el criterio de la naturaleza del contrato. De ser la segunda, parecería dejar sin valor el resto de los criterios que ha dispuesto para consultar la intención de las partes, a la cual podría entenderse integrada la finalidad que le querían dar al contrato.

Finalmente, se debe hacer una observación sobre la expresión “*el significado común de los términos y expresiones, y la costumbre*”. La ambigüedad de este aparte del artículo del Proyecto se desprende de que no es claro a qué se refiere con significado común de los términos y expresiones. Podría bien tratarse del significado común que las partes les dan a las expresiones utilizadas en el contrato, lo cual supondría una primacía del principio de la autonomía de la voluntad. Pero también podría tratarse del significado común en tanto es común al entorno del contrato. Esto sería especialmente relevante en cuestiones mercantiles, puesto que tendría que consultarse la costumbre del lugar donde se celebra y ejecuta el contrato. Sin embargo, el artículo habla inmediatamente después de la costumbre. De la sola lectura no se puede resolver la cuestión, por lo que es evidente que, de nuevo, hay un error en el uso de los términos que debería subsanarse para garantizar la claridad y propender por un significado unívoco del artículo.

3.3. Criterio de la razonabilidad

“Si no es posible establecer la intención real de los contratantes deberá acudir a la interpretación que realiza una persona puesta en las mismas circunstancias, o en su defecto conforme a la buena fe (...)”

Este último aparte del artículo es donde quizá hubo más cambios entre el Proyecto original y la segunda versión. El original establecía: “*Si no es posible establecer la intención real de los contratantes deberá acudir a la interpretación razonable del contrato, la cual será la que le otorgue una persona sensata de la misma condición colocada en las mismas circunstancias*”. Con este aparte se quería presentar un concepto nuevo a lo visto en Colombia, tanto en las propuestas de reforma como en la ley, pero surge de un concepto bastante amplio dentro de la doctrina jurídica: la razonabilidad.

La razonabilidad en este caso es, en esencia, un parámetro de conducta. Para entender bien su conceptualización, es relevante consultar la obra de la jurista argentina Aída Kemelmajer de Carlucci. La influencia del *common law* en la comprensión del concepto en tanto una categoría jurídica, apunta la autora, radica en que en este tipo de sistemas jurídicos la razonabilidad (*reassonnableness*) ha sido un criterio constantemente utilizado. La razón, en los sistemas de *common law*, es una razón pragmática, fundada en la experiencia. Sin embargo, este concepto no es ajeno a las tradiciones de derecho continental, por lo que es importante buscar una definición que, aun cuando no unitario, permita entender su alcance jurídico.

Apunta Kemelmajer que para entender el concepto de razonabilidad es necesario entender el concepto de razón. Este es un atributo humano, que permite conocer, juzgar y actuar conforme a principios. Es relevante, de nuevo, acudir al concepto que se ha acuñado en las tradiciones del *common law*, para poder determinar su alcance. De nuevo, nos encontramos frente a un parámetro de conducta, que se ha denominado persona razonable (*reasonable person*), en contraste con denominaciones más antiguas como el hombre razonable, o la figura utilizada por la jurisprudencia Victoriana del *man of the Chapham bus*. Se ha precisado que la persona razonable es la persona que responde a los criterios de la comunidad, puesto que lo irrazonable se ha entendido como lo que resulta inadmisibles en una comunidad en un momento determinado. La persona razonable es una persona estándar, un ente ficticio que representa la razonabilidad. Esto ha sido desarrollado por la jurisprudencia de estos países, siendo especialmente relevante el caso *Britton v. Turner* de la Corte Suprema de los Estados Unidos (Kemelmajer, op. cit).

Este “nuevo” parámetro de conducta contrasta con los modelos de diligencia que han permeado el derecho privado continental, que son herederos a su vez del derecho romano. Las codificaciones que siguen esta línea consagran como parámetro de conducta, en tanto diligencia media, el del buen padre de familia (*bonus pater familias*). Este es un estándar que, en palabras del Código Civil colombiano, se opone a “*la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*” (art. 63). El régimen mercantil establece un estándar similar, el del buen hombre de negocios.¹¹ Si bien en principio pareciera que este estándar es análogo al de la persona razonable, lo cierto es que el estándar de diligencia, que es el del buen padre de familia, supone un cuidado especial en el desarrollo de sus propios asuntos. Además,

11 Mención expresa hecha en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

proviene de una calificación o juicio moral de lo que es un buen cabeza de hogar o un buen comerciante.

Lo que se ha entendido con el parámetro de la persona razonable es que ya no se le puede exigir esta diligencia calificada moralmente como un estándar medio. No se le puede exigir al ciudadano de a pie que actúe con esta diligencia frente a los numerosos negocios jurídicos a los que se encuentra expuesto. En el mundo actual, donde lo que prima son las relaciones masivas de consumo, marcadas por la masificación publicitaria, y fenómenos como la contratación predispuesta y masiva, debe entenderse que la persona no puede sentarse a analizar cada situación cotidiana con la diligencia y cuidado exigibles cuando se redactaron los Códigos que incluyen el estándar del buen padre de familia.

La persona razonable es, entonces, la que actúa con atención, conocimiento, inteligencia y juicio que la sociedad requiere para proteger su propio interés y el de otro. El parámetro de conducta, entonces, se encasilla en qué hubiera hecho esa persona razonable de encontrarse en las mismas circunstancias. En este punto cabe preguntarse si el parámetro de conducta corresponde a la persona promedio o a una persona estándar, como sucede en el *common law*. Por un lado, determinar qué se entiende por persona promedio sería extremadamente difícil para el legislador, por lo que su definición correspondería sí o sí a los jueces. Esto albergaría problemas, ya que para entender la persona promedio sería consultar el contexto particular en el que se analiza el contrato, lo que da mayor amplitud y más elementos a considerar para que el operador judicial pueda determinar el parámetro de conducta aplicable en ese caso.

El nuevo texto adoptado habla de la interpretación que realiza una persona puesta en las mismas circunstancias. Sin embargo, no califica a la persona. ¿Es la persona más diligente? ¿Es la persona promedio? ¿La persona estándar? Aquí sentamos una crítica al Proyecto, en lo que nos parece un retroceso en materia de claridad legislativa y modernización del derecho contractual.

Sin embargo, es necesario poner de presente que la aplicación de la razonabilidad dentro de la interpretación nos enfrenta a otro reto dogmático. Kermelmajer, dentro de su texto, nos remonta a la opinión del juez inglés Lord Denning, quien, frente a la aplicación de este nuevo elemento, tiene reparos. Él expone que la búsqueda de la intención real y el canon de la persona razonable no son compatibles, se contraponen, ya que las personas razonables deberían expresar su real intención. Intentar buscar la intención real por medio de la razonabilidad, entendiendo a las partes como razonables, sería un desgaste, anda-

ríamos en un círculo. Una regla de interpretación real de la intención conjunto con la regla de interpretación razonable no tendría sentido según Denning.

Por otro lado, el artículo que analizamos prevé algo que el juez inglés pasa por alto; lo que se busca con esta regla de razonabilidad es que sea un mecanismo subsidiario de interpretación. Por lo que la crítica no tendría lugar, ya que no habría una contraposición real. La integración de este elemento de interpretación crearía otra seguridad para que finalmente se pueda dar una interpretación basada en la lógica, sin desconocer la razonabilidad de las partes. Por eso, solo si no es posible establecer la intención real de los contratantes deberá acudir el juez subsidiariamente al criterio de la razonabilidad para interpretar el contrato.

Finalmente, el artículo establece como última medida la interpretación de acuerdo con la buena fe. Este criterio ha sido ampliamente desarrollado, sobre todo en la discusión de la integración e interpretación del contrato. Si bien es trascendental su tratamiento para entender el Proyecto, la extensión propia del tema impide hacer un análisis extenso en este texto más allá de la simple referencia que hacemos.

3.4. Casos en el derecho comparado

Ante la propuesta de incluir nuevos criterios de interpretación a nuestro ordenamiento jurídico, o por lo menos a nuestro derecho positivo, cabe preguntarse qué reglas nuevas de interpretación se han visto en el mundo relacionadas con el asunto de la intención común de las partes. Aunque hay muchos casos interesantes para el estudio de la materia, un primer esbozo puede hacerse de algunos casos propios del derecho continental, de cuyas tradiciones ha bebido mucho el derecho colombiano.

Un caso paradigmático en cualquier materia de estudio de derecho civil es el derecho francés. El original del Código Civil de 1804 contenía una disposición muy similar a la del Código Civil colombiano vigente. El artículo 1156 disponía que “*En las convenciones debemos buscar cual ha sido la común intención de las partes contratantes, en vez de detenernos en el sentido literal de las palabras*” (traducción propia).¹² En el texto original, la intención aparece sin calificativos y no se indica cómo conocer su contenido, aunque la jurisprudencia francesa ha decantado dicha cuestión.

12 Original: *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.*

Tras la reforma al Código de 2016, la norma fue replicada con elementos muy similares en el inciso primero del artículo 1188, que establece que “*El contrato se interpreta según la intención común de las partes antes que al detenerse en el sentido literal de sus términos*” (traducción propia)¹³. El precepto es casi idéntico. Lo interesante se encuentra en el segundo inciso del artículo, donde el legislador estableció una nueva norma: “*Cuando esta intención no puede detectarse, el contrato se interpreta según el sentido que le daría una persona razonable situada en la misma situación*” (traducción propia).¹⁴ Con este inciso, el legislador introduce el criterio de la razonabilidad como fuente interpretativa del contrato, de una manera muy similar a la propuesta que hace el Proyecto de 2019.

Finalmente, el legislador francés de 2016 introdujo una regla que es especialmente interesante y relevante para la limitación de la labor interpretativa. Se trata del artículo 1192, que dispone que “*No se puede interpretar las cláusulas claras y precisas so pena de desnaturalización*” (traducción propia).¹⁵ La regla es fundamental, ya que le indica al interprete, que en la mayoría de los casos seguramente será el operador judicial, que no puede utilizar los criterios interpretativos de forma tal que desnaturalice las cláusulas consagradas y que no dan dudas. Se trata entonces de un nuevo viraje hacia la literalidad, que incluso puede contradecir el precepto de la intención común de las partes que el mismo legislador consagró en el artículo 1188 del Código francés.

Es comprensible que se haya querido limitar de alguna forma la interpretación, más aún cuando se otorgan elementos de juicio y criterios de una gran amplitud. Sin embargo, con la llegada de fenómenos como la contratación pre-dispuesta, la guerra de las formas y otros fenómenos que vive el mundo jurídico en torno a la redacción de contratos, si esta regla es la más apropiada. Después de todo, puede que las partes hayan firmado un contrato redactado previamente, incluso automatizado, pero que inequívocamente demuestren con sus actos que su voluntad se aparta de lo que estipula el texto que firmaron. Extender al intérprete una prohibición como esta puede impedirle hacer juicios que sean necesarios para desentrañar el verdadero sentido y naturaleza de los contratos.

13 Original: *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.*

14 Original: *Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.*

15 Original: *On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation.*

Como se explicó anteriormente, la ambigüedad en la que recae el texto del mencionado Proyecto de Código Civil es problemática en cuanto da posibilidad a interpretaciones que podrían incluso incluir pactos contractuales que no hacen parte del texto y solo se desprendan del comportamiento de las partes. Si bien la regla del legislador francés de 2016 parece excesiva, según lo planteado, queda abierta la cuestión de si debería precisarse en el texto de un eventual nuevo Código colombiano el alcance de las facultades del operador judicial al momento de interpretar los contratos.

Siguiendo con otros casos de estudio, se encuentra el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) alemán. En su artículo 133 *“En la interpretación de una declaración de voluntad prevalecerá la voluntad real a la del sentido literal de lo expresado”* (traducción propia).¹⁶ De nuevo, se encuentra un criterio muy similar al de la intención de las partes. La regla que consagra el BGB es más genérica, puesto que no habla de los contratos sino de las declaraciones de voluntad en general. Establece como criterio interpretativo la voluntad real sobre el sentido literal de la expresión. Esto es interesante puesto que se desprende del criterio de la intención común de las partes, para dar paso a la interpretación de las manifestaciones de voluntad individuales que constituyeron el consentimiento.

Ante esto es importante entender la norma complementada por el artículo 157 del BGB, que estipula que *“Los contratos serán interpretados de acuerdo con la confianza y la buena fe, de conformidad con las costumbres”* (traducción propia).¹⁷ La ley alemana incluye dos criterios que, en las tendencias de modernización del derecho privado, han tenido particular resonancia. El presente texto ya consideró la buena fe como criterio interpretativo, pero aparece expresamente como criterio de interpretación del contenido del contrato. Lo complementa el criterio de la confianza, que del texto se entiende que es la que se tienen los contratantes al momento de celebrar la convención. Que, a su vez, confianza significa buena fe contractual, por lo que, desde cualquier perspectiva se protege la interpretación con base en estos dos criterios.

La utilización de ambos criterios responde a las tendencias de la reformulación del fundamento del contrato, ya no en la autonomía de la voluntad de

16 Original: *Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.*

17 Original: *Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*

las partes, sino en “*la protección de la buena fe que se expresa en un deber de proteger la confianza de la otra parte*” (Cárdenas, 2021).

Para finalizar, se pueden analizar tres casos interesantes del derecho latinoamericano. Por un lado, está el Código Civil chileno, pariente directo del Código colombiano por compartir a su redactor, Andrés Bello, y por lo tanto necesario referente. En su artículo 1560 consagra una disposición que es un idéntico del 1618 colombiano, por lo que un análisis comparativo es de identidad de ambas disposiciones.

El Código Civil y Comercial argentino consagra una regla mixta entre el BGB alemán y el Código francés, Su artículo 1061 establece que “*El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe.*” Más allá de lo que se ha dicho hasta ahora, parece un intento del legislador argentino de integración del criterio tradicional de la intención común de las partes y el criterio moderno de la buena fe.

El artículo 1063 del Código argentino establece reglas muy interesantes para la interpretación de la intención de las partes. Por un lado, señala que las palabras empleadas en el contrato deben entenderse con el significado que les da el uso general, del acuerdo de las partes y de las costumbres del lugar de celebración. En esto se ve la integración del contexto al contrato de forma más tajante, ya que ya no es posible que el contrato se interprete solo según lo que las partes entienden, inclusive en la definición que dan a las palabras. Como se mencionó anteriormente, esta es una cuestión que preocupa del Proyecto de Código Civil de 2019, al no precisar si entiende significado común como el que es común para las partes o para el común de las personas.

Por otro lado, el mismo artículo habla de que “*Se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta*”. Esta disposición es muy particular, sobre todo considerando que la utilización de signos y expresiones no verbales y su interpretación ha adquirido importancia en varios frentes. Uno de ellos siendo la expresión de la voluntad de las personas discapacitadas. Las personas que por cualquier motivo no pueden expresar su voluntad mediante escritos podrían llegar a hacerlo por otros medios. Esta es la lógica que ha inspirado los convenios internacionales, y que en el ordenamiento jurídico colombiano fue plasmada, no sin fuertes críticas, en la Ley 1996 de 2019. El artículo 8 de la citada ley señala que “*Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con las modificaciones y adaptaciones necesarias para realizar los mismos.*”, sin por esto perder su pre-

sunción de capacidad jurídica de ejercicio. Armonizar una regla como la del Código argentino y de la Ley 1996 de 2019 puede resultar interesante para la garantía de los derechos de las personas discapacitadas, y llenar de contenido una disposición normativa cuyo alcance no ha quedado claro en nuestro país.

Otro frente importante donde adquiere relevancia la disposición del artículo 1063 del Código argentino es en cuanto a las formas de comunicación no verbales que son frecuentes en la actualidad: emojis, GIFs, “stickers”, entre otros. Fue famoso a nivel mundial el caso en el que un tribunal, específicamente la Court of King’s Bench de Saskatchewan, Canadá, emitió un fallo en el que reconocía el valor del emoji del pulgar hacia arriba como medio de comunicación no tradicional para formar efectivamente el consentimiento y dar plenos efectos al contrato. Este tipo de instrumentos de comunicación, si así se los puede llamar, hoy en día constituyen verdadero lenguaje, y el derecho debe actualizarse en este sentido.

El caso del derecho venezolano es particularmente interesante. A diferencia de todos los casos que se han analizado, el Código Civil de Venezuela de 1982 no incluye una regulación sistemática sobre la interpretación de los contratos. Es más, no existe en el ordenamiento jurídico venezolano una regulación sistemática de la materia. El Código venezolano de 1873, inspirado en el Código Civil italiano de 1865, no incluyó en su articulado una sistematización de la interpretación de los contratos, como si lo hacía el texto italiano. Y así, en las sucesivas reformas que se le hicieron a dicho Código, ni en la expedición del nuevo Código Civil de 1982 se hizo referencia a la materia. Esto se consolidó como parte de la tradición jurídica venezolana. En palabras de Urbina Mendoza, *“la interpretación de los contratos en Venezuela no se corresponde a la órbita de normas sustantivas sino de otra naturaleza”*.

La única norma de derecho positivo en el ordenamiento jurídico venezolano que hace referencia a alguna regla de interpretación se encuentra, curiosamente, en su Código de Procedimiento Civil. El segundo inciso del artículo 12 estipula lo siguiente: *“En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe”*. Como se puede ver, es una regla muy similar a la consagrada en gran parte de los países de derecho continental, incluida Colombia. Habla no sólo de la intención sino del propósito de los contratantes. Cabe resaltar la inclusión de criterios como la buena fe y la verdad, este último siendo especialmente interesante por no tratarse de un concepto recurrente en el lenguaje jurídico, al menos del derecho civil.

4. CONCLUSIONES

Habiendo comparado el actual Código Civil y el Proyecto de Código de la Universidad muestra la necesidad de actualizar el régimen vigente en Colombia. La novedad de la interpretación contractual a la luz de la voluntad real y común de las partes revela avances significativos en la precisión de los criterios interpretativos, orientado a garantizar la primacía de la intención genuina de los contratantes sobre la literalidad del contrato.

Este enfoque moderno refuerza la seguridad jurídica, pues proporciona directrices claras para el operador judicial, incorporando elementos adicionales como el comportamiento total de las partes y del contexto del contrato para incorporarlos a la intención declarada de las partes. Estos cambios fortalecen la coherencia del sistema jurídico, previniendo prácticas fraudulentas como la simulación contractual, priorizando la veracidad del negocio sobre la apariencia formal. No estamos de acuerdo con la eliminación de estos criterios del derecho positivo, pues su existencia aporta a que los contratantes puedan simplificar sus intercambios, facilitando el tráfico jurídico al asegurar que, en caso de omisión o confusión en los términos escritos, siempre se podrá acudir ante el juez con los diversos medios de prueba para hacer valer el contenido real de los contratos.

La tendencia hacia una interpretación contextualizada y sistemática se alinea con los avances logrados en otros sistemas jurídicos que han adoptado metodologías similares para modernizar sus sistemas contractuales. La incorporación de estos criterios en la normatividad colombiana puede permitir mayor certeza en las relaciones contractuales por el alcance de su interpretación, contribuyendo a la evolución del derecho privado en el país.

La reforma de la interpretación contractual debe dirigirse a la protección efectiva de la voluntad de las partes, garantizando un equilibrio entre la flexibilidad interpretativa y la estabilidad del tráfico jurídico. La modernización del Código Civil en este aspecto es esencial para la adaptación del derecho a las dinámicas contractuales contemporáneas. La reforma solo funciona si se hace de manera sistemática y organizada, considerando los varios frentes en los que las variaciones a las instituciones clásicas del derecho privado inciden en el funcionamiento de los otros. Partiendo de la interpretación de los contratos, concluimos con un llamado hacia una revisión armónica de aquellas reformas que requiere nuestro ordenamiento, para avanzar hacia un sistema jurídico moderno y que responda a las necesidades del mundo de hoy.

REFERENCIAS

- Bonivento Fernández, J., Lafont Pianetta, P., Herrera Osorio, F., et. Al. (2019). *Proyecto de Código Civil – primera versión: reforma del código civil y su unificación en obligaciones con el código de comercio*. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia; Bogotá D.C.
- Bonivento Fernández, J., Lafont Pianetta, P., Herrera Osorio, F., et. Al. (2023). *Proyecto de Código Civil – segunda versión: reforma del código civil y su unificación en obligaciones con el código de comercio*. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia; Bogotá D.C.
- Comisión Revisora del Código Civil (1983). *Proyecto de Código Civil*. Exposición de motivos. Superintendencia de Notariado y Registro; Bogotá D.C.
- Cárdenas Mejía, J. (2021). *Contratos: notas de clase* (1ª ed.). LEGIS Editores; Bogotá D.C.
- Kemelmajer, A. (2020). *La razonabilidad en el Código Civil y Comercial argentino*. Lineamientos generales. En “El criterio de razonabilidad en el derecho privado: el estándar de la persona razonable y su aplicación en las decisiones judiciales”. Grupo Editorial Ibáñez; Bogotá D.C.
- Levenson, M (2023). *Canadian Court Rules 🗍️ Emoji Counts as a Contract Agreement*. Consultado el 1 de noviembre de 2023 desde <https://www.nytimes.com/2023/07/07/world/canada/canada-thumbs-up-emoji-contract.html>
- Moretti, R. (2018) *El buen padre de familia*. Artículo de Opinión. Consultado el 1 de noviembre de 2023 desde: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-buen-padre-de-familia/>
- Ospina, G. (2005). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Editorial Temis; Bogotá D.C.
- Urbina, E.j. (2010). *La interpretación de los contratos en Venezuela y la jurisprudencia de la Sala de Casación civil Un ensayo de periodización de la justicia contractual venezolana (1876-2006)*. Bilbao, Universidad de Deusto. Tomado de: <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=ksar7Wonk2E%3D>

Normativa

- Bürgerliches Gesetzbuch. 18 de agosto de 1896. BGB in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002.
- Code Civil des Français. 21 de marzo de 1804. Imprimerie de la Republique An XII.
- Código Civil de Venezuela. 26 de julio de 1982. Gaceta No. 2990 Extraordinaria
- Código de Procedimiento Civil. 18 de septiembre de 1990. G.O. No. 4209 Extraordinario.
- Constitución Política de Colombia. 20 de julio de 1991. G.C. No. 116
- Decreto 401 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. 27 de marzo de 1971. D.O. 33339

- Decreto con Fuerza de Ley 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la ley nº 4.808, sobre registro civil; de la ley nº 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la ley nº 16.618, ley de menores; de la ley nº 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley nº 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. 16 de mayo de 2000.
- Ley 84 de 1873. Código Civil. 26 de mayo de 1873. D.O. 2867



**LA CONTAMINACIÓN DEL JUEZ
DE CONOCIMIENTO POR PRUEBA ILÍCITA
EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO
COLOMBIANO. UN ANÁLISIS DE DERECHO
COMPARADO CON EL MODELO MEXICANO**

***THE CONTAMINATION OF THE TRIAL JUDGE
BY ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE
IN THE COLOMBIAN ADVERSARIAL CRIMINAL
JUSTICE SYSTEM: A COMPARATIVE LAW ANALYSIS
WITH THE MEXICAN MODEL***

SOFIA NAVAS VERA*

SILVANA ALEJANDRA ROJAS SUÁREZ**

LUIS FELIPE BOTERO CÁRDENAS***

Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2024

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2025

Disponible en línea: 30 de junio de 2025

RESUMEN

La cláusula de exclusión probatoria constituye un pilar fundamental del sistema penal acusatorio, al prohibir la utilización de pruebas que han sido obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales. Sin embargo, un problema sustancial surge cuando el juez de conocimiento es expuesto a pruebas ilícitas antes de su

* Integrante del semillero de Derecho Penal Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana

** Integrante del semillero de Derecho Penal Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana

*** Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y supervisor del Semillero de Derecho Penal Económico.

exclusión formal, dicho contacto puede generar sesgos cognitivos que afectan la valoración que se hace de todo el acervo probatorio lícito, afectando la equidad del juicio y en última instancia, la legitimidad del fallo. A continuación se pretende analizar los riesgos derivados de este contacto tan temprano que propone nuestro ordenamiento del juez de conocimiento con los medios de conocimiento, destacando las limitaciones normativas que permiten dicha contaminación. A través de un estudio de derecho comparado con el modelo procesal penal mexicano, se pondrán en perspectiva las deficiencias estructurales del diseño del procedimiento colombiano. En México, el legislador hizo una separación radical de funciones entre el juez de control y el juez de juicio oral, impidiendo que este último tenga contacto alguno con pruebas ilícitas.

Los hallazgos que resulten de esta investigación subrayan la necesidad de implementar mecanismos procesales o reformas para que en Colombia se minimice el riesgo de contaminación de los jueces. Se propone que, el ejercicio de la cláusula de exclusión se realice en etapas que anteceden la designación de competencia al juez de conocimiento. Estas propuestas de reformas son esenciales para que las decisiones judiciales se configuren en el marco de la legalidad y el respeto de las garantías fundamentales, pues sólo así se imparte justicia.

Palabras clave: Prueba ilícita, juez de conocimiento, cláusula de exclusión, proceso penal acusatorio, juez de control, garantías procesales, imparcialidad judicial.

ABSTRACT

The exclusionary rule is a cornerstone of the adversarial criminal justice system, serving as a safeguard against the use of evidence obtained in violation of fundamental rights. However, a significant issue arises when the trial judge is exposed to illicit evidence before its formal exclusion. Such exposure can generate cognitive biases that affect the assessment of all lawfully admitted evidence, thereby compromising the fairness of the trial and, ultimately, the legitimacy of the judgment. This study aims to analyze the risks stemming from this early exposure, as permitted by the Colombian legal framework, highlighting the normative shortcomings that allow for such judicial contamination. Through a comparative

legal analysis with the Mexican criminal procedure model, the structural deficiencies of the Colombian system will be examined. In Mexico, the legislature has established a strict separation of functions between the control judge and the trial judge, preventing the latter from having any contact with illicit evidence.

The findings of this research underscore the need to implement procedural mechanisms or reforms to minimize the risk of judicial contamination in Colombia. It is proposed that the exclusionary rule be applied at earlier procedural stages, before jurisdiction is assigned to the trial judge. These proposed reforms are essential to ensuring that judicial decisions are rendered within the framework of legality and the protection of fundamental rights, as only under these conditions can justice be properly administered.

Keywords: Illegally obtained evidence, trial Judge, control judge, exclusionary rule, adversarial criminal procedure, due process guarantees, judicial impartiality.

1. INTRODUCCIÓN

El principio de exclusión probatoria constituye una de las garantías fundamentales de nuestro proceso penal acusatorio, toda vez que, busca evitar que todos los medios de conocimiento que fueron obtenidos en detrimento de derechos fundamentales afecten la legitimidad del juicio. Es así como en Colombia la exclusión probatoria ha sido regulada por la Ley 906 de 2004 y ha sido desarrollado como principio por la jurisprudencia de las grandes corporaciones, estableciendo que cualquier prueba obtenida en contravención de garantías constitucionales es nula *ipso iure*. Empero, en la práctica, este principio plantea un problema significativo: el riesgo de contaminación del juez de conocimiento cuando ha estado en contacto con pruebas ilícitas, lo que puede llegar a comprometer la imparcialidad de su juicio.

El presente artículo se enfoca en analizar cómo el juez de conocimiento puede verse comprometido al haber estado en contacto con una prueba ilícita antes de que esta haya sido excluida del acervo probatorio, afectando el deber que tiene el estado de garantizar un juicio justo y el debido proceso. Para ello, se evaluará el tratamiento que recibe la prueba ilícita en el derecho procesal penal mexicano, el cual implementa un modelo que restringe sustancialmente el contacto del juez de juicio oral con las pruebas y depura en una etapa procesal más temprana aquellos medios de conocimiento que pueden haber sido obtenidos de manera ilícita para evitar este tipo de contaminación del juez.

A partir de este análisis comparado, se busca identificar los riesgos que enfrenta el sistema colombiano en materia de imparcialidad judicial y plantear posibles reformas que en la práctica verdaderamente mitiguen la lesión al principio de imparcialidad y fortalezcan la exclusión probatoria y el debido proceso, de manera que las decisiones judiciales se fundamenten exclusivamente en pruebas obtenidas en el marco del respeto y protección de los derechos fundamentales de las partes.

2. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

De los avances más importantes que nos ha traído la Constitución del 91 y la creación del Estado Social de Derecho es el debido proceso como derecho fundamental. El artículo 29 de la carta codifica y positiviza las garantías bajo las cuales debe adelantarse la actuación judicial y administrativa en Colombia. Lo anterior, en aras de proteger al individuo del poder punitivo del estado y evitar el resurgimiento del Leviatán. La extinción de este monstruo bíblico en forma de estado tomó lugar con la ayuda del garantismo como modelo jurídico y filosófico, acuñado por Luigi Ferrajoli permitiendo tutelar las garantías constitucionales de las que gozan los ciudadanos limitando y prohibiendo los abusos del poder público.

Sin duda el garantismo permeó el derecho penal tanto en su estructura teórica-sustancial como en los aspectos procedimentales de la actuación jurisdiccional y de las partes apuntando a un sistema adversarial. Bajo esta premisa, el legislador encontró una alta compatibilidad entre el sistema de enjuiciamiento acusatorio y el modelo humanista que proclama La Constitución del 91. Como consecuencia de ello, la ley 906 de 2004 se rige bajo principios como la publicidad, oralidad, contradicción, no autoincriminación, licitud, entre otros que desarrollan las diferentes fuentes de derecho. Ahora bien, este último que mencionamos cobra gran relevancia a la luz del problema jurídico que nos compete analizar hoy.

Un aspecto característico de los sistemas de enjuiciamiento acusatorios es que el inculcado siempre es “un sujeto de derecho, titular de garantías frente al poder penal del estado, garantías tanto sustantivas como procesales necesarias para las exigencias del debido proceso, que constituyen límites para el poder del Estado. Esto es, se minimiza el poder del Estado y se maximizan los derechos de las personas, sobre todo, se hace efectivo el derecho de defensa, no solo por el hecho de que el inculcado cuenta con un defensor, sino por

la oportunidad efectiva que tiene de contradecir las pruebas de la acusación y, más aún, por contar con una igualdad entre ambas partes.”¹ Así las cosas, debemos entender el garantismo como un sistema que propicia los instrumentos y herramientas que permiten la realización y protección material de estos derechos.

El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 23, establece uno de los instrumentos que materializan el interés del Estado Social de Derecho por la búsqueda de una verdad procesal. Esta verdad debe entenderse como aquella a la que es posible acceder dentro del marco de la legalidad, sin vulnerar los derechos del procesado, y se construye a partir de la correlación entre los elementos materiales probatorios, la evidencia física aportada al proceso y el núcleo fáctico que sustenta la acusación contra el imputado.

Bajo la premisa de que el procesado, en el sistema penal acusatorio, es un sujeto de derechos y no un objeto de investigación, el procedimiento penal impone límites a las actuaciones de las autoridades en su labor de búsqueda de la verdad y la justicia. Las exigencias que el legislador ha establecido para la obtención de pruebas son una manifestación directa del garantismo, y en virtud de este principio, se ha consagrado la cláusula de exclusión probatoria, cuyo propósito es impedir que las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales contaminen el proceso y afecten su legitimidad.

Al respecto, conviene recordar que el artículo 29 de la Carta señala que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, mandato que, en sede del sistema adversarial, es desarrollado en los artículos 23 y 455 de la Ley 906 de 2004 que venimos mencionando y señalan:

“Artículo 23. Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por la que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.”

“Artículo 455. Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.”

1 Mariela Ponce Villa, *La Epistemología del Procedimiento Penal Acusatorio*, página 27, 2019.

En sentencia la Sala de Casación Penal indicó:

El artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que “es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

La exclusión opera de maneras diversas y genera consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal.

Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, si que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales.

La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba.²

Ahora bien, tanto en los casos de ilicitud e ilegalidad probatoria como en aquellos donde estas recaen sobre los elementos materiales probatorios y la evidencia física, la consecuencia normativa es la misma: la exclusión de la prueba. Esto se debe a que dichos medios de convicción son considerados jurídicamente “nulos de pleno derecho” conforme a la Constitución. En consecuencia, su inexistencia jurídica se extiende a cualquier otra prueba que dependa de ellos, derive de su obtención o solo pueda justificarse con base en su existencia. Desde una perspectiva tanto lógica como constitucional, una prueba

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 2 de marzo de 2005, radicado 18.103.

jurídicamente inexistente no puede dar lugar a efectos que validen su admisibilidad.

Este principio encuentra respaldo en la teoría del “árbol envenenado y su fruto”, desarrollada en el derecho anglosajón e incorporada en diversos ordenamientos jurídicos, incluido el colombiano. Dicha teoría establece que si la fuente de una prueba es ilícita, cualquier evidencia derivada de ella también lo será y, por tanto, debe ser excluida del proceso. Así, al igual que un árbol envenenado solo puede producir frutos contaminados, las pruebas obtenidas a partir de una fuente ilícita se consideran viciadas en su totalidad. Sin embargo, la ley ha previsto 3 casos que constituyen una excepción a este principio de exclusión y que de acreditarse al menos uno de ellos permite dejar dichos medios de conocimiento dentro del acervo probatorio para garantizar la efectividad de la investigación penal.

La comunidad jurídica se ha puesto de acuerdo en estas excepciones y ha explicado las excepciones de la siguiente forma:

“...por vínculo atenuado se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la fuente independiente, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y (v) el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenida por un medio lícito.” (C-591/2005).

Si bien estas excepciones buscan evitar un rigorismo excesivo que comprometa la efectividad de la justicia penal, en el contexto del sistema penal acusatorio colombiano surge una problemática relevante: la exposición del juez de conocimiento a las pruebas ilícitas. Aun cuando se aplique la cláusula de exclusión probatoria y se descarte la prueba del acervo probatorio, el contacto previo del juez con la evidencia puede comprometer su imparcialidad al momento de valorar el material probatorio restante y emitir un fallo. Esta situación pone en riesgo la garantía de un juicio justo y exige que se implementen mecanismos procesales que prevengan la contaminación del juzgador, como la separación funcional entre el juez de control de garantías y el juez de conocimiento, así como reglas claras para limitar el acceso a la prueba ilícita durante el desarrollo del juicio oral.

3. EL MODELO MEXICANO Y SU ENFOQUE EN LA EXCLUSIÓN DE PRUEBAS ILÍCITAS

Para entender el funcionamiento del Procedimiento Penal Mexicano, utilizaremos como base el manual de Principios del sistema penal acusatorio; publicidad, concentración y continuidad, publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este, se realiza un análisis y una explicación detallada acerca de la importancia de los principios de concentración, continuidad e inmediatez en el modelo acusatorio, además de hacer énfasis en cómo la prueba ilícita representará un elemento de gran relevancia, pues su admisión o exclusión impacta directamente la legalidad del proceso y la protección de los derechos fundamentales de las partes.

En primer lugar, haremos un breve recuento de la estructura del procedimiento penal mexicano, que está dividido en tres grandes etapas; investigación, intermedia y juicio oral. Cada una de estas fases cumple funciones específicas dentro del procedimiento y está supervisada por jueces con diferentes atribuciones, lo que permite un mayor equilibrio en la resolución de procesos.

Inicialmente, nos encontramos con la etapa de investigación, que tiene como objetivo la determinación de la existencia de un hecho delictivo, y la existencia de razones suficientes para realizar una imputación de cargos. Esta etapa, se divide en dos fases; Investigación inicial, que comienza con una denuncia o querrela y es dirigida por el ministerio público, con el propósito de recolectar material probatorio; y la fase de investigación complementaria, en donde aparece un Juez de Control, que debe determinar si existen los elementos mínimos para continuar con el proceso. En segundo lugar, está la etapa intermedia, en la cual se realiza la depuración del material probatorio que se presentará en el juicio. Durante la audiencia intermedia, el juez de Control determina qué pruebas serán admitidas o excluidas, cerrando de esta manera, con un auto de apertura de juicio que contiene la lista del material probatorio que podrá ser presentado ante el tribunal de enjuiciamiento. En este punto, se precluye la posibilidad de discutir acerca de la legalidad del material probatorio, pues el Juez de Juicio Oral sólo podrá trabajar con los elementos depurados. Finalmente, el procedimiento acaba con la etapa de Juicio Oral, en donde a diferencia de las otras etapas, nos encontramos con un juez de diferentes atribuciones a las del juez de control, pues, quien dirige esta etapa es el Juez de Juicio Oral, quien con el material probatorio depurado y el debate en audiencia debe emitir una sentencia fundada.

Ahora bien, habiendo comprendido de manera general la estructura del procedimiento penal mexicano, explicaremos la regulación de la prueba ilícita en

este sistema. El Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), establece una regulación específica para la prueba ilícita, derivada del principio de exclusión de la prueba, que impide que elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales sean admitidos en Juicio. En este sentido, el artículo 97 del CNPP señala que las pruebas obtenidas de maneras ilícita, deben ser excluidas del proceso penal:

“Cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado y su nulidad deberá ser declarada de oficio por el Órgano jurisdiccional al momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento (...)”

El criterio de la Suprema Corte, ha establecido que los jueces deben analizar la licitud de las pruebas en la etapa intermedia del proceso penal, lo que significa que, si un medio de prueba ha sido obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales, no debe ser considerado en la etapa de juicio oral. En este sentido, se refuerza la importancia del juez de control, cuya función es garantizar que el material probatorio que llegue a juicio haya sido obtenido de manera legal y lícita.

