

DISSERTUM

Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho y
Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana
En Homenaje al Doctor Roberto Suárez Franco



Universidad de
La Sabana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de La Sabana

Consejo editorial

Ana Milena Carranza Carranza
Sandra Milena Cortés Jiménez
Nicolás Guillermo Díaz Giraldo
Juan Arturo González Rojas
Diana María Gómez Hoyos (Profesora Coordinadora)
José Julián Suárez Rodríguez (Profesor de apoyo)

Dirección editorial

Anamaría Quintana Cepeda

Columnistas invitados

David Delgado Vitery
David José Mancera Hernández
Sandra Milena Cortés Jiménez

Edición, diseño, diagramación y publicación electrónica

Hipertexto Ltda.
www.hipertexto.com.co

Editorial 5

Palabras de un estudiante 7

Artículos de investigación 13

11..... **La prevalencia del interés general frente a la dignidad humana en el Estado Social de Derecho colombiano: incidencias y efectos en las comunidades indígenas**

32..... **El ataque a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo de consentimiento adhesivo en Colombia: El Control Previo como Solución**

50..... **Justicia Penal Militar: conceptos y desafíos**

71..... **American and Colombian Probate law regarding testamentary succession: a comparative approach**

Opinión 87

89..... **¿Los delitos contra la humanidad prescriben en Colombia?**

92..... **Hacia una “romanización” del Derecho**

95..... **Claves para obtener un excelente desempeño en el Consultorio Jurídico**

Entrevista 99

107..... **Entrevista con el Doctor Roberto Suárez Franco**

Descafeinado 105

107..... **La ventana de Wiki... “Cazanoticias de RCN: una nueva jurisdicción”**

Editorial

Roberto Suárez Franco - Semblanza-

Anamaría Quintana Cepeda¹

Es muy grato para mí dirigir este tercer número de la revista de estudiantes DISSERTUM (versión virtual), en HOMENAJE AL DOCTOR ROBERTO SUÁREZ FRANCO. No solamente porque he tenido el gran privilegio de acompañarlo en mi calidad de monitora de la asignatura Derecho de Sucesiones en una de sus más grandes pasiones, la docencia; sino también porque a su lado he adquirido grandes conocimientos para mi vida, tanto en temas como herencia, liquidación de sucesión testada y ab intestato, como en algo más importante: vivir de tal forma que pueda ser ejemplo para los demás.

El Doctor Suárez Franco es un gran jurista colombiano, especialista en Derecho Laboral, además de Bachiller en Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Javeriana. Es experto tanto en Derecho Privado como en Derecho Público, lo cual es muy fácil de notar: en el momento en el que un estudiante le consulta sobre cualquier

tema, con gran convencimiento responde pues tiene una comprensión global del Derecho.

Fue Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y ocupó otros importantes cargos directivos en la misma Universidad. Se desempeñó como abogado de Corferias, del Banco del Comercio y de la Superintendencia de Sociedades. Ejerció el Derecho en la Rama Judicial primero como Juez Noveno Civil Municipal de Bogotá, para pasar luego a ser Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y finalmente Consejero de Estado, ejerciendo la Presidencia de dicha Corporación.

Las más importantes instituciones universitarias han tenido el privilegio de contar con él como docente, entre ellas la Javeriana, Los Andes, la Universidad Sergio Arboleda, el Rosario y por supuesto La Sabana. Y sus alumnos y compañeros de trabajo, se han deleitado con sus múltiples

¹ Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana y Directora de la revista virtual estudiantil DISSERTUM. Correo electrónico: ana.quintana@unisabana.edu.co



publicaciones, artículos de revistas, capítulos de libros y otras obras jurídicas, destacándose Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones y Teoría General de las Personas Jurídicas.

Por toda su trayectoria profesional y académica, y por su gran aporte a la Ciencia del Derecho, ha obtenido importantes reconocimientos.

El Doctor Suárez Franco es un gran modelo de constancia, sencillez, amor por la profesión, sabiduría y paciencia y por eso me complace enormemente poder decir que esta gran autoridad fue mi maestro en la Universidad de La Sabana.

Agradezco al Doctor Roberto Suárez Franco, en nombre de todos y cada uno de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, su ardua labor en esta difícil tarea de formar no solamente abogados con conocimientos jurídicos sólidos, sino verdaderos juristas, capaces de ejercer su profesión de manera integral, reconociendo ante todo la dignidad del ser humano.

Todos tenemos grandes sentimientos de gratitud, respeto, admiración y aprecio hacia quien es hoy y será por siempre, nuestro gran Maestro.

Es por todo lo anterior que en honor al Doctor Roberto Suárez Franco hemos elaborado el tercer número de la revista DISSERTUM, en el que el lector encontrará, entre otros, un ensayo acerca de las Sucesiones en Estados Unidos de América, un escrito sobre la experiencia de ser alumno del doctor Roberto Suárez Franco y una bonita y enriquecedora entrevista personal a cargo de integrantes del consejo editorial de la Revista.

Espero que para todos y especialmente para el doctor Roberto Suárez Franco, esta versión de la Revista sea de total agrado.

Palabras de un estudiante:

David Gustavo Velandia Bueno¹

Recuerdo que a mediados del año 2007, cuando apenas estaba iniciando mis estudios en Derecho, observaba caminar por los pasillos de la Facultad de Derecho a un señor de avanzada edad que saludaba amablemente con una expresión de ternura y sabiduría a cuanto estudiante pasaba por su lado. Cierta día me correspondió ser el casual receptor de dicho saludo...

-“¿Quién es ese señor?”, pregunté a un compañero de clases.

“Ese es el Dr. Suárez Franco, un profesor de la Facultad de Derecho que es una eminencia”, me respondió con voz animada.

En ese entonces sabía que todavía me faltaban como dos años para poder estudiar la materia SUCESIONES, de la cual aquel profesor era titular. Cada semestre preguntaba en la Facultad si el periodo siguiente el Dr. Suárez iba a dictar la materia. “Todavía no sabemos, eso depende de él”, me respondían con algo de incertidumbre.

Cuando finalmente llegó el momento de llamarme estudiante del Dr. Suárez Franco, pude comprender que el Derecho es vida. Observé que el amor por la academia y por la enseñanza de la

ciencia jurídica puede motivar diariamente a las personas que hacen parte del entorno universitario.

Tuve entonces la oportunidad de estudiar una materia con otro profesor ejemplar: El Dr. Suárez asistía a cada clase de manera tempranera, siempre con un porte muy elegante acompañado de modales y comportamientos muy asertivos y refinados. No era extraño que mientras dictaba su entretenida materia, soltara de vez en vez alguna curiosa historia o experiencia que vivió siendo Consejero de Estado, o siendo Decano de una reconocida Facultad de Derecho de la capital, o siendo profesor en años anteriores. Sus expresiones graciosas y sus opiniones contundentes respecto de ciertos temas particulares, siempre van a estar en nuestras memorias.

Pude constatar que el Dr. Suárez Franco en su clase ciertamente era una eminencia, como me lo había comentado alguna vez mi compañero “primíparo”.

Como profesor, es todo un maestro. Como hombre es todo un caballero.

¹ Estudiante de noveno semestre y monitor de la asignatura Obligaciones I de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. Psicólogo egresado de la misma institución. Correo electrónico: david.velandia@unisabana.edu.co



Artículos de investigación



La prevalencia del interés general frente a la dignidad humana en el Estado Social de Derecho colombiano: incidencias y efectos en las comunidades indígenas*

Keidy Rincón Hernández, Adolfo Alexander Muñoz Díaz
y Nicolás Ríos Ramírez¹

RESUMEN

Este ensayo presenta resultados del trabajo de investigación sobre cómo se han desarrollado los principios de prevalencia de interés general sobre el particular y dignidad humana en el Estado Social de Derecho colombiano a partir de la Constitución de 1991, estableciendo cuál ha sido la evolución jurisprudencial en casos de conflicto para conocer el precedente actual y su influencia en las comunidades indígenas.

Palabras Clave: Estado Social de Derecho, prevalencia del interés general, dignidad humana, comunidades indígenas.

ABSTRACT

This essay presents results of research on how they are developed the principles of the prevalence of general interest thereon and Human Dignity in the Social State of Colombian law from the Constitution of 1991, establishing what has been the evolution of jurisprudence in cases conflict to determine the current precedent and its influence on indigenous communities.