A su vez, es importante resaltar que uno de los aspectos más importantes del procedimiento penal acusatorio es la continuidad del juicio, es decir, la imposibilidad de regresar a etapas previas una vez iniciado el debate de juicio oral. En este contexto, y como se ha resaltado a lo largo del texto, la exclusión de pruebas ilícitas debe realizarse antes de la apertura del juicio oral, ya que una vez iniciado, el juez de Juicio Oral sólo puede valorar el medio probatorio admitido en la etapa intermedia. La Suprema Corte ha enfatizado que esta estructura busca evitar que las violaciones procesales afecten la etapa decisiva del juicio, garantizando que los medios de prueba presentados, vayan acorde a la ley procesal y el mandato constitucional. Así pues, el auto de apertura a juicio y la admisión de pruebas forman parte de un mecanismo procedimental, en el cual se debe garantizar la legalidad de los medios probatorios admitidos, lo que implica que el Juez de Control, tiene la responsabilidad de filtrar aquellos que no cumplen con los requisitos de licitud. De esta forma, la existencia de un Juez de Juicio Oral, diferente al Juez de Control refuerza la imparcialidad del juicio, pues el juez que emite la sentencia no tiene intervención ni conocimiento de la etapa que se encarga de la admisión de pruebas.

Continuando con lo anterior, es importante resaltar la diferencia entre las funciones del Juez de Control y el Juez de Juicio Oral. Esta división permite que el Juez de Control se encargue de supervisar la legalidad del proceso durante la

etapa de investigación y la intermedia, mientras que el juez de Juicio Oral tiene la responsabilidad de valorar la prueba y emitir un fallo. Esta distinción es crucial para evitar que el juez encargado de dictar sentencia se vea influenciado por pruebas ilícitas que hayan sido indebidamente admitidas en etapas anteriores. En este sentido, el principio de inmediación exige que el juez que dicte sentencia tenga contacto directo con las pruebas, pero solo aquellas que cumplen con las reglas de legalidad.

Además, es importante resaltar que el criterio que la Suprema Corte ha establecido y ha sido claro en señalar que la obtención de pruebas en violación a los derechos fundamentales tiene como consecuencia su exclusión del proceso penal. En sentencia, la corte dictaminó que:

“Se ha establecido como regla general la invalidez de todos los elementos de prueba que tengan como fuente directa o se hayan obtenido con violación de los derechos humanos”.

Asimismo, se ha establecido que una vez determinada la exclusión de una prueba, esta decisión no puede ser revertida en el juicio oral, lo que refuerza la importancia del Juez de Control. Cuya labor es garantizar que solo las pruebas lícitas lleguen a la etapa de juicio.

En conclusión, la regulación de la prueba ilícita en el sistema penal acusatorio mexicano es una garantía fundamental para la protección de los derechos humanos y el debido proceso. La existencia de jueces con funciones diferenciadas permite que la exclusión de pruebas ilícitas se realice de manera efectiva antes de la etapa de juicio oral, evitando que el juez que dicte sentencia se vea influenciado por pruebas ilícitas. Así pues, la división entre el Juez de Control y el Juez de Juicio Oral fortalece la imparcialidad del sistema, garantizando que las pruebas sean valoradas conforme a los principios de legalidad y debido proceso.

4. COMPARACIÓN ENTRE LOS MODELOS COLOMBIANO Y MEXICANO

Tanto el modelo mexicano como el colombiano tienen la naturaleza de sistemas de enjuiciamiento acusatorio. En este sentido, comparten principios fundamentales como la imparcialidad, la publicidad, la concentración, la inmediación y la licitud, entre otros, los cuales orientan la actuación procesal y garantizan la protección de los derechos de las partes e intervinientes.

Además de compartir un sistema basado en estos principios, el legislador mexicano, al igual que el colombiano, ha distribuido la función jurisdiccional en dos órganos distintos. En el caso mexicano, se distingue entre el Juez de Control, quien preside el procedimiento desde la etapa inicial hasta la conclusión de la etapa intermedia, y el Juez de Juicio Oral, quien, como ya se mencionó, tiene la responsabilidad de valorar la prueba y emitir un fallo.

Por su parte, en el proceso penal colombiano también intervienen dos tipos de jueces. En primer lugar, el Juez de Control de Garantías, cuya función, establecida por el Acto Legislativo 03 de 2002, es velar por la protección de los derechos y libertades públicas en el desarrollo de la actuación procesal. Conforme a lo anterior, corresponde a este juez determinar la legitimidad constitucional de la actividad investigativa en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en afirmar que el Juez de Control de Garantías carece de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los elementos materiales probatorios recopilados por la Fiscalía, pues dicha verificación está presupuestada para hacerse en la audiencia preparatoria, presidida por el Juez de Conocimiento. En el sistema doméstico, el rol del Juez de Conocimiento se ciñe a presidir las audiencias de acusación, preparatoria y de juicio oral y hacer las valoraciones probatorias y la ponderación necesaria que respecta a cada subetapa del proceso penal.

Ahora bien, resulta pertinente analizar que se ha entendido como el principio de imparcialidad judicial para determinar adecuadamente si el diseño del procedimiento penal colombiano atenta contra esta garantía constitucional. La Corte Constitucional le ha reconocido una doble dimensión: objetiva y subjetiva, en los siguientes términos:

*“i) subjetiva, esto es, relacionada con la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto; y ii) una dimensión objetiva, esto es, sin contacto anterior con el **thema decidendi**, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto. No se pone con ella en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción” sino atender al hecho natural y obvio de que la instrucción del proceso genera en el funcionario que lo*

adelante, una afectación de ánimo, por lo cual no es garantista para el inculpado que sea éste mismo quien lo juzgue””³.

De acuerdo con lo anterior, se desprende lógicamente que la distribución orgánica del alcance jurisdiccional del Juez de Conocimiento conlleva una vulneración reiterada del principio de imparcialidad. Es un hecho claro que, en virtud de la distribución de la función jurisdiccional dentro de nuestro procedimiento penal, dicho principio se ve afectado constantemente, toda vez que el juez, en la audiencia de formulación de acusación, se pronuncia sobre las causales de nulidad, incompetencias, impedimentos, recusaciones, observaciones que la defensa tenga sobre el escrito de acusación y el reconocimiento de la calidad de víctima en el proceso.

En el mismo sentido, durante la audiencia preparatoria, el mismo iudex conoce los descubrimientos probatorios y los medios de prueba que las partes pretenden llevar a juicio, además de pronunciarse sobre la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de pruebas ilegales o ilícitas. De esta manera, se configura una vulneración a la segunda dimensión del principio de imparcialidad, tal como lo entiende la Corte Constitucional, pues el hecho de que el Juez de Conocimiento esté en contacto con todas las actuaciones correspondientes a estas dos audiencias necesariamente lo lleva a conocer el *thema decidendum*.

En contraste con el modelo colombiano, donde el Juez de Conocimiento participa en las audiencias de acusación, preparatoria y de juicio oral, el sistema mexicano establece una división más estricta entre las funciones de los jueces para garantizar la imparcialidad. En el modelo mexicano, el Juez de Control dirige la etapa intermedia y decide sobre la exclusión de pruebas ilícitas, mientras que el Juez de Juicio Oral sólo conoce el material probatorio previamente depurado y no interviene en discusiones previas sobre su admisión.

Así, resulta fundamental analizar cómo el sistema mexicano minimiza la contaminación del juzgador y distribuye de manera más equilibrada las funciones jurisdiccionales. La principal diferencia radica en el alcance de la etapa intermedia del proceso penal mexicano, en la cual se examina el descubrimiento probatorio tanto del órgano acusador como de la defensa, se discuten los acuerdos probatorios —que en el derecho colombiano equivaldrían a las estipulaciones probatorias— y se determina la admisión o inadmisión de los elementos materiales probatorios que podrán ser presentados en la etapa de juicio oral.

3 Corte Constitucional, Sentencia C-496 de 2016

Una vez evacuadas estas diligencias la etapa termina con un auto de control de apertura dictado por el Juez de Control. El Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 347 dispone que, en la etapa intermedia del proceso penal, debe precisarse cuál será el tribunal encargado de llevar a cabo el juicio oral, así como la fecha y hora en que se realizará la audiencia. También debe detallarse la identidad de los acusados, las acusaciones que serán objeto del juicio y cualquier corrección formal que se haya hecho a las mismas, junto con los hechos que fundamentan esas acusaciones. Asimismo, deben incorporarse los acuerdos probatorios alcanzados entre las partes, las pruebas admitidas que se presentarán en la audiencia de juicio y, en su caso, las pruebas anticipadas. También se deben indicar las pruebas que podrían ser desahogadas durante la audiencia de individualización de sanciones y reparación del daño. Además, el artículo contempla las medidas necesarias para proteger la identidad y los datos personales de quienes así lo requieran, la identificación de las personas que deben ser citadas a la audiencia de juicio, y las medidas cautelares impuestas al acusado.

Adicionalmente, el legislador mexicano es claro en su artículo 350 al establecer que: *“Los jueces que hayan intervenido en alguna etapa del procedimiento anterior a la audiencia de juicio no podrán fungir como Tribunal de enjuiciamiento”*. Esta disposición garantiza la imparcialidad del Juez de Juicio Oral y establece una separación estricta entre el ente acusador y el juzgador, en plena concordancia con la naturaleza del sistema de enjuiciamiento acusatorio.

Así pues, es relevante analizar el sistema penal Mexicano porque se trata de un modelo acusatorio que ha sido diseñado para asegurar una estricta imparcialidad judicial, al prohibir que el juez tenga contacto previo con los elementos probatorios antes del juicio oral. Esta característica es fundamental en el estudio del manejo de la prueba ilícita, ya que el sistema mexicano contempla mecanismos claros para su exclusión, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales y preservar la imparcialidad del juicio. La forma en que México estructura la separación entre las funciones de investigación, acusación y juzgamiento lo convierte en un referente importante para evaluar cómo debe operar el control judicial de la legalidad de la prueba en un proceso penal garantista.

5. CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y REFORMAS

En los capítulos anteriores, hemos analizado el funcionamiento del sistema penal colombiano y mexicano en lo que respecta a la admisibilidad de la prueba, con énfasis en el tratamiento de la prueba ilegal e ilícita, en ambos ordenamientos. Además, hemos explorado cómo cada sistema busca garantizar la validez

de los medios probatorios y evitar que el proceso se vea afectado por pruebas obtenidas de manera contraria a la ley.

Ahora, en este capítulo, nos enfocaremos en los mecanismos que existen para impedir que los jueces continúen conociendo un caso cuando su imparcialidad pueda estar comprometida, particularmente en lo relacionado con su exposición a pruebas ilícitas. Para ello, examinaremos las figuras de impedimento y recusación dentro del sistema penal colombiano, así como el procedimiento de saneamiento probatorio que busca garantizar la legalidad de las pruebas antes de que sean evaluadas por el juez de conocimiento.

Sin embargo, más allá de describir estos mecanismos, adoptaremos una mirada crítica sobre sus limitaciones y el impacto que tienen en la administración de justicia.

En primer lugar, el sistema penal colombiano reconoce las figuras de recusación e impedimentos como mecanismos para garantizar la imparcialidad del juez en un proceso penal. Sin embargo, estas figuras presentan limitaciones, especialmente cuando el juez de conocimiento ha sido expuesto a pruebas ilegales o ilícitas. El Artículo 56 del Código de Procedimiento Penal colombiano, establece diversas causales de impedimento, como el interés personal del juez en el caso, su relación con las partes o su participación previa en el proceso en otra calidad. No obstante, ninguna de estas causales contempla expresamente la posibilidad de que el juez pueda estar impedido por haber sido influenciado o contaminado por pruebas obtenidas de manera ilícita o ilegal.

Esta omisión genera un problema en la administración de justicia, pues si el juez de conocimiento ha sido expuesto a una prueba ilegal, aunque posteriormente sea excluida en la audiencia preparatoria, ya ha tenido contacto con un elemento que puede influir en su percepción y decisión del caso. En el sistema penal acusatorio, la imparcialidad judicial es fundamental, y la falta de una causal expresa para impedir que el juez expuesto a pruebas ilícitas continúe conociendo del caso genera una transgresión a los derechos fundamentales de las partes.

Además, el hecho de que la recusación y el impedimento deban ser solicitados y probados por las partes alarga los procesos y genera un desgaste judicial innecesario. En la práctica, es difícil demostrar que un juez ha sido influenciado por una prueba ilícita, lo que hace que, en la mayoría de los casos, estos sigan conociendo el proceso a pesar de haber sido expuestos a información que debería estar fuera del debate en juicio.

Continuando con lo anterior, en el procedimiento penal colombiano, se realiza el saneamiento probatorio en la audiencia preparatoria, toda vez que en este acto procesal, las partes tienen la posibilidad de poner ante el conocimiento del juez cualquier vicio que exista con respecto del acervo probatorio. Esto, está establecido en el Artículo 359 del Código de Procedimiento Penal, el cual permite a las partes y al Ministerio Público solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de pruebas que resulten impertinentes, repetitivas o ilegales.

No obstante, este mecanismo se aplica ante el mismo juez de conocimiento, quien dicta la sentencia en el proceso, lo que significa que, si bien la prueba puede ser excluida formalmente, el juez ya ha sido expuesto a su contenido. Esto plantea un problema grave en términos de imparcialidad, ya que el conocimiento previo de una prueba ilícita puede influir, consciente o inconscientemente, en la valoración de las demás pruebas y en la decisión final.

En el sistema penal acusatorio, la imparcialidad del juez es uno de los pilares fundamentales, y la contaminación del juez de conocimiento con pruebas ilícitas vulnera el debido proceso y el derecho a un juicio justo. Aunque el juez tenga la obligación de basar su decisión únicamente en las pruebas admitidas legalmente, la realidad es que el conocimiento previo de elementos de prueba puede afectar su juicio de manera inconsciente.

El concepto de imparcialidad del juez, analizada por la convención americana de derechos humanos, y mencionada en la Sentencia C-450 de 2015, establece que:

“la imparcialidad del Tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, **una posición tomada**, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia.” En consecuencia, “en aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.”

Así pues, para evitar la contaminación del juez de conocimiento con pruebas ilícitas y así mismo evitar que el juez ya tenga una posición tomada antes de dictar sentencia, se podría implementar un mecanismo de saneamiento probatorio en etapas anteriores del proceso, específicamente ante el juez de control de garantías. En el modelo penal mexicano, por ejemplo, el principio de publicidad y el control de la prueba se garantizan desde las primeras etapas del proceso, lo que impide que el juez de juicio oral tenga contacto con pruebas ilícitas.

En Colombia, esto podría lograrse a través de una reforma procesal que establezca que toda la discusión sobre la admisibilidad y exclusión de pruebas deba llevarse a cabo en una audiencia preliminar ante el juez de control de garantías, antes de que el caso sea remitido al juez de conocimiento. De esta manera, el juez que presidirá el juicio oral no tendrá ninguna exposición a pruebas que posteriormente sean declaradas inadmisibles, garantizando así su imparcialidad.

Este mecanismo permitiría que los debates sobre la legalidad de las pruebas se resuelvan de manera más objetiva, sin comprometer la percepción del juez de conocimiento. Además, facilitaría que las partes puedan hacer valer sus derechos antes de la etapa de juicio, evitando que las pruebas ilícitas tengan un impacto en la decisión final.

Por otro lado, es importante recalcar que, si bien la implementación de un sistema de saneamiento probatorio en etapas previas sería una solución adecuada para evitar la contaminación del juez de conocimiento, en Colombia existen varios factores que dificultan su aplicación.

Uno de los principales problemas es la insuficiencia de jueces. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el ideal es que un país cuente con 65 jueces por cada 100.000 habitantes, mientras que en Colombia solo hay 11,6 jueces por cada 100.000 habitantes⁴. Esta cifra ha disminuido en los últimos años, lo que demuestra que el sistema judicial colombiano ya enfrenta una sobrecarga de trabajo significativa.

Implementar una audiencia adicional de saneamiento probatorio ante el juez de control de garantías implicaría aumentar aún más la carga laboral de los jueces, lo que podría generar retrasos adicionales en los procesos penales. Además, el sistema judicial colombiano ya sufre un desgaste por la acumulación de procesos, lo que haría difícil asignar más recursos humanos y logísticos a la implementación de este modelo.

Adicionalmente, el sistema de justicia colombiano opera con limitaciones estructurales y presupuestarias que dificultan la creación de nuevas etapas procesales sin una inversión significativa en la capacitación de jueces, fiscales y defensores.

Sin embargo, y a pesar de las dificultades mencionadas, la experiencia del modelo penal mexicano demuestra que es posible diseñar mecanismos proce-

4 OCDE

sales para evitar la contaminación del juez de conocimiento con pruebas ilícitas. El sistema judicial colombiano debe comenzar a plantear opciones que garanticen una mayor separación entre el control de legalidad de la prueba y el desarrollo del juicio oral.

La implementación de un mecanismo de exclusión temprana de pruebas ilegales en audiencias previas ante el juez de control de garantías permitiría fortalecer las garantías del debido proceso y reducir la posibilidad de que el juez de conocimiento sea influenciado por pruebas ilícitas. Aunque la implementación de este modelo en Colombia enfrentaría desafíos importantes, su adopción progresiva contribuiría a mejorar la calidad de la administración de justicia y a garantizar la imparcialidad en los procesos penales.

Así pues, el fortalecimiento del sistema penal colombiano en esta materia es fundamental para asegurar que las decisiones judiciales se basen únicamente en pruebas obtenidas de manera legal, protegiendo así los derechos de todas las partes en el proceso y fortaleciendo la confianza en la justicia.

6. CONCLUSIONES

En conclusión, en un proceso penal de corte acusatorio, es fundamental garantizar que el juez que emitirá sentencia sólo tenga acceso a las pruebas legal y lícitamente obtenidas, pues, permitir que pruebas contaminadas lleguen a manos del juez de conocimiento representa un riesgo no solo para la legalidad del proceso, sino también para la protección de los derechos fundamentales de las partes. Las pruebas obtenidas de forma ilegal, distorsionan el equilibrio procesal al introducir información que nunca debió haber sido parte del debate en juicio.

En el sistema penal Colombiano, la exclusión de pruebas ilícitas se lleva a cabo en la audiencia Preparatoria, una etapa que se da ante el mismo juez de conocimiento que dictará sentencia. Esta configuración es altamente problemática, pues, aunque el material probatorio contaminado sea formalmente excluido, el juez ya tuvo contacto con su contenido. Esa exposición afecta inevitablemente la percepción de los hechos, de las partes y de la credibilidad de los demás elementos probatorios. Así pues, se afecta el principio de imparcialidad del juez, toda vez que, aunque exista una prohibición que establece que el *ad quo* no pueda fallar con elementos probatorios ilegales o ilícitos, el solo conocimiento de estos ya incide en la construcción mental que hace el juez del caso.

Aquí, es donde el sistema penal mexicano demuestra un enfoque más orientado hacia la imparcialidad, pues en este sistema, la legalidad de las pruebas se

controla ante un juez distinto del juez que emite sentencia. En este caso, el juez de Juicio Oral, que es el responsable de valorar las pruebas y dictar sentencia, nunca tiene contacto con los elementos probatorios contaminados. Esta separación no solo fortalece la imparcialidad del juez, sino que además asegura que el debate en juicio se desarrolle únicamente sobre la base de pruebas obtenidas legítimamente.

Comparando ambos sistemas, es evidente que el modelo colombiano carece de un Filtro efectivo que evite la contaminación previa del juez de conocimiento, lo cual es especialmente grave en un sistema de corte acusatorio que debería proteger por encima de todo la igualdad entre las partes y el debido proceso. Sin un mecanismo sólido que blinde al juez de conocimiento de cualquier contacto con pruebas ilícitas o sin la existencia de un remedio procesal que evite que el juez que ya conoció de la prueba ilícita emita sentencia, se pierde la transparencia y legalidad del proceso penal.

Así pues, más allá de entender la exclusión probatoria como un trámite meramente procesal, el sistema penal Colombiano debe replantear el momento en que se decide sobre la legalidad de las pruebas, o establecer un mecanismo procesal taxativo, concreto e inmediato que evite la emisión de una decisión parcializada. Esta reforma, aunque pueda llegar a implicar un escenario de desgaste o eficacia judicial, es indispensable para fortalecer la confianza en la justicia penal y asegurar un equilibrio de las decisiones judiciales.

REFERENCIAS

- Andrés Bouzat, *Verdad y Prueba en el Proceso Acusatorio*, 67 (1a ed., Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Buenos Aires, 2008).
- Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Principios del Sistema Penal Acusatorio: Publicidad, Concentración y Continuidad*, 12-15 (1a ed., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2024), disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2024-08/CDJ_Principios%20del%20sistema%20penal%20acusatorio_electrónico_0.pdf.
- Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Principios del Sistema Penal Acusatorio: Publicidad, Concentración y Continuidad*, 12-15 (1a ed., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2024).
- CEJ, *Más jueces podrían ayudar a mitigar la congestión judicial* (22 de febrero de 2025), disponible en: <https://cej.org.co/sala-de-prensa/articulos-de-prensa/mas-jueces-podrian-ayudar-a-mitigar-la-congestion-judicial/>.
- Congreso de Colombia, *Ley 906 de 2004*, por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal Colombiano, arts. 56 y 359 (31 de agosto de 2004).

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-450 de 2015, Magistrado Ponente José Ignacio Pretelt Chaljub, Rad. 10539 (16 de julio de 2015).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de marzo de 2005, Rad. 18.103.
- Mariela Ponce Villa, La Epistemología del Procedimiento Penal Acusatorio, 37-42 (1a ed., Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2019).
- Sebastián Monsalve Correa, La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Colombiano a Partir de la Constitución de 1991, 40 Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 105, 351 (2010).



LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN ESPACIOS PÚBLICOS PARA EL FOMENTO DE LA CULTURA CÍVICA

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN PUBLIC SPACES FOR THE PROMOTION OF CIVIC CULTURE

TOMÁS TRUJILLO ZAMBRANO*

Fecha de recepción: 2 de marzo de 2025

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2025

Fecha de Publicación: 30 de junio de 2025

RESUMEN

La inteligencia artificial es hoy en día una herramienta que está presente en muchas áreas de la sociedad, sirve tanto para escribir ensayos como para programación de códigos complejos, asimismo se aplica para solucionar problemas éticos complejos y crear arte, es decir, tiene un margen de aplicabilidad bastante amplio. El presente escrito propone que se implemente un modelo de IA en su formato GPT para impulsar el cultura cívica dentro de una sociedad que históricamente ha sufrido por carencia de accesibilidad a información pública, esto es conocimiento en las estructuras del poder público y su funcionamiento, mecanismos legales, derechos fundamentales y derechos humanos, mecanismos procesales, entre otros aspectos del derecho, todo ello a través de la inteligencia artificial con apoyo del modelo PLN (LLM) con la implementación de kioscos digitales que faciliten el acceso a esta información.

* Estudiante de quinto semestre en la facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Miembro del Semillero en inteligencia artificial y derecho.

Palabras clave: Inteligencia artificial, cultura cívica, accesibilidad, derecho.

ABSTRACT

Artificial intelligence is today a tool that is present in many areas of society, it is used both to write essays and to program complex codes, as well as to solve complex ethical problems and create art, that is, it has a fairly wide range of applicability. This paper proposes that an AI model be implemented in its GPT format to promote civic knowledge within a society that has historically suffered from a lack of accessibility to public and common agreement information, that is, knowledge in the structures of public power and its functioning, legal mechanisms, fundamental rights and human rights, procedural mechanisms, among other aspects of law, all through artificial intelligence with the support of the NLP (LLM) model with the implementation of digital kiosks that facilitate access to this information.

Key words: *artificial intelligence, civic knowledge, accessibility, law.*

1. INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial llega en esta época como una parte más de la cotidianidad de las personas y se ha prestado para la mayoría de las áreas de conocimiento y facilitado el ejercicio de la profesión para muchas especialidades. Sin embargo, todavía es un campo que no está plenamente definido y se encuentra en constante expansión por lo que cualquier nuevo descubrimiento genera impacto, de ahí nace la necesidad de empezar a utilizar la IA como parte de nuestra cultura y no pensarla como un elemento externo de la sociedad o un acontecimiento sin importancia; la IA llega para quedarse y eso es evidente, asimismo las sociedades deben rápidamente empezar a adaptarse a los cambios que la IA trae y traerá, pues esta época puede denominarse como muchos autores han mencionado (véase Michio Kaku en “Supremacía Cuántica”) como la era de la carrera tecnológica. Es tanto un deber como una obligación que los gobiernos adapten medidas y políticas para la integración de las tecnologías emergentes.

El presente texto plantea cómo la IA puede llegar a funcionar como herramienta fundamental para impartir conocimiento sobre la vida en sociedad y el civilismo, especialmente en Colombia, donde empieza a notarse la necesidad

particular con las actuales tensiones ideológicas, políticas, económicas y sociales, a través de la implementación de lugares (en este texto se les denominará como “kioscos digitales”) que incluyan inteligencia artificial para el uso práctico y cotidiano y además interactivo con la ciudadanía.

Estudios sobre el impacto de la educación cívica y el acceso a la justicia destacan que la falta de comprensión de los derechos individuales y colectivos limita la capacidad de los ciudadanos para participar plenamente en procesos democráticos y solicitar asistencia legal cuando es necesario (Barrett & Pye, 2022). A nivel global, ejemplos de Japón, Suecia y Singapur han mostrado que la IA en el sector público puede transformar la relación de los ciudadanos con sus sistemas jurídicos, al hacer accesible y comprensible el contenido legal básico (AI Sweden, 2023; Singapore National AI Strategy, 2022).

Desde un enfoque jurídico, la implementación de modelos de IA en la educación cívica se justifica en la necesidad de fortalecer el derecho a la información y el acceso a la justicia, principios fundamentales de los sistemas democráticos. El artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece el derecho de toda persona a participar en la vida pública, lo que implica la capacidad de entender y ejercer sus derechos cívicos y legales (Naciones Unidas, 1948). Sin embargo, el bajo conocimiento de los procesos jurídicos y de las estructuras de poder sigue siendo una barrera en muchas comunidades, especialmente en contextos rurales y de bajos recursos (Barrett & Pye, 2022). Un asistente digital basado en Procesamiento de Lenguaje Natural (PLN), como los modelos BERT o GPT, sería una herramienta eficaz para este fin, ya que puede responder preguntas en lenguaje natural y proporcionar información detallada adaptada a distintos niveles de comprensión (Harvard AI Education Initiative, 2023).

En cuanto al enfoque ético, el acceso a información cívica no solo permite a los ciudadanos participar activamente en su sociedad, sino que también contribuye a reducir la desigualdad en el acceso al conocimiento. El modelo de IA podría ofrecer explicaciones simplificadas sobre los derechos y deberes constitucionales, adaptándose al nivel educativo y cultural de cada usuario, con una capacidad de personalización que permite una mayor inclusión (Japan Ministry of Education, 2024). Además, se debe tener en cuenta la necesidad de garantizar la equidad en la disponibilidad y actualización de la información proporcionada por el modelo, dado que cualquier sesgo en los datos de entrenamiento podría perpetuar desigualdades existentes, lo cual llevaría al mismo ciclo problemático de siempre (AI Sweden, 2023).

Desde una perspectiva económica, el uso de IA en la educación cívica presenta beneficios significativos en cuanto a la reducción de costos en programas de formación cívica y campañas educativas. Al emplear un sistema automatizado, se pueden reducir los recursos necesarios para capacitar a educadores o para desarrollar materiales impresos de distribución masiva, permitiendo destinar esos recursos a otras áreas críticas del sistema de justicia o servicios sociales (Singapore AI National Strategy, 2022). El presente escrito se enfocará en proponer la implementación de un modelo de IA que permita democratizar el conocimiento cívico y jurídico no solo fortalece la cohesión social y la participación democrática, que también optimiza el uso de recursos públicos en educación y administración, todo ello está pensado para ser implementado en espacios públicos que sean de fácil acceso para la población.

En un mundo donde el conocimiento es poder, ¿podría un asistente digital convertirse en un faro de conciencia cívica, guiando a los ciudadanos de Colombia no solo a comprender sus derechos constitucionales, sino también a reflexionar sobre el significado profundo de la participación activa en la sociedad? O, por el contrario, ¿el riesgo de deshumanización en la educación cívica se hace presente, cuestionando si una máquina puede realmente capturar la esencia de lo que significa ser un ciudadano comprometido?

Para responder las preguntas, es importante resaltar que aquello plantea debates profundos acerca de los verdaderos alcances que podría llegar a tener la IA en nuestro mundo cotidiano, sin ignorar que la IA ya es un factor presente y activo en las sociedades modernas. Sucede que por falta de información acerca de su funcionamiento, aplicabilidad y verdaderos límites y alcances, se genera entre los ciudadanos un tabú sobre la herramienta que será un aliado para la humanidad. Por ello, es menester empezar el escrito con un apartado explicativo sobre las características esenciales de la IA, especialmente en los modelos GPT, por sus siglas en inglés *Generative Pre-Trained Transformer*.

2. ¿CÓMO FUNCIONA EL MODELO GPT?

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2019), la inteligencia artificial se refiere a sistemas que muestran comportamiento inteligente analizando su entorno y actuando con cierto grado de autonomía. De esta manera, la IA replica el intelecto humano, llegando incluso a superarlo. Estas afirmaciones respaldan la noción de que un sistema con IA puede realizar tareas típicas de la inteligencia humana, tales como percepción, aprendizaje, creatividad, comunicación, toma de decisiones, entre otras (Ramos-Medina, 2023).

El modelo GPT funciona mediante un proceso de aprendizaje profundo que utiliza la arquitectura de Transformers, diseñada para manejar grandes cantidades de datos de texto. Su funcionamiento se basa en dos etapas principales: el **pre-entrenamiento** y el **ajuste fino**. En la fase de pre-entrenamiento, GPT se expone a un vasto corpus de texto donde aprende a predecir la siguiente palabra en una oración dada un contexto anterior, lo que le permite captar patrones lingüísticos, estructura gramatical y relaciones semánticas (Vaswani, 2017). Durante esta fase, el modelo no está limitado a tareas específicas; en cambio, adquiere un entendimiento general del lenguaje que puede aplicar posteriormente. Una vez que el modelo ha sido pre-entrenado, se pasa al **ajuste fino**, donde se entrena con datos más específicos para tareas concretas, como el análisis de la generación de respuestas a preguntas (Radford, 2019). Esta etapa permite que GPT refine su capacidad para generar texto relevante y coherente, adaptándose a contextos particulares y mejorando su precisión en áreas específicas.

En ese sentido, para resumir este breve apartado explicativo sobre el funcionamiento literal de la inteligencia artificial en sus modelos de PLN (LLM en inglés), debe resaltarse que si bien la IA logra hacerse percibir como una herramienta que transmite información veraz, lo cierto es que esto no es así. Por lo contrario, la IA entrega información a partir de procesos de reducción de información masivos, por lo cual el margen de error o mejor dicho, el margen de alucinación que enfrenta la IA es realmente amplio, esto debido a lo anterior, en la etapa del ajuste fino de información, la IA se enfrenta a cantidades inmensas de información que pueden ser traducidas correctamente o simplemente pasar por un pequeño error que arruine por completo la lógica y la semántica del resultado que brinda al usuario.

Respecto al concepto de las alucinaciones, para dar mayor precisión al párrafo anterior, estas situaciones pueden presentarse en un modelo de inteligencia artificial generativa, IBM define el concepto como “AI hallucinations occur when a large language model (LLM) perceives patterns or objects that are nonexistent or imperceptible to human observers, creating outputs that are nonsensical or altogether inaccurate” (IBM, 2023).

De lo anterior se aduce que, es importante entender que la IA igualmente es una herramienta que se enfrenta a un margen de error amplio en cuanto a la veracidad y lógica de sus respuestas, no es una herramienta que pueda ser confiada por completo de acuerdo con las tareas que se le impongan. Claro, también se deduce que la veracidad de la información que brinda la IA está correlacionada a la calidad que se haya implementado en cuanto a la etapa de preentrenamiento, pues esta base debe establecer alcances y límites claros para

que la información sea fina y congruente dependiendo de las solicitudes que se le hagan.

Entre otras cosas, el margen de error que presentan las herramientas de inteligencia artificial, entendiéndolo es alto dependiendo del uso y el *imput* que se ordene, esto quiere decir que requiere un uso absolutamente crítico. Pues si bien, la IA podría presentar alguna alucinación, mayor es el error que se comete en confiar plenamente en las respuestas que brinden las herramientas tecnológicas sin un grado de discreción y racionalidad crítica por parte del usuario.

3. EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN: NUEVA PROPUESTA

Así, puede trazarse un recorrido hasta las teorías del contrato social, las cuales sostienen que el ciudadano, en cierto modo, cede parte de sus libertades naturales al soberano para que este último gobierne y garantice el principio de legalidad en la vida en sociedad. Sin embargo, esta cesión no implica que el ciudadano deba relegarse a un segundo plano. Por el contrario, el ciudadano debe permanecer como el núcleo de la vida pública. El soberano, en consecuencia, debe estar genuinamente constituido por la voluntad del pueblo, y no por una voluntad ficticia derivada de un gobierno transitorio. En ese sentido, el derecho a la buena administración es tal como lo define Rodríguez-Arana Muñoz: *“la buena administración y el buen gobierno aspiran a colocar en el centro del sistema a la persona y sus derechos fundamentales. De manera que el buen gobierno no es un fin en sí mismo, sino una institución al servicio de los ciudadanos que debe acreditar su compromiso para que todos los ciudadanos puedan ejercer en mejores condiciones todos y cada uno de los derechos fundamentales”*¹.

1 Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas, Navarra, Aranzadi, 2006, p. 34. El “Código Iberoamericano de Buen Gobierno” (CLAD, 2006) entiende por buen gobierno aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de derecho, y a partir de ello, el Código articula tres tipos de reglas de conducta, basadas en la naturaleza democrática del gobierno, la ética gubernamental y a la gestión pública. Y siendo aún un poco más explícita, la “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública” (CLAD, 2013), garantiza a los ciudadanos “el derecho fundamental a la buena administración” que consiste —dice la norma— en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos por un plazo razonable al servicio de la dignidad humana” (apartado 25).

Las instituciones públicas en la democracia no son de propiedad única y exclusiva de sus dirigentes, son del pueblo que es el titular de la soberanía. El responsable tiene que saber, y practicar, que ha de rendir cuentas continuamente a la ciudadanía y que la búsqueda de la calidad en el servicio objetivo al interés general debe presidir toda su actuación².

Partiendo del punto que Colombia es un Estado Social de Derecho, es pertinente analizar la posibilidad de implementar conceptos de Estados homólogos como España. En cuanto a ideas fundamentales como lo es la democracia y seguir unos lineamientos parecidos para garantizar materialmente que nuestra normatividad no quede en un espacio simbólico sino verdaderamente físico, material. En ese sentido, la propuesta que trae el presente escrito es utilizar la inteligencia artificial como herramienta primaria garantista del principio democrático del Estado social de derecho para impulsar el conocimiento cívico de nuestra sociedad. Pero ¿Cómo?

Se debe partir del punto que lo necesario es realmente una modernización del Estado, ubicando nuevamente al ciudadano en el centro de la *civitas* y no como un apartado o un tercero en cuanto a la participación sistemática. No es necesaria una reestructuración total del Estado. Sin embargo, sí es necesaria una modernización y adaptación a los tiempos cambiantes, todo ello *incluso* para asegurar la competitividad en espacios internacionales. Esto supone promover una gestión ética y transparente, articulando la acción del sector público con el sector privado, las organizaciones no gubernamentales, una verdadera interacción inter-partes³.

En este sentido, países como Inglaterra, cuyo modelo de gobierno difiere del colombiano, han entendido que la participación ciudadana constituye el eje central de la estabilidad democrática y, por ende, de la estabilidad gubernamental en general. Un ejemplo de ello se observa en la práctica democrática inglesa: durante los recesos legislativos, los parlamentarios regionales regresan a sus respectivas jurisdicciones para atender las solicitudes, críticas, dudas y cuestionamientos del ciudadano común en relación con la administración pública y el cuerpo legislativo. Esta dinámica permite ilustrar el concepto del derecho a la buena administración, pues evidencia que el poder no se eleva a una esfera inac-

2 La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa establecido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; art 41. Jaime Rodríguez-Arana, 2014.

3 Massal, J. y Sandoval, C. G. (2010). Gobierno electrónico. ¿Estado, ciudadanía y democracia en Internet? *Análisis Político*, 23(68), 3–25.

cesible para el ciudadano, sino que se mantiene —al menos en apariencia— en una relación de reciprocidad y cooperación real. Asimismo, sucede en España. El derecho a la buena administración es una obligación que asume el ciudadano con la administración pública de exigir el debido cumplimiento de las cargas y obligaciones que una vez asumieron los representantes del Estado, es decir, el gobierno, cuando dichas cargas y/o obligaciones se vean quebrantas o incumplidas. No basta esperar que surja un daño eventual por la indebida diligencia de la administración pública, sino el mero hecho de no cumplir con ciertas cargas o una mala representación ya genera el “activador” del derecho a la buena administración y el ciudadano tiene la facultad de exigir su debido derecho, en otras palabras, se abre la posibilidad a exigir un rendimiento de cuentas y/o (dependiendo del caso específico) una representación que este verdaderamente acorde a los intereses generales de la sociedad y la moral de la misma.

4. SMART CITIES: LA ERA DIGITAL ES HOY

Este capítulo abarca la idea de la actual digitalización de la sociedad moderna, la llegada abrupta de las tecnologías emergentes que cada día son una mejor y nueva versión de la anterior, y además introduce el concepto fundamental del texto: *Smart cities*.

En diferentes ocasiones se ha explorado la digitalización del mundo en el siglo XXI, lo cual ha abierto la puerta a conocer diferentes términos que aquí se emplearan: *Web 2.0* y *Gobierno 2.0*. En aras de aspirar a un modelo de Estado que practique el gobierno abierto, se entiende que la modernización del Estado es un aliado principal de estas actuaciones. Un modelo de gobierno abierto se refiere a un Estado el cual sustente sus actuaciones de carácter administrativo-públicas ante la ciudadanía, y en el cual la ciudadanía tenga un rol activo en la toma de ciertas decisiones que influyen directamente a la sociabilidad, es decir, es un modelo verdaderamente colaborativo y cooperativo que centra al ciudadano de vuelta en la órbita social y en la participación en la toma de decisiones.⁴

“La posibilidad de que sean los mismos ciudadanos quienes se organicen al margen de los partidos u otras instituciones o que colaboren abiertamente con las organizaciones públicas o bien, que diseñen y dispongan de herramientas para controlar al “poder establecido”

4 Véase “Gobierno abierto y modernización de la Gestión pública: tendencias actuales y el (inevitable) camino Que viene. reflexiones seminales”; Álvaro V. Ramírez-alujas, 2011.

y la actividad de sus representantes (vigilancia activa); el facilitar la cohesión de esfuerzos y movilizar recursos y personas masivamente para lograr determinados objetivos reduciendo en forma exponencial los costes de transacción, información y coordinación; el promover la construcción de una especie de inteligencia colectiva” (Lévy, 2004).

La modernización no involucra un cambio radical en la formación o estructuración de las instituciones. La modernización y el gobierno abierto se refieren a la aplicación de las TIC y sus herramientas a los procedimientos administrativos y procesos preexistentes, es decir, no estamos hablando de cambios en los valores o principios estatales, sino de pura aplicación de tecnología (Calderón y Lorenzo, 2010) lo cual facilita la convivencia entre los ciudadanos y agiliza procesos educativos acerca de la cultura cívica. No es cuestión de repensar la administración ni se obliga a generar cambios radicales en sus modelos de gestión y cultura organizativa, solo se tecnifican procesos, se digitaliza la burocracia y, en el mejor de los casos, se abren espacios para una comunicación más fluida e interactiva entre el aparato público y la sociedad (Ramírez-alujas, 2010). El Gobierno abierto fluye desde la convicción de repensar la administración pública, de transformar la sociedad y contribuir a desarrollar democracias más sanas, de pasar de las jerarquías a las redes, de asumir compromisos transversales y generaren conjunto con otros actores sociales y económicos, valor público.⁵

En conclusión el “gobierno electrónico” y la modernización del Estado constituyen un nuevo paradigma el cual permite a los poderes públicos: a) proveer más y mejores servicios a los ciudadanos; b) brindar puntos de acceso unificados y sencillos para satisfacer múltiples necesidades informativas y de servicios; c) adicionar productividad, calidad y valor a los servicios, atención a la medida de los requerimientos de cada usuario; d) resolver trámites, consultas, reclamos, sugerencias en línea; e) aumentar la participación ciudadana; f) aumentar la calidad y reducir el costo de las transacciones dentro del Estado; g) reducir costos de transacción (en dinero, tiempo, molestia, anímica, de trámites públicos); h) aumentar la transparencia de la gestión pública, entre otros resultados.

5 Siguiendo lo planteado por Antoni Gutiérrez-rubí: “se trata de una nueva cultura de comunicación, un nuevo modelo organizativo y la liberación del talento creativo dentro y fuera de los perímetros de la función pública. No hablamos solo de tecnología, sino de una tecnología social y relacional que impulsa y estimula una cultura de cambio en la concepción, gestión y prestación del servicio público” (“Open Government y crisis económica”, columna de opinión, diario Cinco Días del martes 25 de enero de 2011).

5. EL KIOSCO INTERACTIVO: JUSTOLINK

En este punto del escrito se pretende hacer la propuesta principal. Más allá de lo que se viene hablando, de la importancia de implementar un marco estatal que procure la verdadera participación y garantía de ciertos derechos como el acceso a la información, la libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad, en este preciso punto del escrito se presenta la propuesta principal que incita a una verdadera evolución macrosocial, es un paso gigante en cuanto al desarrollo social que tendrá definitivamente resultados positivos y gratificantes, facilitará la sociabilidad del ciudadano, permitirá a la persona conocer el mundo en el que vive, implementará un modelo de conectividad que facilite algunos de los trámites que congestionan al sistema, resolverá dudas de conocimiento general y finalmente instruirá al ciudadano en la cultura cívica.

Si bien a primer análisis podría considerarse como una idea surrealista y disociada de la realidad que se vive y se respira en Colombia, también es verdad que no es una idea completamente nueva y que ya existen naciones que han logrado conectar a la ciudadanía para fomentar la participación ciudadana a través de máquinas de tecnología de punta que funcionan a través de inteligencia artificial.

Algunos ejemplos de esta tecnología están en ciudades como Nueva York, donde los kioscos “LinkNYC” permiten acceso a servicios públicos y Wi-Fi gratuito, o en ciertas ciudades de Europa y Asia donde los kioscos interactivos informan sobre horarios de transporte y ofrecen asistencia en varios idiomas. En Quebec, Canadá, se han instalado también dispositivos interactivos para impulsar la participación ciudadana en proyectos de arte público y educación, lo cual promueve una experiencia cultural y educativa más enriquecida y participativa para la comunidad en general, además fomenta el desarrollo económico ya que atrae significativamente el interés turístico por su atraktividad estética.

A continuación, se brindan otros ejemplos específicos de algunas de las ciudades más reconocidas en el mundo:

1. Chatbot Eva en Mumbai, India: Instalado en varias estaciones de tren, este chatbot ayuda a los viajeros a encontrar horarios, precios de boletos y otra información de transporte. Eva permite a los usuarios hacer preguntas en un formato conversacional, lo que facilita la interacción y mejora la experiencia del usuario en estaciones de alto tránsito;
2. Kioscos digitales en Seúl, Corea del Sur: Seúl ha implementado kioscos interactivos en estaciones de metro y paradas de autobús que brindan in-

formación en tiempo real sobre rutas, tiempos de espera y lugares de interés cercanos. Además de su utilidad para los ciudadanos, estos kioscos ofrecen una alternativa accesible para turistas que necesitan orientación en un idioma diferente;

3. Kioscos de información en Barcelona, España: Dentro de su iniciativa de “smart city”, Barcelona ha distribuido kioscos interactivos que no solo ofrecen información turística, sino que también permiten a los ciudadanos reportar problemas locales y obtener acceso rápido a servicios municipales y de emergencias;
4. Kioscos de visitantes en Tokio, Japón: Tokio ha desarrollado kioscos interactivos que ayudan a turistas y ciudadanos a encontrar información cultural, rutas de transporte y ubicaciones de eventos, usando IA para adaptar las respuestas a las necesidades de cada usuario. También están equipados con tecnología de reconocimiento de voz en varios idiomas para facilitar el acceso inclusivo;
5. Eva y otros asistentes virtuales en aeropuertos como en Helsinki, Finlandia: Aeropuertos alrededor del mundo, como el de Helsinki, han instalado kioscos interactivos con asistentes virtuales para ayudar a los pasajeros con preguntas sobre vuelos, servicios del aeropuerto y conexiones de transporte. Estos dispositivos están diseñados para reducir la congestión y mejorar la experiencia del usuario, especialmente para aquellos con conocimientos limitados del idioma local.

Un kiosco interactivo es un dispositivo físico, generalmente público, en el que se ubica el dispositivo digital diseñado para permitir la interacción directa entre el usuario y el sistema mediante una pantalla táctil o reconocimiento de voz. Estos kioscos proporcionan acceso a una variedad de servicios, como información turística, trámites gubernamentales, navegación de mapas y servicios de emergencia. Están destinados a mejorar la accesibilidad a la información, simplificar los trámites y fomentar la participación ciudadana en la era digital, ya que son especialmente útiles en lugares de alto tráfico, como estaciones de transporte, centros comerciales y aeropuertos entre otros (Khadivizand, 2020).

Adicionalmente, los kioscos interactivos suelen incluir tecnología avanzada como el procesamiento de lenguaje natural, reconocimiento facial, y conectividad a internet, lo cual permite que estos dispositivos respondan a consultas en tiempo real y se adapten a las necesidades de cada usuario (Mukherjee, 2021). Los kioscos están diseñados para ser intuitivos y accesibles, permitiendo que

personas de todas las edades y niveles de experiencia tecnológica puedan beneficiarse de sus servicios.

Los kioscos interactivos han surgido como herramientas innovadoras para mejorar el acceso a la información y servicios en espacios públicos, integrando tecnologías avanzadas de inteligencia artificial (IA). Un componente crucial en este contexto es el procesamiento de lenguaje natural (PLN), que permite a los kioscos interpretar y responder consultas de los usuarios de manera conversacional. Utilizando modelos avanzados como GPT. Estos dispositivos pueden generar respuestas relevantes y coherentes, facilitando así la interacción de los ciudadanos con el sistema administrativo (Radford, 2019). Aquello considerando que la programación de la IA que se vaya a utilizar debe pasar por un proceso más riguroso de lo normal en cuanto a la configuración y programación para evitar que la máquina recaiga en errores gramaticales, semánticos, lógicos, entre otros.

El funcionamiento de estos kioscos comienza con el reconocimiento de voz y texto, donde la tecnología convierte las preguntas formuladas por los usuarios en texto que puede ser procesado. Esto es fundamental para garantizar la accesibilidad, especialmente para personas con discapacidades visuales. A continuación, el modelo de PLN analiza la consulta y genera una respuesta adecuada, utilizando su capacidad para comprender el contexto y matices del lenguaje (Mukherjee, 2021).

La personalización también juega un papel importante en la experiencia del usuario. A medida que los kioscos interactúan con más personas, pueden aplicar algoritmos de aprendizaje automático para recordar preferencias y comportamientos previos, lo que mejora la relevancia de las respuestas en futuras interacciones (Zhang, 2020). Esta capacidad de adaptación no solo mejora la experiencia del usuario, sino que también promueve una mayor participación ciudadana y un sentido de control sobre el acceso a la información, lo cual es beneficioso para el Estado en cuanto mantiene un orden y seguridad significativa sobre las opiniones, reacciones, interacciones puramente naturales del ciudadano con sus pares o Estado-ciudadano.

Sin embargo, de forma mas amplia, los ejemplos brindados sobre las cinco ciudades influyen mas directamente en la esfera del acceso a la información, que en todo caso es un derecho constitucional. Aunque bien, Canadá si emplea la digitalidad para fomentar los mecanismos de participación ciudadana de forma mas explícita. El caso de Quebec, Canadá, ilustra cómo la integración de dispositivos interactivos en espacios públicos, como el *Mégaphone* y el *MURAL*

Festival, ha transformado el espacio urbano en un vehículo para la participación ciudadana activa. Estos eventos no solo fomentan la expresión pública y la creación artística, sino que también fortalecen el vínculo entre los ciudadanos y sus ciudades, promoviendo un modelo de democracia participativa que trasciende los mecanismos tradicionales de representación política.

Desde una perspectiva jurídica, la inclusión de la ciudadanía en estos procesos creativos y deliberativos puede verse como una manifestación del derecho a la participación cultural y al acceso a la vida pública, consagrados en normativas internacionales sobre derechos humanos. Sin embargo, esta aparente democratización del espacio público también plantea interrogantes sobre la autenticidad y la equidad de estos mecanismos. El uso de tecnologías digitales, como los kioscos interactivos, tiene el potencial de democratizar la experiencia cultural, pero también puede ser susceptible de cooptación por intereses comerciales o políticos, lo que pone en juego el principio de transparencia y equidad en el acceso a estos recursos.

Al igual que los proyectos de participación digital en Quebec, los kioscos digitales con inteligencia artificial podrían ofrecer una plataforma de interacción directa entre la ciudadanía y la administración pública. Sin embargo, al incorporar IA en estos espacios, se plantea la necesidad de un enfoque crítico, transparente y veraz que examine no solo los beneficios en términos de participación ciudadana, sino también los riesgos asociados con la privacidad, la manipulación algorítmica y la accesibilidad digital, aspectos que son esenciales para que la digitalización del espacio público no implique una alienación o una marginación de ciertos sectores de la población.

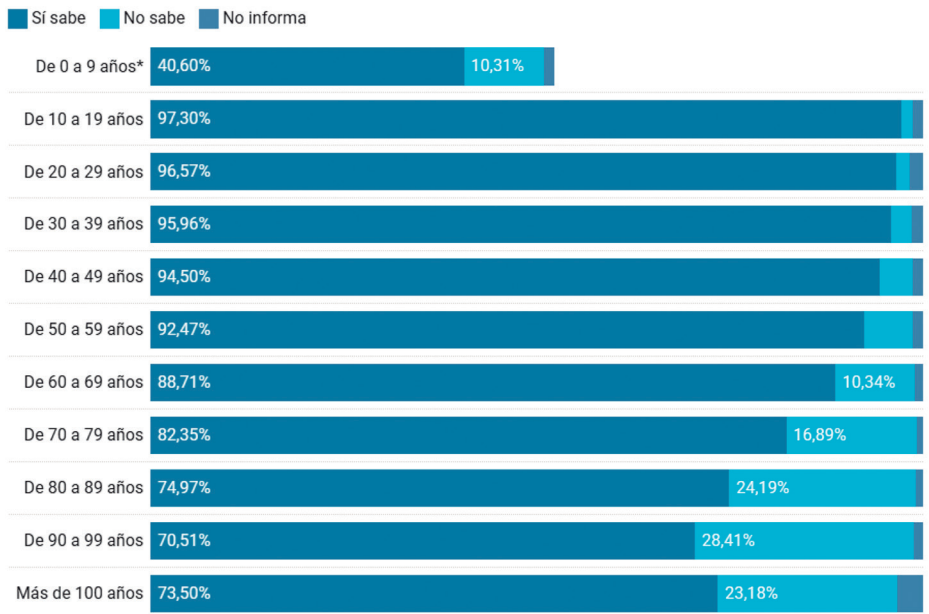
6. IMPLEMENTACIÓN

En primer lugar, para la implementación de *JustoLink*, es esencial recolectar datos sobre las interacciones de los usuarios, lo cual es fundamental para entrenar los modelos de procesamiento de lenguaje natural (PLN). Esta recolección de datos debe centrarse principalmente en promover la participación ciudadana a través de los mecanismos democráticos, así como en procesos legales, términos y conceptos jurídicos (por ejemplo, la diferencia entre una demanda civil y una denuncia penal), los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, los derechos humanos (¿cómo se rigen?) y la atención inmediata al ciudadano en casos de emergencia (como botones de urgencia y/o pánico). Posteriormente, se debe seleccionar un modelo adecuado y desarrollarlo para ajustarlo a las necesidades del kiosco.

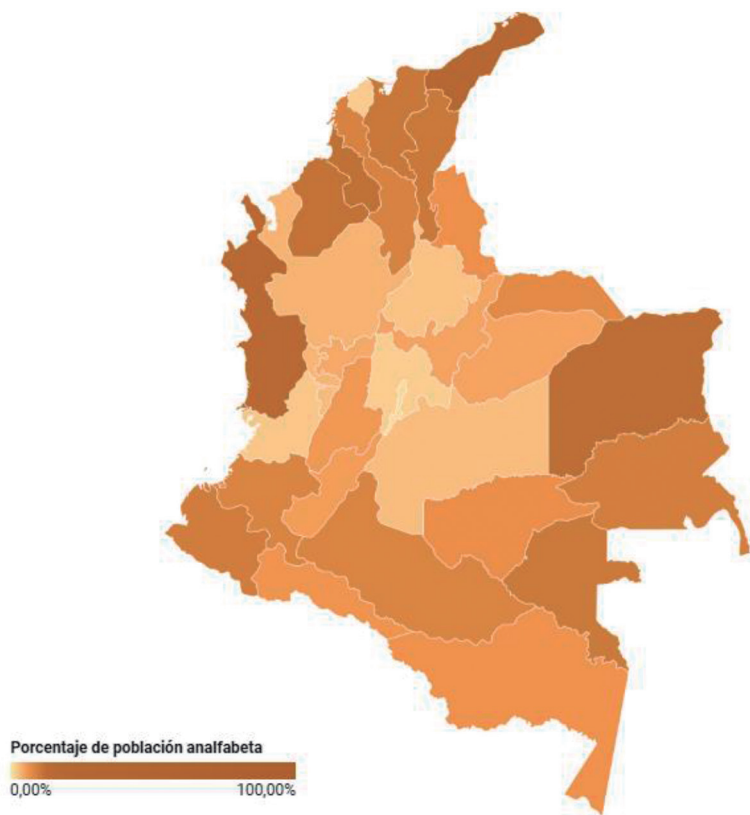
La integración de hardware y software también es crucial, asegurando que el kiosco esté equipado con tecnología adecuada, como micrófonos de alta calidad y pantallas táctiles que permitan una interacción fluida, sencilla y eficaz. Es crucial también llevar a cabo pruebas de usuario para garantizar la accesibilidad y la efectividad del kiosco antes de su lanzamiento. Una vez en funcionamiento, es necesario realizar un seguimiento y mantenimiento constantes, actualizando el sistema con base en la retroalimentación de los usuarios y el análisis de datos, lo que asegurará que el kiosco siga siendo relevante y útil (Shen, 2022).

Con relación a lo anterior, el objetivo último de “JustoLink” es que la persona con más baja tasa de alfabetización logre comprender plenamente el funcionamiento de la máquina, es decir, debe ser un ejercicio de conversión entre lo más difícil del derecho para convertirse en conceptos prácticos que cualquier persona pueda y logre entender en su vida cotidiana. Ello, ayudará al objetivo primario que es generar una corriente de cultura cívica entre la ciudadanía colombiana.

Para efectos de apoyo al argumento anterior, se aporta una gráfica hecha por el periódico El Tiempo en el año 2021 acerca de la tasa de alfabetización entre los colombianos:



Nota: El Tiempo, “¿Cuántos de los colombianos sabemos leer y escribir?” Rafael Quintero Cerón, 2021.



Nota: El Tiempo, “¿Cuántos de los colombianos sabemos leer y escribir?” Rafael Quintero Cerón, 2021.

A lo anterior se aporta la siguiente informacion bajo la pregunta ¿sabe leer y escribir?

1. Departamento	2. Sí (%)	3. No (%)	4. No Aplica (%)	5. No Informa (%)
6. Norte de Santander	7. 85.05	8. 6.42	9. 7.43	10. 1.09
11. Cesar	12. 81.19	13. 8.51	14. 9.39	15. 1.00
16. Bolívar	17. 83.01	18. 7.69	19. 8.45	20. 0.86
21. Atlántico	22. 87.22	23. 4.07	24. 7.68	25. 1.03
26. Magdalena	27. 81.44	28. 8.89	29. 8.85	30. 0.82
31. La Guajira	32. 72.75	33. 14.16	34. 11.81	35. 1.28
36. Chocó	37. 71.53	38. 13.34	39. 11.11	40. 4.02

1. Departamento	2. Sí (%)	3. No (%)	4. No Aplica (%)	5. No Informa (%)
41. Antioquia	42. 88.00	43. 5.14	44. 5.78	45. 1.09
46. Santander	47. 87.54	48. 4.52	49. 6.72	50. 1.22
51. Córdoba	52. 81.03	53. 10.26	54. 7.99	55. 0.72
56. Sucre	57. 80.01	58. 10.90	59. 8.14	60. 0.95
61. Casanare	62. 84.64	63. 5.81	64. 8.20	65. 1.35
66. Arauca	67. 82.71	68. 6.98	69. 8.74	70. 1.57
71. Boyacá	72. 86.51	73. 5.81	74. 6.39	75. 1.29
76. Cundinamarca	77. 88.44	78. 3.73	79. 6.59	80. 1.24
81. Caldas	82. 88.22	83. 5.58	84. 5.34	85. 0.86
86. Risaralda	87. 88.35	88. 5.09	89. 5.64	90. 0.92
91. Amazonas	92. 78.60	93. 6.29	94. 10.71	95. 4.41
96. Vaupés	97. 70.06	98. 8.43	99. 8.44	100. 13.08
101. Guanía	102. 71.46	103. 8.04	104. 9.62	105. 10.88
106. Vichada	107. 70.48	108. 11.78	109. 12.47	110. 5.27
111. Guaviare	112. 80.55	113. 6.60	114. 7.17	115. 5.67
116. Meta	117. 85.49	118. 4.81	119. 7.47	120. 2.22
121. Caquetá	122. 81.72	123. 7.56	124. 8.20	125. 2.52
126. Huila	127. 84.80	128. 6.09	129. 7.97	130. 1.14
131. Putumayo	132. 84.21	133. 6.24	134. 7.82	135. 1.74
136. Nariño	137. 83.74	138. 8.21	139. 6.59	140. 1.46
141. Cauca	142. 83.67	143. 7.56	144. 7.71	145. 1.06
146. Valle del Cauca	147. 88.86	148. 4.29	149. 5.73	150. 1.12
151. Bogotá	152. 90.29	153. 2.00	154. 5.74	155. 1.97

La anterior información hace referencia directamente a la tasa de alfabetización en cada departamento de Colombia. En primer lugar, es preocupante encontrar que solo Bogotá llega a alcanzar un noventa por cientomientras que todos los otros departamentos se ubican por debajo de noventa por ciento e incluso algunos debajo del ochenta por ciento. La clasificación que dice “no aplica” son partes de la población que nunca tuvo acceso a educación, por ende, nunca tuvo acceso o participación alguna con la lectura y escritura.

Pero, ¿por qué es esto relevante al caso de los kioscos interactivos, participación ciudadana, y todo lo que se viene señalando anteriormente? ¿Qué tiene esta información de relación con nuestro tema principal?

Partiendo de la premisa fundamental de que los kioscos interactivos deben satisfacer las necesidades educativas esenciales del ciudadano colombiano, se plantea que la implementación de estos dispositivos tecnológicos podría ser una herramienta clave para mejorar el nivel de educación en la población. Al ofrecer acceso inmediato a recursos educativos y servicios de información, los kioscos tienen el potencial de reducir significativamente las tasas de analfabetismo, disminuyendo el número de personas sin conocimientos de lectura y escritura. Además, al integrar funcionalidades que fomenten la participación cívica, estos kioscos podrían desempeñar un papel crucial en el fortalecimiento de la conciencia cívica y la ciudadanía activa. En un contexto social y cultural profundamente afectado por desigualdades históricas, esta iniciativa no solo busca acercar al ciudadano a una educación más accesible, sino también promover una cultura de civismo y responsabilidad social, transformando así una sociedad lesionada en una más informada y participativa. Los kioscos equipados con modelos de lenguaje avanzados, como GPT, tienen el potencial de ofrecer materiales de lectura y escritura adaptados a diversos niveles educativos. A través de un enfoque interactivo, los usuarios pueden mejorar sus habilidades de alfabetización, recibiendo retroalimentación inmediata y recomendaciones personalizadas según su nivel de comprensión (Gamage et al., 2021). Partiendo de la premisa de que las pantallas interactivas son herramientas multipropósito, los kioscos pueden ser diseñados con una amplia variedad de objetivos, desde el fomento de competencias ciudadanas hasta la provisión de información sobre derechos fundamentales y garantías constitucionales. En este contexto, las funciones que podría ofrecer *JustoLink* son sumamente diversas; lo fundamental será afinar su implementación dentro de un enfoque común: la promoción de la cultura cívica. Al aprovechar la flexibilidad y adaptabilidad de los kioscos, es posible transformar estas herramientas tecnológicas en vehículos eficaces para la educación y el fortalecimiento del civismo.

Muchos kioscos interactivos pueden ofrecer opciones de idiomas indígenas o lenguas locales, lo que ayudaría a derribar barreras lingüísticas y facilitar el acceso a materiales de lectura en el idioma que los usuarios comprenden mejor. Esto resulta especialmente útil en países con una diversidad de lenguas y dialectos, como es el caso de Colombia (Anderson & Brydges, 2019). Esto es relevante,

porque por lo menos en Colombia registramos 68 lenguas, 65 de ellas son habladas por comunidades indígenas “La diversidad es por este motivo gigantesca: de ella deriva también la diversidad cultural y lingüística, una de las características que sustenta la diversidad étnica por la relación de las lenguas propias con sus prácticas culturales, por la comunicación de la tradición y por el orgullo que siente cada persona por sus raíces y por su lengua” (Sarmiento, 2024).

Adicionalmente, estas tecnologías utilizan recursos visuales, tutoriales en video, y audios que ayudan a los usuarios a aprender de forma práctica y visual. Esta modalidad es ideal para personas con dificultades de lectura, personas en condición de discapacidad, bien sea física o cognitiva que le impidan el trabajo cotidiano o el entendimiento natural de la vida cívica o simplemente baja motivación, ya que transforma el aprendizaje en una experiencia más intuitiva y menos intimidante, incentivando la participación activa y productiva que promueva el desarrollo cognitivo en las personas.

Los kioscos instalados en espacios públicos estratégicos (como plazas, portales de TransMilenio y centros comunitarios) ofrecerían a los usuarios acceso a recursos educativos sin la necesidad de asistir a una institución formal. Esto resulta fundamental en zonas rurales o de bajos ingresos, donde el acceso a escuelas y bibliotecas puede ser limitado. De esta manera, se promueve una alfabetización más inclusiva y democratizada, que no solo abarca la lectura y la escritura, sino también temas cruciales de civismo y participación ciudadana. Al eliminar las barreras geográficas y económicas que aún persisten (Olivares, 2023), estos kioscos se convierten en una herramienta clave para la formación integral de los ciudadanos, contribuyendo al desarrollo de una cultura cívica más sólida y participativa. A través de algoritmos preconfigurados de IA en modelo GPT, los kioscos pueden ofrecer contenido educativo que refleje el contexto cultural y social de los usuarios, incluyendo textos e historias que resuenen con su realidad y experiencia diaria. Esto generaría mayor interés y sentido de pertenencia, aumentando la motivación y el compromiso en el proceso de aprendizaje (Thorn & Lester, 2022). Además, aquello último ayudaría a consolidar el espíritu de identidad nacional de lo cual también padecemos. Es evidente que la diversidad cultural y étnica en Colombia conlleva grandes desafíos para la modernización, pues se debe respetar a toda costa las diferencias que existen. En ese sentido, uno de los pilares que plantea el texto es que la información que brinde JustLink sea absolutamente transparente, libre de sesgos ideológicos, que responda a caracteres completamente éticos en el sentido de que no responda a intereses particulares de partidos políticos, posiciones personales, moralidades, sino responda a un sentimiento universal de cooperatividad, armonía, compasión y conexión.

Uno de los mayores desafíos en la implementación de kioscos digitales en espacios públicos radica en la configuración y administración de los mismos, especialmente cuando dicha función recae en el gobierno de turno. Este escenario plantea un riesgo inminente de instrumentalización política de los contenidos ofrecidos a la ciudadanía, atentando contra los principios de neutralidad, transparencia e imparcialidad que deben caracterizar cualquier política pública orientada a la alfabetización cívica y digital. En tal sentido, resulta indispensable que la configuración de los kioscos no se someta exclusivamente a la voluntad política del momento, sino que sea objeto de una regulación estricta que garantice la independencia y la pluralidad informativa. Como señala *Bobbio (1991)*, “*el Estado de derecho no consiste solamente en el gobierno de las leyes, sino en la garantía de procedimientos que impidan el abuso del poder*” (p. 36). A partir de esta premisa, la gestión de los kioscos debe regirse bajo un marco normativo que imponga controles externos efectivos, mediante la participación de veedurías ciudadanas, organizaciones de la sociedad civil, entidades académicas y órganos de control independientes. Asimismo, se propone que los contenidos educativos y cívicos que se dispongan en los kioscos sean el resultado de un proceso participativo amplio, que integre a expertos en pedagogía, derechos humanos, ciencias sociales y tecnología, con el fin de construir una oferta educativa que trascienda intereses políticos particulares y que esté alineada con los fines esenciales del Estado, tales como “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 2). Esto es que la formación de estos espacios sea conformado por una amplitud de profesiones y no este restringida a una disciplina, sino sea la manifestación pura de la interdisciplinariedad.

Además, la estructura tecnológica de los kioscos esta propuesta para diseñarse de modo que permita la actualización constante y la descentralización del contenido, posibilitando que diversas fuentes de información legítimas sean incorporadas de manera periódica. Como sostiene *Sen (1999)*, “*el desarrollo de las capacidades de las personas está intrínsecamente vinculado a su libertad para obtener información imparcial y plural*” (p. 84), de ahí que el acceso a información veraz y diversa constituya un componente esencial de un proyecto de alfabetización cívica sustentable.

Para concluir esta importante información, si bien la intervención gubernamental en la implementación de kioscos digitales es inevitable en términos administrativos y financieros, su configuración no puede quedar sujeta a intereses políticos de turno. Se requiere una arquitectura jurídica robusta, procedimientos de supervisión independientes y una estrategia participativa de la sociedad,

que aseguren que dichos espacios sirvan efectivamente como instrumentos para fortalecer la educación cívica, la alfabetización digital y la cultura democrática de la población. Un error sería sujetar el funcionamiento, la actualización de la información y toda su estructuración en términos amplios a un gobierno de turno, pues esto implica comprometer la imparcialidad, la continuidad y la estabilidad del proyecto.

La principal amenaza radica en la posibilidad de que los contenidos, servicios y objetivos del sistema se vean alterados conforme a intereses políticos transitorios, lo que comprometería el derecho fundamental de los ciudadanos a recibir información imparcial y objetiva (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 20). Además, la falta de garantías institucionales sólidas puede generar fenómenos de captura política de las plataformas, instrumentalizando su uso para la propaganda o la manipulación ideológica de la población. Como advierte Gargarella (2005), *“el debilitamiento de las garantías frente al poder gubernamental produce una democracia de baja intensidad, en la que las instituciones se vuelven instrumentos del grupo dominante y no del interés general”* (p. 48). De no establecerse mecanismos jurídicos que aseguren la autonomía técnica, la rendición de cuentas y la participación social efectiva en el diseño y actualización de los contenidos, el proyecto correría el riesgo de convertirse en un aparato de legitimación política antes que en un verdadero motor de alfabetización cívica y desarrollo democrático.

7. CONCLUSIONES

Para concluir este paper se debe resaltar nuevamente lo que se mencionó al inicio del capítulo quinto *El kiosco interactivo: JustoLink*. Esto a primera vista, podría parecer una idea futurista para Colombia, una idea que quizás no tenga mucho contacto con la realidad que se vive actualmente. Sin perjuicio de lo anterior, este texto está pensado para aquellos que piensan que es posible lograr esos grandes cambios utilizando la IA como herramienta de transformación. Se intenta demostrar que las posibilidades de dar un paso hacia la innovación tecnológica puede llevar consigo más aspectos positivos que negativos, sin excluir que en el camino del desarrollo de estas ideas puedan existir variables que desaceleren el paso.

Apostar por la incorporación de tecnologías emergentes, como la inteligencia artificial, no bajo una lógica meramente comercial o empresarial, sino como herramientas efectivas de fortalecimiento democrático, representa un avance sustancial en la evolución de los procesos políticos y sociales de la humanidad.

Esta perspectiva impulsa una visión más colaborativa e inclusiva del desarrollo tecnológico, alineada con los principios de participación ciudadana activa y construcción colectiva de los Estados modernos. No es cuestión de cerrarse a los procesos por tener falta de información, es cuestión de abrirse a recibir información y encontrar las formas de implementar modelos que ayuden cada vez más a los procesos de crecimiento colectivos, aquellos procesos que incentivan la cooperatividad y la paz entre pares. Todo esto tiene muchas aristas, pero seguramente que las aristas poco claras u oscuras, se irán aclarando en la medida que trabajos comunitarios de esta índole se vayan implementando con ímpetu dentro de las sociedades modernas.

En la discusión encontramos que en los modelos de producción de lenguaje natural (PLN) existe la disyuntiva de los sesgos en los cuales se podría recaer, en ese sentido, se propone un trabajo cooperativo interdisciplinario para configurar un modelo ChatBot que responda a las necesidades sociales sin recaer en sesgos ideológicos o de cualquier otra índole, ello haciendo los modelos de respuesta no-creativos en sus respuestas sino meramente preprogramados para responder a unas cuestiones puntuales, sin abrir el margen a respuestas creativas sino exclusivamente descriptivas.

Por otro lado, señalamos en varias ocasiones, que esto no es una cuestión de innovación, pues ya hay ejemplos claros de naciones exitosas que han implementado modelos similares en aras de promover la participación ciudadana en torno a la toma de decisiones que conciernen a una población entera (Canadá, España, India, EE.UU, Japon, Singapur, Suecia).

Finalmente, es evidente que la implementación de tecnologías como los kioscos digitales equipados con inteligencia artificial responde tanto a las necesidades del ciudadano como a los intereses legítimos del Estado. En Colombia, aunque existen estructuras administrativas, judiciales y legislativas sólidas, persisten graves problemas de congestión en los tiempos de atención, tramitación y resolución de solicitudes administrativas. En este contexto, la incorporación de tecnologías interactivas constituye un mecanismo eficaz para optimizar la gestión administrativa, facilitar el acceso a la información pública y promover el ejercicio efectivo de los derechos ciudadanos, particularmente en materia de peticiones, quejas, reclamos y orientaciones jurídicas básicas. Este proyecto no solo busca modernizar la infraestructura pública, sino también fortalecer la cultura democrática mediante el acceso oportuno, inclusivo y transparente a los servicios estatales, superando así las barreras de desinformación que históricamente han afectado a nuestra sociedad.

REFERENCIAS

- Anderson, T., & Brydges, R. (2019). Language inclusivity in AI-driven educational tools. *Journal of Multilingual Education Research*.
- Armando, J., & Joya Sánchez. (s.f.). Artículo de revisión. La inteligencia artificial responsable como forma de transformación social. Revisión sistemática. *Responsible Artificial Intelligence as a Form of Social Transformation. Systematic Review*.
- Barrett, J., & Pye, J. (2022). Understanding civic engagement: A global perspective. *Journal of Civic Studies*.
- Binns, R. (2018). Fairness in machine learning: Lessons from political philosophy. In *Proceedings of the 2018 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*.
- Brown, T. B., et al. (2020). Language models are few-shot learners. *arXiv preprint arXiv:2005.14165*.
- Constitución Política de Colombia [Const]. (1991).
- García, A. (2021). Limitaciones de la IA en el contexto educativo: Un análisis crítico. *Revista de Educación y Tecnología*.
- Gamage, D., et al. (2021). Artificial intelligence in education: Applications, implications, and future directions. *International Journal of Educational Technology in Higher Education*.
- Gargarella, R. (2013). *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Katz Editores.
- Gleason, C., & Narvaez, E. (2022). Visual and interactive learning for literacy enhancement. *Educational Media International*.
- Harvard AI Education Initiative. (2023). *The role of AI in enhancing civic education*.
- La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. (s.f.). *Revista Misión Jurídica*.
- López, R., et al. (2021). Accessible technology: Enhancing user experience in public kiosks. *International Journal of Human-Computer Interaction*.
- Mukherjee, S., et al. (2021). Digital transformation in public spaces through interactive kiosks. *Smart Cities Journal*.
- O'Neil, C. (2016). *Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*. Crown Publishing Group.
- Por, R., & Muñoz. (s.f.). Las TICs en la administración pública. *La inteligencia artificial ante una perspectiva de derechos*.
- Radford, A., et al. (2019). Language models are unsupervised multitask learners. *OpenAI*.
- Sen, A. (2000). *Development as Freedom*. Anchor Books.
- Shen, J., et al. (2022). AI-powered interactive kiosks: Transforming public service delivery. *Journal of Smart Technology*.
- Smith, J. (2019). Interactive kiosks and digital inclusion. *International Journal of Smart City Applications*.

- Tiempo, Casa Editorial El. (2021, febrero 5). ¿Cuántos colombianos sabemos leer y escribir? El Tiempo.
- Vaswani, A., et al. (2017). Attention is all you need. In Advances in Neural Information Processing Systems (NeurIPS).
- Zhang, Y., et al. (2020). Machine learning for interactive systems: Trends and challenges. Journal of Artificial Intelligence Research.
- Diversidad étnica en Colombia: 5 puntos clave. (2024). Señal Colombia, David Jáuregui Sarmiento.
- Significant new initiatives to propel Sweden's AI development. (2024). AI Sweden.
- Bobbio, N. (1990). El futuro de la democracia. Fondo de Cultura Económica.



LA COMERCIABILIDAD DE ÓRGANOS Y COMPONENTES ANATÓMICOS HUMANOS: ¿UNA SOLUCIÓN A LA ESCASEZ?

COMMERCIALITY OF HUMAN ORGANS AND ANATOMIC COMPONENTS: A SOLUTION TO SCARCITY?

MARÍA JOSÉ ARBELÁEZ MORENO*

JUAN JOSÉ ORTIZ PÁEZ**

PABLO TRUJILLO AZCUÉNAGA***

Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2024

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2025

Disponible en línea: 30 de junio de 2025

RESUMEN

Dentro del panorama actual de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos humanos, la escasez en la oferta de estos mismos permanece como uno de los problemas que más aquejan a los sistemas de salud a nivel mundial. Producto de lo anterior, la doctrina especializada en campos como la medicina, la bioética, la economía y la política pública ha propuesto nuevas alternativas que consigan incentivar a potenciales donantes vivos. Entre las propuestas planteadas están la compensación no económica, la compensación económica y la venta libre de órganos y componentes anatómicos.

* Estudiante de séptimo semestre de Derecho en la Pontificia Universidad Javeriana. arbelaezmj@javeriana.edu.co

** Estudiante de séptimo semestre de Derecho en la Pontificia Universidad Javeriana. juan.ortizp@javeriana.edu.co

*** Estudiante de séptimo semestre de Derecho en la Pontificia Universidad Javeriana. p-trujillo@javeriana.edu.co

En el presente artículo se examinan las ventajas, desventajas y dilemas de cada una de estas alternativas, así como también se analiza la situación actual de la donación y trasplante de órganos en Colombia, junto con las implicaciones de un eventual esquema de ‘compensación por donación’ o venta de órganos en el país.