Key Words: Social state of law, human dignity, general interest of prevalence, indigenous communities.

Sumario: Introducción; 1. Consideración preliminar: consolidación del Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991; 1.1. Antecedentes; 1.2. Constitución de 1991; 1.3. Desarrollo jurisprudencial y logros del Estado Social de Derecho; 2. La prevalencia del interés general; 2.1. Desarrollo constitucional y legal; 2.2. Casos de efectivización; 2.3. Límites de aplicabilidad; 3. La dignidad Humana; 3.1. Alcance conceptual; 3.2. Derechos fundamentales; 3.3. Sujetos colectivos; 3.4. Tutela colectiva; 4. Incidencias y efectos en las comunidades indígenas; 4.1. Incidencias y efectos de la interpretación constitucional; 4.2. Análisis jurisprudencial en casos concretos; Conclusiones; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, existe un hecho que dividió la historia del país y es la expedición de la Constitución Política de 1991. Esta trae consigo transformaciones que evolucionan todo el Derecho, creando una

* Ensayo ganador del PRIMER PUESTO en la novena versión (2010-2011) del concurso de ensayo jurídico Octavio Arizmendi Posada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

¹Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Agraria de Colombia

nueva cultura jurídica; dentro de estos postulados está la adopción de la fórmula estatal denominada Estado Social de Derecho, la creación de la acción de tutela y la construcción de la Corte Constitucional como guardián de la Constitución. El presente ensayo es el avance de una investigación que estudia dos fundamentos imprescindibles del Estado Social de Derecho, a saber el respeto a la dignidad humana y la prevalencia del interés general y cómo éstos han influenciado a las comunidades indígenas. Despierta interés el tema por la falta de conceptualización sobre el objeto de estudio cuando se presentan conflictos de toda índole estatal donde se encuentran dos principios de igual jerarquía, o cuando se esgrimen como razones para justificar acciones que fracturan el ordenamiento jurídico. Se utiliza el método dialéctico comparativo principalmente en dos fuentes, la doctrina nacional e internacional y la jurisprudencia de la Corte Constitucional evaluada desde una perspectiva histórico-deductiva que se impone como un eje transversal por ser el intérprete auténtico.

El trabajo contiene una estructura de tres ejes temáticos y una consideración preliminar, en la que se abordó el concepto de Estado Social de Derecho y su desarrollo jurisprudencial. Como primer elemento se tiene la prevalencia del interés general, segundo la dignidad humana y por último, las comunidades indígenas evaluando algunos efectos e incidencias en ellas.

1. Consideración preliminar consolidación del Estado social de Derecho en la Constitución de 1991

“La idea de la Constitución como orden durable, preferiblemente eterno, estimula un vaivén permanente entre el texto constitucional, las condiciones de convivencia y los conceptos prevalentes en la sociedad”

Matthias Herdegen¹

Desde la creación de la Constitución Política de 1991, que definió a Colombia como un Estado Social de Derecho, se inició una nueva era en la que la fórmula política del Estado recogió una ideología que más adelante fue fortalecida por la interpretación que a este concepto le dio la Corte Constitucional².

La cualidad social que ahora se le agrega al Estado de Derecho ha de ser interpretada “como una norma definidora de los fines del Estado, que obliga y justifica al legislador a actuar en términos de configuración social”³, y está dirigida a garantizar el mínimo vital a cada individuo procurando, para ello, unas relaciones sociales cada vez más justas.

1.1. Antecedentes

El concepto de Estado Social de Derecho surge como una nueva forma de organización estatal en tiempos de la posguerra europea con tendencia a corregir las limitaciones de la anterior fórmula política clásica del Estado de Derecho.

El Estado de Derecho, o Rechtsstaat -su expresión alemana-, es una tipología de las formas de Estado que se distingue del Machtstaat (Estado bajo el régimen de la fuerza), en que este último se caracterizaba por ser un Estado absoluto propio del siglo XVII, mientras que el primero, indica un valor y una dirección del desarrollo de la organización estatal del siglo XIX; “el valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho (...)”⁴, elementos necesarios para el desarrollo propio de las Repúblicas democráticas occidentales.

Con la expresión Estado de Derecho se deben diferenciar dos cosas, que como dice Luigi Ferrajoli, “es oportuno distinguir con rigor”: por una parte, el sentido formal que designa cualquier ordenamiento en que los poderes públicos son conferidos

por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos; por la otra, el sentido sustancial que otorga, en cambio, solo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley, no solo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos.

De lo anterior, concluye enfáticamente la doctrina italiana diciendo que:

“Son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo están vinculados al respeto de principios sustanciales establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales”⁵.

Es así como el papel del Estado, en esta concepción clásica, se limitaba en asegurarle a las personas la protección frente a los peligros internos y externos a los que podía verse amenazada o violentada por parte de otros Estados.

Concebía la idea del ciudadano como una “persona adulta, letrada, propietaria, generalmente masculina, y libre frente al poder público”⁵; persona a la que se le debía el respeto a sus derechos fundamentales y a las garantías de los principios constitucionales.

Las ideas de corte social e igualitario, junto con la recesión económica de la primera posguerra, así como la creciente industrialización y tecnificación de las sociedades, dieron cuenta de que el ciudadano necesita y requiere de medidas, acciones, prestaciones y servicios que por sí mismo no puede alcanzar o conseguir debido a sus limitaciones naturales, sociales y económicas. Es así como surge la nueva idea de lo social en la formación del Estado.

1.2. Constitución 1991

El artículo primero de la Constitución Política de Colombia dispone que:

“Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Ahora bien, es necesario detenerse en el análisis del artículo precedente pues de allí se desprenden los ejes centrales de la problemática a investigar.

Dice el artículo citado que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en: I) el respeto de la dignidad humana; II) el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran; y III) la prevalencia del interés general.

El presente ensayo prestará su atención en el análisis, evolución y actual aplicación a dos de los tres postulados anteriormente presentados: Dignidad Humana y Prevalencia del interés general.

La Corte Constitucional a través de su magistrado Ciro Angarita Barón, expresó desde los inicios de la interpretación constitucional que:

“El Estado social de derecho (...) se ha ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no solo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable. (...) La idea del respeto a la diversidad, el reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura,

localización, edad, sexo, trabajo, etc., ha sido un elemento esencial para la determinación de los derechos económicos y culturales y en términos generales para el logro de la justicia”⁷.

De lo anterior se extrae que estos dos principios constitucionales, debidamente reconocidos, pueden encontrarse, dependiendo de las circunstancias, en conflicto desde la misma redacción constitucional, toda vez que cuentan con una igual jerarquía y su naturaleza dogmática, a simple vista, parece contradictoria.

Es objeto de este trabajo abordar esta temática a través del desarrollo jurisprudencial dado por la Corte Constitucional.

1.3. Desarrollo jurisprudencial y logros del Estado Social de Derecho

Desde 1992, en sentencia de constitucionalidad 449 se expuso que el concepto clásico de Estado de Derecho⁸, se armonizó con la condición social, y encontró el punto de fusión en la dignidad de la persona humana, “así, a la seguridad jurídica que proporcionó la legalidad se le aúna (sic) la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social”⁹; nace entonces un Estado legalista garante del respeto por la Dignidad Humana.

Por su parte, en 2001, precisó la Corte Constitucional que era fin del Estado Social de Derecho realizar tanto la justicia social, como la Dignidad Humana de la siguiente forma:

“A diferencia del estado de derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el estado social de derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y

la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el estado social de derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional”¹⁰.

Señaló como elemento esencial a dicho cometido el principio de legalidad, manifestó la necesidad de la sujeción de las autoridades a la ley en sentido material.

Ahora bien, en cuanto al desarrollo referente al concepto de prevalencia del interés general, la Corte limitó su interpretación a decir que:

“Principios generales, como el de la prevalencia del interés general y el de la vigencia de un orden justo, se satisfacen cuando se cumple el procedimiento señalado, es decir, cuando se respeta el debido proceso”¹¹.

De esta forma la Corte Constitucional equiparó el derecho fundamental al debido proceso con un elemento fundamental del Estado Social de Derecho¹².