Palabras Clave: Órganos humanos, tráfico ilegal, comercio internacional, trasplante, donación, incentivos económicos.

ABSTRACT

Within the current panorama of donation and transplantation of organs and human anatomical components, the shortage in the organ supply remains one of the most pressing problems in health systems worldwide. As a result, specialized doctrine in fields such as medicine, bioethics, economics and public policy has proposed new alternatives to encourage potential living donors. Among the proposals put forward are non-financial compensation, financial compensation and the free sale of organs and anatomical components. This article examines the advantages, disadvantages, and dilemmas of each of these applications, as well as analyzing the current situation of organ donation and transplantation in Colombia, together with the implications of an eventual scheme of compensation or sale of organs in the country.

Keywords: Human Organs, illegal trafficking, international trade, transplantation, donation, economic incentives.

INTRODUCCIÓN

Desde tiempo atrás, la problemática que representa la diferencia entre la oferta disponible y la demanda para el trasplante de órganos humanos ha sido una constante en la política de salud colombiana y de la mayoría de los países. Ante esta situación, a principios del siglo XXI se suscitó el debate sobre las medidas posibles tendientes a aumentar la oferta de órganos.

Académicos como Satz¹ han puesto de presente la paradoja de la compra-venta de órganos humanos: al igual que el voto en unas elecciones, se trata de

1 Debra Satz, *Why some things should not be for sale: the moral limits of markets* (2010, Oxford University Press)

bienes cuya demanda es alta y donde lo deseable sería aumentar la oferta a como dé lugar. No obstante, lo más común es que el Estado prohíba los incentivos económicos para incrementar la disponibilidad de estos bienes.

Así, pues, el debate sobre la compensación por la donación de órganos y la posibilidad de organizar un mercado legal de compra y venta de órganos y componentes anatómicos humanos se ha dado en varias jurisdicciones, no exento de consideraciones sobre la disponibilidad del cuerpo humano, la bioética de la donación y trasplante de órganos y la efectividad de las medidas para compensar la enajenación de un órgano en punto de aumentar la oferta de estos para el trasplante.

En torno a estas consideraciones, el presente artículo tiene como objeto examinar el estado del sistema de donación y trasplante de órganos en Colombia, las soluciones propuestas por la academia en torno a la compensación por la donación de órganos y, finalmente, proponer soluciones a las problemáticas que aquejan al sistema de salud colombiano frente a este particular. Considerando lo planteado en esta introducción, ocupa a este artículo analizar las posibilidades jurídicas, económicas y éticas que existen con el fin de aumentar la oferta de órganos y componentes anatómicos en países como Colombia, los cuales enfrentan un problema de desabastecimiento de órganos humanos para el trasplante.

PANORAMA DE LA DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN COLOMBIA: LOS LÍMITES A LA DISPONIBILIDAD DEL CUERPO HUMANO.

La donación de órganos en Colombia es la única manera en la que el ordenamiento jurídico permite la extracción de un componente anatómico humano con el fin de trasplantarlo a otra persona. La Ley 919 de 2004 estableció la prohibición de la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y tipificó el tráfico de órganos como delito, en los siguientes términos:

***Artículo 2º.** Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión.*

***Parágrafo.** En la misma pena incurrirá quien sustraiga un componente anatómico de un cadáver o de una persona sin la correspondiente autorización, quien participe en calidad de intermediario en la compra, venta o comercialización del componente o quien realice publicidad sobre*

la necesidad de un órgano o tejido sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración.

La misma ley que consta de tan sólo de dos artículos, estableció que la donación de componentes anatómicos únicamente puede realizarse con fines humanitarios, prohibiendo así cualquier clase de remuneración en favor de quien decida disponer de un órgano para su trasplante.

A la tipificación del comercio de órganos como delito se suman otras disposiciones particulares del régimen de donación de órganos colombiano, como es la del artículo segundo de la Ley 73 de 1988, según la cual se presume que toda persona es donante de órganos al momento de su muerte, salvo que en vida haya ejercido el derecho a oponerse a la donación de sus órganos y componentes anatómicos o que en el término de seis horas posterior a la muerte cerebral, los familiares del paciente expresen su oposición. En conexidad con esa disposición, la Ley 1805 de 2016 eliminó la posibilidad de los familiares para sustituir u oponerse al consentimiento expreso del difunto para ser donante de órganos.

Los términos en los que debe expresarse la oposición a la presunción de donación de órganos están descritos en la Ley 1805 de 2016, la cual exige un escrito autenticado ante notario público y presentado ante el Instituto Nacional de Salud (INS) o en su defecto ante una Entidad Promotora de Salud (EPS), la cual debe posteriormente notificar al INS sobre dicha expresión de voluntad.

A pesar de las demandas de inconstitucionalidad que se han formulado en contra de este apartado normativo y su antecesor en términos casi idénticos consagrado en la Ley 73 de 1988, la Corte Constitucional ha dispuesto que las medidas en pro de beneficiar a los colombianos con necesidad de recibir un trasplante de órganos por medio de la presunción de donación, no son más que una expresión del deber constitucional de solidaridad, proporcionalmente ajustado a la libertad de cada persona para exceptuarse de dicha presunción.²

En disposiciones más recientes sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte Constitucional³ ha decantado los elementos básicos alrededor de la donación de órganos en Colombia, así: I) La prohibición de compensación o retribución por la donación de órganos, tejidos o componentes anatómicos; II) La tipificación del tráfico de órganos como delito sancionable por el derecho

2 Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-933 de 2007* (2007)

3 Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-372 de 2019* (2019)

penal; III) La asignación y selección para beneficiarios de trasplante de órganos por medio del sistema técnico de turnos; y IV) La prelación de los nacionales y residentes sobre los extranjeros no residentes en materia de acceso al trasplante de órganos.

En particular los últimos dos aspectos listados por la Corte Constitucional resultan inquietantes por lo siguiente: la Ley 1805 de 2016 prohíbe en su artículo 10 la prestación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes, salvo que el receptor sea el *“cónyuge o compañero permanente, pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del donante.”*⁴ La misma disposición también prevé la posibilidad de que el Instituto Nacional de Salud autorice el trasplante de órganos a un extranjero no residente en los casos en los cuales se compruebe la disponibilidad de suficientes tejidos para garantizar la demanda total de los mismos.

La Ley 1805 de 2016 es, dentro del marco normativo colombiano sobre trasplante y donación de órganos, el pronunciamiento legislativo más importante con el objetivo de prevenir la comercialización y tráfico de órganos. La prohibición de trasplantes a receptores extranjeros obedece precisamente a la intención del legislador de evitar que personas con mayor capacidad adquisitiva ingresen a Colombia desde otros países, pudiendo efectivamente desplazar a los colombianos que se encontraran a la espera de recibir un trasplante⁵. Sumado a lo anterior, la búsqueda por ampliar la presunción de consentimiento para la donación de órganos y la restricción en las maneras en las cuales se puede desvirtuar la misma, demuestran la dificultad que ha significado ampliar la oferta de órganos para trasplante en Colombia⁶.

Otras sentencias, particularmente la T-728 de 2016 y la T-1088 de 2012, han configurado importantes pronunciamientos que manifiestan la posición de la Corte Constitucional en punto de validar las normas que otorgan prelación a los nacionales colombianos sobre los extranjeros no residentes.

Esto se fundamenta en el reconocimiento de que, a pesar de las iniciativas legislativas para ampliar la cantidad de órganos disponibles para donación, lo cierto es que las cifras de trasplantes de órganos en Colombia son sustancial-

4 Ley 1805 de 2016 *Por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones*. 4 de agosto del 2016. D.O. 49955

5 Idem 1

6 Congreso de la República, *Gaceta del Congreso Número 489 de 2014* (2014)

mente menores a las de los países vecinos y al promedio mundial. Colombia tiene actualmente una tasa de donación de 7,4 donantes por millón de habitantes⁷, cifra considerablemente inferior a la de otros países vecinos: Brasil cuenta con una tasa de 18 donantes por millón de habitantes, Argentina de 19,6 y Uruguay de 22,86⁸.

En aras de mejorar esta situación, existen particularmente dos iniciativas legislativas relativamente recientes que han pretendido ampliar aún más la capacidad institucional de Colombia para conseguir mayor cantidad de órganos. El Proyecto de Ley 300 de 2019 que cursó en la Cámara de Representantes y más tarde fue objeto de archivo, buscaba fortalecer la institucionalidad en torno a la donación de órganos, creando la *Organización Nacional de Donación, Ablación e Implante* (ONDAI) que estaría encargada de las funciones que hasta hoy son responsabilidad del Instituto Nacional de Salud (INS), entre las cuales se encuentra la coordinación de la Red Nacional de Trasplantes.

En su exposición de motivos, el proyecto de ley mencionaba que existía una falta de coordinación entre los prestadores de servicios de salud y la Red Nacional de Trasplantes, lo que dificultaba procesos como la identificación de potenciales donantes, sumado a que los criterios para la donación cadavérica de órganos únicamente procedían en los casos de muerte encefálica y no frente a situaciones de paro cardiorrespiratorio. Aunado a lo anterior, se señaló la problemática que existía en torno al transporte de órganos para donación, cuya normativa es prácticamente inexistente y, como consecuencia, pone en peligro la viabilidad de los órganos por la absoluta descoordinación que existe alrededor de este aspecto⁹.

Durante la legislatura 2023-2024, cursó en el Congreso de la República el Proyecto de Ley 238 de 2023, que buscaba ampliar el criterio de selección de donantes fallecidos, puesto que la legislación colombiana únicamente contempla la donación cadavérica en los casos en los que existe muerte cerebral. En este caso concreto, se propuso que se abriera la posibilidad de donación de órganos en los casos de muerte por cese de funciones cardiovasculares; supuesto de hecho que se ha contemplado en legislaciones como las de Austria, Bélgica, República Checa, Francia, Irlanda, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Países Bajos,

7 Instituto Nacional de Salud, *Trasplantes en Colombia aumentaron un 17,1%*, Instituto Nacional de Salud (2023), <https://www.ins.gov.co/Noticias/Paginas/Trasplantes-en-Colombia-aumentaron.aspx>

8 Congreso de la República, *Gaceta 103 del 2024* (2024)

9 Congreso de la República, *Gaceta 1117 de 2019* (2019)

Noruega, Polonia, Portugal, Rusia, España, Suecia, Suiza y el Reino Unido¹⁰. El proyecto de Ley en mención fue archivado, pues el tránsito de legislatura acaeció previo a que fuera debatido en la plenaria de la Cámara de Representantes.

El panorama de la donación y trasplante de órganos en Colombia no es particularmente alentador, no sólo por la baja tasa de donantes por millón de habitantes mencionada líneas arriba, sino por la inmensa desproporción que existe entre donantes vivos y donantes cadavéricos. Para el año 2023, los trasplantes renales llevados a cabo fueron 933, de los cuales 224 provenían de donantes vivos, mientras que 709 correspondían a donantes cadavéricos; y, por trasplantes hepáticos, del total de 293 correspondieron 80 a donantes vivos contra 213 donantes cadavéricos¹¹.

Los trasplantes de riñón y de hígado son los más comunes en Colombia y, a su vez, son los trasplantes que pueden llevarse a cabo con donantes vivos; sin embargo, al 31 de diciembre de 2023, permanecían 3696 pacientes en lista de espera de trasplante renal y 176 por trasplante hepático¹². Estadística aún más preocupante son los 106 pacientes que fallecieron durante el año 2023 a la espera de un trasplante de hígado.

La cantidad de pacientes en lista de espera que no ha logrado obtener un trasplante se atribuye a varias causas, entre las cuales está la ya mencionada deficiencia institucional para la coordinación y realización de los trasplantes de órganos. Sin embargo, la razón preeminente para el desbalance entre oferta y demanda de componentes para el trasplante se debe a la mínima cantidad de órganos donados. Los reportes actuales sobre el estado de cosas en materia de donación de órganos no sólo llaman la atención sobre la deficiencia que hay en la caracterización de los donantes cadavéricos, sino que adicionalmente llevan a pensar sobre los incentivos que existen para los donantes vivos.

COMPRAVENTA, COMPENSACIÓN Y OTROS INCENTIVOS PARA LA DONACIÓN DE ÓRGANOS HUMANOS

El problema de la falta de disponibilidad de órganos para el trasplante ha llevado a la evaluación de diferentes sistemas de incentivos para incrementar la

10 Congreso de la República, *Gaceta del Congreso Número 103 de 2024* (2024)

11 Instituto Nacional de Salud, *Informe Ejecutivo Red de Donación y Trasplantes* (2023)

12 Idem

donación de órganos por parte de donantes vivos. Estos incentivos se pueden clasificar en varias categorías, todas orientadas de una u otra forma a la compensación para las personas que han optado por disponer de un órgano en favor de un paciente necesitado. En orden desde las opciones más conservadoras hasta las más liberales están: I) La compensación no monetaria de la donación; II) La compensación monetaria de la donación; y III) Compraventa de órganos o *Donación pagada*.

LA COMPENSACIÓN NO MONETARIA POR LA DONACIÓN DE ÓRGANOS

Dentro de la Unión Europea, el estudio sobre los métodos de compensación que se deben permitir en favor de los donantes vivos ha sido objeto de extensos análisis. La compensación no monetaria parece ser un incentivo suficiente y, en especial, un incentivo *éticamente aceptable* al compararlo con la compensación monetaria o con la compraventa de órganos¹³. Entre las ventajas que la compensación no monetaria puede significar, está particularmente la imposibilidad de transferir a otra persona la utilidad que se obtenga a raíz de la donación de un órgano y, por ende, de que el donante sea sujeto de coerción. De ese modo, no sería posible que un acreedor obligue a su deudor a donar un órgano para que, con lo pagado a título de compensación, satisfaga su crédito¹⁴.

Entre las posibilidades que existen dentro de la compensación no monetaria, están la priorización y la gratuidad en el acceso a servicios de salud y, adicionalmente, otros beneficios por fuera de la esfera de los servicios de salud.¹⁵ Otras propuestas para la compensación no monetaria llaman la atención: en el año 2003, existió en Filipinas un debate acerca de la posibilidad de que la población privada de la libertad en centros penitenciarios pudiera donar un riñón con el fin de recibir beneficios como la rebaja de la pena o incluso con la libertad¹⁶. Los elementos del debate acerca del intercambio de *riñones por libertad* son extensos y desbordan la materia de este artículo, pero cabe decir que, entre otras, resultó fundamental la consideración sobre si los prisioneros donaban sus

13 Trine Tornøe Platz, Nikolaj Siersbæk, Lars Peter Østerdal, *Ethically Acceptable Compensation for Living Donations of Organs, Tissues, and Cells: An Unexploited Potential?*, 17 Appl Health Econ Health Policy, 1(2019)

14 Idem

15 Idem

16 Leonardo De Castro, *Human organs from prisoners: kidneys for life*, 29 J Med Ethics, 175 (2003)

órganos por simple arrepentimiento o con el fin de obtener un provecho económico y/o jurídico.

El problema que presentan la mayoría de estos incentivos es que dentro de ellos existen beneficios susceptibles de valuación económica: pólizas de seguro en caso de muerte del donante, deducciones de impuestos, los periodos de vacaciones que se puedan otorgar en favor del donante, entre otros beneficios, traen aparejado un precio estimable en dinero¹⁷. A pesar de lo anterior, también es cierto que, como principales ventajas, los beneficios que pueden ofrecerse en el ámbito de la salud son prestaciones que tan sólo el propio sistema de salud puede otorgar, pero además al ser beneficios no monetarios, y al ser intransferibles, protegen al donante de cualquier tipo de coerción con el fin de que un tercero obtenga los réditos derivados de la donación de un órgano.

Lo que buscan las distintas modalidades de compensación no monetaria es la preservación del carácter altruista de las donaciones de órganos y en mayor medida, compensar al donante por los riesgos en los que incurre al acceder a enajenar uno de sus órganos de manera gratuita. Sin embargo, el objetivo no es enriquecer al donante, sino compensarlo por aquello que arriesgó o perdió con ocasión de su intención loable de donar un órgano¹⁸.

COMPENSACIÓN MONETARIA

La compensación monetaria de la donación de órganos va más allá de la eliminación de los desincentivos que puede enfrentar un donante, sino que propone verdaderamente incentivar la donación ofreciéndole al donante una contraprestación que además de *neutralizar* el efecto económico negativo que la donación le ocasionó, le genere una ganancia.¹⁹

La compensación monetaria no implica una compraventa que implique una negociación con un precio concertado entre las partes, sino que únicamente comprende el pago de una compensación cuyo monto establece el Estado en

17 Gaston RS, Danovitch GM, Epstein RA, Kahn JP, Matas AJ, Schnitzler MA. *Limiting financial disincentives in live organ donation: a rational solution to the kidney shortage*. 6 Am J Transpl. 2548 (2006)

18 Idem 13, Idem 16

19 Jack W. Harbell & Amit K. Mathur, *Financial compensation for organ donors*. Current Opinion in Organ Transplantation, 24 Curr Opin Organ Tran, 182 (2019)

favor del donante. Ese precio puede o no ser el “precio de mercado” real que tiene el órgano²⁰.

Las ventajas de un sistema de compensación son varias, principalmente relacionadas con el control que los entes estatales pueden ejercer sobre las transacciones que se hacen sobre órganos humanos. Así, no se permitiría la apertura de un mercado donde el mejor postor se queda con el órgano a la venta, sino que sería un sistema de características derivadas de un ‘monopolio natural’ en donde el Estado u otro ente centralizado es el único autorizado para entregar compensaciones económicas por la donación de un órgano, así como también es quien recibe los órganos para asignarlos a los receptores en orden de prioridad²¹.

En consonancia con lo anterior, una alternativa de esta naturaleza retira al receptor del órgano de la dinámica de la negociación y garantiza que se respete la lista de espera de donantes, evitando principalmente que quienes tengan menor prioridad para recibir un órgano, pero cuenten con mayor capacidad económica, puedan dejar sin opciones a aquellos que ostenten una mejor posición en la lista de turnos. Algunos autores han manifestado que tampoco ha de ser una preocupación mayor el financiamiento de una iniciativa como esta con fondos públicos, pues se ha considerado que en un análisis de costo-beneficio, sistemas como el estadounidense se verían más beneficiados por el ahorro a largo plazo en tratamientos para pacientes trasplantados, que tratamientos para condiciones críticas en aquellos que no han logrado beneficiarse de una donación de órganos²².

Las desventajas de un sistema de compensación monetaria no dejan de ser varios, la mayoría de ellos predicables también de un sistema de mercado abierto como el que se abordará más adelante²³. En primer lugar, el argumento moral en contra del avalúo de órganos y componentes anatómicos humanos es el más fuerte de todos: hay evidencia que indica que, incluso existiendo un incentivo económico, las personas no se sentirían cómodas con disponer de uno de sus órganos con fines diferentes al altruismo, lo que redundaría en una baja efec-

20 Philip J. Held, Frank McCormick, Glenn M. Chertow, Thomas G. Peters, John P. Roberts, *Would government compensation of living kidney donors exploit the poor? An empirical analysis*. 13 PLoS ONE 13 (2018)

21 Idem 19

22 Arthur J. Matas. *The case for living kidney sales: rationale, objections and concerns*. 4 Am J Transplant, 2007 (2004)

23 Idem 17

tividad de la medida en punto de conseguir mayor cantidad de órganos para el trasplante²⁴.

Otro argumento en contra es el riesgo de explotación de poblaciones económicamente vulnerables. El costo de un riñón, bajo algunas estimaciones, no es despreciable: autores como Held et al. han propuesto que el precio a pagársele a un donante a título de compensación podría llegar a ser hasta de setenta y cuatro mil dólares estadounidenses (\$74,000 USD)²⁵. Sin embargo, han concluido que existe el riesgo de explotación, donde quienes deciden enajenar un órgano (en este caso, un riñón) con el propósito de obtener una compensación económica, pueden recibir a título de compensación un valor mucho menor que el que deberían recibir.

Instrumentos internacionales como la Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos han puesto de presente este riesgo, sumado a que es en última instancia una posibilidad para que, quienes tengan mayor capacidad adquisitiva accedan al sistema de trasplante de órganos de países que tienen exceso de órganos disponibles, como sugiere Delmonico (2009) que era el caso en Colombia²⁶.

Por último, otro argumento ético que se pone de presente acerca de este mecanismo y con mayor ahínco, sobre el libre mercado de órganos y componentes humanos, es que la posibilidad de recibir compensación económica por enajenar un órgano o un componente anatómico, conduce a que las personas —*especialmente aquellas en situaciones económicas precarias*— concluyan que enajenar partes de su cuerpo en favor de otra persona para obtener un provecho económico, es un medio legítimo de subsistencia²⁷, además de ser una alternativa viable para la reducción de las brechas sociales.

24 Allison Tong, et al. *Focus group study of public opinion about paying living kidney donors in Australia*. 10 Clin J Am Soc Nephrol, 1217 (2015)

25 Id. 18. Se propuso que el valor de un riñón es la suma del costo del órgano considerado por sí sólo, más el aumento en su valor por ser un órgano proveniente de un donante vivo, asumiendo que este se encuentra en óptimas condiciones de salud; puesto que un riñón de estas características garantiza que no habrá necesidad de donaciones subsecuentes por el desgaste del órgano

26 Francis Delmonico, *The implications of Istanbul Declaration on organ trafficking and transplant tourism*. 14 Curr Opin Organ Transplant, 116 (2009)

27 William Harmon & Francis Delmonico, *Payment for Kidneys: A Government-Regulated System Is Not Ethically Achievable*, 1 CJASN, 1146 (2007)

LA COMPRAVENTA DE ÓRGANOS O ‘DONACIÓN PAGADA’

La opción más liberal con respecto a la compensación por la donación de un órgano o componente anatómico es la compraventa libre e irrestricta entre donantes y receptores de órganos bajo las normas del libre mercado.

Sobre este particular hay que empezar por señalar una obviedad jurídica que sale a relucir como uno de los aspectos más problemáticos acerca de la compraventa de órganos: el donante, por definición dejará de llamarse donante al haber celebrado sobre uno de sus órganos o componentes anatómicos, un negocio jurídico como la compraventa, la cual es por excelencia una transacción onerosa. Si con la compensación por la donación cabía duda sobre el carácter de donante que ostenta quien enajena un órgano, es evidente que en el caso de una negociación seguida del pago de un precio y la enajenación del órgano estamos hablando de una compraventa en el más estricto de los sentidos.

Las consideraciones sobre el negocio jurídico de compraventa de un órgano o componente anatómico humano en Colombia obedecen a otra discusión que no es objeto del presente trabajo, pero basta con decir que por disposición del artículo 1º de la Ley 919 de 2004, que establece la prohibición de remunerar —*ya sea en dinero o en especie*— la donación de un órgano o componente anatómico; cualquier negocio jurídico que tenga por objeto la compensación por la donación de un órgano humano está viciado de *objeto ilícito* según lo que dispone el Artículo 1519 del Código Civil colombiano.

La Ley 919 extiende los efectos del delito de tráfico de órganos a quien “*trafique, compre, venda o comercialice*” y adicionalmente a toda persona “*quien participe en calidad de intermediario en la compra, venta o comercialización del componente o quien realice publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración.*”²⁸ Por lo visto, la prohibición de la comercialización de órganos y componentes anatómicos humanos es expresa, por figurar en una ley en términos tan diáfanos; y es extensiva en la medida en que el delito de tráfico de órganos sanciona a todos los participantes dentro de una hipotética cadena comercial.

En consideración de lo anterior, cabe mencionar el análisis que la academia calificada ha realizado sobre este particular, emitiendo consideraciones a favor y en contra de la libre compraventa de órganos humanos. El principal argumento

28 Ley 919 de 2004, Artículo 2º.

para legalizar o permitir la libre compra y venta de órganos y componentes anatómicos humanos es un argumento comparable a los utilizados en contextos como la venta de estupefacientes o a la venta de armas: las normas para prohibir y/o criminalizar la compraventa o compensación por la donación de órganos humanos han sido ineficientes en punto de atacar el problema y, por el contrario, la evidencia demuestra que existe un mercado negro rampante y sumamente lucrativo²⁹. Otros argumentos se refieren en mayor medida a aspectos morales: ¿Cómo puede ser aceptable que existiendo la necesidad de aumentar la oferta de órganos humanos, el Estado sea quien prohíba la estrategia que mejor podría funcionar para conseguir más órganos?³⁰ También se plantea la pregunta sobre la capacidad de la disposición sobre el cuerpo humano: En un contexto en el que le es posible a las personas cambiar de sexo biológico, realizar cambios estéticos radicales con cirugía e incluso donar órganos por motivos altruistas ¿quién es el Estado para determinar cuáles deben ser los motivos que guíen la enajenación de un órgano humano?³¹

Otros académicos exponen más argumentos: Los médicos, el sistema de salud e incluso el Estado se benefician económicamente de la donación de órganos; y sin duda el paciente receptor se beneficia principalmente de la donación ¿por qué el donante debe quedar por fuera del círculo de beneficios?³². También se ha argumentado que la prohibición de venta de órganos humanos es inconsistente, pues si la razón de este veto es que las personas no deberían estar motivadas por un beneficio económico, la compensación para quienes donan plasma, espermatozoides u óvulos debería estar igualmente prohibida; pero si el motivo es el peligro que el trasplante de órganos le representa a quien vende su propio órgano, el trasplante motivado por altruismo tampoco debería permitirse, pues implica el mismo riesgo médico indistinto del motivo en el que se origine la donación³³.

Los argumentos en contra de esta proposición son múltiples, casi todos basados en la manera sumamente desigual en la que operaría este mercado: la mayoría de los compradores serían personas de altos ingresos y la mayoría de los vendedores serían personas en estados de vulnerabilidad económica tan profundos, que estarían dispuestos a vender un órgano con tal de obtener un

29 Giuseppe Novelli et al., *Is Legalizing the Organ Market Possible?*, 39 Transplant Proc, 1743 (2007)

30 Idem 1

31 Idem 29

32 Idem 22

33 Michael B. Gill, & Robert M. Sade, *Paying for kidneys: the case against prohibition*. 12 KIEJ, 17-45 (2002)

ingreso económico³⁴. Satz³⁵ es aún más incisiva en su argumento socioeconómico en contra de la compraventa de órganos humanos, manifestando que lo que ocurre en este caso es una típica situación de agencia débil o *weak agency*. Lo expresado en su hipótesis es que, en un mercado perfecto, se parte de la base de que tanto compradores como vendedores son plenamente conscientes de las consecuencias que tiene su actuar en el mercado, los riesgos que hay en la compraventa y las implicaciones que puede tener en su salud la enajenación de un órgano como lo puede ser un riñón. La situación presentada aquí tiene implicaciones serias, en la medida en que es notable cómo muchos de quienes venden sus órganos realmente no se encuentran en una situación que les permita tomar una decisión verdaderamente libre sobre sus cuerpos y sobre la transacción económica en la que están a punto de embarcarse. Personas en situaciones de extrema pobreza que toman decisiones desesperadas o incluso mujeres casadas en entornos socioculturales donde su capacidad de decisión se ve seriamente menguada, forman una parte importante de quienes actúan dentro del mercado de los órganos en países sumamente desiguales como la India, donde el tráfico de órganos es un mercado rampante³⁶.

Otros argumentos de naturaleza moral se han presentado en contra de esta proposición de forma casi idéntica a la compensación monetaria. Quienes se oponen a la posibilidad de un mercado de órganos, argumentan que además de la explotación a las clases vulnerables, permitir la compraventa de órganos humanos cambiaría la mentalidad de las personas a tal punto de pensar en el cuerpo humano como si fuera un bien comerciable, que se puede avaluar, vender e intercambiar³⁷. En el caso de los órganos, se plantea que es como si la persona que enajena sus órganos lo hace como quien vende los repuestos para un vehículo, mermando su dignidad humana y su autopercepción, equiparándose a sí mismo con un objeto³⁸.

Aunque hay quienes manifiestan que con una regulación sólida y con el establecimiento de unos parámetros mínimos por parte de los Estados³⁹, estos problemas se verían solucionados; consideramos, como lo explicaremos más

34 Idem 22.

35 Idem 1.

36 Madhav Goyal et al. *Economic and Health Consequences of Selling a Kidney in India*. 288 JAMA, 1589 (2002).

37 Lesley A. Sharp. *The Commodification of the body and its parts*. 19 Annu. Rev. Anthropol, 287 (2000).

38 Idem 22.

39 Idem 22.

adelante, que los dilemas éticos en torno a la dignidad humana son difícilmente solucionables incluso con una normativa que solventa los aspectos económicos más complicados en esta materia.

LA EXPERIENCIA IRANÍ: LA COMBINACIÓN DE COMPENSACIÓN ESTATAL Y LIBRE MERCADO

En la práctica, muy pocas experiencias en el mundo han abordado la escasez de órganos para donación de la forma en que lo ha hecho el programa de donación renal compensada en Irán. La política iraní para compensar a los donantes de órganos ha conseguido disminuir en medida considerable la lista de espera para donación de riñón, incluso logrando satisfacer toda la demanda que existía en el año 1999⁴⁰.

En términos generales, Irán ha concebido un sistema que versa de tres fases⁴¹:

La primera, es una fase de identificación en la que: I) Se busca que el paciente reciba un riñón por parte de un familiar; II) si no se encuentra un familiar, el paciente se registra en la lista de espera de la Asociación de Pacientes de Diálisis y Trasplante (DATPA); y III) la DATPA selecciona a donantes elegibles entre las edades de 18 y 35 años.

La segunda fase consiste en asegurar la factibilidad del trasplante: I) Se presenta formalmente al donante y al receptor del órgano; II) ambos firman una ‘carta de acuerdo’ en la cual consienten a la donación y reconocen que el donante obtendrá una compensación por un monto fijo determinado por el gobierno⁴². Finalmente, III) se llevan a cabo exámenes médicos y análisis que determinen la factibilidad del trasplante entre el donante y el receptor prospectivo.

La tercera fase consiste en una negociación, en la cual el donante y el receptor del riñón convienen un monto adicional por el cual se compensará al donante.

40 Mitra Mahdavi-Mazdeh. *The Iranian model of living renal transplantation*. 82 *Kidney Int*, 625 (2012)

41 Sanwar Siraj, *How a compensated kidney donation program facilitates the sale of human organs in a regulated market: the implications of Islam on organ donation and sale*, 17 *Philos Ethics Humanit Med* (2022)

42 En el 2022 la compensación del gobierno era la suma de diez millones de riales iraníes, equivalentes a \$237 dólares estadounidenses.

Dicho monto se conviene de forma secreta y sin ninguna clase de intermediarios ni de registro y comporta la compensación adicional que el receptor le pagará de forma directa al donante⁴³.

El sistema aquí evidenciado comprende una mezcla de los componentes de compensación mencionados líneas arriba en este trabajo, pues incluye: la compensación no monetaria por parte del gobierno iraní en favor de los donantes, otorgando facilidades como subsidios para adquirir medicamentos de alto costo y aseguramiento gratis en salud por un año; compensación monetaria por una tarifa fija pagada por el Gobierno o fundaciones autorizadas para ello; y el pago por parte del receptor del riñón de un precio convenido entre las dos partes de la transacción (donante y receptor)⁴⁴.

Tanto los elogios como las críticas a un sistema como este son numerosos. Los efectos reales del programa iraní son en general exitosos, pues el objetivo último de este, en punto de conseguir una mayor cantidad de órganos para ofertar; ha sido definitivamente cumplido⁴⁵.

A pesar de ello, es claro que como se expuso anteriormente, resulta sumamente problemático que la mayoría de los vendedores de órganos sean los más pobres y que la posibilidad de recibir compensación por sus riñones se haya convertido en una solución legítima al desempleo, el endeudamiento y la pobreza extrema⁴⁶. Particularmente sobre el sistema iraní, varios plantean que la capacidad casi ilimitada de negociación con una cantidad mínima de supervisión es el caldo de cultivo perfecto para conseguir condiciones económicas abusivas, aprovechando la poquísima agencia y capacidad de decisión que una persona vulnerable normalmente posee⁴⁷. En unas condiciones en las que se ha considerado que se necesita privacidad para alcanzar los mejores tratos y conseguir la efectividad del sistema, pero a su vez donde la privacidad en la negociación significa un potencial de abusos entre compradores ricos y vendedores pobres; hay autores que han planteado que incluso con un sistema completamente patrocinado y supervisado por el Gobierno, las necesidades económicas y las limitaciones éticas son irreconciliables⁴⁸.

43 Idem 41

44 Idem

45 Idem

46 Idem

47 Idem 27

48 Idem

POSIBLE IMPLEMENTACIÓN EN COLOMBIA: PROBLEMÁTICAS Y ELEMENTOS CLAVE

La donación de órganos en Colombia enfrenta varios desafíos importantes. Existe una evidente desproporción entre la cantidad de donantes vivos y cadavéricos, lo que es tal vez atribuible a las barreras impuestas por el mismo sistema de donación o a la falta de incentivos adecuados para los posibles donantes. Evaluando la situación de estos, los perjuicios parecen superar los beneficios. Así mismo, es menester abordar también la dimensión ética que permea el asunto y cuestionar si la implementación de mecanismos como la compensación económica o incentivos monetarios no se lleva a cabo debido a dificultades estructurales del sistema de salud colombiano o si, por el contrario, responde a una postura ética que defiende la donación de órganos como un acto puramente altruista.

En la Sentencia C-810 de 2003,⁴⁹ la Corte Constitucional se pronunció sobre el dilema ético relacionado con la implementación de incentivos económicos para fomentar la donación de órganos y tejidos. La Corte planteó la posibilidad de utilizar estímulos como el pago de servicios funerarios para estimular la donación y, además, se cuestionó si sería éticamente aceptable permitir un mercado de órganos, en el cual las personas que necesiten un trasplante puedan obtenerlos de quienes decidan venderlos.

Uno de los mayores retos que enfrenta Colombia en la implementación de un sistema de incentivos económicos para la donación de órganos es la consideración de dos conceptos clave: la agencia débil y la vulnerabilidad de los posibles donantes.⁵⁰ Muchos individuos, especialmente quienes se encuentran en situación de pobreza, no poseen la capacidad de tomar decisiones informadas. Esto puede llevar a que los más desfavorecidos tomen decisiones que no sean de su mayor interés, basados en la necesidad económica, lo que en esencia no configuraría una decisión libre, voluntaria e informada. Además, un mercado de órganos podría exacerbar las desigualdades sociales existentes, convirtiendo a los donantes en piezas de repuesto para la clase más favorecida. Las preocupaciones éticas y prácticas son un límite a los incentivos económicos para la donación, pues se debe evitar la explotación y asegurar que la decisión del donante sea voluntaria, consentida e informada. En Colombia se presenta un panorama complicado en este sentido, pues es un país sumamente desigual en materia de ingresos, riqueza y tierras. En el caso de la distribución de ingresos

49 Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-810 de 2003*, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

50 Idem 1

en Colombia, 10% de la población con mayores ingresos posee 54,7%, mientras que 50% más pobre tiene solo 10% del ingreso. En el caso de la riqueza, en Colombia 10% más rico posee 64% de la riqueza, mientras que 50% más pobre posee solo 4%. En cuanto a la tenencia de tierras, Colombia presenta un nivel bastante alto de desigualdad, con algunos cálculos del índice Gini de tierras cercanos a 0,70.⁵¹

Autores como Matas⁵², proponen la implementación de un sistema regulado de venta de órganos para reducir los abusos y complicaciones asociados con los mercados ilegales. Se propone, entonces: I) un precio fijo pagado por el Estado o por una agencia regulada, lo que evita que el mercado favorezca solo a quienes tienen mayores recursos económicos y garantiza la compensación adecuada de los donantes para que no se explote a los más vulnerables; II) la asignación de órganos por un algoritmo predefinido, en donde todos en la lista de espera tienen igualdad de oportunidades; III) criterios claros para la evaluación, aceptación y seguimiento de donantes, lo que implica exámenes médicos rigurosos con el fin de proteger la salud y evitar riesgos innecesarios; IV) seguridad y protección para los donantes, velar por la adecuada atención médica antes, durante y después del procedimiento; V) exclusión de intermediarios, donde el pago se realiza directamente al donante evitando así el abuso de terceros; VI) evitar que el pago afecta impuestos o beneficios sociales, pues el sistema debe estar diseñado para que la compensación económica no tenga un impacto en la situación económica del donante; y VII) la transparencia, justicia y equidad en el sistema.

Colombia tiene amplias dificultades frente a la donación de órganos que deben ser resueltas antes de promover alternativas de mercado como las mencionadas a lo largo de este texto.⁵³ En primer lugar están los problemas derivados de la coordinación institucional. Hoy el INS es el encargado de coordinar las materias relacionadas con donación y trasplante de componentes anatómicos y debe también regir todas las políticas de salud pública del país. Países como España cuentan con un organismo autónomo especializado en la materia, exclusivamente dedicado a desarrollar políticas públicas referentes y favorables a la donación lo que es una de las razones por las que es líder mundial en donaciones y trasplantes. Ahora, aunque en Colombia existe la Red Nacional de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos, esta tiene ciertas falencias. Una de ellas es

51 DANE, *Pobreza Monetaria en Colombia - Año 2023* (2024)

52 Idem 22

53 Idem 9

la descoordinación entre su nivel nacional y regional, lo que evidencia la falta de una institución especializada y autónoma que asegure el eficiente funcionamiento de procedimientos médicos y administrativos.

En segundo lugar, se evidencian falencias en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), por cuanto una vez una persona llega a las áreas de urgencias o cuidados intensivos, no se cuenta con un mecanismo para identificarlos como donantes potenciales. Así mismo, hay 82 cirujanos de trasplantes distribuidos en 26 IPS habilitadas para el servicio de trasplante de cerca de 2.500 IPS que hay en el país. Es necesario el aumento de profesionales incursos en la donación, así como la creación de la figura de coordinadores operativos de donación y trasplante que logren identificar los donadores potenciales.

En tercer lugar, en Colombia, la ausencia de formación específica sobre donación y trasplante de órganos en los currículos de medicina y enfermería es una deficiencia significativa. Aunque la autonomía universitaria está protegida por la Constitución, la Corte Constitucional ha establecido que esta no es absoluta y debe alinearse con asuntos relativos al interés general y el bien común⁵⁴, entre los cuales está lo referente a la salud y los asuntos sanitarios. La inclusión obligatoria de estos contenidos académicos se justifica dentro del marco constitucional, ya que garantiza que los profesionales de la salud tengan las competencias necesarias para actuar en beneficio de los pacientes, respetando la autonomía de las instituciones educativas para definir los detalles de los módulos.

En cuarto lugar, la normativa colombiana sobre la extracción de componentes anatómicos de cadáveres para trasplante u otros fines terapéuticos, en casos donde es necesaria una autopsia medicolegal (casos de muertes violentas), presenta deficiencias y falta de actualización por parte de las entidades responsables. En países con mayor desarrollo en esta área, la implementación de procesos bien definidos ha incrementado significativamente las tasas de donación. Por ello, es fundamental establecer mecanismos de coordinación y protocolos claros que permitan una intervención eficiente de todos los actores involucrados en la donación de órganos. Esto con el fin de reducir al máximo las negativas familiares sin comprometer el curso de las investigaciones judiciales.

Las dificultades previamente señaladas son sólo una parte de los desafíos que enfrenta el sistema de donación de órganos y tejidos en Colombia. Si bien

54 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-612 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger

la introducción de incentivos económicos y compensaciones podría potencialmente disminuir la escasez de órganos y reducir el tráfico ilegal, es crucial evaluar las complicaciones prácticas que esta medida implicaría en el contexto socioeconómico colombiano.

CONCLUSIONES

El principal argumento que presenta la legislación colombiana, así como diferentes Estados que han mantenido la prohibición, como regla general, en la donación y trasplantes de órganos es la protección de la dignidad humana y la prevención de la *cosificación* de los componentes anatómicos. Es así, entonces, que el dilema toca cualquier barrera ética y moral que se ha desarrollado en un territorio, que para el caso en concreto es Colombia.

Actualmente, tan solo el hecho de tipificar cualquier actividad relacionada con la comercialización de órganos en el Estado colombiano representa un límite —*tal vez insensato*— por la escasez de y alta demanda de estos componentes que, para muchos, representan un paso sencillo a la vida, evitando dolores y sufrimientos innecesarios. Pero es que, además, la cultura colombiana se ha enfrascado en que la prohibición implica necesariamente una reducción de la conducta que se quiere evitar, resguardado el Estado Social de Derecho profesado por la carta Política de 1991 y propendiendo por la dignidad de los ciudadanos que habitan el territorio nacional.

Para el caso en concreto, las estadísticas expuestas anteriormente destacan que en contraposición, la oferta se queda corta, evitando solventar aquellos problemas de salubridad que bien podrían ayudar a aquel individuo que requiere del órgano para vivir, pero a su vez, beneficiar directamente los intereses del Estado tras la reducción de gastos médicos de una persona que no ha podido ser trasplantado.

Como se ha expresado, la donación y la facilidad por ejecutar los trasplantes de órganos en Colombia están limitados no solo por la estricta regularización negativa en el tema, sino que, además, los factores culturales que se han sostenido alrededor del tema han sido una barrera de difícil superación. Es entonces una necesidad eliminar esas barreras si es que eventualmente el objetivo se convierte en satisfacer los intereses de los receptores.

Por otro lado, y en línea con lo anterior, no es posible sostener que las leyes que presumen la donación de órganos cuando una persona fallece y no ha manifestado una decisión contraria en vida ante notario, sean apropiadas para dar

solución a la crisis actual. En comparación con países vecinos, los colombianos enfrentan una grave escasez en el tema que, poco a poco se ha agudizado.

Es entonces una necesidad colectiva considerar opciones que permitan mejorar y solventar la situación que enfrentan millones de personas que viven a la espera de un órgano para salvar sus vidas.

Arthur J. Matas, en su artículo denominado “*The Case for Living Kidney Sales: Rationale, Objections and Concerns*”⁵⁵ ha establecido que, una alternativa, frente a los problemas expuestos a lo largo del presente documento, especialmente en lo referente al exceso de demanda, bien podría ser exigir el cumplimiento de ciertos requisitos para poder ingresar a la lista de espera, principalmente en lo que respecta a la posibilidad de éxito al realizar un procedimiento de trasplante.

En virtud de lo considerado por el autor, el problema del exceso de demanda no sólo encuentra su causa en el surgimiento de enfermedades, sino también un problema influenciado por la cantidad de personas que se incluyen en la lista de espera. Es así como con la imposición de nuevos requisitos para ingresar a la lista de espera, se podría solventar los problemas con la demanda de trasplantes de órganos. Es decir, si una persona tiene menores probabilidades de éxito con el trasplante del órgano, o si es una persona que es susceptible de enfrentar distintos problemas con la ejecución del trasplante, la persona no debería ser incluida en la lista.

Sin lugar a duda, es un tema que enfrenta debates de todo tipo, especialmente morales, éticos y sociales. Profundizaría gravemente en la vulneración y afectación de los derechos de personas que históricamente han presentado peores resultados en términos de supervivencia tras un trasplante. Como bien lo ha desarrollado el autor, es importante que la mencionada estrategia sea implementada con altos estándares y profundo sentido de equidad y justicia social, pues una radical posición en dicha materia podría implicar una constante afectación a derechos fundamentales.

Como último apartado a considerar, de especial relevancia para los fines de este artículo, se ha desarrollado el largo debate que suscita la forma en la que deberá ser compensado la persona que funja como donante o vendedor -*en el caso de la compraventa del órgano*-. En Colombia, la única posibilidad que se contempla y que a su vez no está tipificada o prohibida por el ordenamiento

55 Idem 22

jurídico, es aquella donación que tiene fines altruistas en contraposición a los lucrativos, en dónde ponerle un precio a un órgano pasa a un segundo plano y no se busca bajo ninguna modalidad sacarle un provecho económico —o aprovecharse de una persona que lo necesita—, sino el simple hecho de ayudar.

Esto, por cuanto la legislación colombiana está fuertemente arraigada a principios bioéticos que defienden arduamente al cuerpo humano y manifiestan en todos los escenarios que ninguna parte del cuerpo puede ser considerado como una cosa o como un bien, como un objeto lícito del cual se desprendan obligaciones, ni mucho menos un bien que interese al comercio. Es decir, que, en virtud de ningún órgano del cuerpo humano, ni tampoco en virtud de algún componente anatómico puede verse implicado en algún acto de comercio, o que represente la actividad económica organizada de una sociedad. Hablamos, entonces, de la indisponibilidad de los órganos.

Para casos como el Colombiano es sumamente desafiante que un mercado como el de trasplantes de órganos y componentes anatómicos exista y que las decisiones que tomen los actores dentro del mismo se tomen sin vulnerar los derechos de la parte débil de la relación.

Con respecto a este tema, las autoridades colombianas requieren de mecanismos para poder regular este mercado, fungiendo como un monopolio natural, quien sea el que ponga el precio, pero existen elementos que deben considerarse ampliamente. Por ejemplo, ¿cómo debe hacer una persona para pagar un componente anatómico?

El tema a evaluar es que, si bien la viabilidad de un sistema en donde la comercialización de los órganos puede ser procedente, lo cierto es que existen diferentes factores económicos, políticos, culturales y especialmente sociales que cobran especial relevancia a la hora de poner en práctica este mercado, más cuando históricamente, los sectores más vulnerables han sido desplazados del sistema por aquel selecto grupo de personas que tienen acceso a cualquier herramienta que satisfaga sus necesidades.

REFERENCIAS

- Allison Tong, et al. *Focus group study of public opinion about paying living kidney donors in Australia*. 10 Clin J Am Soc Nephrol, 1217 (2015)
- Arthur J. Matas, *Why We Should Develop a Regulated System of Kidney Sales: A Call for Action!*, 1 Clin J Am Soc Nephrol, 1129 (2006)

- Arthur J. Matas. *The case for living kidney sales: rationale, objections and concerns*. 4 Am J Transplant, 2007 (2004)
- DANE, *Pobreza Monetaria en Colombia - Año 2023* (2024)
- Debra Satz, *Why some things should not be for sale: the moral limits of markets* (2010, Oxford University Press)
- Eytan Mor & Hagai Boas, *Organ Trafficking: Scope and Ethical Dilemma*, 5 Curr Diab Rep, 294 (2005)
- Francis Delmonico, *The implications of Istanbul Declaration on organ trafficking and transplant tourism*. 14 Curr Opin Organ Transplant, 116 (2009)
- Gaston RS, Danovitch GM, Epstein RA, Kahn JP, Matas AJ, Schnitzler MA. *Limiting financial disincentives in live organ donation: a rational solution to the kidney shortage*. 6 Am J Transpl. 2548 (2006)
- Giuseppe Novelli et al., *Is Legalizing the Organ Market Possible?*, 39 Transplant Proc, 1743 (2007)
- Hunter Jackson Smith, *The ethical implications and religious significance of organ transplantation payment systems*, 19 Med Health Care and Philos, 33 (2016)
- Jack W. Harbell & Amit K. Mathur, *Financial compensation for organ donors. Current Opinion in Organ Transplantation*, 24 Curr Opin Organ Tran, 182 (2019)
- Leonardo De Castro, *Human organs from prisoners: kidneys for life*, 29 J Med Ethics, 175 (2003)
- Lesley A. Sharp. *The Commodification of the body and its parts*. 19 Annu. Rev. Anthropol, 287 (2000)
- Madhav Goyal et al., *Economic and Health Consequences of Selling a Kidney in India*. 288 JAMA, 1589 (2002)
- Michael B. Gill, & Robert M. Sade, *Paying for kidneys: the case against prohibition*. 12 KIEJ, 17–45 (2002)
- Miran Epstein, *The ethics of poverty and the poverty of ethics: the case of Palestinian prisoners in Israel seeking to sell their kidneys in order to feed their children*, 33 J Med Ethics, 473 (2007)
- Mitra Mahdavi-Mazdeh. *The Iranian model of living renal transplantation*. 82 Kidney Int, 625 (2012)
- Nasrollah Ghahramani, Adibul Hasan Rizvi, Benita Padilla, *Paid Donation a Global View, Outcomes of Paid Donation in Iran, Pakistan and Philippines*, 19 Adv Chronic Kidney Dis, 262 (2012)
- Ofra Greenberg, *The Global Organ Trade: A Case in Point*, 22 Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, 238 (2013)
- Paul M. Hughes, *Constraint, Consent and Well-Being in Human Kidney Sales*, 34 J Med Philos, 606 (2009)
- Philip J. Held, Frank McCormick, Glenn M. Chertow, Thomas G. Peters, John P. Roberts, *Would government compensation of living kidney donors exploit the poor? An empirical analysis*. 13 PloS ONE 13 (2018)

- Sanwar Siraj, *How a compensated kidney donation program facilitates the sale of human organs in a regulated market: the implications of Islam on organ donation and sale*, 17 Philos Ethics Humanit Med (2022)
- Stephen Leider & Alvin Roth, *Kidneys for sale: Who disapproves, and why?*, 10 AJT, 1221 (2010)
- Trine Tornøe Platz, Nikolaj Siersbæk, Lars Peter Østerdal, *Ethically Acceptable Compensation for Living Donations of Organs, Tissues, and Cells: An Unexploited Potential?*, 17 Appl Health Econ Health Policy, 1(2019)
- William Harmon & Francis Delmonico, *Payment for Kidneys: A Government-Regulated System Is Not Ethically Achievable*, 1 CJASN, 1146 (2007).

Leyes, proyectos de ley, normas e instrumentos internacionales

- Declaración de Estambul, *DECLARACIÓN DE ESTAMBUL SOBRE EL TRÁFICO DE ÓRGANOS Y EL TURISMO DE TRASPLANTE* (2008)
- Ley 73 de 1988. *Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos*. 20 de diciembre de 1988. D.O. 38623
- Ley 919 de 2004. *Por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico*. 23 de diciembre de 2004. D.O. 45771
- Ley 1805 de 2016 *Por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones*. 4 de agosto del 2016. D.O. 49955

Gacetas del congreso

- Congreso de la República, *Gaceta 103 2024* (2024)
- Congreso de la República, *Gaceta 1117 de 2019* (2019)

Jurisprudencia

- Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-810 de 2003*, M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-933 de 2007*, M.P. Jaime Araújo Rentería
- Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-612 de 2017*, M.P. Cristina Pardo Schlesinger
- Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-372 de 2019*, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado



EL MODELAJE WEBCAM DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO

WEBCAM MODELING FROM THE PERSPECTIVE OF COLOMBIAN COMMERCIAL LAW

ANA SOFÍA NAVAS GUEVARA*

ISABELLA RUBIANO HOYOS**

Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2024

Fecha de aceptación: 4 de mayo de 2025

Disponible en línea: 30 de junio de 2025

RESUMEN

La industria webcam, también conocida como la industria para el entretenimiento adulto, se especializa en ser una actividad económica encaminada a la realización de contenido sexual erótico. El mundo entero ha visto el desarrollo de esta industria del entretenimiento y su impacto en la economía nacional, que de una u otra forma les ha brindado libertad financiera a millones de personas permitiéndoles poseer un empleo. Desde el derecho tradicional no existe regulación específica con respecto a esta industria, por lo que las agencias, empresas o instituciones dedicadas comercialmente a este negocio no tienen un esquema normativo definido, razón por la cual se cuestiona la licitud de su objeto social.

* Estudiante de octavo semestre de la facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá D.C., Colombia). Actualmente en un intercambio en Roma en la universidad La Sapienza. Miembro del semillero CEDRECI (regulación económica y competitividad internacional). Contacto: navasana@javeriana.edu.co

** Estudiante de octavo semestre de la facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá D.C., Colombia). Miembro del semillero de derecho penal económico y derecho penitenciario. Contacto: isabellarubianoh@javeriana.edu.co

Palabras clave: modelaje webcam, entretenimiento para adultos, prostitución, agencia, sociedad comercial, objeto social, empresa y empresario.

ABSTRACT

The webcam industry, also known as the adult entertainment industry, specializes in being an economic activity aimed at performing erotic sexual content. The whole world has seen the development of this entertainment industry and its impact on the national economy, which in one way or another has given millions of people financial freedom by allowing them to have jobs. Since traditional law there is no specific regulation with respect to this industry, so that the agencies, companies or institutions engaged commercially in this business do not have a defined regulatory scheme, which is why the lawfulness of their social purpose is questioned.

Keywords: Webcam modeling, adult entertainment, prostitution, agency, commercial company, social object, business and entrepreneur.

1. INTRODUCCIÓN

Colombia es un país que históricamente se ha caracterizado por tener una brecha de género. Las altas tasas de desempleo corresponden a millones de colombianos que no reciben oportunidades laborales, siendo un alto porcentaje de ellos, las mujeres. El modelaje webcam también conocida como la industria para el entretenimiento adulto, se cree que llegó a Colombia gracias a un hombre de apellido Fernando, quien montó un bus de modelos en línea con internet satelital¹ (Semana, 2017). Hoy en día Colombia es uno de los países líderes en este nuevo imperio, no obstante, pese a existir una confusión latente entre la prostitución y el modelaje webcam, el propósito de este artículo es entender ¿Hasta qué punto existe legalidad en los estudios webcam como empresa constituida en Colombia dado el objeto social que esta presenta? El modelaje webcam se

1 Cuenta Semana (2017) que Bob, un americano obeso que murió después de un ataque al corazón, levantó su propia firma en Cali con 150 modelos, también desde la sombra. En ese entonces, el negocio de las modelos en línea era muy mal visto y la Policía, que no tenía muy claro de que trataba, los perseguía sin tregua.

entiende como la industria más efectiva del negocio de entretenimiento para adultos², su propósito es generar una interacción virtual de contenido erótico a cambio de una remuneración económica. Siendo así, esta industria ha carecido de una regulación legal, laboral y comercial, que por el contrario, ha permitido un sinnúmero de abusos y tormentos para los trabajadores de este medio, en parte por la falta de formalización y normatividad empresarial que conlleva.

2. CONTEXTO Y EVOLUCIÓN DE LA INDUSTRIA WEBCAM EN COLOMBIA

El modelaje webcam surge en Colombia alrededor del año 2000, principalmente en las ciudades de Cali y Medellín. Esta industria ha venido creciendo en las últimas dos décadas, incluyendo a Bogotá como la tercera ciudad principal de oferta en el país, haciendo que estas tres ciudades concentren aproximadamente el 70% del mercado. Actualmente, se puede tener en el país 300.000 modelos registrados, 15.000 estudios legalizados y se estima que ha habido un crecimiento nacional anual del 400%³. La Federación Nacional de Comercio Electrónico para Adultos a través del sistema Webcam, menciona que los estudios representan una fuente significativa de ingresos para muchas personas en el país y tiene una gran contribución en el producto interno bruto, pero, por la ausencia de formalización se dificulta la recolección de impuestos y la regulación de la actividad económica del sector pues, si llegase a regularse, se podrían implementar mecanismos para el desarrollo económico del país.

Para el año 2022 las rentas de la industria movían aproximadamente USD \$600 millones, lo que a su vez representa ingresos aproximados de COP \$80.000 millones para el país por concepto de pago de impuestos⁴. Pese a que se carezca de regulación, la industria ya cuenta con una estructura tributaria definida, ya que mediante el comunicado de prensa número 187 de la DIAN, se manifiesta la

2 Rodríguez, C. (2023). Industria webcam ya factura US\$600 millones y cuenta con al menos 100.000 modelos. Tomado de: <https://www.larepublica.co/ocio/industria-webcam-ya-factura-us-600-millones-y-cuenta-con-al-menos-100-000-modelos-3554180>

3 Salas, L. (2020, 31 marzo). *Modelos 'webcam': ¿prostitución o trabajo formal?* El Tiempo. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/modelaje-webcam-en-colombia-explotacion-sexual-sueldos-bajos-y-estigma-813497#:~:text=Actualmente%2C%20se%20tiene%20un%20aproximado,mundo%2C%20solo%20superado%20por%20Ruman%C3%A1Da.https://www.larepublica.co/ocio/industria-webcam-ya-factura-us-600-millones-y-cuenta-con-al-menos-100-000-modelos-3554180>

4 Forbes. (2022). Modelos webcam: un negocio que ya mueve US\$600 millones en Colombia.

vigilancia a las empresas que ofrecen servicios de entretenimiento para adultos con el objetivo de que se cumplan las obligaciones tributarias correspondientes.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL MODELAJE WEBCAM

Un modelo webcam, o webcamer, es una persona que, a través de medios virtuales como páginas web o plataformas digitales, ofrece servicios de entretenimiento para adultos. Estos servicios pueden incluir shows o conversaciones de contenido erótico. Se trata de un servicio virtual que se presta a distancia, lo que lo distingue de la prostitución, “en consecuencia, un modelo webcam es quien, utilizando un dispositivo con cámara y a través de Internet, mantiene una interacción sexual”. (Barrios et. al, 2022, p. 21) Considerando la definición atribuida al webcamer, es válido afirmar que se trata de un servicio de esta categoría en la cual no se requiere mantener relaciones sexuales. No obstante, es necesario analizar si puede ser reconocida como una actividad económica susceptible de explotación empresarial; si consta de un objeto social lícito.

4. ANÁLISIS COMERCIAL: EMPRESA, EMPRESARIO Y OBJETO SOCIAL

El objeto social se entiende como la actividad o actividades que desarrolla una empresa, por lo tanto, es la finalidad por la cual se constituye y se desarrolla. Para el caso del modelaje webcam, su objeto se describe como la explotación y comercialización de entretenimiento para mayores por internet. Esto se encuentra además sustentado en la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU), clasificación alineada con las directrices de la ONU que ha sido adaptada para Colombia por el DANE, cuya función es organizar las actividades comerciales logrando la recolección de datos para calcular estadísticas. Aunque por el momento no se ha podido asignar un código de clasificación, el más aproximado es el 9004 para “la creación de contenidos para medios de comunicación audiovisuales, especialmente para el cine, la televisión, la radio, animación digital y videojuegos, entre otros, independientemente del soporte utilizado (film, video, video digital) y del género (ficción, documental, publicidad, entre otros)” (DIAN. 2024) El oficio 220-14314 de la Superintendencia de Sociedades recalca que el estudio de la ilicitud del objeto trae consigo la consideración de la nulidad absoluta y que esto se da cuando las prestaciones a las que se obliga la empresa son contrarias a la ley o el orden público.

Aunque el modelaje webcam no se encuentra reglamentado en Colombia, la Sentencia T-407A de 2018 dispuso que la industria de entretenimiento para

adultos es legal⁵. La legislación colombiana actualmente carece de una regulación específica para este tipo de actividad, no existe una normativa clara que regule las relaciones laborales dentro de este sector, lo que deja a los trabajadores y empleadores expuestos a la arbitrariedad y a la interpretación subjetiva de los valores constitucionales. Para que la actividad del modelaje webcam sea reconocida por el Derecho, basta que provenga del ejercicio libre y voluntario -como se estipula en el artículo 26 de la Constitución Política-, sin presiones de ningún tipo. En caso contrario, se consideraría como un trabajo forzoso, que la Organización Internacional del Trabajo ha definido como “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. (Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, numeral 29). Esto consolida una condición de vida y trabajo contrario a la dignidad humana.

Dado que la actividad del modelaje webcam se desarrolla en un establecimiento (donde se vende el servicio) y a través de una empresa legalmente constituida, se enmarca dentro de la libertad de empresa expuesta en el artículo 333 de la Constitución Política. Esto puede interpretarse como una manifestación de la libre iniciativa y de la actividad económica. Sin embargo, en el contexto del establecimiento, “la imposibilidad de promover el ejercicio del trabajo sexual como forma de activar el funcionamiento del negocio propio no implica eliminar por completo la actividad empresarial en cuestión. Simplemente, significa someterla a una restricción adicional en relación con el recurso humano que lleva a cabo la actividad en sí, sin afectar las demás facultades del empresario.”(Sentencia T-629/2010) Entre estas facultades se incluyen el acceso al mercado, la ubicación en zonas específicas de la ciudad, el derecho a competir, la obtención de un beneficio económico sin inducir ni coaccionar a los trabajadores, así como la contratación, dirección y organización para garantizar la permanencia en el mercado, o incluso su retiro.

El artículo 25 del Código de Comercio define el concepto de empresa y, por lo tanto, ayuda a entender la función que ejerce el empresario, que es obtener ganancias del desarrollo del objeto social. Los servicios de modelaje webcam, al ser una profesión u oficio que requiere de una actuación libre, plantea un reto sobre la delgada línea que define lo que es un empresario y un empleador,

5 “Ahora bien, aunque la industria del entretenimiento para adultos no se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, esta Corte reconoce las tensiones y retos que este tema implica para un Estado social de derecho, alrededor del cual se han generado amplios debates que involucran distintas miradas sobre este fenómeno y que encuentran diferentes posturas”

y, lo que es un proxeneta⁶. Por ello, es fundamental que el legislador considere la necesidad de regular aspectos relacionados con la productividad, como el número de clientes que pueden ser atendidos con el fin de que prevalezca ante todo la libertad sexual de los trabajadores para evitar que se atente contra esta y así mismo que se pueda proteger el derecho personalísimo. La reglamentación debe ser lo suficientemente clara para no vulnerar los derechos fundamentales de quienes ejercen esta actividad, pero al mismo tiempo debe proteger la expectativa legítima del empresario, quien, al crear una empresa, busca obtener ganancias, contribuir al fortalecimiento de la economía y generar empleos.

Teniendo en cuenta que es posible la explotación económica de servicios sexuales como el modelaje webcam, se puede afirmar que esta actividad constituye un acto de comercio. El artículo 21 del Código de Comercio amplía el concepto de acto mercantil, estableciendo que es mercantil todo acto que conduzca al cumplimiento de los fines de una empresa. Por su parte, el artículo 25 define una empresa como toda actividad económica organizada que tiene como objetivo la producción, transformación, administración o custodia de bienes, o la prestación de servicios. El modelaje webcam, al ser una actividad organizada con el propósito de prestar servicios a cambio de una remuneración, encaja perfectamente en esta definición.

En este contexto, el servicio ofrecido es el entretenimiento para adultos mediante transmisiones en vivo. Las actividades de la empresa pueden clasificarse en tres áreas: primero, la prestación de servicios de entretenimiento para adultos, en la que se cobran tarifas a cambio de la interacción con los clientes; segundo, la organización y administración de las plataformas digitales que facilitan estas interacciones; y tercero, la monetización de la actividad mediante suscripciones, propinas o servicios adicionales, que constituyen la principal fuente de ingresos de la empresa.

En virtud de lo anterior, es importante resaltar las condiciones que se requieren para constituir una empresa. El decreto 410 del año 1971 por el cual se expide el Código de Comercio establece en su artículo 25 la definición de empresa de la siguiente manera,

6 Según la Sentencia C-036/2009 el delito descrito se conoce como proxenetismo. Se incluye en el grupo de conductas semejantes cuyo rasgo común es el aprovechamiento con fines personales o lucrativos del acto sexual de un tercero, al cual se induce o constriñe. El sujeto activo y el pasivo pueden ser personas del mismo sexo

“se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.” (Código de Comercio, Decreto 410 de 1971)

Comúnmente se cree que para crear empresa en Colombia se necesitan tan solo 11 pasos, desde elegir la razón social, registrarse como persona natural o persona jurídica, clasificar la actividad económica, crear los estatutos de la empresa, llenar el pre-rut, inscribir el registro, formalizar una cuenta bancaria, presentar el rut ante la cámara de comercio, inscribir el registro, hacer la inscripción de los libros de comercio y realizar el debido registro en el sistema de seguridad social, no obstante, se pasan por alto factores como la sostenibilidad en el tiempo, la licitud del objeto social a realizar, la experiencia en gestión empresarial, entre otros.

El empresario es todo aquel encargado de la gestión y dirección del negocio que conlleva una serie de requisitos. Algunos de ellos son; el nombre, el domicilio de las partes, la clase o tipo de sociedad, el capital social, identificación de los representantes y, además, el objeto social. El objeto social de una sociedad se entiende como la actividad o negocio que se pretende desempeñar, es así como se cuestiona la legalidad de los estudios webcam como empresa constituida legalmente en Colombia, pues el objeto social como característica fundamental debe ser lícito y a pesar de ser legal en Colombia, se presentan otros vacíos que controvierten en la creación de una empresa cuyo objeto social puede llegar a ser la prostitución.

Con el fin de evaluar la problemática, se recalca la importancia de precisar conceptos como agencia, sociedad y establecimiento de comercio. El artículo 264 del Código define agencia como *“son agencias de una sociedad, sus establecimientos de comercio cuyos administradores carezcan de poder para representarla (...)”*. Ahora, un establecimiento de comercio se puede entender como un conjunto de bienes organizados por el empresario que busca desarrollar sus actividades económicas. Entretanto, la Alcaldía de Popayán distingue y define empresa de la siguiente manera

“Es una organización, institución, o industria, dedicada a actividades o persecución de fines económicos o comerciales para satisfacer las necesidades de bienes y/o servicios de los demandantes, a la par de asegurar

la continuidad de la estructura productivo-comercial, así como sus necesarias inversiones.”⁷ (Alcaldía de Popayán)

Por otro lado, una sociedad comercial se puede entender como “una asociación de personas naturales o jurídicas dedicadas a una actividad comercial de la que se persigue un lucro o ganancia que se reparte entre los participantes o socios, de acuerdo a la proporción de sus aportes y a la naturaleza de la Sociedad.” (finagro, N.D) Como tal, un empresario se puede definir como aquella persona que de manera individual o colectiva propone, establece y fija los objetivos de la empresa, asume la responsabilidad de manera comercial y legal, puede ser una persona natural como una persona jurídica cuyo objetivo o propósito es producir bienes o servicios con el fin de recibir una remuneración o beneficio. Para agregar, un trabajador empleado de una agencia de modelaje webcam debería cumplir con los requisitos que se desprenden de las calidades de comerciante. El Código de Comercio define en su artículo 10 la calidad de comerciante como las personas que profesionalmente se ocupan de alguna actividad que la ley define como mercantil, es decir, toda actividad que busca la remuneración económica o beneficio a cambio del ofrecimiento de un bien o servicio. Algunos ejemplos pueden ser la compraventa de bienes, prestación de servicios o incluso aquellas que se desarrollen y lleven a cabo en una sociedad comercial.

Siendo así, en Colombia se contabilizaron aproximadamente más de 10.000⁸ estudios webcam en todo el territorio colombiano, pese a ello, su regulación aún no está definida y es por eso que la Sentencia T-109/2021 presentó una postura referente al aspecto laboral de las mujeres dedicadas a prestar este tipo de servicios. Primero, informan el funcionamiento del modelaje webcam en Colombia donde se manifiesta que funciona a través de plataformas electrónicas donde se evidencia una interacción mediante salas de chat donde transmiten, simulan o recrean múltiples roles, conductas y comportamientos, agrega la Corte que “el modelaje *webcam* es una actividad que en principio, al no estar expresamente prohibida como tal, no deviene ilícita, lo que no significa que pueda desarrollarse absolutamente al margen del Derecho, dado que toda actividad de los particulares, incluso la que se realice en ejercicio del principio de libertad económica previsto en el artículo 333 C.P. está sujeta a la observancia de la Constitución

7 <https://www.popayan.gov.co/SecretariasyEntidades/Empresarios/Paginas/Qu%C3%A9-es-una-empresa.aspx#gsc.tab=0>

8 <https://caracol.com.co/2023/08/24/radican-proyecto-de-ley-para-regular-la-industria-webcam-en-colombia/>

y las leyes, como se desprende claramente de los artículos 6 y 95 de la Carta Política.”⁹ (Sentencia T-109/2021) Es decir, los particulares serán responsables ante las autoridades una vez infrinjan alguna ley plasmada en la Constitución, como lo serán los servidores públicos si alguno llegase a extralimitarse en sus funciones, además, se protege la calidad de colombiano y, sobretodo, se pretende salvaguardar los derechos y las libertades que son reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

5. RETOS LEGALES Y VACÍOS DE REGULACIÓN

Cabe destacar que la Sentencia T-109/2021, establece una serie de parámetros de importante cumplimiento como bien pueden ser “*acatar las normas relativas al uso del suelo y horarios de funcionamiento dictadas por las autoridades locales; actualizar de la matrícula mercantil; comunicar de la apertura del establecimiento al comandante de estación o subestación de Policía del lugar de funcionamiento del respectivo comercio; no desarrollar actividades distintas al objeto registrado en la matrícula mercantil; entre otros*”, (Sentencia T-109/2021) incluso, la promulgación de esta serie de requisitos se puede observar desde dos perspectivas, la primera de ellas, enfocada a establecer un régimen aplicable para el control de las agencias, industrias o establecimientos de comercio cuya actividad económica a desarrollar se entiende como entretenimiento para adultos, como también una segunda perspectiva orientada desde el derecho policivo cuyo propósito es decretar un régimen de normas aplicables que se limita a definir o analizar la situación jurídica y objeto social que se pretende desarrollar en este mercado.

Habiendo considerado lo anterior, con el fin de brindarle una posible solución a la problemática planteada, se desea hacer un análisis desde dos perspectivas jurídicas, desde el modelo *lege lata* y desde el modelo *lege ferenda*. Desde una aproximación *lege lata* se llega a la conclusión que en Colombia no existe una regulación propia para el modelaje webcam e incluso para la industria del entretenimiento para adultos. Alejandro Ocampo representante a

9 Se prescriben como algunos de los comportamientos que no deben realizarse las conductas opuestas a aquellas previamente definidas como obligaciones, así como también entregar, enviar, facilitar, alquilar, vender, comercializar, distribuir, exhibir, o publicar textos, imágenes, documentos, o archivos audiovisuales de contenido pornográfico a menores de 18 años (...) entre otros.

la Cámara propuso un proyecto de ley que buscaba garantizar las condiciones de dignidad en esta industria, buscaba establecer mecanismos que permitieran ayudar a controlar y vigilar los establecimientos y agencias dedicadas a prestar estos servicios, no obstante, se presentaron múltiples inconformidades, uno de ellos, puesto que sugería crear un monopolio al brindarle la regulación y manejo de las empresas constituidas a la federación colombiana de comercio electrónico para adultos, además, la problemática central de este proyecto se ubicaba principalmente en que una sola organización no tenía la capacidad de controlar y regular tantas regiones. En consecuencia, la aproximación más apropiada sería proponer un modelo *lege ferenda*, es decir, un modelo encaminado a reformar, adicionar o mejorar una ley.

6. PROPUESTAS DE REGULACIÓN Y SOLUCIONES LEGISLATIVAS

Siendo así, se proponen 2 posibles soluciones encaminadas a promover un proyecto de ley que regule este gremio. Una de ellas enfocada en la necesidad de regular mediante parámetros estables la constitución de empresas y agencias dedicadas a prestar este servicio, donde el objeto social sea completamente lícito, para que no se cruce la línea entre empresario y proxeneta, pues de lo contrario no se podría hablar de la constitución legal de una empresa o agencia con objeto social ilícito. La otra posible solución pretende impulsar la creación de un nuevo proyecto de ley que proteja a los trabajadores y empleadores de este medio, garantizando la protección de sus derechos fundamentales y de esta manera evitar los trabajos forzosos que son un ejemplo de esclavitud moderna.

7. CONCLUSIONES

El artículo exploró el modelaje webcam desde la perspectiva del Derecho Comercial colombiano, analizando su naturaleza como actividad económica dentro de la industria de entretenimiento para adultos. Se identificó la importancia de esta actividad como generadora de empleo y su contribución a la economía nacional, así como las dificultades legales derivadas de la falta de regulación específica. Aunque el modelaje webcam no está reglamentado, cuenta con reconocimiento constitucional bajo los derechos a la libertad económica y de libre iniciativa privada, esto siempre y cuando sea voluntario y no vulnere derechos fundamentales. Sin embargo, se identificaron vacíos normativos significativos que exponen tanto a los trabajadores como a los empresarios a abusos e inseguridad jurídica.

Por último, se plantearon dos posibles vías de solución: primero, una regulación clara y estable que permita constituir empresas y agencias bajo un marco jurídico que garantice la licitud de su objeto social; y segundo, la implementación de mecanismos que protejan los derechos fundamentales de los trabajadores, evitando prácticas como el trabajo forzoso. Estas propuestas buscan no solo fortalecer el control y la vigilancia del sector, sino también contribuir al desarrollo económico del país, respetando la dignidad y las libertades de las personas involucradas en esta actividad.