Otro alcance que se le confirió al fundamento de prevalencia del interés general fue dado en materia de los límites de la propiedad privada, en la medida en que:

“No podría entenderse que el capricho de un propietario que se niega a la ejecución de obras públicas en un inmueble bajo su dominio pudiera oponerse legítimamente al interés de la colectividad, (...). La aceptación de este criterio, completamente contrario a la esencia misma del Estado Social de Derecho y opuesto al

principio constitucional sobre prevalencia del interés general, implicaría un retroceso de más de un siglo en la evolución del Derecho Público colombiano¹³.

Limitando, entonces, el alcance conceptual de uno de los tres principios fundantes del Estado Social de Derecho colombiano.

De todo lo anterior se puede afirmar que la tendencia inicial de los fallos de la Corte Constitucional se enfocó en el desarrollo del concepto de Estado Social de Derecho tomando como eje central el respeto por la Dignidad Humana¹⁴, olvidando desarrollar lo relativo a la prevalencia del interés general.

Dicho respeto por la Dignidad Humana se efectivizó por la garantía de los derechos y libertades fundamentales, encaminados a la realización de un orden justo dado por la seguridad jurídica a través del principio de legalidad.

Otro de los logros a los que se llegó con el Estado Social de Derecho fue la consagración positiva del principio de la solidaridad “como un deber impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social”¹⁵; que radica en “la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o interés colectivo”¹⁶; principio constitucional que armoniza coherente y legalmente con el respeto a la Dignidad Humana y con la prevalencia del interés general.

Las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado Social de Derecho se desarrollaron entonces en único principio orgánico legitimado en la legalidad, la independencia y la colaboración de las ramas del poder público; el principio de Dignidad Humana, garante de los derechos fundamentales de todos los individuos.

2. El principio constitucional de prevalencia del interés general

“No hay verdadero interés general allí donde no se respete la dignidad de la persona y los derechos que de ella deriven”¹⁷

De la nueva forma estatal ya estudiada (Estado Social de Derecho) se desprende la necesidad de re-conceptualizar el entendimiento acerca del interés general en la teoría jurídica, puesto que no solo encontramos nuevas instituciones que desarrollan la idea de democracia participativa, sino que, además, es necesaria la búsqueda del equilibrio entre los principios generales y abstractos con aquellos particulares y concretos.

2.1. Desarrollo constitucional y legal

Ha establecido la Corte Constitucional, en sentencia C-546 de 1992 que “La persona es un fin en sí mismo” y que:

“El progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual, así se trate de una minoría o incluso de una persona”.

De esta forma la protección que debe dársele a los derechos fundamentales no puede estar “sometida al vaivén del interés general”¹⁸, afirmación que pone de manifiesto la prevalencia de los derechos fundamentales sobre las garantías generales.

La primera interpretación dada al principio constitucional que establece la prevalencia del interés general, se basó en que dicho postulado era normativo y no contenía algún componente axiológico; por lo cual, se podía argumentar, enfáticamente, en que tal principio:

“(...) no puede ser interpretado de tal manera que justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos”.

Situación que cuestiona el por qué la Corte Constitucional restringe la interpretación de un principio constitucional, rebajándolo a límites que no son propios de la naturaleza de un principio de tal magnitud. Especialmente cuando era allí donde la Corte radicaba justamente uno de los grandes avances de la democracia y la filosofía política occidental en contra del absolutismo y del utilitarismo¹⁹; la importancia de los principios y sus diferencias con las reglas y las normas.

Ahora bien, no se puede olvidar que el artículo primero de la Constitución Política, como ya lo hemos mencionado, establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, que se funda, entre otros principios, en los de solidaridad y prevalencia del interés general, de ello podemos afirmar:

“(...) que el Estado tiene la responsabilidad de propiciar y defender el interés general sobre el interés particular, sin que ello sirva, obviamente para arrogarse la facultad de desconocer, vulnerar y violar derechos fundamentales de las personas”²⁰.

Cuestión muy distinta está la de limitar la aplicación del principio de la prevalencia del interés general poniendo por encima el interés particular.

Es así como a finales de la década de los noventa, la doctrina constitucional²¹ era radical al afirmar que la prevalencia del interés general sobre el particular era un principio que únicamente se podía aplicar cuando se trataba de delimitar el ejercicio del derecho a la propiedad privada o al ejercicio de los derechos asociados a las libertades económicas.

Actualmente, la teoría jurídica se ha preocupado por tratar de no excluir el principio universal inherente a la humanidad de prevalencia del interés general sobre el particular en ciertos grupos sociales diferentes:

“En el entendido de que su complementación es indispensable para la concreción de los nuevos derechos específicos que ha reconocido a los nuevos sujetos colectivos”²².

Tema que la Corte Constitucional advertía desde inicios de su interpretación, sin eco alguno en un precedente sólido al cual pudiera acudir un juez al fallar un caso concreto.

En 1992, Ciro Angarita Barón manifestó al respecto lo siguiente:

“En caso de conflicto entre el interés general y otro interés protegido constitucionalmente la solución debe ser encontrar de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto y a la luz de los principios y valores constitucionales. Esta labor de interpretación es función primordial del juez y en especial de la corte constitucional”²³.

Teoría válida con ausencia total de desarrollo jurisprudencial; no hay formas a las que pueda acudir el juez, para solucionar un conflicto de esta dificultad.

El concepto del interés general, como todas las normas constitucionales que consagran valores generales y abstractos, no siempre puede ser aplicado de manera directa a los hechos, ni reflejarse en un derecho absoluto.

2.2. Casos de efectivización

A continuación, presentamos unos casos relevantes en cuanto se ha materializado los derechos en pro de su real efectivización:

Ley de Justicia y Paz

Uno de los casos de mayor controversia y actualidad en el que se presentó un claro conflicto entre la prevalencia del interés general sobre el particular, se dio en el estudio de constitucionalidad que la Corte Constitucional realizó a la Ley 975 de 2005²⁴, conocida en el ámbito social como Ley de justicia y paz, en las sentencias C-319 y C-370 de 2006²⁵.

Un punto de gran controversia fue la dosificación punitiva alternativa, en donde se le reducen sustancialmente las penas a cumplir a los integrantes de los grupos armados objeto de la ley, puesto que se demandó por inconstitucionalidad al ser notoria la violación a los preceptos constitucionales de igualdad, legalidad y prevalencia del interés general, entre otros.

Consideró la Corte, dentro de su control constitucional, que:

*“este beneficio se justifica o legitima constitucionalmente para preservar el interés general y alcanzar la paz y la justicia consagrados en el preámbulo de la Constitución Política, bienes superiores entre los que se presenta una tensión que el legislador modula a efectos de proteger a las personas residentes en Colombia”*²⁶.

Sostiene incluso que:

“la pena alternativa es proporcional porque resulta una medida necesaria, para lograr la paz y la reconciliación nacional y además útil

*porque permite la desmovilización y sometimiento a la justicia de los miembros de los grupos armados al margen de la ley”*²⁷.

Lo anterior es claro reflejo de la actual posición de la Corte Constitucional, desarrollado en su línea jurisprudencial, respecto al alcance del principio de prevalencia del interés general sobre el particular, donde solo a través de un estudio razonable del caso concreto y, de la aplicación de los test de proporcionalidad, utilidad y necesidad²⁸, se obtiene una decisión acorde a la situación real del país sin desconocer los postulados constitucionales.

Por otro lado, la Corte Constitucional se pronunció sobre los derechos de las víctimas, en este sentido:

*“La víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes (...): 1. **El derecho a la verdad**, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos. 2. **El derecho a que se haga justicia** en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. 3. **El derecho a la reparación del daño** que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito”*²⁹.

El estudio del presente caso arroja una ponderación de los principios constitucionales objeto de esta investigación, a la luz de la búsqueda de justicia social, toda vez que se le han respetado y garantizado los derechos fundamentales e inherentes a la dignidad humana a la víctima, como también la obtención de la desmovilización y reinserción a la

vida social de los integrantes de los grupos armados; circunstancias necesarias para alcanzar la paz y hecho aplaudido por la sociedad en general y los distintos sujetos colectivos afectados.

2.3. Límites de aplicabilidad

Lesas Humanidad

Diferentes acepciones se han dado sobre el concepto Lesas Humanidad. Es entonces como el Estatuto de Roma establece en su artículo séptimo lo relativo a los crímenes de lesas humanidad:

“Artículo 7. 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesas humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:(...)”

2. A los efectos del párrafo 1: Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política; (...)”.

Para BASSIOUNI, bajo la denominación de Crimen de Lesas Humanidad:

“Se suelen designar determinados actos graves de violencia cometidos a gran escala por individuos, sean o no agentes estatales, contra otras personas con un propósito esencialmente político, ideológico, racial, nacional, étnico o religioso.”³⁰

Por su parte la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesas Humanidad establece en su artículo primero:

“Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:(...)”

b) Los crímenes de lesas humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, (...)”³¹.

Todo lo anterior ha sido ratificado por Colombia³² a través de los mecanismos internacionales dispuestos para tales efectos. Hecho que hace que tales normas hagan parte de la legislación colombiana por medio del llamado bloque de constitucionalidad³³ del artículo 93 superior, obligando al Estado colombiano a que incorpore en las leyes internas las modificaciones necesarias para su eficaz cumplimiento, so pena de recaer en violaciones a los pactos internacionales.

Es entonces como la doctrina nacional expone la importancia de que se adecúe la legislación interna con los pactos y convenciones internacionales sobre la materia:

“(...) se ha de proteger todo intento de adecuación de la legislación interna al campo internacional, en desarrollo del estatuto de Roma”³⁴.

Máxime cuando se está en presencia de temas que por su naturaleza afectan directamente los intereses de la sociedad en general, o en su defecto, sujetos colectivos determinados.

De cumplir fielmente los postulados internacionales sobre crímenes de Lesas Humanidad e imprescriptibilidad de los mismos, Colombia estaría desarrollando el principio de prevalencia del interés general sobre el particular, modificando la interpretación del principio de legalidad, para que dichos crímenes sean juzgados y no queden en la impunidad. Tal modificación versaría en la figura de la prescripción penal, ya que pueden existir

delitos que afecten de manera ostensible los intereses generales de la sociedad, o de ciertos sujetos colectivos determinados y protegidos por la ley.

Los criterios para determinar qué actos son considerados como delitos de Lesa Humanidad, y por lo tanto no prescriban, no puede quedar a la mera voluntad política de turno, o a la existencia o no de una línea jurisprudencial, o al “boom” de los medios de comunicación acreditados. Éstos deben ser expresados en la legislación correspondiente y conforme a los criterios dados por el derecho internacional. La anterior problemática se refleja claramente en el caso de los “Falsos Positivos” en el cual, miembros de la fuerza pública asesinaron a población civil indiscriminadamente quedando algunos absueltos por el sistema judicial, frente a otro caso conocido como “La toma del Palacio de Justicia”, en el que, por considerarse como crimen de Lesa Humanidad se encuentra vigente luego de más de 25 años de ocurridos los hechos. Ambos casos de igual prevalencia para el interés general de la sociedad colombiana tanto en la verdad de los hechos como en la búsqueda de la justicia social.

3. El principio constitucional de dignidad humana

“La sociedad que no confió a jueces independientes la defensa de los derechos fundamentales no tiene constitución”.

Manuel José Cepeda³⁵

Tal vez el avance más significativo del Estado Social de Derecho fue la consolidación del valor fundante y constitutivo al orden jurídico de la Dignidad Humana, del cual se desprende todo el andamiaje jurídico-político de nuestro sistema social, al garantizar las libertades y los derechos fundamentales y, procurar por el pleno desarrollo del individuo en sociedad.

Es por eso que se hace necesario determinar su alcance y sus medios de efectivización, para tener una visión completa de la problemática planteada acerca del Estado Social de Derecho colombiano.

3.1. Alcance conceptual

No es posible encontrar una mejor y más adecuada concepción sobre la dignidad humana³⁶ que la dada por la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional. Por ello, se comparte y se acoge lo manifestado por la corporación así:

“(…) una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “Dignidad Humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa.

Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana

entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

11. Estos seis aspectos no representan de manera alguna una postura definitiva y restringida del objeto protegido, del mandato de acción, de las razones normativas o de la configuración de los límites, en que el enunciado normativo de la “dignidad humana” se concreta. Por el contrario encuentra y reconoce la Sala, la riqueza tanto conceptual como funcional de la dignidad humana como concepto normativo, de tal forma que el énfasis o el acento que resulte puesto en uno de los sentidos expresados para efectos de la argumentación y en general de la solución jurídico constitucional de los casos concretos, no implica la negación o la pérdida de validez de los demás, incluso de las que no aparecen en este fallo relacionadas. En este sentido no importará para efectos de la validez-existencia de la norma jurídica implícita en el enunciado normativo “dignidad humana”, que la misma se exprese como derecho fundamental, como principio constitucional o como valor; y en el mismo sentido, que aparezca como expresión de la autonomía individual, como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o como expresión de la intangibilidad de ciertos bienes³⁷.

Esta investigación centra su interés en el punto de concebir a la dignidad humana desde su perspectiva funcional-normativa que la desarrolla como valor, como principio y, en especial, como derecho fundamental³⁸.

3.2. Derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales son el desarrollo constitucional de la idea neoliberal de dignidad humana⁴⁰, puesto que son las garantías dadas a

las personas en búsqueda del desenvolvimiento como individuos en un grupo social determinado.

De esta forma son el desarrollo de la evolución universal de aquellos derechos inherentes al ser humano: los derechos humanos, que deben ser incluidos en el texto constitucional a fin de ser efectivizados.

“Por regla general los derechos humanos tienen que ser positivizados en una constitución para tener validez jurídica como derechos fundamentales en el orden jurídico interno”⁴¹.

La doctrina nacional ha definido como derechos fundamentales a los que:

“La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos son atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos”⁴².

Por su parte, la doctrina alemana con el ilustre Robert Alexy define acertadamente los derechos fundamentales como aquellas “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”⁴³.

El profesor Rodolfo Arango expone de manera simple, que los derechos fundamentales tienen dos características esenciales: la de ser un derecho subjetivo, esto es “un reflejo de una obligación jurídica”; y, la importancia de éste como derecho subjetivo.

Expone el profesor Arango:

“Un derecho fundamental es aquel que cumple con las características del concepto de derecho subjetivo y con las características de alto grado de importancia”⁴³.

Según ello, los derechos fundamentales necesitan de: I) una relación con por lo menos una norma jurídica; II) una obligación jurídica; y, III) una posición jurídica, ostentando, además, un alto grado de importancia.

Es como la Constitución Nacional ha clasificado como fundamentales aquellos derechos consagrados del artículo 11 al 41, dándoles un medio eficaz de protección a través de la acción de tutela. Sin embargo, dentro de la Constitución Política encontramos otra serie de catálogos de derechos: los llamados económicos, sociales y culturales, y los derechos colectivos y del ambiente, que a pesar de no ser derechos de aplicación inmediata (sino programática), han tenido una transición en pro de su garantía como si fueran derechos fundamentales. No obstante la Corte Constitucional en sus sentencias ha considerado la fundamentalidad⁴⁴ de otros derechos que no están enmarcados del 11 al 41.

La evolución que tuvo la aplicación del factor de conexidad y los avances filosóficos de la doctrina nacional constitucional⁴⁵ han permitido que de manera gradual ciertos derechos económicos, sociales y culturales sean catalogados como fundamentales y de aplicación inmediata, como ocurre en el caso del derecho a la salud⁴⁶, a la vivienda⁴⁷, a la seguridad social⁴⁸, entre otros.

Al respecto ha expuesto el profesor Arango el concepto de derechos sociales fundamentales así:

“Los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales, es decir, derechos subjetivos con un alto grado de importancia. Pero lo que distingue a los derechos sociales fundamentales de otros derechos fundamentales es que son derechos de prestación en su

sentido estrecho, es decir, derechos generales positivos a acción fácticas del estado”⁴⁹.

Lo que generalmente se conoce como derechos programáticos; necesitan del desarrollo estatal para su efectivización.

La anterior concepción tiende a ampliarse, de la misma manera, a ciertos derechos colectivos y del ambiente, lo que va rompiendo con el tiempo las sub-clasificaciones del catálogo de derechos convirtiéndolo, así, a todos los derechos constitucionales como derechos fundamentales.