REFERENCIAS

- Alcaldía de Popayán. (N.D). 3 Qué es una empresa. Tomado de: <https://www.popayan.gov.co/SecretariasyEntidades/Empresarios/Paginas/Qu%C3%A9-es-una-empresa.aspx#gsc.tab=0>
- Barrios. M, Hernandez. W, Forero. L. (2022). El modelaje webcam frente al derecho laboral colombiano. Tomado de: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/24149/El%20modelaje%20webcam%20ante%20el%20derecho%20laboral%20colombiano%20%28con%20control%20de%20cambios%29%20%20%282%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Caracol, Noticias (2021, 18 julio). “estudios y modelos webcam piden regular este oficio, que va en aumento en Colombia. Recuperado de <https://noticias.caracoltv.com/informes-especiales/estudios-y-modelos-webcam-piden-regular-este-oficio-que-va-en-aumento-en-colombia>
- Código de comercio de Colombia (1971)
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión de Tutelas. (27 de abril de 2021) Sentencia T-109/2021. [MP. Alberto Rojas Ríos]
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (27 de septiembre de 2018) Sentencia T-407A/2018. [MP. Diana Fajardo Rivera]
- Congreso de la República de Colombia. (27 de diciembre de 2019) Artículo 72 [Título IV]. Ley de Crecimiento Económico [Ley 2010 de 2019]. DO: 51.179
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (13 de agosto de 2010) Sentencia T-629/2010. [MP. Juan Carlos Henao Pérez]
- DANE, Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, CPEM, Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, & ONU Mujeres, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres. (2020). Mujeres y hombres: brechas de género en Colombia. Recuperado de <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/genero/publicaciones/mujeres-y-hombre-brechas-de-genero-colombia-informe.pdf>
- (DIAN, 2024-> Admin. (2024, 9 mayo). Código CIIU 9004 Actividades Económicas DIAN. DIAN-RUT. <https://dian-rut.com/codigo-ciiu/9004/>. <https://dian-rut.com/codigo-ciiu/9004/>

- El País. (2023). Modelos webcam en Colombia: este es el proyecto de ley que buscaría regular la industria. Tomado de: <https://www.elpais.com.co/colombia/modelos-webcam-en-colombia-este-es-el-proyecto-de-ley-que-buscaria-regular-la-industria-0155.html>
- Finagro. (ND.) Constituir una sociedad comercial en Colombia. Tomado de: <https://www.google.com/url?q=https://www.elpais.com.co/colombia/modelos-webcam-en-colombia-este-es-el-proyecto-de-ley-que-buscaria-regular-la-industria-0155.html&sa=D&source=docs&ust=1729310760580677&usg=AOvVaw022XbzLYFd9ap7jU6SYC-FW>
- Forbes. (2022). Modelos webcam: un negocio que ya mueve US\$600 millones en Colombia. Tomado de: <https://forbes.co/2022/06/07/actualidad/modelos-webcam-un-negocio-que-ya-mueve-us600-millones-en-colombia>
- Hernandez, V. (2020). La actividad de las modelos webcam en Colombia: Vulneración de su derecho al trabajo. Tomado de : <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/16bf46da-1579-45b8-ac94-1c1344bf03b0/content>
- Hernandez, J, Amaya, D, Becerra, M, (2024). El poder oculto del modelaje webcam en Colombia. Tomado de: (<https://www.lasillavacia.com/silla-nacional/el-poder-oculto-del-modelaje-webcam-en-colombia/> <https://www.asuntoslegales.com.co/consumidor/asi-es-que-estan-regulados-los-estudios-webcam-en-el-pais-como-es-que-funcionan-3872866>
- IDERE LATAM (2020). Índice de Desarrollo Regional Latinoamérica, 2020. Resumen ejecutivo. Recuperado de: <http://www.iderelam.com/wp-content/uploads/2020/10/IDERE-LATAM-2020-Resumen-Ejecutivo.pdf>
- Pedroza, Blanca. (2009). “Privatización y globalización: derechos humanos de las mujeres”. En Girón, Alicia. Género y globalización (p. 221), Buenos aires, CLACSO.
- Quintero, L. (2023). El lado más oscuro del modelaje webcam en Colombia: entre la explotación y el lujo. Tomado de: <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/modelaje-webcam-en-colombia-explotacion-sexual-sueldos-bajos-y-estigma-813497>
- Rodriguez, C. (2023). Industria webcam ya factura US\$600 millones y cuenta con al menos 100.000 modelos. Tomado de: <https://www.larepublica.co/ocio/industria-webcam-ya-factura-us-600-millones-y-cuenta-con-al-menos-100-000-modelos-3554180>
- Salas, L. (2020, 31 marzo). Modelos ‘webcam’: ¿prostitución o trabajo formal? El Tiempo. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/modelos-webcam-prostitucion-o-trabajo-formal-478902>
- S. (2021, 13 enero). Industria webcam le aportaría \$1,5 billones anuales a Colombia. Semana.com Últimas Noticias de Colombia y el Mundo. Recuperado de <https://www.semana.com/pais/articulo/webcam-colombia-cuanto-dinero-le-aporta-esta-industria-al-pais/309709/>
- Sánchez, T. (2022). La industria Webcam en Colombia, un reciente fenómeno socio-jurídico. Tomado de: <https://repositorio.unimilitar.edu.co/server/api/core/bitstreams/44ee008c-7b63-47b5-a2a6-6987e8db2dd4/content>

- Semana. (2017). Cómo es el negocio de las sexcams en Colombia. Tomado de: <https://www.semana.com/vida-moderna/articulo/como-es-el-negocio-de-las-sexcams-en-colombia/523996/>
- Valero, A. (2023). Hacer empresa en Colombia es fácil, lo difícil es mantenerla. Tomado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/server/api/core/bitstreams/8118c608-57ec-4bcb-88ff-558fec7fd43b/content>



LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL LITIGIO ESTRATÉGICO: UNA NUEVA PERSPECTIVA PARA LA EDUCACIÓN LEGAL CLÍNICA

THE DE-JUDICIALIZATION OF STRATEGIC LITIGATION: A NEW PERSPECTIVE FOR CLINICAL LEGAL EDUCATION

JOSÉ MIGUEL AGUDELO ÁLVAREZ*

MARIANA ALEJANDRA APONTE GALEANO**

MARÍA ANDREA CASTAÑO VÉLEZ***

Fecha de recepción: 28 de enero de 2025

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2025

Fecha de Publicación: 30 de junio de 2025

RESUMEN

La Educación Legal Clínica desempeña un papel fundamental para garantizar el acceso a la justicia y formación de futuros abogados, utilizando herramientas como el litigio estratégico. Históricamente, este litigio ha sido relacionado con la práctica judicial tradicional. Es por esto que la desjudicialización del litigio estratégico emerge como una apuesta que desafía las convenciones clásicas de la profesión jurídica. En ese sentido, se pretende demostrar con este artículo la necesidad de utilizar nuevas estrategias de litigio para cumplir los postulados de la educación legal clínica, la pro-

* Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia y miembro del Grupo de Acciones Públicas (GAP). Correo: josem.agudelo@urosario.edu.co

** Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia y miembro del Grupo de Acciones Públicas (GAP). Correo: mariana.aponte@urosario.edu.co

*** Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia y miembro del Grupo de Acciones Públicas (GAP). Correo: mariaan.castano@urosario.edu.co

tección de los derechos humanos y la consecución de los fines del Estado Social de Derecho, esto a partir de la experiencia del Grupo de Acciones Públicas (GAP).

Esta reflexión cualitativa analiza, en primer lugar, la implementación que el GAP ha hecho sobre seis diferentes estrategias de litigio: judicial, pedagógica, administrativa, mediática, política y social. En segundo lugar, a partir de la conceptualización anterior, se revisa la aplicación de las estrategias en casos paradigmáticos de la Clínica (Iota, Democracia Ambiental, Alpes). Este análisis permite concluir que el litigio estratégico debe tener una mirada integral, que vaya más allá del manejo judicial de los casos, y que permita abordar todas las aristas de la protección a derechos humanos y acompañamiento a comunidades. Sin embargo, aún persisten retos en la sociedad, educación y Estado para avanzar hacia un litigio con nuevas perspectivas.

Palabras clave: Desjudicialización, litigio estratégico, clínica jurídica, acceso a la justicia, educación legal clínica, derechos humanos.

ABSTRACT

Clinical Legal Education plays a fundamental role in ensuring access to justice and training of future lawyers, using tools such as strategic litigation. Historically, this litigation has been related to traditional judicial practice. This is why the de-judicialization of strategic litigation emerges as a challenge to the classical conventions of the legal profession. In this sense, the purpose of this article is to demonstrate the need to use new litigation strategies to comply with the postulates of clinical legal education, the protection of human rights and the achievement of the purposes of the Social State of Law, based on the experience of the Public Actions Group (GAP).

This qualitative reflection analyzes, firstly, the implementation that GAP has made on six different litigation strategies: judicial, pedagogical, administrative, media, political and social. Secondly, based on the above conceptualization, it reviews the application of the strategies in paradigmatic cases of the Clinic (Iota, Democracia Ambiental, Alpes). This analysis leads to the conclusion that strategic litigation should have a comprehensive approach that goes beyond the judicial management of cases, and that allows us

to address all aspects of human rights protection and community accompaniment. However, there are still challenges in society, education and the State to move towards litigation with new approaches.

Keywords: De-judicialization, strategic litigation, legal clinic, access to justice, clinical legal education, human rights.

1. EL MOVIMIENTO LEGAL CLÍNICO, LOS CONSULTORIOS JURÍDICOS Y EL GAP

El modelo de educación legal clínica tiene por objeto integrar el aprendizaje teórico, las destrezas de análisis, la comunicación y persuasión propias del abogado para lograr un adecuado manejo de situaciones jurídicas¹. El modelo aparece en las Facultades de Derecho de Estados Unidos a finales del siglo XIX, como parte de un movimiento social donde los estudiantes querían usar el derecho como instrumento de cambio², a través de la prestación de servicios legales gratuitos para personas de escasos recursos. En América Latina, el movimiento de clínicas jurídicas surgió en la década de 1990, con criterios más específicos que apuntaban al desarrollo de competencias propias de la docencia clínica. Estos criterios incluyen la necesidad de enfrentar a los estudiantes a problemas reales que viven los abogados, y la tipología de casos que abordan temas sociales y de interés público. Todo esto se realiza en un entorno de construcción de conocimiento y evaluación permanente, liderado por los docentes clínicos³, con especial énfasis en la adopción de elementos propios de la problemática regional.

Anteriores a las clínicas jurídicas, creadas a partir del modelo de educación legal clínica, nacen sobre la década de los 60s y 70s los consultorios jurídicos en Colombia, cuyos principales objetivos eran brindar al estudiante de derecho un acercamiento a la práctica profesional y adquirir conciencia sobre la función social de la profesión. Con su llegada, los Consultorios se han convertido en un elemento constitutivo del aparato jurídico colombiano pues a través de su modelo pedagógico y de justicia social se ocupan de prestar servicios jurídicos a los grupos más vulnerables y desfavorecidos, materializando el acceso a la justicia

1 A. Álvarez, *La educación clínica: Hacia la transformación de la enseñanza del derecho*, en *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, 225-226, M. Villareal & C. Courtis, Coord., Instituto Tecnológico Autónomo de México, México (2007).

2 Ibid, 230.

3 D. Blázquez, *La educación jurídica crítica en el contexto del Proceso de Bologna: su aplicabilidad en España*, 5, *Opinión Jurídica*, 10, 161-179, 168 (2006).

para aquellas personas que en otras condiciones difícilmente podrían acceder a servicios legales.

Desde sus inicios, los consultorios jurídicos se incorporaron al ordenamiento colombiano y a las facultades de derecho del país con un fin específico: atacar el formalismo jurídico imperante en la educación legal colombiana desde un espacio de educación experiencial en el que los estudiantes podrían adquirir habilidades necesarias para actuar competentemente en la práctica profesional. Estos permitían también materializar el derecho al acceso a la justicia de las personas de bajos recursos económicos, todo bajo la supervisión de los profesores de la facultad vinculados al consultorio⁴.

Bajo esta influencia, tanto la de los consultorios como la de la educación legal clínica nace en Colombia, en 1999, el Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario, una clínica jurídica de interés público que tiene como fin proteger los derechos de las comunidades menos favorecidas y defender el interés colectivo. Lo anterior mediante la promoción del uso de acciones constitucionales, estrategias pedagógicas, mediáticas, políticas y el fortalecimiento de la investigación formativa⁵, como base del desarrollo de prácticas jurídicas y entrenamientos reales⁶. Esto ha permitido que la clínica sea considerada como pionera en Colombia por su forma de enseñar, practicar y ejercer el derecho, pues ha avanzado en la estructuración de un modelo de enseñanza legal clínica y ha realizado importantes aportes a la consolidación de la defensa de los derechos humanos y la colectividad; de igual forma ha contribuido al modelo clínico en el país, pues en 2009 fundó la Red Colombiana de Clínicas Jurídicas, y empezó a formar parte de la Secretaría Técnica de la Red Latinoamericana de Clínicas.

1.1. Las definiciones alrededor del concepto de litigio estratégico

Es emblemático del GAP y de la gran mayoría de las clínicas jurídicas de interés público, emplear un modelo de litigio llamado *Litigio Estratégico*, tam-

4 G. Recalde, T. Blanco, D. Bonilla, *Justicia de pobres: Una genealogía de los consultorios jurídicos en Colombia*. Revista de Derecho, (47), 4-72, 39 (2017).

5 B. Londoño, *Introducción: 10 años de enseñanza clínica en el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario*, en *Educación Legal Clínica y defensa de los Derechos Humanos. Casos paradigmáticos del Grupo de Acciones Públicas -GAP-*, 13-32, B. Londoño, Ed., Universidad del Rosario, Colombia (2009).

6 A. Cortés, *La clínica en la enseñanza del derecho. Su desembarco en la carrera de abogacía de la UNC*, en *Anuario VIII*, 587-599, M.E.L., Ed., Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (2004-2005).

bién referido como litigio paradigmático, que se trata de uno cuyo alcance y efectos generan un impacto que va más allá de los intereses particulares y pretende alcanzar la defensa del interés público. Rara vez se entiende el concepto de “litigio” como uno que abarca acciones más allá de las judiciales, por lo que el concepto de litigio estratégico supone necesariamente que se lleven acciones tanto de índole judicial como extrajudicial. Estas tienen como principal fin modificar determinada institución, política pública o comportamiento estructural, ante las violaciones sistemáticas de derechos humanos, que a su vez implican una transformación prolongada de una situación en particular que excede la afectación en el ámbito individual al manifestarse en colectivos enteros⁷.

En Colombia, la Ley 2113 de 2021 define el litigio estratégico como “todas las acciones jurídicas encaminadas a lograr un efecto significativo en las políticas públicas, la legislación y la sociedad civil, a través de la garantía de los derechos”⁸. Aunado a lo anterior, también se ha entendido como un proceso de identificación, socialización, discusión y estructuración de problemáticas sociales, a partir de lo cual es factible promover casos concretos para alcanzar soluciones integrales de modo que sea posible lograr cambios sociales sustanciales⁹. Por su parte, se ha complementado la definición entendiéndose como aquella estrategia de seleccionar, analizar, y poner en marcha el litigio, para que con estas acciones se logren decisiones que derrumben estructuras injustas, mientras se incide en la opinión pública y se refuerza la movilización social¹⁰.

Si bien no se tiene una concepción única sobre esta figura, sí se ha logrado establecer una noción respecto de su alcance y sus objetivos en materia de derechos humanos. En ese sentido, el litigio estratégico consiste en buscar las injusticias o ineffectancias e intentar remediarlas utilizando el derecho como principal instrumento de cambio, aunque no exclusivamente, siempre orientado hacia la consecución de cambios estructurales dentro del marco del ordenamiento

7 B. Londoño, *Educación legal clínica y litigio estratégico en Iberoamérica*, 1a. ed., Universidad del Rosario, Colombia, 152 (2015).

8 Congreso de la República de Colombia, Ley 2113 de 2021, “*Por medio del cual se regula el funcionamiento de los consultorios jurídicos de las instituciones de educación superior*”, artículo 6, parágrafo 1° (2021).

9 L. Correa, *Litigio de alto impacto: estrategias alternativas para enseñar y ejercer el derecho*, 7, *Opinión Jurídica*, 14, 149-162, 154 (2008).

10 M. Roa & B. Klugman, *El cambio social y los tribunales. Opciones en el conjunto de herramientas de los activistas para la promoción y defensa de los derechos*, 1a. ed., Universidad ICESI, Colombia, 38 (2019).

jurídico del Estado, que a su vez conlleva la existencia de seguridad jurídica y garantía de derechos¹¹.

Esta noción permite entonces concretar que, para la ejecución del litigio estratégico, deben concurrir dos bloques: judicial y extrajudicial. El primero se refiere a las acciones judiciales que se emprenden en un caso concreto de conformidad con su marco legal, y que generalmente desembocan en un proceso jurídico. Dentro de éstas, y de acuerdo con lo realizado mediante el trabajo del GAP, se resaltan principalmente las acciones de tutela y las acciones de inconstitucionalidad, los *amicus curiae*, las acciones populares y las coadyuvancias, las intervenciones ante la Corte Constitucional, entre otras. Por su lado, el segundo bloque aborda estrategias complementarias y alternativas a esas estrategias judiciales, involucrando componentes académicos, administrativos, investigativos, pedagógicos, sociales y mediáticos¹², como la publicación de artículos, investigación formativa, ponencias, intervenciones ante el Congreso de la República, asesorías y conceptos para los usuarios, así como capacitaciones y talleres en derechos humanos dirigidos a diferentes comunidades.

2. MATERIALIZACIÓN DEL LITIGIO ESTRATÉGICO EN EL GAP

La estructura del GAP y el impacto que ha logrado se deben en parte a la desmitificación del litigio estratégico como una actividad reservada a los estrados y cortes. La propia experiencia clínica fue demostrando, a lo largo de los años, que era necesario abordar el litigio estratégico desde una perspectiva integral¹³. Fue así como dentro de la clínica se creó una ficha que permitiera ver la viabilidad preliminar de los casos, y que contuviera la visión particular de las distintas estrategias de litigio como lo son: Judicial, Administrativa, Política, Mediática, Pedagógica y Social; que tienen objetivos, métodos y alcances diferenciados.

11 M. Villarreal, *El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés Público*, en *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*, 11, F. Sánchez, Coord., Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México (2007).

12 B. Londoño, *Introducción*, en *Litigio Estratégico en Colombia. Casos paradigmáticos del Grupo de Acciones Públicas*, 12, B. Londoño, Ed., Universidad del Rosario, Colombia (2013).

13 B. Londoño & M. Torres, *Retos de la educación legal clínica como modelo pedagógico en América Latina: Análisis de la experiencia del grupo de acciones públicas de la universidad del Rosario (1999-2017)*, *Revista Republicana*, 25, 43-67, 50 (2018).

La experiencia de la Clínica ha permitido concluir que estas estrategias no son excluyentes entre ellas. Por el contrario, se ha evidenciado la pertinencia de utilizarlas de manera conjunta y variada para lograr los objetivos del caso de manera creativa y eficaz¹⁴. Asimismo, no son necesariamente consecuenciales o conjuntas, por lo que la estrategia judicial no es la principal ni la primera en intentarse como comúnmente se piensa.

Los casos con sus propias particularidades necesitan estrategias que pueden ir más allá de la capacidad de la rama judicial, por lo que es fundamental preguntarse ¿qué se busca con el litigio? y a partir de ahí escoger entre las estrategias. A continuación, se presentará la visión del GAP sobre cada una de estas de acuerdo con la experiencia, reflexiones e investigaciones que la Clínica ha realizado por más de 25 años.

2.1. Estrategia Judicial

La estrategia judicial en el litigio estratégico va más allá del manejo que se le daría a un caso desde la visión tradicional y formalista del derecho. Las causas defendidas por las clínicas implican el interés público y alta complejidad jurídica, lo que amerita trabajo interdisciplinario y en equipo. Sin embargo, la diferencia fundamental de la estrategia jurídica en el litigio de alto impacto es que el proceso de defensa y representación se realiza de manera proyectada, concertada y evaluada de la mano de víctimas, comunidades y poblaciones¹⁵.

En el GAP, esta estrategia parte de la base de identificar las posibles vulneraciones a derechos individuales y colectivos, para luego definir los mecanismos judiciales existentes en las leyes nacionales e internacionales que pueden resolver el caso. El recorrido de la Clínica ha demostrado la pertinencia de interponer acciones judiciales innovadoras, que superen los mecanismos más comunes de defensa de derechos humanos (la tutela en el caso colombiano). Es por esto que desde 1999 se han elaborado acciones populares, incidentes de desacato, acciones de cumplimiento, acciones de grupo, coadyuvancias, *Amicus Curiae* ante organismos internacionales, intervenciones ciudadanas ante las Cortes y acciones públicas de inconstitucionalidad.

14 A. Coral, B. Londoño & L. Muñoz, *El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010*, 59, *Vniversitas*, 121, 49-76, 58 (2010).

15 L. Correa, *Estrategias de litigio de alto impacto: Elementos básicos para su diseño e implementación*, 4, *Jurídicas*, 2, 47-69, 53 (2007).

2.2. Estrategia Administrativa

El debate en torno al cumplimiento de las sentencias y órdenes judiciales cuestiona la pertinencia de la estrategia judicial como recurso primordial y único del litigio estratégico. En ese sentido, la experiencia clínica latinoamericana ha optado por usar todos los mecanismos procesales existentes, especialmente los no jurisdiccionales, para lograr procedimientos más cortos y con mayor eficacia¹⁶, en los que se eviten litigios largos, onerosos y de difícil cumplimiento. Estos a menudo implican la vulneración continua y prolongada de los derechos humanos mientras se llega a la sentencia.

Por esto, las estrategias administrativas utilizadas por el GAP tienen el objetivo de encontrar soluciones no judiciales, como las conciliaciones y mesas de trabajo, en las que se reúnen los actores involucrados para llegar a acuerdos, lo que permite involucrar a distintas entidades gubernamentales, sociales y educativas en torno a la protección de los derechos humanos. Otra estrategia administrativa es el uso del derecho de petición (consagrado en el artículo 23 de la Constitución colombiana), mediante el cual se eleva un requerimiento sencillo ante las autoridades para acceder a información y/o solicitar acciones ante entidades de distintos órdenes, sin tener que esperar autos o sentencias de jueces. Finalmente, la experiencia clínica ha evidenciado la necesidad de vincular a los organismos de control de los Estados para que estos también cumplan sus funciones preventivas y de vigilancia, como es el caso de la Procuraduría General de la Nación en Colombia.

2.3. Estrategia Política

Los estudios de la educación legal clínica han reiterado la clara relación entre los conflictos colectivos que originan los casos y el sentido político que envuelve ese reclamo de derechos¹⁷. Es por eso que, articular lo jurídico con lo político permite incidir, de manera directa o indirecta, en el proceso de formulación, toma y ejecución de decisiones. Esta práctica es fundamental para solventar las deficiencias institucionales, lograr el cambio de políticas de Estado y estimular la creación de soluciones integrales.

En ese sentido, el lobby o cabildeo se ha entendido como la capacidad de influir en un actor con poder de decisión para alcanzar un cambio específico en un

16 B. Londoño, *Educación legal clínica y litigio estratégico en Iberoamérica*, 1a. ed., Universidad del Rosario, Colombia, 88 (2015).

17 CELS, *Litigio Estratégico y Derechos Humanos: la lucha por el derecho*, 26 (2008)

programa o proyecto¹⁸. Por ejemplo, la experiencia del GAP se ha concentrado en el cabildeo legislativo en el Congreso de la República. Es así como la Clínica ha realizado intervenciones en audiencias públicas de las distintas comisiones constitucionales, ha enviado comentarios a los proyectos de ley en curso, y se ha reunido con congresistas para promover distintos proyectos legislativos. Todo con el objetivo de buscar un diseño integral de políticas públicas que beneficien el interés general y se nutran de los aportes académicos y prácticos.

2.4. Estrategia de Medios

De manera general, los medios de comunicación son mecanismos de presión política y social que permiten cambiar u obtener el apoyo de la opinión pública. Esta condición puede utilizarse en pro de los casos que llevan las Clínicas Jurídicas¹⁹, ya que la presencia mediática permite obtener apoyo de la ciudadanía para las causas que se defienden. Asimismo, la estrategia de medios en el litigio estratégico permite visibilizar las acciones que realizan los estudiantes y concientizar sobre las problemáticas que se quieren abordar. Así, los medios se tornan en verdaderos instrumentos de presión política y pública²⁰ para exigir el cumplimiento de fallos judiciales o actuaciones administrativas.

En ese sentido, desde el GAP se ha entendido que la pluralidad de medios de comunicación es una invitación para materializar de manera diversa los casos y objetivos de la Clínica, por lo que se ha consolidado un proyecto digital propio en el que los estudiantes despliegan su trabajo y generan contenido orientado al litigio estratégico. Por ejemplo, X es una herramienta que se ha utilizado por su inmediatez para exigir la aprobación de ciertos proyectos de ley; Instagram con sus herramientas de video ha sido una plataforma de difusión de pedagogía en *reels*; Spotify con sus formatos de podcast ha servido para entrevistar aliados estratégicos. Y por esto, no hay formato único, por el contrario, cada red social responde a una necesidad diferente y objetivo de la Clínica.

2.5. Estrategia Pedagógica

Las Clínicas Jurídicas están ancladas comúnmente en espacios académicos de los que heredan su vocación pedagógica guiada por el rigor, la reflexión y la in-

18 L. Correa, *Litigio de alto impacto: estrategias alternativas para enseñar y ejercer el derecho*, 7, *Opinión Jurídica*, 14, 149-162, 155 (2008)

19 P. Pelletier, *Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos*, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 55, pp. 319-349, 320 (2012)

20 Ibid, 343.

novación²¹. En ese sentido, la estrategia pedagógica es un insumo fundamental para consolidar una cultura de derechos humanos en la opinión pública y para garantizar la apropiación de conocimiento en las comunidades impactadas. Esta arista del litigio debe realizarse de una manera colaborativa, participativa y constructiva con los actores de los casos, de manera que se tomen en cuenta los contextos de violaciones a derechos humanos y las realidades propias de cada comunidad. Es así como se logran soluciones realmente integrales.

La estrategia pedagógica del GAP pasa por la formación en derecho a las comunidades que acompaña, esto mediante talleres y capacitaciones producto de alianzas estratégicas y proyectos que abordan temas como las acciones constitucionales (tutela, grupo, popular, cumplimiento), las tipologías de derechos y la estructura del Estado. Adicionalmente, el componente educativo se nutre de las campañas en medios que se realizan sobre temáticas legales y de derechos humanos; la publicación de investigaciones, ponencias y manuales de derecho como el “Manual de manejo para las Acciones Constitucionales”; y la asistencia y realización de encuentros académicos.

2.6. Estrategia Social

Uno de los objetivos del litigio estratégico, que ha sido reiterado en la literatura académica, es el de convertir a las víctimas de violaciones de derechos humanos en verdaderos sujetos que demanden, ejerzan y protejan los mismos²². La estrategia social busca satisfacer este objetivo, que se materializa con la transformación de las comunidades que las Clínicas acompañan. Estas pasarán a identificar de manera propia sus necesidades sociales y asumir sus responsabilidades, junto con la posibilidad de exigir al Estado e instituciones el cumplimiento de deberes y protección de sus derechos.

La estrategia social del GAP está cimentada en un acceso real y efectivo a la información y justicia de los casos por parte de las comunidades. Estos son los actores centrales de los procesos y el acompañamiento clínico debe facilitar el paso de víctimas a sujetos colectivos de derechos. De esta manera se genera en las comunidades un sentido de pertenencia por su territorio, bienes y patrimonio, que les permitirá buscar aliados y herramientas para su defensa y preservación.

21 A. Carrillo, y N. Espejo, *Re-imaginando la clínica jurídica de derechos humanos*, en *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho* año 11, No. 22, pp. 15-53, 50 (2013)

22 R. Yrigoyen, *Litigio estratégico en derechos indígenas: la experiencia de la comunidad nativa “tres islas” Madre de Dios - Perú*, 1a ed., 20 (2013)

3. LAS ESTRATEGIAS DE LITIGIO EN LA FICHA DE VIABILIDAD

La experiencia del GAP ha demostrado que cada caso es único, por lo que el análisis que se hace sobre estos debe ser particular y concreto, no hay estrategia de litigio que pueda ser igual a otra²³. ¿Cómo abordar y organizar entonces las múltiples estrategias?

El GAP ha desarrollado un esquema propio de análisis que se consigna en la “ficha de viabilidad”, un formato creado a lo largo de los años que es presentado a los estudiantes para que ellos mismos diligencien, con el apoyo de sus supervisoras y los materiales que se remiten con el caso.

La “ficha de viabilidad” posee 5 grandes secciones que permiten organizar los objetivos del litigio estratégico: la descripción de la situación, la viabilidad del caso, las estrategias de litigio, la relevancia del caso y la decisión de la plenaria. En la tercera sección, se analizan las estrategias de litigio, teniendo en cuenta las categorías que previamente se han identificado en el GAP. Esta supone un reto creativo para los estudiantes a la hora de imaginar posibles escenarios y soluciones. A partir de estas acciones de litigio es que se generará el impacto social, jurídico y académico que se consigna en la cuarta sección de la ficha. Estas proyecciones son fundamentales para tener un accionar que trascienda a lo colectivo a través de causas socialmente relevantes que permitan cambios estructurales en los Estados y la garantía de derechos²⁴.

4. CASOS DEL GAP: EL LITIGIO ESTRATÉGICO EN ACCIÓN

4.1. Caso IOTA

La comunidad Raizal es un grupo étnicamente diferenciado cuya identidad, tradición y cosmovisión se encuentran fuertemente ligadas a su territorio. En Colombia, el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, donde habita la comunidad Raizal, se vio afectado en noviembre de 2020 con el

23 M. Torres, *La enseñanza clínica del derecho: una forma de educación para el cambio social. La experiencia del grupo de acciones públicas de la Universidad del Rosario*, en *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, 43(119), 705–734, 723 (2013a)

24 M. Torres, *Educación legal clínica, trabajo ProBono y litigio estratégico: el diseño de una trilogía para la protección del interés público y social*, en Londoño, B., ed. 2013. *Litigio estratégico en Colombia. Casos paradigmáticos del Grupo de Acciones Públicas* Editorial Universidad del Rosario, 5 (2013b)

paso del huracán Iota que causó la destrucción del 98% de la isla, afectando la infraestructura, los aspectos materiales, las dinámicas económicas, sociales y culturales de la comunidad. Justamente, el proceso de reconstrucción, llevado a cabo por el Gobierno Nacional tras el paso del huracán se ha visto obstaculizado por las diferencias que existen entre las prioridades y enfoque del gobierno y de la comunidad, así como por la falta de consideración de la cosmovisión y las necesidades específicas de los Raizales. Para la comunidad, abordar la situación no solo implica reparar los daños materiales sino también garantizar la preservación y el uso sostenible de los recursos naturales. En ese sentido, las demandas de la comunidad trascendían las pretensiones tradicionales que podían incluirse en una acción judicial. Es por eso que en el caso se diseñó e implementó una estrategia de litigio que abarcaba acciones de carácter jurídico y pedagógico.

4.1.1. Estrategia jurídica

En la construcción de la estrategia, pensada y concertada con la comunidad, se identificó que lo más apropiado era interponer una acción de tutela con miras a proteger los derechos a la vida digna; la salud; la consulta previa; la propiedad ancestral y colectiva del territorio; y la integridad cultural para lograr una reconstrucción que respetara las prioridades y elementos culturales de la comunidad. La acción surtió su proceso en primera y segunda instancia, donde se negó el amparo de los derechos pues los jueces consideraron que no existía amenaza real para los mismos y que las entidades responsables habían realizado grandes esfuerzos para garantizar íntegramente las necesidades del pueblo raizal. Posteriormente, fue seleccionada por la Corte Constitucional para su revisión, dando origen a la Sentencia T-333 de 2022. En su decisión la Corte ampara los derechos de la comunidad, que se vieron vulnerados ante los problemas que se generaron por la reconstrucción en las islas, y dicta una serie de órdenes para su protección.

Una de las principales órdenes fue la realización de una consulta previa a la comunidad sobre la reconstrucción integral, de manera que las medidas desarrolladas en el Plan de Acción Específico (PAE) se sometieran a consideración de la comunidad. Actualmente, las entidades no han terminado de dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia, especialmente en lo relacionado con el proceso de consulta previa, pues se ha visto obstaculizada por irregularidades y falta de garantías, de manera que los problemas ambientales persisten. El GAP continúa acompañando a la comunidad Raizal en su empoderamiento para la lucha de la garantía de sus derechos y acceso a la justicia, especialmente en el proceso de consulta previa, que aún se está llevando a cabo, y en la realización

de encuestas para conocer el estado de las viviendas de la comunidad e identificar aspectos claves para el proceso de consulta.

4.1.2. Estrategia pedagógica

Dentro del proceso de acompañamiento brindado por el GAP a la comunidad Raizal en búsqueda del empoderamiento de esta, la clínica les ha brindado diferentes herramientas, tales como: la clarificación de los pilares conceptuales del proceso de consulta previa y la explicación de diferentes normas y reglas sobre la materia. También se han dado espacios teórico-prácticos para la enseñanza del derecho, generando co-creación de estrategias, escucha activa e intercambio de saberes de forma horizontal y recíproca.

El objetivo de esta estrategia es que la comunidad pueda tener un diálogo informado y propositivo con las entidades estatales durante las sesiones de consulta previa, además de propiciar el fortalecimiento de sus capacidades jurídicas, la concientización de sus problemáticas, la participación y el ejercicio autónomo de los mecanismos de defensa legal. Si solo se hubiera interpuesto la acción de tutela, la comunidad no habría podido desarrollar su propia conciencia jurídica ni haber podido transmitir y explicar su cosmovisión a los funcionarios del Estado encargados de la consulta previa y la reconstrucción, elementos fundamentales para transformar su nueva realidad y relación con las autoridades.

4.2. Caso Democracia Ambiental

Democracia ambiental es un proyecto con una pluralidad de estrategias e iniciativas enmarcadas en el fortalecimiento de la democracia ambiental en Colombia. La clínica, en el marco de este caso, eligió promover la defensa del medio ambiente sano en relación con las garantías de acceso a la información, participación y justicia ambiental, así como la protección de los derechos de las personas defensoras del ambiente, elementos que se agrupan en el concepto de democracia ambiental²⁵. Entre los principales mecanismos, jurídicos y no jurídicos para lograr estos objetivos estaban: el seguimiento, apoyo e incidencia frente al Acuerdo de Escazú; apoyo a las actividades de la Red Raíces²⁶; el III

25 M. Torres, *La educación legal clínica en Colombia: un movimiento que llegó para quedarse en Educación legal clínica: Una mirada a la experiencia comparada como modelo de formación basado en la justicia social*, pp. 275-309, M. Torres, Ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, (2021).

26 Red Raíces es un grupo construido por y para jóvenes de las regiones de Colombia, especialmente por miembros de comunidades étnicas, campesinas, y de regiones apartadas de las prin-

Encuentro de Clínicas Ambientales de Latinoamérica y el Caribe; entre otros que se abordarán más adelante.

4.2.1. Estrategia política y judicial

El GAP ha seguido de cerca la negociación e implementación del Acuerdo de Escazú²⁷ de manera que participó como parte de la sociedad civil e integró la Mesa Intersectorial para la Democracia Ambiental (MIDA)²⁸. También participó en la Conferencia Regional ISTR Quito 2017 con su ponencia sobre el rol de las clínicas jurídicas en la consolidación de la democracia ambiental y estudió, junto con la Clínica de Medio Ambiente y Salud Pública (MASP), el porcentaje y forma en que el ordenamiento jurídico colombiano había integrado o no sus disposiciones. El GAP también participó en la redacción del primer informe relativo a la situación de los defensores ambientales en América Latina, con ocasión a los ataques sistemáticos de los que están siendo víctimas los líderes sociales en el continente y específicamente en Colombia. Dicho informe fue enviado a la Comisión Económica (en adelante CEPAL).

Cuando inició la ratificación de El Acuerdo en el Congreso de la República en el 2020, se realizó seguimiento al Proyecto de Ley 251/2021 S - 109/2022 C que se aprobó en último debate en octubre de 2022²⁹. Durante el trámite de revisión de constitucionalidad del tratado y de su ley aprobatoria, adelantado automáticamente por la Corte Constitucional, el GAP construyó una intervención solicitando su exequibilidad. La aprobación del Acuerdo, que se ajusta a la Constitución, es crucial pues permite la participación, el acceso a información pública y la justicia ambiental, y brinda protección a los líderes ambientales. Este a su vez representa un beneficio para los jóvenes, que hacen parte de los “grupos de vulnerabilidad” y merecen mayores garantías y protección para ejercer sus derechos, todo en el marco del principio de equidad intergeneracional.

cipales ciudades del país. En esta Red los y las jóvenes aprenden herramientas jurídicas para la defensa del medio ambiente y el interés público, fortalecen sus habilidades de liderazgo, comparten sus conocimientos y experiencias.

27 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, que entre otros, busca facilitar la implementación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo

28 La MIDA es una instancia de diálogo y fortalecimiento de la democracia ambiental instaurada por el Ministerio de Ambiente colombiano con el fin de apoyar el proceso de ratificación e implementación nacional del Acuerdo de Escazú.

29 Ley 2273 de 5 de noviembre de 2022, ley aprobatoria de tratado internacional: “Acuerdo de Escazú”.

4.2.2. Estrategia pedagógica

Desde la clínica se ha contribuido a la consolidación de “Raíces”, la Red de jóvenes por la democracia ambiental en las regiones de Colombia, en el marco de la estrategia pedagógica. La Red con apoyo del GAP hace pedagogía en derechos humanos a través de los cursos: “Protejo el Ambiente en mi Región” y “Participo en mi Región” dirigidos a líderes comprometidos con la protección del ambiente en diferentes zonas del país. Dichos cursos se llevaron a cabo con el fin de ampliar la red y fortalecer a sus miembros en el ejercicio de los mecanismos de participación ambiental.

En el marco de esta estrategia también se han realizado espacios abiertos y de participación colectiva con aquellos jóvenes interesados en la democracia ambiental, con miras a realizar pedagogía en participación de cara a las elecciones territoriales de 2023. Como se dijo desde un inicio, el concepto de democracia ambiental incluye elementos que no pueden ser desarrollados exclusivamente con acciones judiciales tradicionales. Un ejemplo de ello es la participación ambiental, forma de manifestación democrática que no debe partir de órdenes de jueces sino de una conciencia genuina de preocupación y defensa del ambiente por parte de los ciudadanos, cuestión que se logra con la estrategia pedagógica referenciada.

4.3. Caso Alpes

Este caso toma su nombre de un barrio ubicado en la ciudad de Bogotá, donde residen los accionantes, quienes se encuentran en grave peligro debido a constantes deslizamientos. La situación de riesgo continuo ha vulnerado sus derechos a una vivienda digna y adecuada, a la igualdad y a la integridad física. A pesar de acudir a las autoridades en busca de protección y acceso a planes de reasentamiento, se les negó el acceso a estos programas.

Es importante destacar que los accionantes se encuentran en condición de vulnerabilidad, ya que dependen de las ventas ambulantes y no cuentan con los medios económicos para cambiar de residencia y escapar del peligro constante en el que viven. En este caso si bien se podía instaurar una acción judicial buscando la protección de los derechos de la comunidad, esto no resolvía el déficit de protección institucional que les había negado en primer lugar las ayudas estatales para resolver su situación, por lo que el litigio debía trascender la mera sentencia.

4.3.1. Estrategia jurídica

La manifiesta vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes dio lugar a que, en la construcción de la estrategia judicial, se considerara que la

acción de tutela era el mecanismo idóneo para buscar el amparo de sus derechos. A través de dicha acción se buscaba que el juez tutelara los derechos y ordenara a las entidades la realización de un estudio sobre el barrio y la inclusión de los accionantes en el programa de reasentamiento. La tutela fue negada en primera y segunda instancia, por los jueces respectivos al considerar que no era el medio idóneo y que los accionantes eran quienes debían demostrar las condiciones de amenaza del terreno, ignorando las condiciones económicas de los accionantes y que la tutela era el mecanismo adecuado para buscar la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, en el marco del proceso de revisión de tutelas adelantado por la Corte Constitucional, el caso fue seleccionado, lo que dio lugar a la Sentencia T-122 de 2024. En la decisión, la Corte amparó los derechos de los accionantes y ordenó a las entidades correspondientes la realización de un estudio que evaluara las condiciones de riesgo del terreno, si es mitigable o no y de no serlo incluir a los accionantes en el programa de reasentamiento.