3.3. Tutela colectiva

Desde 2002 se desarrolla la necesidad imperiosa de que la acción constitucional encargada de la protección de los derechos de rango superior, cuente con ciertos parámetros indispensables para que su ejercicio, además de legítimo, sea eficaz.

Por tal razón, en el texto del anteproyecto para un Código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica se propuso:

“(…) que para la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos de origen común (class action o acción de grupo) es necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto”⁵⁰.

A este respecto se ha pronunciado Diego López, uno de los más notables representantes de la doctrina latinoamericana constitucional, al decir que:

“El peor enemigo de los derechos fundamentales en Colombia es, por una rara paradoja su uso desestructurado, indiscriminado y repetitivo”⁵¹.

4. Incidencias y efectos en las comunidades indígenas

“Las normas legales imperativas de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural”⁵².

Al interior de la cotidianidad de los distintos resguardos indígenas de Colombia se han tratado de asimilar los cambios constitucionales y legales dados a través de la historia.

Sin embargo, hay que anotar que desde sus inicios, si bien, tuvieron un trato especial y diferenciado⁵³, el afán de vincularlos a la vida social occidental fue dejando sin efectos muchas tradiciones y costumbres que se manejaban.

4.1. Incidencias y efectos de la interpretación constitucional

El desarrollo constitucional de los principios objeto de la investigación es de plena aplicabilidad dentro de las comunidades indígenas en sus distintos resguardos ubicados a lo largo y ancho del país. Lo anterior, toda vez que en ellos, es sabido y acreditado que las relaciones de convivencia se basan en la prevalencia de un interés colectivo y se respeta a cada persona por el hecho de ser tal. De esta forma se han experimentado cambios sustanciales en la cosmovisión indígena tras la interpretación hecha por la Corte Constitucional. La entrada de conceptos nuevos como derechos fundamentales, inherentes a cada integrante del resguardo, como el respeto a los derechos de propiedad privada, entre otros son algunos ejemplos.

Si bien es cierto que es la forma en que Colombia protege y garantiza a cada habitante del territorio colombiano los derechos fundamentales, esta in-

mersión del concepto a los integrantes de los resguardos ha logrado que poco a poco se presenten conflictos en el sentido que se piense en derechos individuales antes que en el bienestar general dentro del resguardo.

“A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la vida civilizada, debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres de aquellos que no los conservan y deben por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normativa llamada a regular sus derechos y obligaciones”⁵⁴.

Es preocupación de la teoría jurídica actual la resolución de este conflicto y es su afán por procurar que los usos y costumbres propios de las comunidades se conserven de manera íntegra.

“Las comunidades indígenas reclaman la protección de su derechos colectivos a mantener su singularidad cultural, derecho que puede ser limitado solo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad”⁵⁵.

Para ello se ha consolidado el concepto de sujeto colectivo de las comunidades indígenas con la finalidad de que estas colectividades de protección especial, tengan medios de protección efectivos que garanticen sus derechos colectivos como comunidad antes de sus derechos individuales como miembros de la misma.

4.2. Casos concretos

Existen una serie de circunstancias predominantes en la doctrina constitucional frente al conflicto de principios en las comunidades indígenas⁵⁶.

El caso de la Tutela en la comunidad indígena de Cristianía.

En 1992 el señor Amado de Jesús Carupia Yagari, en su calidad de gobernador de la comunidad indígena de Cristianía accionó tutela contra la compañía SOLARTE y el MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS por considerar violado el derecho a la vida de los miembros de la comunidad y el derecho a la propiedad de la comunidad misma.

En dicha oportunidad la Corte Constitucional se manifestó de la siguiente manera:

“El interés de la comunidad indígena posee una legitimidad mayor, en la medida en que está sustentado en derechos fundamentales ampliamente protegidos por la constitución”⁵⁷.

De tal forma concedió la acción en beneficio de la comunidad.

El caso de la tutela de las comunidades indígenas del Medio Amazonas por la instalación de un radar en su territorio.

En sentencia T-551 de 1992 se confirmó la decisión de declarar como improcedente la acción de tutela interpuesta por la Asociación CALATRAVA contra el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) en los siguientes términos:

Expresó en su considerando número cuarto que:

“El interés general prevalece como un postulado básico del sistema jurídico colombiano”

Y desarrolló la siguiente argumentación:

“... En suma, el interés de la comunidad está por encima del interés del individuo, sea cual fuere el origen de su reconocimiento y protección jurídica.

“El interés de la Comunidad indígena está claramente delimitado en un ámbito espacial y temporal; el interés del Estado colombiano (...) se trata, pues, de un interés que abarca a un mayor número de personas, e incluso se puede afirmar que dentro de ese número de personas se incluye a la Comunidad indígena del Medio Amazonas como tal”.

“Si bien se trata de dos intereses colectivos, es evidente que desde el punto de vista del derecho en el que se funda cada interés, las pretensiones del Estado colombiano poseen un mayor peso que las de la comunidad indígena del medio amazonas, sin desconocer en ningún momento la importancia de sus intereses. Mientras que su interés se funda en el derecho de propiedad y el mantenimiento de su integridad étnica y cultural, el interés de todo el pueblo colombiano y en concreto del estado está respaldado y fundamentado en el derecho a la soberanía nacional y en la necesaria conservación del orden público y la garantía fundamental de la seguridad de los habitantes del territorio colombiano en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”

“Sobre este particular, se debe reiterar que en ningún caso puede pensarse en que los derechos de la comunidad indígena prevalecen sobre, los derechos de los colombianos -en general- y más teniendo

en cuenta que de lo que se trata en el presente caso es de la obligación del Estado colombiano de asegurarle a los habitantes del territorio nacional la protección de sus vidas, bienes, seguridad, etc. Obligación que cumple, por ejemplo, instalando en diversos lugares estratégicos del territorio nacional radares para el control de aeronaves que transitan por el espacio aéreo colombiano, y específicamente para el seguimiento y persecución de aeronaves del narcotráfico”.

Mal podría pensarse que por el hecho de haberse instalado el radar en una zona del resguardo indígena de Monochoa, Araraucara, terreno a juicio de estos con carácter sagrado y de especial valor cultural, se violen sus derechos fundamentales, entre ellos el de propiedad”⁵⁸.

Del análisis hecho a estos casos en particular se concluye necesariamente la postura inicial de la Corte Constitucional frente al conflicto presentado entre los postulados de la prevalencia del interés general y el respeto por la dignidad humana.

CONCLUSIONES

A manera de conclusión, afirmamos que el texto constitucional no es lo suficientemente claro como para evitar los posibles conflictos que puedan presentarse de la aplicación que se haga de los fundamentos del Estado Social de Derecho, puesto que ubica en un mismo artículo dos postulados constitucionales de distinta naturaleza, dejando a la libre interpretación el alcance de los mismos.

El alcance que le dio la Corte Constitucional a los fundamentos del Estado Social de Derecho tomó como piedra angular tan solo a uno de ellos, el respeto por la dignidad humana, supeditando el de prevalencia del interés general al desarrollo de éste.

No obstante a ello, hay un recuento jurisprudencial bastante amplio y claro en cuanto a los temas que han desarrollado el postulado de prevalencia del interés general, restringiéndolo a su condición de principio constitucional al imponerle excepciones dependiendo el caso concreto v. gr. los analizados la coloquial Ley de Justicia y Paz y lo concerniente a los crímenes de lesa Humanidad.

No existe, en la doctrina constitucional una línea sólida que armonice la aplicación de los principios, ni siquiera una tendencia de precedente en donde se equiparen en jerarquía; puesto que la evolución dada al respeto de libertades y derechos individuales fundamentales supera ampliamente el alcance dado a la prevalencia del interés general. De habersele dado un alcance similar, el alcance requerido, otras serían las conclusiones de este trabajo de investigación.

Haber omitido desarrollar los fundamentos del Estado Social de Derecho y centrarse tan solo en uno de ellos ha causado grandes efectos y ha generado marcadas influencias en la comunidad en general y específicamente, en cuanto a los límites de aplicabilidad a la búsqueda de un orden social justo.