4.3.2. Estrategia Política

En el marco de este y otros casos relacionados con el desplazamiento causado por el cambio climático, la degradación ambiental y los desastres naturales, la Clínica ha realizado un seguimiento al Proyecto de Ley 299/2022 de Cámara de Representantes y 287/2024 del Senado que buscaba reconocer la condición de desplazado por dichas causas y crear una política pública de atención para las víctimas de este fenómeno. El GAP acompañó el proceso legislativo en diversas etapas, incluyendo la presentación de comentarios, el contacto con los legisladores y la creación de espacios de trabajo en torno a la iniciativa, con el objetivo de que el articulado se ajustara a la normativa internacional. Con todo este accionar, la clínica buscó cumplir con el objetivo del litigio estratégico, al no limitarse exclusivamente a la resolución del caso en concreto con una providencia judicial sino con la posible transformación de un régimen institucional que desconoce los derechos de los desplazados climáticos.

5. REFLEXIONES EN TORNO A LOS RETOS DEL LITIGIO ESTRATÉGICO

Cada vez son mayores las ocasiones en las que los sistemas internos de cada Estado no responden de manera adecuada, eficaz, o efectiva a las diversas exigencias que pueden tener las personas y las comunidades respecto de asuntos que les competen, lo que consecuencialmente lleva al desconocimiento de las garantías en el acceso a sus derechos y su participación ciudadana. Específicamente en el caso colombiano, de la Constitución Política y de la amplia norma-

tiva se desprenden obligaciones para el Estado, quien se compromete a permitir el ejercicio de ese bloque judicial al que se hace referencia en la primera parte de este escrito. Sin embargo, a través del tiempo se ha demostrado que estas obligaciones estatales no han resultado suficientes para evitar la existencia de barreras u obstáculos que permitan el pleno ejercicio de los derechos.

La CEPAL ha diagnosticado que los mayores retos a los que se enfrentan tanto la sociedad civil, como el Estado versan sobre: (i) una deficiencia en los marcos legales de los Estados; (ii) falta de acceso a los canales de comunicación y a las tecnologías de la información; (iii) los costos de los pleitos judiciales suelen ser muy altos; (iv) hay temor a la exposición al riesgo; (v) se da una situación de desconfianza y bajas expectativas respecto de los mecanismos de protección dispuestos en las leyes, en tanto históricamente no han sido efectivos; (vi) existen dificultades dentro de las comunidades para comprender contenidos técnicos y posteriormente cumplir con las formalidades propias de los procesos administrativos o judiciales, que se pueden derivar de limitaciones económicas o políticas de las personas del común³⁰. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los retos mencionados no le competen simplemente al gobierno o a la sociedad civil, sino que pueden abordarse asimismo desde la pedagogía y la academia. Un fortalecimiento del modelo pedagógico y de los planes de estudios de las carreras de derecho, en el que se fomenten estrategias no tradicionales como los MASC³¹ y acciones extrajudiciales, permite reducir la cultura de la judicialización de cualquier tipo de conflicto, lo que a su vez reduce la congestión del aparato judicial y optimiza el acceso a la justicia.

Es por eso que la desjudicialización del litigio estratégico emerge como una apuesta que pretende desafiar las convenciones del litigio judicial tradicional y opta por una práctica jurídica más realista. Esta puede abarcar factores de innovación y creatividad a la hora de proponer el curso de acción para la resolución de situaciones concretas, alcanzando decisiones con verdadero impacto e incidencia social relevante.

El modelo clínico aplicado y enseñado desde el GAP rompe con los paradigmas del aprendizaje del derecho al proponer una alternativa fuera de lo entendido como la práctica tradicional de la disciplina, mientras busca a través de herramientas, no sólo judiciales sino también extrajudiciales, construir estra-

30 V. Torres, *"Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe: situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas,"* Medio Ambiente y Desarrollo 21751, I ed. Naciones Unidas, Santiago de Chile, 22-59 (2013).

31 Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

tegias que promuevan el restablecimiento de los derechos de las comunidades. Esto al tiempo que persevera en la unión de diferentes actores transdisciplinarios que permitan una mirada integral a las problemáticas.

Es así como resulta evidente la necesidad del fortalecimiento de las clínicas jurídicas y su modelo de enseñanza, pues este propende por la apertura de mayores posibilidades que no implican necesariamente la activación de la vía judicial, y que en caso de ser indispensable, esté en armonía con una perspectiva ética que permita a los estudiantes y futuros abogados la defensa del interés público de manera efectiva. Más allá, es importante tener en cuenta que dicho fortalecimiento y una mayor implementación de la enseñanza clínica, es también una inversión a futuro en el desarrollo del aparato judicial, pues supone necesariamente la formación de los futuros jueces del país. A partir del modelo clínico, se asegura una resolución de conflictos por parte de los jueces desde una perspectiva más creativa, que por su parte implica que estos sean más conscientes de los diferentes contextos involucrados en los casos a los que se enfrentan, y de esta manera busque la aplicación de enfoques diferenciales como una necesidad, más que como una opción.

Es así como a partir del crecimiento, fomento y refuerzo de las clínicas jurídicas y la sistematización de su modelo educativo, se podrá hacer efectivo un modelo de litigio estratégico que permita complementar y, paulatinamente, transformar el actuar del Estado respecto de sus obligaciones sobre los derechos humanos, -que en muchos casos resulta insuficiente-, al hacer especial énfasis en la formación de los abogados y la implementación de la creatividad en las acciones de carácter judicial y extrajudiciales para hacer frente a los problemas del día a día, como quedó demostrado con las estrategias pedagógicas y políticas de los casos IOTA, Democracia Ambiental y Alpes.

En conclusión, la experiencia del GAP y su desjudicialización del litigio estratégico, gracias al uso de herramientas tanto judiciales como extrajudiciales, refleja la necesidad de que la comunidad académica y jurídica colombiana comience a repensar y a cuestionarse sobre las formas en las que tradicionalmente se ha concebido el derecho, y a su vez, la manera en la que se ha seguido enseñando a las demás generaciones de juristas. Ante lo anterior, es clave comenzar a pensar, enseñar y ejercer el derecho desde una óptica transformadora, que propenda por su función social y tenga como centro la garantía y protección de los derechos de las personas, haciendo uso de prácticas creativas e innovadoras dentro de las que se contemplen nuevas posibilidades como las mediáticas, sociales, políticas, educativas y administrativas..

REFERENCIAS

- A. Álvarez, *La educación clínica: Hacia la transformación de la enseñanza del derecho*, en *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, 225-226, M. Villareal & C. Courtis, Coord., Instituto Tecnológico Autónomo de México, México (2007).
- A. Carrillo, y N. Espejo, *Re-imaginando la clínica jurídica de derechos humanos*, en *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho* año 11, No. 22, pp. 15-53, 50 (2013)
- A. Coral, B. Londoño & L. Muñoz, *El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010*, 59, *Vniversitas*, 121, 49-76, 58 (2010).
- A. Cortés, *La clínica en la enseñanza del derecho. Su desembarco en la carrera de abogacía de la UNC*, en *Anuario VIII*, 587-599, M.E.L, Ed., Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (2004-2005).
- B. Londoño & M. Torres, *Retos de la educación legal clínica como modelo pedagógico en América Latina: Análisis de la experiencia del grupo de acciones públicas de la universidad del Rosario (1999-2017)*, *Revista Republicana*, 25, 43-67, 50 (2018).
- C. Londoño, *Educación legal clínica y litigio estratégico en Iberoamérica*, 1a. ed., Universidad del Rosario, Colombia, 152 (2015).
- B. Londoño, *Introducción*, en *Litigio Estratégico en Colombia. Casos paradigmáticos del Grupo de Acciones Públicas*, 12, B. Londoño, Ed., Universidad del Rosario, Colombia (2013).
- C. Londoño, *Introducción: 10 años de enseñanza clínica en el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario*, en *Educación Legal Clínica y defensa de los Derechos Humanos. Casos paradigmáticos del Grupo de Acciones Públicas -GAP-*, 13-32, B. Londoño, Ed., Universidad del Rosario, Colombia (2009).
- CELS. *Litigio Estratégico y Derechos Humanos: la lucha por el derecho*. 26 (2008).
- D. Blázquez, *La educación jurídica crítica en el contexto del Proceso de Bologna: su aplicabilidad en España*, 5, *Opinión Jurídica*, 10, 161-179, 168 (2006).
- G. Recalde, T. Blanco, D. Bonilla, *Justicia de pobres: Una genealogía de los consultorios jurídicos en Colombia*. *Revista de Derecho*, (47), 4-72, 39 (2017).
- L. Correa, *Estrategias de litigio de alto impacto: Elementos básicos para su diseño e implementación*, 4, *Jurídicas*, 2, 47-69, 53 (2007).
- L. Correa, *Litigio de alto impacto: estrategias alternativas para enseñar y ejercer el derecho*, 7, *Opinión Jurídica*, 14, 149-162, 154 (2008).
- M. Roa & B. Klugman, *El cambio social y los tribunales. Opciones en el conjunto de herramientas de los activistas para la promoción y defensa de los derechos*, 1a. ed., Universidad ICESI, Colombia, 38 (2019).
- M. Torres, *Educación legal clínica, trabajo ProBono y litigio estratégico: el diseño de una trilogía para la protección del interés público y social*, en Londoño, B., *Litigio estratégico en Colombia, Casos paradigmáticos del Grupo de Acciones Públicas* Editorial Universidad del Rosario, 5 (2013b).
- M. Torres, *La educación legal clínica en Colombia: un movimiento que llegó para quedarse en Educación legal clínica: Una mirada a la experiencia comparada como*

modelo de formación basado en la justicia social, 275-309, M. Torres, Ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, (2021).

- M. Torres, *La enseñanza clínica del derecho: una forma de educación para el cambio social. La experiencia del grupo de acciones públicas de la Universidad del Rosario*, en *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, 43(119), 705-734, 273 (2013a).
- M. Villarreal, *El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés Público*, en *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*, 11, F. Sánchez, Coord., Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México (2007).
- P. Pelletier, *Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos*, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 55, pp. 319-349, 320 (2012)
- P. Pelletier, *Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos*, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 55, pp. 319-349, 343 (2012).
- R. Yrigoyen, *Litigio estratégico en derechos indígenas: la experiencia de la comunidad nativa "tres islas" Madre de Dios - Perú*, 1a. ed, 20 (2013).
- V. Torres, "Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe: situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas," *Medio Ambiente y Desarrollo* 21751,I ed. Naciones Unidas, Santiago de Chile, 22-59 (2013).



LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ¿ES NECESARIA?

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES: IS IT NECESSARY?

JUAN ESTEBAN PÉREZ*

Fecha de recepción: 15 marzo de 2025

Fecha de aceptación: 9 de abril de 2025

Disponible en línea: 30 de junio de 2025

RESUMEN

Las sociedades contemporáneas se han encontrado con un desarrollo gigantesco en cuanto a la participación y nivel de impacto que las personas jurídicas tienen. Distintas áreas del derecho se han preguntado cómo regular esa participación que cada vez es más relevante y el Derecho Penal no ha sido la excepción. Pasando desde un rotundo rechazo hasta una tendencia en su aceptación, este artículo explicará cuáles han sido los motivos para que surja esta discusión y, también, cuáles son los problemas que desde los fundamentos del Derecho Penal pueden surgir en caso de que se acepte la responsabilidad de las personas jurídicas por la vía penal.

Palabras clave: Responsabilidad penal; personas jurídicas; derecho penal económico; teoría del delito.

* Estudiante de derecho de octavo semestre de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Contacto: juan_perezm@javeriana.edu.co. El presente artículo se hizo en colaboración con el Semillero de Investigación en Derecho Penal Económico de la Pontificia Universidad Javeriana.

ABSTRACT

Modern societies have witnessed a massive development in the participation and impact of legal entities. Various branches of the law have raised the question of how to regulate this increasingly significant participation, and Criminal Law has been no exception. Shifting from outright rejection to a growing tendency toward acceptance, this paper will explore the reasons behind this debate and the potential issues that may arise from the foundations of Criminal Law if the criminal liability of legal entities were to be accepted.

Keywords: Criminal liability; legal entities; criminal economic law; criminal law theory.

INTRODUCCIÓN

El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no solo resulta interesante por su amplia discusión en el actual panorama jurídico global, sino por su naturaleza conflictiva.

Lo primero que hay que saber frente a este tema es que la respuesta —y su sencillez— depende del lugar del mundo en el que se plantee la cuestión. El desarrollo del derecho penal en los países de corte anglosajón se distancia significativamente del desarrollo que este ha tenido en los países con inclinación continental, y esa distancia se hace más clara en el presente tema, pues el pragmatismo del primero y la rigurosidad del segundo es lo que marca la pauta aquí.

En los países de corte anglosajón se acepta fácilmente la responsabilidad penal de la persona jurídica porque allí reina el pragmatismo jurídico¹, y el Derecho Penal no es una excepción. De forma tal que, de advertirse alguna utilidad social, el derecho rápidamente debe reaccionar a ella y protegerla.

En los países de corte continental el problema es más complejo. La tendencia a la codificación normativa inculca una cultura ampliamente positivista. Esto es aún más notorio en el Derecho Penal, que tratándose del instrumento más agresivo con el que el Estado puede castigar, encuentra límites, que, aunque justificados en principios de índole moral y ética, no dejan de ser límites legales. Así, la teoría clásica del delito se desarrolla en función a ese carácter

1 Cuadrado Ruiz, M. Ángeles. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Un Paso hacia adelante - Un Paso hacia atrás. Rev. Jurídica Castilla & León (2007).

restrictivo del Derecho Penal, exigiendo para su aplicación, la verificación de varios elementos complejos y rigurosos, que solo de hallarlos, habrá posibilidad de aplicar una sanción penal.²

Por su carácter restrictivo, la teoría clásica, parte de la base de que la responsabilidad de la persona jurídica tiene que ser analizada en función de los humanos. Esto se fundamenta en múltiples razones, pero la actual teoría explica, esencialmente, que son estos quienes pueden: actuar, ser culpables y a quienes la pena les aplica en función de alcanzar ciertos fines.³

Esa decisión de desarrollar la normatividad penal en función a una teoría del delito antropocéntrica realmente obedece a una decisión política, por lo que nada impide que otra decisión por la misma vía adopte otra teoría del delito.

Así, lo que justifica de entrada la conversación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la *necesidad* —vista desde la política criminal— de una responsabilidad más severa para los entes morales. Actualmente, esa necesidad política domina la justificación para dar el paso hacia una aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, por alta o urgente que sea la necesidad, debe hallar coherencia en una dogmática que lo permita.

Se aclara de antemano que las teorías dogmáticas que cubren la responsabilidad penal de las personas jurídicas no siguen la teoría clásica del delito, pues ello de entrada presenta una serie de dificultades cuya resolución no es posible.

En este texto se hará, primero, una presentación general de las distintas corrientes que hay en este tema; segundo, una explicación de la justificación político criminal que halla el tema de la responsabilidad penal de los entes morales; tercero, la propuesta de teoría del delito que exponen quienes aceptan la responsabilidad penal del ente moral; cuarto, unas consideraciones frente a las razones por las cuales considero que aplicar sanciones penales a las personas jurídicas resultaría perjudicial para el Derecho Penal; y, por último, una conclusión sobre lo desarrollado.

2 Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* 126 (4ª ed., Civitas 2006).

3 *Fundamentos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Ministerio Público, pág. 3 (disponible en <https://aulavirtualefc.pge.gob.pe/mod/resource/view.php?id=2032&redirect=1>).

1. EL ESTADO DE LAS COSAS

Socetas delinquere non potest; aquel antiguo adagio surgió al debate jurídico no desde la Antigua Roma —como pudiera parecerlo—, sino en el siglo XIX, cuando el jurista Franz Von Liszt por primera vez lo utilizó para defender, precisamente, el ideal contrario, a saber, que las personas jurídicas sí deben estar sujetas a responsabilidad penal.⁴ No era posible predicar la responsabilidad de las personas jurídicas porque, como se explicará adelante, las personas jurídicas no pueden ser sujetos de los elementos de la teoría clásica del delito, un pensamiento tan arraigado a la cultura jurídica de ese entonces dado por sentado el tema, pero que, sin embargo, parece ahora haber resurgido un afán —legítimo— de repensarse este asunto.

Es en ese contexto que resurge la idea de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, pues hoy son varias las que, teniendo el músculo necesario para desestabilizar la sociedad, necesitan enfrentarse a limitantes que controlen, como mínimo, los riesgos que crean. Una de las formas que se han hallado para realizar ese control es por medio del derecho penal, que, con avances en otras disciplinas, —como los desarrollos criminológicos de Sutherland a comienzos del siglo XX—, ha entendido que también los que gozan de lugares privilegiados en la sociedad son susceptibles del castigo de la pena⁵. De ahí que surgieran varios académicos —como Prías en el contexto nacional y Percy García en el contexto internacional— replanteándose el aforismo de Franz Von Liszt, que, en búsqueda de una solución copernicana, analizan la teoría del delito alrededor de la persona jurídica, y cómo ésta, puede estar sujeta a la responsabilidad penal.

Se pueden sintetizar las posturas de la siguiente forma: (i) La impunidad de la persona jurídica, (ii) la responsabilidad de las personas detrás de la persona jurídica y (iii) la responsabilidad de la persona jurídica.

Frente a la impunidad de la persona jurídica, Prías⁶ menciona una impunidad total que, aunque puede tener consecuencias a nivel probatorio, no causa conflicto a nivel dogmático —que es el que interesa a este texto— y por tanto, no se considera como apartado autónomo.

4 Víctor Martínez Patón, *Refutación del principio *socetas delinquere non potest**, pg. 23 (Univ. de Oviedo-Real Academia Asturiana de Jurisprudencia 2019).

5 Edwin H. Sutherland, *White Collar Crime* 9 (Yale Univ. Press 1983)

6 Juan Carlos Prías, *Anotaciones Sobre Derecho Penal Económico*, Legis, pg. 271 (2021).

También se puede predicar una división de la responsabilidad de las personas detrás de la persona jurídica, que consiste, esencialmente, en el nivel de autoridad que éstas ostenten, que se traduce en capacidad de decisión, que en un derecho penal de acto es lo fundamental para hallar responsabilidad penal.

1.1. La impunidad de la persona jurídica

Esta postura sostiene que una persona jurídica no puede estar sujeta a la responsabilidad penal. Aunque los argumentos son variados, se pueden sintetizar en tres los argumentos que utilizan los autores: la falta de acción de la persona jurídica, la violación al principio de culpabilidad y la justificación de los sentidos de la pena.

Esto halla razón porque se sigue la dogmática penal clásica, que como ya se mencionó, resulta naturalmente en un rechazo en las personas jurídicas como sujetos del derecho penal. Sin embargo, se presentará una breve explicación de las problemáticas que desde la teoría clásica se sigue.

La falta de acción hace referencia al análisis de la conducta, elemento primario en el análisis dogmático del delito. La conducta a nivel penal requiere la capacidad de tener voluntad para actuar, esto es, para decidir hacer o no hacer algo de forma autónoma⁷. Se puede argumentar que la persona jurídica tiene una voluntad, pero ella, sin lugar a las dudas, no es autónoma, pues una vez se eliminan las personas naturales detrás de la sociedad, la capacidad de actuar también perece. En ese sentido, la persona jurídica no tendría voluntad penalmente relevante⁸.

Frente a la culpabilidad, el Código Penal Colombiano consagra una definición de índole individualista; el autor de un delito es culpable porque pudiendo actuar conforme a derecho, decide no hacerlo⁹. Esto se fundamenta no solo en la capacidad de actuar, sino en un elemento de comprensión de la acción, que justifica, la responsabilidad penal. La persona jurídica, que no puede actuar,

7 Sebastián Felipe Sánchez Zapata, *La conducta punible en el Derecho Penal colombiano: análisis del artículo 9 del Código Penal*, 32 Rev. Derecho 45 (2014), disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972014000200003.

8 Alcides Morales, *Responsabilidad Penal de las Personas Morales*, 76 Rev. Jurídica Mario Alario D'Filippo 53, pg. 76-77 (2012), disponible en https://www.researchgate.net/publication/331507310_Responsabilidad_Penal_de_las_Personas_Morales.

9 Artículo 33 de la ley 599 del 2000.

menos puede comprender, y por tanto, no puede ser culpable, eliminando uno de los elementos necesarios para la responsabilidad penal.

Por último, se arguye que, incluso de encontrar capacidad de acción y capacidad de culpabilidad en la persona jurídica, los fines de la pena que consagra el Código Penal en su artículo 4 históricamente se han desarrollado en un contexto de características antropológicas¹⁰, y que tienen sentido sólo bajo el supuesto de que, quien recibe la pena, como la sociedad que la percibe, son individuos humanos.

1.2. Responsabilidad derivada o responsabilidad de las personas naturales de la persona jurídica sin responsabilidad del ente moral

Esta tesis entiende que son responsables penalmente las personas detrás de la persona jurídica. Se fundamenta así en una relación íntima entre la persona jurídica y los agentes de la misma. Su imputación se da por el hecho de que su conducta —aunque realizada en el marco de actuaciones propias de la actividad que desarrolla el ente moral— se puede entender en la dimensión de autonomía y libertad que tiene las personas para hacer y no hacer algo, lo que entonces permite el análisis del delito frente a una conducta que eventualmente podrá ser típica, antijurídica y culpable, y en el que, además, se justificarían, los fines de la pena.

Linares Estrella (2002), argumenta que este tipo de responsabilidad merece un especial análisis en el ámbito económico, en donde los autores se dan muchas veces en el nombre de una empresa, y no la de un humano individual.¹¹

Prías (2021)¹² hace la distinción entre los conceptos de *criminalidad en la empresa* y *criminalidad de la empresa*. En la primera, existe un atentado contra los intereses de la empresa. En el segundo, se utiliza la estructura empresarial para cometer crímenes.

10 “Las leyes deben ser para todos, y el fin de la pena no es atormentar y afligir a un ser sensible, sino impedir que cause nuevos daños a sus ciudadanos y apartar a los demás del delito. Las penas y el método de imponerlas deben ser elegidos por su efecto sobre los hombres” Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas*. Temis, 2022.

11 Ángel Linares Estrella, *El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*. Comares, 2002, pg. 168

12 Juan Carlos Prías, *Anotaciones Sobre Derecho Penal Económico*, Legis, pg. 291 (2021).

Partiendo de la idea que la persona jurídica no tiene capacidad de acción, ni es posible hallar su culpabilidad, la estructura empresarial que se deriva de la persona jurídica organiza a las personas naturales en distintos niveles, de los que se derivan a su vez distintos niveles de responsabilidad —y de análisis de responsabilidad— en tanto a que, al ser las personas naturales las que actúan por la persona jurídica, y por tanto, justifican en su conducta propia la eventual responsabilidad penal, su capacidad para actuar —y para cometer ilícitos— dependerá de su cargo en el ente moral, lo que ameritará diferentes niveles de responsabilidad. Será necesario analizar, en cada caso en concreto, cuál era la capacidad de actuar y cuál fue la conducta en concreto¹³.

Cabe mencionar que quienes explican la responsabilidad penal derivada de hechos cometidos en el marco de una persona jurídica en la persecución de las personas naturales, no rechazan ni niegan *per se* una responsabilidad autónoma de la persona jurídica, apartado que se analizará a continuación.

1.3. Responsabilidad directa de la persona jurídica

Quienes defienden que la persona jurídica puede ser responsabilizada directamente justifican su postura con base en que, producto del peso que en el mundo contemporáneo tienen las personas jurídicas, adquieren una alta capacidad para impactar en él, comparable —si no es que más— con la de los humanos y que, por ello, los hace merecedores del mismo tratamiento¹⁴.

Como se explicó al inicio del texto, quienes comulgan con este pensar aceptan de antemano que la teoría clásica del delito no sirve para explicar dogmáticamente la responsabilidad penal de la persona jurídica. De aquí, surgen distintos planteamientos para rescatar a esta postura de las críticas que la tesis de responsabilidad derivada de la persona jurídica plantea. Frente a la acción, plantean una definición más amplia¹⁵, que permita encajar tales comportamientos. Frente a la culpabilidad, pasa algo similar. Esto se abordará y criticará cuando, individualmente, se ahonde en cada una de esas categorías.

13 No me detendré en los análisis que *a priori* se hacen frente a los diferentes cargos que existen en una persona jurídica, pues la extensión y complejidad del asunto se aleja del objeto de este texto.

14 *Ibidem*, pg. 281.

15 *Ibidem*, pg. 279.

2. LA JUSTIFICACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA POLÍTICO CRIMINAL

La justificación político criminal se sintetiza en el impacto en la sociedad que las personas jurídicas han adquirido conforme el paso del tiempo. Distintos acontecimientos han demostrado que las personas jurídicas tienen un vínculo importante en la sociedad, principalmente en un mundo capitalista, donde la empresa es el motor de la economía y del relacionamiento social.

Tal vez, el primer hito en la historia, que a su vez marcaría el rumbo del futuro desarrollo social, fue la Revolución Industrial. Es a partir de allí que el papel de las empresas, corporaciones y otras entidades colectivas presentan un cambio y evolución drástico, adquiriendo una influencia sin precedentes sobre la economía, el medio ambiente y la vida de millones de personas. En este contexto, al derecho se le presentó la necesidad de adaptarse a nuevas realidades en las que las personas jurídicas pueden ser responsables de daños de gran magnitud, lo que ha llevado a la consolidación de su responsabilidad jurídica como una necesidad inevitable.

Históricamente, las sociedades no concebían la posibilidad de que entidades abstractas fueran sujetos de sanciones. Las primeras aproximaciones a una responsabilidad jurídica eran individuales; luego, en la Edad Media, con el desarrollo del inicio comercio y el surgimiento de las corporaciones gremiales, se comenzó a establecer la idea de que ciertos colectivos podían ser objeto de restricciones y sanciones. Fue con el auge del capitalismo y la expansión de las grandes compañías comerciales en los siglos XVIII y XIX cuando de verdad surgió la necesidad de crear marcos regulatorios más estrictos para controlar posibles abusos que de sus actividades podían crear.

En la historia reciente, múltiples son los ejemplos vuelven a elevar la pregunta de cómo se debe responsabilizar desde el derecho a los entes morales, buscando que aquellas sanciones o restricciones sean eficientes y realmente funcionales. El caso de Boeing, la enorme fabricante de aeronaves que después de múltiples fallas en sus operaciones, se descubrió un esquema de fraude que terminó en la declaratoria de responsabilidad penal por parte de la empresa en el 2024¹⁶ o el caso de la Unión Carbide, en el que una compañía India se produjo una falla letal de gas produciendo la muerte de miles de empleados, luego probándose que fue la consecuencia de la negligencia de la compañía, concluyendo en un fallo de atribución de responsabilidad penal en cabeza del CEO de la com-

16 <https://www.bbc.com/mundo/articles/cv2gpg70vjno> (8 julio 2024).

pañía y otras personas de los cargos directivos¹⁷, permiten ver una conclusión clara, y una pregunta relevante.

Frente a la conclusión, ambos casos son evidencia irrefutable del impacto gigantesco que las empresas pueden llegar a tener en la vida en sociedad. Sus actividades obedecen a una capacidad de actuar colectiva y eficazmente persiguiendo unos fines. Esto es posible porque actúan mediante estructuras organizadas que, ejercitadas en su conjunto, activan una maquina cuya capacidad de creación, pero también, de destrucción, no es comparable con la de un solo individuo.

La pregunta no es entonces si la persona jurídica debe de ser responsable, pues para el correcto funcionamiento de una sociedad, aquello resulta en una necesidad; la pregunta es, dentro de las capacidades y límites del Derecho: ¿Cómo se debe responsabilizar a estos entes?

Desde una perspectiva político-criminal, la justificación de la responsabilidad jurídica por vía del derecho penal de las personas jurídicas radica en el enorme impacto que ellas tienen en la sociedad actual. En un mundo donde las corporaciones tienen más poder económico que, a veces, muchos Estados, su regulación y control se vuelve un asunto de interés colectivo. Sus complejas y densas estructuras hacen que sea difícil garantizar un correcto sistema de responsabilidad. En este sentido, establecer un marco jurídico que garantice su responsabilidad no sólo responde a la necesidad de justicia, sino que también busca prevenir abusos y fomentar un desarrollo económico más equilibrado.

De la mano con la evolución en el impacto de la sociedad que tienen las personas jurídicas, se da también el desarrollo de un interés general por proteger más estrictamente intereses que son predicables desde lo colectivo. Esto surge porque, producto del papel que hoy tienen las personas jurídicas, nuevos riesgos han aparecido, y se ha comprendido que amerita protección desde lo penal.¹⁸

Para algunos autores, la responsabilidad de las personas jurídicas, no se fundamenta solo desde la perspectiva del impacto, sino de una verdadera autonomía en su actuar. Al respecto, Prías argumenta:

17 <https://www.gob.mx/cenapred/articulos/la-catastrofe-industrial-mas-grande-de-la-historia> (3 diciembre 2019)

18 Juan Carlos Prías, *Anotaciones Sobre Derecho Penal Económico*, Legis, pg. 23 (2021).

“Igual aserto es predicable de otros entes jurídicos, como las grandes corporaciones multinacionales privadas. Su penetración e influencia en la vida de la comunidad llega a ser tan grande que sus decisiones colectivas tienen efectos en la cotidianidad de las personas, con independencia de la voluntad de los agentes de aquellas —que por regla general es fungible— y cuya intención e interés obedece a un patrón único, diferente y autónomo del de las personas físicas a través de las cuales obra”.¹⁹

A juicio de quien escribe, es esta la idea que introduce actualmente al Derecho Penal en la discusión de la responsabilidad jurídica de los entes colectivos. Si sobre ellos se puede predicar autonomía en su actuar: ¿Qué impide su responsabilidad desde la vía penal?

3. LA NUEVA DOGMÁTICA PENAL Y SUS FUNDAMENTOS

Como ya se ha anticipado, si de considerarse que la responsabilidad penal de la persona jurídica es posible a partir de la teoría clásica del delito, se estaría ante gigantescas dificultades que probablemente no hallarían respuesta. Por eso, se hizo necesario ajustar la dogmática penal a las implicaciones de aquel tipo de responsabilidad.

Este cambio se fundamenta en dos ideas principales: la primera, que la persona jurídica, como ente colectivo que es, se organiza de una forma tal que permite el desarrollo de su objeto social conforme a la ley. Cuando en el marco de su estructura se cometen delitos, se dice que su organización es defectuosa. A esta idea se le conoce como la Teoría del Defecto de la Organización, y lo que busca es justificar el injusto penal no por la infracción de los agentes de la persona jurídica, sino de la persona jurídica por sí misma.²⁰

Lo anterior se justifica, también, con la segunda idea: si las personas jurídicas pueden participar autónomamente en el mundo jurídico, ello quiere decir que deben estarse a la observancia de ciertos deberes que pueden ser infringidos por estas.²¹

19 Ibidem, pg 250.

20 Percy García Caveró, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, DERECHO PENAL y CRIMINOLOGIA, pg 144. (2005).

21 M. Angeles Cuadrado Ruiz, La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Un Paso hacia adelante - Un Paso hacia atrás, REV. JURIDICA CASTILLA & LEON, pg 144, (2007)

Estas dos ideas fundamentan los cambios en la dogmática penal, específicamente, en las categorías de acción y culpabilidad, así como en la aplicación de la pena según sus fines. A continuación, se explicarán ellos:

3.1. La capacidad de acción

La teoría del delito clásica falla para hacer responsables a las personas jurídicas, en primer lugar, porque de ellas no es predicable una acción. Esto es así porque la acción se ha entendido tradicionalmente como los movimientos que hacen o no hacen los humanos entre dos momentos determinados²². Sucede así porque el Derecho Penal obedece a la idea de sancionar la natural; pero esto solo es un problema de definición. Nada impide que se adopte una nueva noción de acción, siempre que ella sea compatible con la Constitución.²³

La nueva concepción de acción que se ha propuesto se aleja de la tradicional en tanto a que no la entiende desde un sentido psicológico de la persona jurídica. La capacidad de acción de la persona jurídica existe porque es posible que estas se relacionen en el mundo jurídico, sea de forma ajustada a la legalidad o no.²⁴

Sobre este punto, como se dijo, al ser un problema de definición, este no está en encontrar una definición en concreto que sirva para la justificación, sino que aquella que se emplee no viole la Constitución. Eso es suficiente para justificar el inicio del análisis de la teoría del delito con respecto a una persona jurídica.

3.2. La capacidad de culpabilidad

Algo similar ocurre en sede de la culpabilidad. La culpabilidad no es otra cosa, sino los elementos que justifican la imposición de una pena a un sujeto²⁵. Desde su origen, el concepto ha sido discutido, lo que da cuenta de problema conceptual, pues, se tratase de aceptar el concepto con base en una u otra definición.

22 Urs Kindhäuser. Acerca del Concepto Jurídico Penal de Acción. Cuadernos De Derecho Penal, pg. 14

23 Daniel Tolosa Russi, Sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Su Incidencia en Colombia, DERECHO PENAL y CRIMINOLOGIA, pg. 18, (2015).

24 M. Angeles Cuadrado Ruiz, La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Un Paso hacia adelante - Un Paso hacia atrás, REV. JURIDICA CASTILLA & LEON, pg 143, (2007)

25 Miguel Córdoba Angulo, Lecciones de Derecho Penal Parte General, Universidad Externado, *Lección 24* pg. 519 (2019).

Actualmente, en Colombia, se entiende que la culpabilidad es un juicio de reproche, o de valor, a la persona que ya cometió un injusto penal²⁶. Esta definición se fundamenta en el libre albedrío, permitiendo el castigo solo a quienes verdaderamente eran libres (psicológicamente) cuando ejercitaron su conducta.

Esta definición elimina de entrada la posibilidad para encontrar culpable a una persona jurídica, por esta carecer de un sentido psicológico sobre el cual poder hacer el juicio de reproche. Esto ha obligado a quienes apoyan la responsabilidad penal de la persona jurídica a encontrar una nueva definición de culpabilidad que sea aplicable a estas.

Seguir con alguna idea de reproche es lo que parece más idóneo para desarrollar la culpabilidad, aún en las personas jurídicas. No se puede negar que la definición expuesta de culpabilidad es una de índole moral, al considerar incorrecto —y por tanto merecedor de una sanción— el actuar libremente en contra de la ley. De esa idea se sostiene un concepto fundamental en esta categoría: el buen gobierno corporativo.

Como se ha explicado en apartados anteriores, las corporaciones ya no son lo que solían ser. Hoy son verdaderos sujetos, con alcances gigantescos y con una capacidad de afectación a la sociedad que no se debe ignorar. Por eso, se ha aceptado la idea de que las personas jurídicas deben responder, como todos, a unos valores éticos y morales. Así, se le ha comenzado a exigir a estas que dentro de su estructura interna —la persona jurídica propiamente dicha— se dispongan unos lineamientos que se ajusten a unos parámetros sociales que permitan dar cuenta que el desarrollo de la actividad de la persona jurídica es correcto²⁷.

De esta forma, se puede entender la culpabilidad como el reproche que se da a la persona jurídica por no tener o no seguir lineamientos éticos, dando lugar a análisis, que, por ejemplo, se pueden abordar desde el defecto de la organización o el gobierno corporativo.

Tiedemann (s.f)²⁸ explica que no hay obstáculo para considerar a la persona jurídica como destinataria de deberes de carácter ético, lo que convierte el organizarse correctamente en un deber en sí mismo de la persona jurídica en sí misma, y no de sus agentes.

26 *ibidem*. Pg. 526

27 Raquel Puentes Poyatos, María del Mar Velasco Gámez y Juan Vilar Hernández. *El buen gobierno corporativo en las sociedades cooperativas*, Revesco, 2009 pg. 120

28 Klaus Tiedemann. *Responsabilidad de la persona jurídica*. Anuario de Derecho Penal, s.f. pg. 10

Entendida así, la persona jurídica puede ser culpable, porque sobre ella se puede hacer reproches de valor que ameritan una sanción penal.

3.3. La pena y sus fines

Similar a lo que ya se ha explicado, los fines de la pena contemplados en el Código Penal están destinados a una persona física, porque ella y su carácter comprensivo —naturalmente psicológico— le permite ser receptora del fin de la pena. Además, la segunda problemática es la pena en sí misma, en tanto a que, en la actualidad, la pena por excelencia es privativa de la libertad, lo que implica una aprehensión física, imposibilitando su aplicación a los entes morales.²⁹

Por su parte, El Derecho Penal consagra elementos rigurosos que deben acreditarse para justificar su sanción, que al ser la más severa, debe ser cuidadosamente aplicada. Ello se justifica entonces, no solamente porque se acreditaron aquellos elementos, sino porque esa especie de sanción cumple unos fines que socialmente aceptamos como deseables.

Como lo anterior, nada impide entonces que los fines de la pena sean reajustados para tal objetivo. De ser así, ya se tendría -con dificultades para objetar- que la pena de las personas jurídicas persigue ciertos fines. Entonces, siempre que ellos no violen la constitución: ¿Cuál es el problema?

4. ¿ES NECESARIO?

Hasta aquí, se ha mostrado cuáles son las principales corrientes de pensamiento que existen en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también, se explicó cuáles son los principales fundamentos históricos, que luego la política criminal ha adoptado para justificar la responsabilidad penal de la persona jurídica y por último, se hizo una explicación de los fundamentos del cambio en las categorías de la dogmática penal que construyen una teoría del delito ajustada a las personas jurídicas.

La idea principal que *permite* esta discusión es que la teoría del delito no deja de ser un problema de definiciones. Según lo necesario, se podrían adaptar

29 Se han propuesto, entonces, diferentes penas que le sean aplicables a la persona jurídica. No amerita mucha discusión este punto, pues si en el actual sistema se acepta la multa como pena, y otras penas privativas de otros derechos, no tendría sentido abogar por un sistema penal que solo acepte la pena carcelaria como única pena, pues además de ser realmente controvertible, sería una lucha que inicia perdida.

las definiciones de las categorías a nuevas necesidades político-criminales, y al menos en un análisis básico, no habría mucho que se pudiera objetar.

De lo anterior, es posible concluir que la responsabilidad penal de la persona jurídica es viable y que el actual panorama parece presentar una tendencia a su aceptación. No obstante, deseo presentar una reflexión sobre el asunto, que considero, merece la oportunidad de cuestionarlo.

4.1. El problema de la última *ratio*

Desde las teorías del contrato social, los individuos acordamos perder parte de nuestro poder para que un ente más grande, más fuerte, pudiera garantizarnos la correcta convivencia en comunidad. Parte de ese acuerdo implica la aceptación de que, ante ciertas circunstancias —afectación a la convivencia— se pueda castigar a quien la perturbó y de esa forma, restaurarla a su estado natural.

¿De qué forma puede castigar el Estado? La respuesta a esa pregunta es de suma delicadeza, pues se puede argumentar que, según como se responda, se estará ante Estados democráticos y garantistas o ante unos autoritarios y abusivos, esto es, pues, el límite al poder punitivo. El Derecho Penal es ese límite. Es, la restricción a la libertad, la sanción más severa que puede imponer, legítimamente, un Estado, y ello es un asunto que no puede tomarse a la ligera.

La pena, en el Estado Social de Derecho, no es fortuita; obedece a unos principios que la legitiman y justifican. Uno de esos principios es la necesidad. Esto es claro cuando se analiza la cárcel como sanción penal, pues es la restricción más grave a la libertad, y por eso, solo es aplicable cuando es estrictamente necesaria. Si lo que pretende enmendar la cárcel puede hacerlo otro tipo de sanción, entonces ella no es necesaria y por tanto no se justifica su imposición. Por eso, ya es cuestionable que se acepte, por ejemplo, la multa, como sanción penal, pues pareciera que lo que la multa pretende proteger es posible garantizarlo desde otras áreas del derecho, lo cual contradice la necesidad de la pena y la activación del Derecho Penal.

Si bien es cierto que el panorama económico actual es diferente que el que era hace 20 años y el derecho debe reaccionar a esos cambios, estos no deben ser injustificados ni apresurados, más aun tratándose del Derecho Penal, que ostenta un carácter tan delicado.

Así, la pregunta debe ser si el Derecho Penal encuentra alguna razón para intervenir directamente en la responsabilidad de las personas jurídicas. Ya se

vio que existe una solución dogmática a esta interrogante, también se vio que desde la política criminal es clara su justificación, pero ¿es esto suficiente?

Si lo que justifica la actividad del Derecho Penal es el que no existan otros mecanismos que puedan intervenir sin que se perjudique el fin perseguido, deberá descartarse la responsabilidad de la persona jurídica por otras áreas del derecho y explicar por qué ellas resultan insuficientes para conseguir determinado fin.

Actualmente, el área por excelencia para sancionar *severamente* a las personas jurídicas es el Derecho Administrativo Sancionador. La regulación en la materia es amplia y fragmentada, pues depende de la materia de la que se trate habrá unas u otras disposiciones. Para explicar el porqué los partidarios de la responsabilidad penal de la persona jurídica han fracasado en justificar la necesidad del Derecho Penal de intervenir, se hará un contraste entre las penas que este propone con las sanciones que el Derecho Administrativo Sancionador ya está imponiendo.

Tolosa Russi³⁰ propone cuatro penas principales aplicables a las personas jurídicas que se hallen penalmente responsables: (i) La disolución o cancelación de la persona jurídica; (ii) la prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con el Estado, (iii) la pérdida total o parcial de beneficios tributarios, o la prohibición absoluta de recibirlos durante un período determinado, y (iv) multa a favor del Estado. Por su parte, en Colombia, la Ley 1778 de 2016, que regula la *Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales* impone las siguientes sanciones³¹:

1. Multa de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
2. Inhabilidad para contratar con el Estado colombiano por un término de hasta veinte (20) años. La inhabilidad para contratar con el Estado iniciará a partir de la fecha en que la resolución sancionatoria se encuentre ejecutoriada. Esta inhabilidad será impuesta a las personas jurídicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

30 Daniel Tolosa Russi, *Sobra la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Su Incidencia en Colombia*, DERECHO PENAL y CRIMINOLOGIA, pg. 38, (2015).

31 Ley 1778 de 2016. Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción. 2 febrero 2016.

3. Publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión administrativa sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.
4. Prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de 5 años.

Como se observa, las sanciones penales que Tolosa Russi propone, no son muy diferentes a las que el Derecho Administrativo Sancionador ya está imponiendo. La primera sanción de la ley 1778 coincide con la cuarta propuesta por el doctrinante, la segunda coincide con la segunda propuesta y la cuarta sanción de la ley coincide con la tercera.

4.2. La función comunicativa de la pena y el problema simbólico

Como se vio, no parece que haya justificación para que el Derecho Penal, por su carácter de última ratio, necesite intervenir en la responsabilidad de la persona jurídica. Ello deja la justificación en un concepto: la función comunicativa de la pena.

Más allá de los fines de la pena y de la justificación político criminal de este tipo de responsabilidad, la que parece ser la justificación es la función comunicativa de la pena. Percy García alega que: “La sanción administrativa no tiene el efecto comunicativo que tiene la sanción penal, y ello produce inevitablemente un déficit de punibilidad frente a las conductas graves cometidas desde la persona jurídica”.³²

Cierto es que la pena tiene, entre todos los tipos de sanciones que ofrece el derecho, la comunicación más fuerte y asertiva. Urbano Martínez explica que:

“... la sola expedición de la normatividad penal genera ideas, determina creencias y conductas, produce la percepción de que el poder se ejerce en beneficio social y propicia una creencia en su legitimidad”³³.

Así, la pena resultaría adecuada para, por fin, sancionar de forma adecuada a las personas jurídicas. Sin embargo, pareciera que el interés es, precisamente,

32 Percy García Caverio, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, DERECHO PENAL y CRIMINOLOGIA, pg 139. (2005).

33 José Joaquín Urbano Martínez, Lecciones de Derecho Penal Parte General, Universidad Externado, *Lección 1* pg. 25 (2019).

comunicativo, pues como expliqué, no es un asunto de que las sanciones previstas para las personas jurídicas sean tan severas que requieran del Derecho Penal para su imposición, pues lo cierto es que el Administrativo Sancionador ya las lleva aplicando hace tiempo, el problema es que esas sanciones no se han comunicado asertivamente a la sociedad y ahí el Derecho Penal, solo por su nombre, ya sería más eficiente en su fin de comunicar la gravedad que es cometer conductas punibles en el seno de las corporaciones.

El problema que se encuentra reside en que este tipo de aplicación del Derecho Penal resulta en una aplicación ilegítima de la pena. Cuando la pena busca únicamente comunicar —simbolizar— el castigo, sin realmente justificarlo —con base en los fines de la pena—, entonces ella no es solamente innecesaria, sino deslegitimadora del Derecho Penal.³⁴

El Derecho Penal es una afectación potencial a uno de los bienes jurídicos más preciados que como sociedades liberales valoramos: la libertad. No puede aplicarse este *solo* cuando la función sea su comunicación, pues entonces se convierte en un mero símbolo, que, si bien es efectivo en transmitir ideas, desconoce sus fundamentos, su legitimidad.

5. CONCLUSIONES

Muchas de las cuestiones aquí expuestas aún están en entredicho. Seguirá estando vigente su legitimidad tanto como las críticas. El repaso general que en este texto se hizo espera ser útil para dilucidar los principales debates que hoy se dan en la materia.

Aunque resulta claro que muchas son las ideas que justificarían la responsabilidad penal de la persona jurídica, sigue sin estar claro cómo se solucionan ciertas incógnitas que no deben dejarse desapercibidas, como lo son el problema de la última ratio que ostenta el Derecho Penal, su necesidad estricta para su aplicabilidad, y la función puramente simbólica que, de aceptar la responsabilidad penal de la persona jurídica, estaría cumpliendo.

Por más cambios que la vida en sociedad presente, los principios fundantes del Derecho Penal existen y han existido por razones importantes. No se puede aceptar su desconocimiento, y es necesario exigir la rigurosidad en la justificación de los posibles cambios que se puedan presentar. No debemos olvidar que,

34 Ibidem.

aunque parezca lejano, las respuestas que como sociedad le demos se deslizan en asuntos que, en su profundidad, son realmente serios. La sanción penal es la afectación más grave que aceptamos; su imposición debe ser restrictiva, necesaria, y fundamentada.

REFERENCIAS

- Beccaría, Cesare. De los delitos y las penas. Temis (2022).
- Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000 (Colombia).
- Universidad del Externado. Lecciones de Derecho Penal Parte General. Universidad Externado. (2019).
- Cuadrado Ruiz, M. Ángeles. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Un Paso hacia adelante - Un Paso hacia atrás. Rev. Jurídica Castilla & León (2007).
- Cuevas, Lorenzo. Vista de La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. REVISTAS.UM.ES (2025). Disponible en: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/153501/135381>
- García Caverro, Percy. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Derecho Penal y Criminología (2005).
- Kindhäuser, Urs. Acerca del Concepto Jurídico Penal de Acción. Cuadernos de Derecho Penal.
- Ley 1778 de 2016. Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción. 2 febrero 2016.
- Martín, L. Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 5, 1-95, (2016).
- Martínez Patón, Víctor. *Refutación del principio societas delinquere non potest*. Univ. de Oviedo-Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, (2019)
- Morales, Alcides. *Responsabilidad Penal de las Personas Morales*. 76 Rev. Jurídica Mario Alario D'Filippo 53 (2012).
- Prías, Juan Carlos. Anotaciones Sobre Derecho Penal Económico. Legis. (2021).
- Puentes Poyatos, Raquel, María del Mar Velasco Gámez y Juan Vilar Hernández. El buen gobierno corporativo en las sociedades cooperativas. Revesco, 2009.
- Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* 4ª ed., Civitas (2006).
- Tiedemann, Klaus. Responsabilidad de la persona jurídica. Anuario de Derecho Penal, s.f.
- Tolosa Russi, Daniel. Sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y su Incidencia en Colombia. 36 Derecho Penal y Criminología 13 (2015).
- Sutherland, Edwin H. *White Collar Crime*. Yale Univ. Press, (1983).

- Urbano Martínez, José Joaquín. Lecciones de Derecho Penal Parte General. Universidad Externado, Lección 1 (2019).
- Weezel, A. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. 5 Política Criminal, 9, 114-142, (2010).
- BBC Mundo. Artículo sobre responsabilidad penal. (8 julio 2024). Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/articles/cv2gpg70vjno>.
- Gobierno de México – CENAPRED. La catástrofe industrial más grande de la historia. (3 diciembre 2019). Disponible en: <https://www.gob.mx/cenapred/articulos/la-catastrofe-industrial-mas-grande-de-la-historia>.
- *Fundamentos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Ministerio Público, pág. 3 (disponible en <https://aulavirtualcfc.pge.gob.pe/mod/resource/view.php?id=2032&redirect=1>).



NORMAS DE PUBLICACIÓN

I. ARTÍCULOS OBJETO DE LA PUBLICACIÓN:

La revista estudiantil *UNIVERSITAS ESTUDIANTES* es una publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. La revista tiene una periodicidad semestral y sus artículos son el resultado de investigaciones realizadas en todas las áreas del pensamiento científico jurídico por estudiantes de derecho y jóvenes abogados. Se trata del continuo trabajo de escritores, que inquietos por los sucesos mundiales, socioculturales y jurídicos, presentan por escrito los resultados parciales o totales de sus investigaciones, mostrando consideraciones dotadas de rigor científico que, bajo miradas conciliadoras pero a la vez controversiales, permiten la construcción de un espacios de reflexión y crítica, comprometidos con la promoción de la equidad y el respeto por los principios fundantes del ordenamiento. Por tratarse de una publicación con carácter académico los documentos se podrán presentar en español e inglés.

II. RECEPCIÓN DE LOS ARTÍCULOS:

Los artículos se deben remitir al Director de política editorial de la Revista en medio electrónico. Los artículos deben ser presentados con los requisitos que se enuncian en el numeral a continuación para ser aceptado.

Junto con el artículo se debe diligenciar un formato con los siguientes datos:

- Título del artículo
- Autor (es)
- Institución a la cual pertenece
- Grados académicos
- Listado de escritos o publicaciones
- Dirección completa
- Número telefónico

La recepción se realizará en la siguiente dirección:

- Revista Universitas Estudiantes
- Facultad de Ciencias Jurídicas
- Pontificia Universidad Javeriana
- Dirección electrónica: universitas.e@javeriana.edu.co
- Bogotá, D.C.
- Colombia

III. NORMAS TÉCNICAS:

La extensión del artículo no podrá exceder de las veinticinco (25) páginas tamaño carta (21.5x27.5 cm) y deberá contener un mínimo de diez (10), incluyendo el cuerpo principal de texto, la presentación de las referencias bibliográficas y las demás secciones accesorias que en éste se hubieren incluido; asimismo deberá mantener un margen de tres centímetros (3 cm) a cada lado de la página y, para su recepción, deberá ser escrito en letra *Times New Roman* de doce (12) puntos y presentado a doble espacio.

Deben incluir un resumen de la temática general sobre la cual versa el artículo (tesis y argumentos principales) en el idioma original del mismo y en inglés con una extensión máxima de 200 palabras, deben incluir, así mismo, las palabras clave que describan su contenido, preferiblemente en número de 4 a 6, en los idiomas mencionados, un sumario o tabla de contenido y una introducción al artículo. Dentro del resumen inicial es necesario que el autor precise si se trata del resultado final o parcial de una investigación y, de ser la situación, indique el grupo de investigación al que se encuentra vinculado el escrito.

El título deberá tener la traducción al inglés seguido del nombre del autor, y éste, con asterisco, remitirá a un pie de página en donde se indicarán los grados académicos del mismo, las instituciones donde se obtuvieron, la ciudad y el país, y la dirección electrónica de contacto, preferiblemente un correo institucional.

Las referencias bibliográficas (así como los comentarios y las remisiones que el autor considere pertinentes) se consignarán a pie de página, siguiendo una numeración continua a lo largo de todo el texto y en el esquema de números cardinales (1, 2, 3 etc.).

Se recomienda a los autores consultar y referenciar en sus artículos las revistas de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de

Bogotá: *Vniversitas e International Law*: Revista Colombiana de Derecho Internacional en los siguientes enlaces o vínculos:

<http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/publicaciones/vniversitas>

<http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/publicaciones/international-law>

Como sistema de citación se seguirán las pautas establecidas por el manual internacional para las técnicas del área (*The Bluebook, A Uniform System of Citation*), como se muestra a continuación:

- a. Para libros: inicial o nombre, apellido, título de la obra en cursiva, volumen o tomo, página(s) (solo números), y a continuación (todo entre paréntesis): edición, editorial, lugar de publicación y fecha. Ejemplo: Ian Brownlie, *Public International Law*, I, 64-66 (6a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2003).
- b. Para contribuciones en obras colectivas (capítulos, ponencias, etc.): inicial o nombre, apellido, título del capítulo, ponencia, etc. en cursiva, “en” título de la obra en cursiva, páginas (solo números), y a continuación (todo entre paréntesis): inicial o nombre, apellido, seguido de Ed./Coord., editorial, lugar de publicación y año. Ejemplo: A. Coudet, *Direct Foreign Investment in Undeveloped Countries*, en *Foreign Investment*, 123-176 (G. Crane, Ed., Yale University Press, New York, 2003).
- c. Para artículos de revista: inicial o nombre, apellido, título del artículo en cursiva, volumen de la revista (solo el número), título de la revista en cursiva, número, páginas que comprenden el artículo (sólo números), página(s) citada(s) (si es el caso), año entre paréntesis. Los títulos en inglés deben ir con mayúsculas iniciales. Ejemplo: Kevin P. Gallagher & Melissa B.L. Birch, *Do Investment Agreements Attract Investment?*, 7 *Journal of World Investment and Trade*, No. 6, 47-56, 52 (2006).
- d. Para working papers: inicial o nombre, apellido, título en cursiva, páginas, y a continuación (todo entre paréntesis): entidad, “Working Paper” seguido del número, año entre paréntesis. Ejemplo: S. Slovisky, *International Political Economy* 75-86 (The World Bank, Working Paper R-423, 2002).
- e. Para trabajos mimeografiados: inicial o nombre, apellido, título en redonda y entre comillas, y entre paréntesis: “mimeo” y fecha. Ejemplo: F. Lans, “Undeveloped Countries” (mimeo, 1987).

- f. Para tratados y otros acuerdos internacionales: nombre completo del tratado o acuerdo, artículo (si es el caso), fecha, publicación oficial.
- g. Para jurisprudencia, resoluciones u otros documentos internacionales, se deberán seguir estrictamente los parámetros de cita de las publicaciones oficiales, respetando todos los elementos y el orden de los mismos.

Las citas textuales cortas (de tres renglones o menos) se pueden incluir dentro del cuerpo principal de texto en medio de comillas dobles, en cursiva y con puntos suspensivos al comenzar y al cerrar la cita, siempre que se trate de frases que se encuentran anteceditas o seguidas por texto no incluido dentro de la cita (si se trata de una frase a la que no le antecede o le sigue más texto, se omiten los puntos suspensivos). Ejemplo: “... *la doctrina menciona varios casos de daños corporales de los que surgen perjuicios morales* ...”.

Las citas textuales largas (de cuatro renglones en adelante) se deben incluir en un cuerpo separado del texto principal por un espacio, y su sangría izquierda y derecha debe ser más estrecha que la normalmente utilizada para el resto del texto. En lo demás siguen el esquema anterior.

Debe respetarse la jerarquía de los títulos, como sigue: el título principal debe ir en negrilla y centrado; los títulos secundarios (correspondientes a capítulos) en cursiva y enumerados conforme al sistema de números cardinales (1, 2, 3 etc.); los subtítulos que subdividen los capítulos deben estar subrayados y presentarse como subniveles del numeral al que corresponda (es decir, si se trata de una subdivisión del capítulo 1 deberá indicarse como 1.1).

Ejemplo:

La responsabilidad por el hecho ajeno

1. Presupuestos estructurales:

1.1. Presupuesto 1: situación de dependencia del directamente responsable

Los párrafos que siguen a los títulos no necesitan tener sangría, pero todos los otros sí deberán tenerla.

Por último, en la parte final del artículo se deben referenciar las obras consultadas en orden alfabético teniendo en cuenta los datos para la presentación de citas bibliográficas.

IV. EVALUACIÓN:

Universitas Estudiantes es una publicación con arbitraje; ello implica que una vez recibido el artículo postulado, éste será sometido a un proceso de evaluación científica de parte de un jurado anónimo, especializado en la materia sobre la cual versa la tesis del escrito y designado por el Comité Editorial de la revista. A partir del concepto emitido por el jurado y considerando algunos otros aspectos como el rigor científico del ensayo presentado y el aporte que haga a la disertación jurídica, los miembros del Comité Editorial decidirán sobre su publicación, pudiendo optar por cualquiera de las vías presentadas a continuación: a) aceptar el artículo tal y como esta; b) aceptarlo pero solicitando al autor la elaboración de algunas modificaciones oportunas (es decir, aceptándolo pero condicionadamente); c) rechazar la publicación del mismo.

Si definitivamente es aceptado, se dará noticia de ello al autor, ya sea por contacto telefónico y/o por comunicación escrita; asimismo se le transmitirán las sugerencias hechas por el jurado evaluador y, de ser el caso, se le plantearán las modificaciones que se han considerado como necesarias para la publicación del artículo.

En todo caso tendrán prelación para la publicación, los artículos que presenten resultados parciales o totales de investigaciones desarrolladas con el asesoría de semilleros de investigación reconocidos por las respectivas instituciones universitarias de donde provenga dicho artículo.

V. POLÍTICA SOBRE DERECHOS DE AUTOR DE LA REVISTA:

Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente. El contenido de los mismos es de exclusiva responsabilidad de los autores.



Esta revista y su contenido se encuentran protegidos bajo la licencia Reconocimiento 4.0 Internacional de *Creative Commons*.

Igualmente para *Universitas Estudiantes*, el envío de un artículo supone que el (los) autor (es) acepta(n) igualmente que transferirá(n) los derechos de autor a la Revista, para su publicación en versión impresa y electrónica y deben enviar la licencia de uso firmada en original.

GUÍA PARA LA CITACIÓN DE ACUERDO CON CRITERIOS PROPIOS DEL *BLUEBOOK*

El sistema de citación propuesto por “*The Bluebook: a uniform system of citation*”, ha sido desarrollado por los editores de prestigiosas revistas jurídicas (particularmente *The Harvard Law Review*, *The Columbia Law review* y *The Yale Law Journal*) con el objeto de implementar, fortificar y afianzar un sistema uniforme de citación en las diversas investigaciones que actualmente se están desarrollando en materia de ciencias jurídicas; facilitando con ello la comprensión y la localización de las fuentes principales por parte de los lectores. *Universitas Estudiantes*, consciente del éxito y la practicidad de esta guía referencial especialmente para los lectores, cree que es conveniente empezar a fomentar su uso en las publicaciones jurídicas científicas. Por esa razón, presenta la siguiente guía de criterios básicos de citación desarrollados por el *Bluebook*, de una forma que resulte comprensible para los autores que en ella se fundamenten y, evidentemente, sin la pretensión de ser exhaustivos en cuanto a las diversas y completas explicaciones que los editores del *Bluebook* hacen de cada una de las fuentes.

Es preciso anotar que dadas las diferencias del sistema estadounidense respecto del colombiano, fue necesaria la elaboración de algunos ajustes en torno a los esquemas de citación, particularmente en cuanto a la jurisprudencia. Para la realización de dichos ajustes se tuvo en cuenta la guía internacional que el propio *Bluebook* presenta, así como las formas de citación difundidas por sistemas de acogida nacional e internacional y por las investigaciones especializadas en derecho.

1. Citación de fuentes jurídicas nacionales:

a. *Constitución Política de Colombia:*

Forma estándar:	Nombre oficial de la Constitución [abreviación]. Artículo específico citado. Fecha de promulgación (País).
Ejemplo:	Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 6. Julio 7 de 1991 (Colombia).

b. Leyes que no sean Códigos:

Forma estándar:	Número y año de la ley. Asunto. Fecha de promulgación. Número en el Diario Oficial.
Ejemplo:	Ley 1060 de 2006. Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad. Julio 26 de 2006. DO. N° 46341. Ley 675 de 2001. Por la cual se expide el régimen de Propiedad Horizontal. Agosto 3 de 2001. DO. N° 44509 Ley 588 de 2000. Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial. Julio 5 de 2000. DO. N° 44071

c. Códigos:

Forma estándar:	Título oficial del Código [abreviación]. Número y año de la ley a que corresponde. Artículo(s) citado(s). Fecha de promulgación (país).
Ejemplo:	Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts. 2341 y ss. Abril 15 de 1887 (Colombia). Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000 (Colombia). Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Agosto 31 de 2004 (Colombia).

d. Decretos con fuerza de ley:

Forma estándar:	Número y año del decreto [con fuerza de ley]. Asunto. Fecha de promulgación del decreto. Número en el Diario Oficial.
Ejemplo:	Decreto 2811 de 1974 [con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el Código de Recursos Naturales Renovables y de protección al Medio Ambiente. Enero 27 de 1975. D.O. N° 34243.

e. Decretos / ordenanzas / acuerdos / resoluciones:

Forma estándar:	Número y año del decreto / ordenanza / acuerdo / resolución [Ente que lo promulgó]. Asunto. Fecha de promulgación del acto. Ente que lo promulgó.
Ejemplo:	Decreto 88 de 2008 [Ministerio del Interior y de Justicia]. Por medio del cual se reglamenta el artículo 61 de la ley 975 de 2005. Marzo 27 de 2008. Ordenanza 0015 de 2005 [Asamblea Departamental del Quindío]. Por medio de la cual se crea una comisión de alto nivel para la sensibilización, recuperación y reparación del Patrimonio Quimbaya. Julio 19 de 2005. Acuerdo 0010 de 2005 [Concejo Distrital de Barranquilla]. Por el cual se crea la empresa metropolitana Cuerpo de Bomberos Oficiales de Barranquilla. Mayo 31 de 2005. Resolución 6577 de 2008 [Ministerio de Educación Nacional]. Por la cual se establecen los parámetros y procedimientos para la fijación de la tarifa de matrícula. Septiembre 29 de 2008.

f. Jurisprudencia:

Forma estándar:	Tribunal que profiere la sentencia. Sala o sección (en caso de ser aplicable). Número de la sentencia o del proceso (Magistrado / Consejero ponente / Juez; fecha).
Ejemplo:	Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 23471 (M.P. José María Esguerra; Marzo 21 de 1977). Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C1141 de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Agosto 30 de 2000). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 26103 (C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Julio 2 de 2007).

2. Órganos internacionales*a. Tratados y otros acuerdos internacionales:*

Forma estándar:	1. Acuerdos o tratados entre dos o tres participantes: Nombre del tratado o del acuerdo. Asunto del tratado. Participantes (X - Y). Artículo. Fecha. 2. Acuerdos o tratados multilaterales: Nombre del tratado o de la convención. Artículo. Fecha.
Ejemplo:	Tratado de neutralidad. Hungría – Turquía. Artículo 25. Enero 5, 1929. Convención de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Artículo 3. Agosto 12, 1949. Convención Policial. Artículo 127 L.N.T.S. Febrero 29, 1920.

b. Casos de derecho internacional:

Forma estándar:	1. Corte Internacional de Justicia o Corte Permanente de Justicia Internacional: I.C.J (Corte internacional de justicia) o P.C.I.J (Corte permanente de Justicia internacional). Nombre del caso. Participantes (X vs Y). V# (número de Volumen) y nombre de la publicación de la decisión. Página. (Fecha). 2. Corte de Justicia de la Unión Europea: Número de la sentencia. Participantes X vs Y. Fecha. 3. Corte Europea de los DDHH: Participantes X vs Y. Referencia. (Fecha). 4. Comisión Interamericana de los DDHH: Participantes X vs Y. Referencia. InterAm. C.M.R. Número del reporte. Parágrafo. (Fecha). 5. Corte Penal Internacional: Participantes X vs Y. Número del caso. Tipo de proceso. Número Parágrafo. (Fecha).
------------------------	---

Ejemplo:	1. I.C.J. Jurisdicción Pescaderías. (U.K. Vs. Ice). V12 El orden de la protección interna. (17 agosto, 1972). 2. Caso C213/89. The queen vs. Secy of state transp. Factortame Ltd. 1990. 3. Kampanis vs. Grecia. 318 Eur. Ct. H.R. 29,35 (1995) 4. 4.1. Tortrino vs. Argentina. Caso 11.597. InterAm. C.H.R. Reporte No. 7/98, OEA/Ser.L/V/11.98, doc. 7. Parágrafo 15. (1997) 4.2. Calderón vs. Colombia. Caso 10.454. InterAm. C.H.R. Reporte No. 32/92, OEA/ser. L./V/II.83, doc. 14. Parágrafo 1. (19921993) 5. Fiscalía vs. KayissHEMA & Ruzindana. Caso No. ICTR 951T. Juicio. Parágrafo 126 (mayo 21, 1999)
-----------------	--

c. Arbitrajes internacionales:

Forma estándar:	Participantes X vs. Y. Referencia numérica del caso, Tipo de proceso. Número del parágrafo (Fecha)
Ejemplo:	Fiscalía vs. Kayishema & Ruzindana. Caso No. ICTR 951T, Juicio. Parágrafo 126 (mayo 21, 1999) Fiscalía vs. Tradic. Caso No. IT9411, decisión de la apelación de la defensa. Parágrafo 70 (octubre 2, 1995)

d. Materiales de las Naciones Unidas:

Forma estándar:	1. Resumen y archivos literales: Título del informe oficial. Subdivisión del órgano (si se tiene). Número de Sesión. At, (El punto de la citación). Número de documento de las Naciones Unidas. (Fecha). 2. Carta de las Naciones Unidas: Carta de las N.U. Número de artículo. Inciso. 3. Resoluciones de Asamblea General: A.G. Número de resolución. Parágrafo. Número de la sesión. Suplemento anexando el número de designación. Si es posible el número del documento y el párrafo. (Fecha). 4. Reportes / Informes: U.N. Nombre del cuerpo emisor y del subcomité. <i>Título del reporte.</i> Número del documento. (Fecha). Nombre del subtítulo (opcional)
Ejemplo:	1. U.N. GAOR. Sesión No. 56Th. 4893 mtg. At, 2 Doc. S/PV. 4893. (Enero 15, 2004) 3. A.G. Res. 832. Parágrafo 19. 9Th sesión. Supp. No. 21. Doc. A/2890. (octubre 21, 1954) 4. 4.1. U.N. Econ. & Soc. Concil [ECOSOC]. Subcomité prevención de las discriminaciones & Subcomité de minorías. Grupo de trabajo con minorías: <i>Mecanismos universal y regionales para la protección de minorías</i> U.N. Doc. E/Cn.4/Sub.2/Ac.5. (Mayo 5, 1999) 4.2. U.N. Secretaria General. <i>Reporte de la secretaria general sobre las cuestiones de África del sur.</i> Doc.S/1994/16,A/48/845. (Enero 10, 1994)

3. Otras fuentes:

a. Libros:

Forma estándar:	Nombre completo del autor. Título del libro. Página citada. Ed., (Editorial). (Año de la edición citada).
Ejemplos:	Luis Guillermo Velásquez. Bienes. Pág. 194. Ed., Librería jurídica Comlibros. (2008). Jorge Cubides Camacho. Obligaciones. Pág. 101. Ed., Fundación cultural Javeriana de artes gráficas JAVEGRAFI. (2009). Eugéne Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano. Pág. 351. Ed., Esquilo Ltda. (2002).

b. Obras Colectivas:

b.1. Dos autores:

Forma estándar:	Nombre de ambos autores (mismo orden que aparece en la portada, separados por “&”, o “con”).
Ejemplo:	A. Leo Levin & Meyer Kramer. Opinión legal. Pág. 214. Ed., Milenium (2000). Robert Lynd con Helen Lynd. Estudio de la cultura Americana. Pág. 34. Ed., Brace and World. (1929). Paul A. Samuelson & William D. Nordhaus. Economía. Pág. 237. Ed., Mc Graw Hill. (2006).

b.2. Más de dos autores:

Forma estándar:	Puede utilizar el nombre del primer autor seguido de “ET AL.” o también la lista completa de todos los autores. El primer método es sugerido para libros con demasiados autores; sin embargo, incluya todos los nombres cuando sea particularmente relevante. Los nombres deben ser separados por “comas” (,) exceptuando el ultimo separado por “&”.
Ejemplo:	Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Edward H. Cooper. Prácticas y procedimientos federales. Pág. 35. 3th edición. Ed., Milenium. (1998). A. Leo ET AL. Disputa de las resoluciones dispositivas en la sociedad democrática. Pág. 145. Ed., Astruos. (1985). Richard H. Fallon, Daniel J. Meltzer, Eduard Year & David L. Shapiro. Las cortes federales y los sistemas federales. Pág. 348. Ed., Astruos. (2003).

c. Publicaciones Periódicas:

c.1. Citación artículo de periódico:

Forma estándar:	Nombre completo del autor. Encabezado. Nombre abreviado del periódico. Día del artículo. At. Primera página del artículo.
Ejemplo:	Sergio Gómez Maseri. <i>Señales de cambio en la dura política antidrogas de E. U.</i> El Tiempo. Febrero 21, 2009. At. 17. Sergio Gómez Maseri. Stanford, <i>Un “Sir” caribeño acusado de fraude colosal.</i> El Tiempo. Febrero 22, 2009. At. 114 Seth Mydams. <i>Los Angeles Police Chief Removed for 60 days in inquiry on Beating.</i> N.Y. Times. Abril 5, 1991. At. A1.

c.2. Citación artículo de revista:

Forma estándar:	Nombre completo del autor. Título del artículo. Nombre de la revista. Fecha de publicación. At. Primera página del artículo.
Ejemplo:	Johann Schomberger Tibocha & Julian Daniel Lopez Murcia. <i>La problemática actual de los paraísos fiscales</i> . International Law. Noviembre de 2007. At. 311. Camilo Vallejo Giraldo. <i>Crónica de dos víctimas</i> . Politizarte. Enero de 2009. At. 7. Stephanie Pavageau. <i>Les obligations positives dans les jurisprudences des conurs Europeenne et interamericaine des droits del'homme</i> . International Law. Diciembre de 2005. At. 201.

d. Publicaciones electrónicas:

d.1. internet:

Forma estándar:	1. Forma estándar (URL localizador de fuente uniforme): Tema. URL de la raíz. (La explicación de los pasos para acceder a la información). (Fecha original de la publicación).
Ejemplo:	1.1.1. http://www.javeriana.javeriana.edu.co/puj/oracle/mision.html . (22 febrero,2007). 1.1.2. Biografía de Stanley Kubrick. http://movies.yahoo.com/ . (buscar en “Yahoo! Movies”: “Stanley Kubrick” después seleccionar el primer hyperlink). (11 junio, 2005). 1.2. http://yahoo.com . http://www.1 yahoo.com . (22 de octubre, 2004).

d.2. Materiales de audio y de video:

d.2.1. Materiales de audio:

Forma estándar:	1. Grabaciones comerciales: Autor. Tema en Título de la obra. (Compañía que lo produjo) (Año). 2. Grabaciones no comerciales: Formato. Título / Tema. (Fecha). (Procedencia de la Grabación).
Ejemplo:	1. Don Henley. <i>The Boys of Summer en Building the perfect beast</i> . (Geffen Records) (1984). <i>Cowboy Mouth</i> . Are you with me?. (MCA Records) (1996). 2. Casete: Conferencia sobre oportunidades de negocios en el espacio. (Marzo 35, 1986). (Archivo grabado por el autor).

d.2.2. Materiales de video:

Forma estándar:	Formato: Título. (Nombre de la persona o de la institución que lo produjo). Año. (procedencia de la grabación)
Ejemplo:	DVD: 2004 Revista de derecho de Yale. (Yale Media Services). 2004. (Archivo grabado por el autor) Video casete: Instalación del Your Ox 56z (Daniel J. Libenson electronics Co.). 1995. (archivo de la biblioteca pública de Boston)

EDITORIAL

Pablo Galindo Lema - Maria Paula Carrillo Rodriguez

¿Se pueden comprar los derechos fundamentales? El caso de la justicia ordinaria y el arbitraje

Can Fundamental Rights Be Bought? The Case of the Regular Justice System and Arbitration

Daniela Rojas Galvan - Glissy Redondo Correa - Tatiana González Gómez - Juan Esteban Grajales

El problema de la cosmética en los programas de cumplimiento y sus efectos en la prevención del delito y las sanciones aplicables a las personas jurídicas

The Problem of Cosmetic Compliance Programs and their Effects on Crime Prevention and Sanctions Applicable to Legal Entities

José Miguel Lomanto Frias - Luis Felipe Botero Cárdenas

La fragmentación: El fenómeno global que desafía la hegemonía del universalismo en el derecho internacional

Fragmentation: The Global Singularity that Defies the Universality of International Law

Santiago Zambrano Cañón - Nicolás Galindo Aguilera - Julián Arroyo Ávila

La voz del menor en la elección de procedimientos médicos:

¿Cuándo debe el médico ir en contra del consentimiento sustituto? Una propuesta práctica

The Voice of the Minor in the Choice of Medical Procedures:

When Should the Doctor Override Substituted Consent? A Practical Proposal

Nicolás Montenegro Morales

La importancia de la voluntad real y común de las partes en la modernización de la interpretación contractual

The Importance of Real and Common Will of the Parties in the Modernization of Contractual Interpretation

Pablo Amorocho Barreto - Sofía Pinilla Ospina

La contaminación del juez de conocimiento por prueba ilícita en el sistema penal acusatorio colombiano.

Un análisis de derecho comparado con el modelo mexicano

The Contamination of the Trial Judge by Illegally Obtained Evidence in the Colombian Adversarial

Criminal Justice System: A Comparative Law Analysis with the Mexican Model

Sofía Navas Vera - Silvana Alejandra Rojas Suárez - Luis Felipe Botero Cárdenas

La inteligencia artificial en espacios públicos para el fomento de la cultura cívica

Artificial Intelligence in Public Spaces for the Promotion of Civic Culture

Tomás Trujillo Zambrano

La comerciabilidad de órganos y componentes anatómicos humanos: ¿Una solución a la escasez?

Commerciality of Human Organs and Anatomic Components: A Solution to Scarcity?

María José Arbeláez Moreno - Juan José Ortiz Páez - Pablo Trujillo Azcuénaga

El modelaje webcam desde la perspectiva del derecho comercial colombiano

Webcam Modeling from the Perspective of Colombian Commercial Law

Ana Sofía Navas Guevara - Isabella Rubiano Hoyos

La desjudicialización del litigio estratégico: Una nueva perspectiva para la educación legal clínica

The De-Judicialization of Strategic Litigation: A new Perspective for Clinical Legal Education

José Miguel Agudelo Álvarez - Mariana Alejandra Aponte Galeano - María Andrea Castaño Vélez

La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Es necesaria?

Criminal Liability of Legal Entities: Is it Necessary?

Juan Esteban Pérez

ISSN 1794-5216



9 771794 521002