Las comunidades indígenas no han sido ajenas a esta realidad, hasta el punto de que la intervención de la protección estatal, al garantizar derechos fundamentales limita la cosmovisión indígena de aquello que es general y aquello que es particular.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

ARANGO, Rodolfo, El concepto de derechos sociales fundamentales, Bogotá, Legis Editores S.A., 2005.

BASSIOUNNI, Charles, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Nijhoff, Dordrecht, 1992.

CEPEDA, Manuel José, *Polémicas Constitucionales*, Bogotá, Legis Editores S.A., 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *Pasado y futuro del estado de derecho*, en Miguel CARBONELL, *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

FIERO MÉNDEZ, Heliodoro, *Epistemología y razonabilidad en el nuevo código penal Colombiano*, Colombia, Ediciones doctrina y ley, 2002.

HERDEGEN, Matthias, *La Corte Constitucional en la relojería del Estado de derecho*, en Ricardo SANÍN RESTREPO (coordinador académico), *Justicia Constitucional, El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis Editores S.A., 2006.

IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J., *Delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (a propósito de la configuración de los delitos contra la humanidad)*.

IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J., *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*.

PELLEGROSI GRINOVER, Ada, WATANABE, Kazuo y GIDI, Antonio, *Anteproyecto de código de Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, Montevideo, XVIII Jornada Iberoamericana de Derecho Procesal, octubre de 2002, en Corte Constitucional.

Red de Promotores de DERECHOS HUMANOS, *Estado Social y Democrático de Derecho y*

los Derechos Humanos, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2005.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, Editorial Kimpres.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel, *Dogmática penal fundada en los principios constitucionales con orientación a las consecuencias*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trota S.A., 2002.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T406 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón: Junio 5 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T426 de 1992 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Junio 24 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T428 de 1992. (M. P. Ciro Angarita Barón: Junio 24 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. C449 de 1992 (M. P. Alejandro Martínez Caballero: Julio 9 de 1991).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C546 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón: Octubre 1 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T551 de 1992 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo: Octubre 7 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T859 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón: Junio 24 de 1992).



Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C221 de 1994 (M. P. Carlos Gaviria Díaz: Mayo 5 de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T284 de 1994 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa: Junio 16 de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T254 de 1994 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Mayo 30 de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T431 de 1994 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo: Septiembre 30 de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. T550 de 1994 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo: Diciembre 2 de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T079 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero: Febrero 28 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T545 de 1995 (M. P. Fabio Morón Díaz: Noviembre 23 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C449 de 1995 (M. P. Jorge Arango Mejía: Octubre 4 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C566 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Noviembre 30 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C139 de 1996 (M. P. Carlos Gaviria Díaz: Abril 8 de 1996).

Corte Constitucional Sentencia T386 de 1998 (M. P. Carlos Gaviria Díaz: Julio 30 de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia

SU510 de 1998 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Septiembre 18 de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C521 de 1998 (M. P. Antonio Barrera Carbonell: Septiembre 23 de 1998).

Corte Constitucional Sentencia C600 de 1998 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo: Octubre 21 de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T652 de 1998 (M. P. Carlos Gaviria Díaz: Noviembre 10 de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU747 de 1998 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Diciembre 2 de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU062 de 1999 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa: Febrero 4 de 1999).

Corte Constitucional Sentencia T531 de 1999 (M. P. Antonio Barrera Carbonell: Julio 26 de 1999).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C169 de 2001 (M. P. Carlos Gaviria Díaz: Febrero 14 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C616 de 2001 (M. P. Rodrigo Escobar Gil: Junio 13 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU623 de 2001 (M. P. Rodrigo Escobar Gil: Junio 14 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C1064 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. 10 de octubre de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C130 de 2002 (M. P. Jaime Araujo Rentería: Febrero 26 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia

C578 del 2002 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: Julio 30 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C791 de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett: Septiembre 24 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T881 de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett: Octubre 17 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C891 de 2002 (M.P. Jaime Araújo Rentería: Octubre 22 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C292 de 2003 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett: Abril 8 de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T722 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis: Agosto 20 de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C776 de 2003 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: Septiembre 9 de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C542 de 2005 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: Mayo 24 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C319 de 2006 (M. P. Álvaro Tafur Galvis: Abril 25 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C370 de 2006 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: Mayo 18 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T016 de 2007 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: Enero 22 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C95 de 2007 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra: Febrero 14 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T580 de 2007 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: Julio 30 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C039 de 2008.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C461 de 2008.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU484 de 2008 (M. P. Jaime Araujo Rentería: Mayo 15 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T585 de 2008 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: Junio 12 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T918 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández: Septiembre 18 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T1118 de 2008 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla: Noviembre 11 de 2008).

Corte constitucional de Colombia. Sentencia C417 de 2009 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez: Junio 26 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C619 de 2009 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio: Septiembre 3 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C769 de 2009 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla: Octubre 29 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T863 de 2009 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio: Noviembre 27 de 2009).

Normatividad



Ley 742 de 2002. Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho. Junio 7 de 2002. DO. N°44826.

Ley 975 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución

de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Julio 25 de 2005. DO. N° 45980.

Resolución 2391 Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Noviembre 26 de 1968.

Notas

1. HERDEGEN, Matthias, *La Corte Constitucional en la relojería del Estado de derecho*, en Ricardo SANÍN RESTREPO (coordinador académico), *Justicia Constitucional, El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis Editores S.A., 2006, p. 71.
2. Ver entre otras sentencias: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C542 de 2005 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: Mayo 24 de 2005), Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C776 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: Septiembre 9 de 2003), Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C292 de 2003 (M. P. Eduardo Montealegre Lynnet: Abril 8 de 2003), Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C566 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Noviembre 30 de 1995) y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C221 de 1994 (M. P. Carlos Gaviria Díaz: Mayo 5 de 1994).
3. SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel, *Dogmática penal fundada en los principios constitucionales con orientación a las consecuencias*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 29.
4. Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta S.A., 2002, p. 21.
5. Luigi FERRAJOLI, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en Miguel CARBONELL, *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p.13.
6. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C1064 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: Octubre 10 de 2001).
7. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T428 de 1992. (M. P. Ciro Angarita Barón: Junio 24 de 1992).
8. Ver desarrollo del concepto Estado Social de Derecho en sentencias de: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T426 de 1992 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Junio 24 de 1992), Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU747 de 1998 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Diciembre 2 de 1998), Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU484 de 2008 (M. P. Jaime Araujo Rentería: Mayo 15 de 2008), entre otras.

9. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C449 de 1992 (M. P. Alejandro Martínez Caballero: Julio 9 de 1991).
10. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C1064 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: Octubre 10 de 2001).
11. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C449 de 1995 (M. P. Jorge Arango Mejía: Octubre 4 de 1995).
12. En este sentido ver sentencia de: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T284 de 1994 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa: Junio 16 de 1994).
13. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T431 de 1994 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo: Septiembre 30 de 1994).
14. Al respecto ver sentencias de: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU062 de 1999 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa: Febrero 4 de 1999) y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T722 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis: Agosto 20 de 2003).
15. Corte Constitucional de Colombia. T550 de 1994 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo: Diciembre 2 de 1994).
16. *Ibidem*.
17. Red de Promotores de DERECHOS HUMANOS, *Estado Social y Democrático de Derecho y los Derechos Humanos*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2005, pp. 29-30.
18. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C546 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón: Octubre 1 de 1992).
19. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C546 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón: Octubre 1 de 1992).
20. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T545 de 1995 (M. P. Fabio Morón Díaz: Noviembre 23 de 1995).
21. Ver entre otras sentencias: Corte Constitucional Sentencia T386 de 1998 (M. P. Carlos Gaviria Díaz: Julio 30 de 1998), Corte Constitucional Sentencia C600 de 1998 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo: Octubre 21 de 1998), Corte Constitucional Sentencia T531 de 1999 (M. P. Antonio Barrera Carbonell: Julio 26 de 1999).
22. SÁNCHEZ BOTERO, Esther, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, Editorial Kimpres, 2010 p.100.
23. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T859 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón: Junio 24 de 1992).
24. Ley 975 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Julio 25 de 2005. DO. N° 45980.
25. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C319 de 2006 (M. P. Álvaro Tafur Galvis: Abril 25 de 2006) y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C370 de 2006 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa et al: Abril 25 de 2006).
26. *Ibidem*.
27. Revisar sobre los juicios de proporcionalidad en Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C417 de 2009 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez: Junio 26 de 2006).
28. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 370 de 2006 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: Mayo 18 de 2006).
29. BASSIOUNNI, Charles, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Nijhoff, Dor-

- drecht, 1992, p. 288.
30. Resolución 2391 Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Noviembre 26 de 1968.
 31. En lo concerniente al Estatuto de Roma. Ver la: Ley 742 de 2002. Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho. Junio 7 de 2002. DO. N°44826. (aprobatoria del tratado). Ley declarada exequible mediante la: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C578 del 2002 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: Julio 30 de 2002), reiterada por sentencia C370 de 2006 y en Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C95 de 2007 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra: Febrero 14 de 2007).
 32. Al respecto revisar las sentencias de: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU510 de 1998 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Septiembre 18 de 1998), Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C169 de 2001 (M. P. Carlos Gaviria Díaz: Febrero 14 de 2001), Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C891 de 2002, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C039 de 2008 y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C461 de 2008.
 33. IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J., Delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (a propósito de la configuración de los delitos contra la humanidad), y en Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 663.
 34. CEPEDA, Manuel José, Polémicas Constitucionales, Bogotá, Legis Editores S.A., 2007, p. 21.
 35. Ver sobre la línea jurisprudencial de la dignidad humana la: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T881 de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett: Octubre 17 de 2002).
 36. *Ibidem*.
 37. Ver lo relativo a las diferencias conceptuales de estos términos en las sentencias: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T406 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón: Junio 5 de 1992) y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T079 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero: Febrero 28 de 1995)
 38. Ver en sentencia: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C521 de 1998 (M. P. Antonio Barrera Carbonell: Septiembre 23 de 1998), la dignidad humana como el valor superior que constituye los derechos fundamentales.
 39. Rodolfo ARANGO, El concepto de derechos sociales fundamentales, Bogotá, Legis Editores S.A., 2005, p.33.
 40. Heliodoro FIERO MÉNDEZ, Epistemología y razonabilidad en el nuevo Código Penal Colombiano, Colombia, Ediciones doctrina y ley, 2002, p.28.
 41. Robert ALEXANDER, Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 494.
 42. Rodolfo ARANGO, El concepto de derechos sociales fundamentales, Bogotá, Legis Editores S.A., 2005, p.31.
 43. Al respecto ver sentencia: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T863 de 2009 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio: Noviembre 27 de 2009), Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T1118 de 2008 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla: Noviembre 11 de 2008) y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T918 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández: Septiembre 18 de 2008).
 44. Al respecto ver las sentencias: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C616 de 2001

- (M. P. Rodrigo Escobar Gil: Junio 13 de 2001), Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU623 de 2001(M. P. Rodrigo Escobar Gil: Junio 14 de 2001), Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C130 de 2002 (M. P. Jaime Araujo Rentería: Febrero 26 de 2002) y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C791 de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett: Septiembre 24 de 2002).
45. Ver sentencia: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T016 de 2007 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: Enero 22 de 2007).
 46. Ver sentencia: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T585 de 2008 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: Junio 12 de 2008)
 47. Ver sentencia: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T580 de 2007 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: Julio 30 de 2007).
 48. Rodolfo ARANGO, El concepto de derechos sociales fundamentales, Bogotá, Legis Editores S.A., 2005, p.37.
 49. Ada PELLEGGROSI GRINOVER, Kazuo WATANABE y Antonio GIDI, Anteproyecto de Código de Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, Montevideo, XVIII Jornada Iberoamericana de Derecho Procesal, octubre de 2002, en Corte Constitucional. Sentencia T728 de 2004 (M. P. Álvaro Tafur Galvis: Agosto 4 de 2004).
 50. Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, El derecho de los jueces, p.xxv.
 51. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T254 de 1994 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Mayo 30 de 1994).
 52. Acerca de la protección especial constitucional ver sentencia: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T652 de 1998 (M. P. Carlos Gaviria Díaz: Noviembre 10 de 1998), Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C619 de 2009 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio: Septiembre 3 de 2009) y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C769 de 2009 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla: Octubre 29 de 2009).
 53. *Ibidem*.
 54. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C139 de 1996 (M. P. Carlos Gaviria Díaz: Abril 8 de 1996).
 55. Estudio de Esther SÁNCHEZ BOTERO, Justicia y pueblos indígenas de Colombia, Bogotá, Editorial Kimpres, 2010.
 56. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T428 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón: Junio 24 de 1992).
 57. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T551 de 1992 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo: Octubre 7 de 1992).

El ataque a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo de consentimiento adhesivo en Colombia: El Control Previo como Solución*

Maximiliano Arango Grajales¹

RESUMEN

Las cláusulas abusivas son un problema en la sociedad moderna y, aún cuando no puede considerarse una problemática nueva, es evidente la necesidad de encontrar una solución en la actualidad. El sistema colombiano, en el marco de la aprobación de una nueva regulación sobre protección al consumidor y su intento por atacar la redacción de cláusulas abusivas, tiene fijado el control posterior por parte de organismos jurisdiccionales y administrativos como herramienta principal. Analizando con detenimiento la experiencia extranjera y las disposiciones legales colombianas, se devela que el control posterior es ineficaz si no se complementa con un control previo. El resultado final será la eliminación de aquella estipulación abusiva de todos los contratos en el mercado, constituyendo consecuencias perjudiciales para la entidad que no fue diligente en su deber de detectar esa posibilidad de abuso.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas abusivas, contrato, abuso del derecho, contrato de adhesión, derechos subjetivos, abuso del derecho a contratar, objeto ilícito, consentimiento, causa, buena fe, Estatuto del Consumidor,

sistema financiero, servicios públicos domiciliarios, control posterior, control previo.

ABSTRACT

Unfair clauses are a problem in modern society, although they are not a new problem, the need of a solution y absolutely obvious. The Colombian system, in the context of the adoption of new regulation on consumer protection and unfair clauses defeat, has set as a primary tool the further control by the Courts and the administrative agencies. Carefully observing foreign experience and the national laws, it is shown that subsequent control is insufficient if not complemented by a prior control. The final result is the elimination of that clause considered unfair of all the contracts in the market; this is the cost for the lack of responsibility of the companies on their duty of detection of unfair practices.

Sumario: Introducción; 1. La naturaleza del control previo; 1.1 Fracaso del control posterior; 1.2. Control previo; 2. El Régimen y estructuración del sistema de control previo; 2.1. Normas del ordenamiento jurídico que pueden ser aprovechadas para el control previo y el ataque a las cláusulas abusivas; 2.1.1. *Bona Fides*; 2.1.2. Teoría del nego-

*Ensayo ganador del SEGUNDO PUESTO en la novena versión (2010-2011) del concurso de ensayo jurídico Octavio Arizmendi Posada de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana.
¹Estudiante de octavo semestre de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Línea de Investigación en Derecho Civil Contacto: arango.maximiliano@ur.edu.co y maximiliano.arango@gmail.com

cio jurídico; 2.1.3. Normas autónomas; 2.2. Estructuración del control previo integrado al control posterior; Conclusión; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

“El más fuerte nunca es tan fuerte como para ser siempre amo, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber... Someterse a la fuerza es un acto de necesidad y no de voluntad; por mucho, es un acto de cautela. ¿En qué sentido podrá ser esto un deber?”³

Esta primera parte del escrito pretende despejar todos los elementos aledaños sobre el control de las cláusulas abusivas, enunciando desde sus antecedentes, hasta el desglosamiento del concepto. Mostrando los efectos de la figura hoy en día y los problemas en su regulación. Una vez aclarado el concepto se procederá a problematizarlo, para que en últimas, se le dé respuesta al problema que plantean hoy las cláusulas abusivas.

Las cláusulas abusivas son un problema que padece la sociedad en general, ya que la relación entre esta y la dinámica del mercado es, hoy más que nunca, indisoluble. Se presentarán diversas formulaciones de definiciones sobre las cláusulas abusivas, pero para este texto en particular es trascendental presentar una definición inicial que se preste para el posterior análisis sobre cada uno de los puntos que la conforman. En concordancia con lo anterior, se presenta la definición del doctor Carlos LAGUADO: *“La ley colombiana no ha definido qué se entiende por cláusulas abusivas, pero a prima facie reconociendo la dificultad y el peligro que entraña definir, señalemos que se entiende por ella aquella cláusula presente en contratos negociados o de adhesión, que por sí sola o combinada con una u otras cláusulas y en contra de las exigencias de la buena fe crea un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones de las partes...”⁴*, sin embargo, la enunciación anterior

será desglosada y se observarán con detenimiento cada uno de sus elementos.

Las cláusulas desequilibradas hacen referencia directa al desequilibrio de las partes, porque una de ellas ostenta una posición de dominio frente a la otra y este hecho se manifiesta en la negociación individualizada del contrato en cada una de sus cláusulas o en la firma de un contrato de consentimiento adhesivo. Es imposible separar la historia de la cláusulas abusivas de la de los contratos, ya que siempre existe una parte que quiere someter a su antagónica, incluso haciéndolo en las relaciones sociales comunes sea por la fuerza o por el poder de las convenciones, sin embargo frente al abuso del derecho a contratar y para hacer más aterrizado el texto, sólo se enunciará el antecedente del abuso y no de los contratos en general.

Las cláusulas abusivas encuentran un referente idóneo en otra fuente las obligaciones, derivada de la culpa aquiliana, enunciada por el Código de Comercio de 1971⁵ y estudiada con profundidad por el maestro Antonio ROCHA ALVIRA: *el abuso del derecho*. Esta historia es interesante para comprender la existencia de las cláusulas desequilibradas, en tanto no se está contrariando la ley, sino extralimitándose en el ejercicio de la voluntad privada y libre configuración contractual, al desvirtuarse, en la práctica, la causa que inspira la negociación o firma de una estipulación en un contrato. Se abusa del derecho a contratar porque si bien se hace dentro de los límites legales, se está rompiendo el equilibrio justo de las relaciones jurídicas entre las personas.

En el Digesto de Justiniano, de lo expuesto por el jurista Paulo, se puede afirmar que no todo lo lícito es honrado en el momento de contraer la estipulación⁶. Lo anterior se remite a que se podría decir que aquello que se hace de acuerdo a la ley, que en principio ha de ser considerado justo, puede resultar en una actuación inmoral y deshonrosa, en virtud de que aquello que es legal no siempre

es justo en la práctica⁷. Si bien la ley es obligatoria y el contrato es ley para las partes, no puede afirmarse la existencia de un equilibrio material en todo momento. Todo lo anteriormente expuesto hace parte del abuso, llamado también Teoría de la Emulación, en la cual se ejerce legalmente un derecho subjetivo con una ulterior intención de provocar daño a un tercero en su persona o en sus bienes⁸.

En la tercera partida de Alfonso X “El Sabio” (Ley 19, Título XXXII) se menciona que “ca segun que dixeron los sabios antiguos, muguer el ome haya de facer en lo suyo lo que quisiera, pero deuelo facer de manera que no faga daño nin tuero a otro”; aquel que actúa es libre de hacerlo, siempre con la conciencia de que existe el límite de no provocar daño a otro, así sus acciones se deriven de las facultades propias otorgadas por su derecho.

La más clara referencia histórica se halla en el Código de Napoleón ya que en la Revolución Francesa la igualdad formal que buscaba acabar con los abusos, provocó algo completamente distinto: el desconocimiento de las diferencias. El código entendido como la máxima expresión del sistema positivista, formalista y legicentrista, es donde el derecho subjetivo es dado por la misma ley; aun así, no se puede abusar de esa facultad, según lo estipulado en la jurisprudencia de la época posterior a la revolución. Existen varias sentencias hito al respecto, como el caso del tribunal de Colmar (2 de mayo de 1855), donde un ciudadano afectado por una falsa chimenea es protegido. Asimismo, se encuentra el caso Clement-Bayard en el tribunal de Compiègne, del 19 de febrero de 1919, en el cual se indica que los derechos se usan de acuerdo y conforme a la finalidad con la cual nacieron y que si se actúa con otro fin, se acciona abusivamente.

Con el surgimiento del derecho al trabajo en el momento en que el Estado descubre su deber de velar por los sujetos que, siendo diferentes a los patronos, son sometidos como iguales; este punto de inflexión genera normas que regulan el contra-

to de trabajo, el cual no es en su misma naturaleza abusivo, pero en su ejecución presenta una manifiesta situación de disparidad, que es puesta en evidencia en las cargas prestacionales desequilibradas en las que deriva la convención.

El abuso del derecho tiene hoy muchas acepciones y prohibiciones, entre ellas la prohibición de abusar del derecho de dominio (función social de la propiedad, norma que ha sido elevada a rango constitucional en Colombia), no abuso del derecho de contraer y celebrar contratos, no abuso de la mayoría en la asamblea de socios. Para el efecto de este escrito se tendrá en especial consideración el abuso del derecho de contratar, y con ello será suficiente, a pesar de dejar muchísima enunciación y discusión jurídica (como la oposición a la Teoría de la Emulación por parte de Planiol y Ripert) por fuera de las consideraciones de este estudio.

En el derecho comunitario europeo⁹, específicamente en la directiva 93/13/CEE¹⁰, se da una referencia importante sobre cláusulas abusivas. Es interesante observar cómo sólo se especifican los contratos de adhesión, propendiendo por una unificación¹¹ de la normativa de todos los países europeos sobre el particular¹².

En la Francia moderna, las cláusulas abusivas son entendidas como aquellas que generan un desequilibrio entre los derechos que emanan del contrato¹³. Poseen una regulación de cláusulas negras, blancas y grises, en las cuales la interpretación es dable y el objeto ilícito es la forma para eliminar del mundo jurídico dicha cláusula. Actualmente, Francia se encuentra en una dicotomía presentada por la opción de seguir las reglas impuestas por su jurisprudencia¹⁴, o las que van a ser impuestas por la legislación comunitaria¹⁵.

Más cerca, en América latina y en concreto en la República de la Argentina, la ley 24240¹⁶ se refiere a las cláusulas abusivas según la concepción de sus elementos configurativos, mas no las define. María Laura ESTIGARRIBIA BIEBER, en el artículo dice “[a] priori, podemos sostener que una cláusula

predispuesta es abusiva cuando, contrariando el principio de la buena fe, da origen a un desequilibrio significativo, en detrimento del consumidor”¹⁷. En Chile, la ley 19496¹⁸ omite también definir las cláusulas abusivas, más sí dispone cómo en el sistema chileno, que existen una serie de disposiciones expresas y taxativas sobre algunas cláusulas atacándolas por el objeto ilícito. Este tipo de prohibiciones estipulan elementos configurativos de las cláusulas estudiadas, que de por sí son de sentido común, como el tamaño de la letra en estas¹⁹.

En Colombia se exponen unos elementos que se extrapolan al abuso del derecho de contratar: a) una conducta permitida por el derecho, en virtud de una expresa disposición legal; b) el uso contrario a los claros fines de la norma: estar en desacuerdo con la causa justa de la norma base y del sistema jurídico en su conjunto; c) la imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta que no se demuestre lo contrario²⁰. Esto se traduce en una cláusula abusiva, cuando se extralimita el derecho de confeccionar contratos, hay yerro en la causa de la estipulación con la del contrato y la imputabilidad; esto amplía la visión y la base del concepto traído por el profesor LAGUADO.

Es pertinente situar el tema estudiado y separarlo del acto ilícito. Mientras que éste último no sigue la ley, el abuso del derecho, que es el que funda las cláusulas abusivas, no la contraría, es más, puede cumplirla a cabalidad, pero en su ejercicio, se desvirtúa la finalidad que tuvo la norma y se genera como consecuencia un perjuicio a la contraparte. Las cláusulas abusivas no pertenecen al hecho o acto ilícito, sino que tergiversan el sentido general de justicia y equilibrio del sistema jurídico; se contraría la buena fe pero no se alcanza a configurar un acto abiertamente contrario a la ley. No se deben confundir las cláusulas que tocan la ilegalidad con las injustas, éstas evidentemente son abusivas pero no ilícitas o ilegales en estricto sentido, mientras en aquellas no debe haber discusión, son ilícitas y deben ser eliminadas de plano

en razón de estar viciadas de objeto ilícito.

Con todo, se debe circunscribir aún más el objeto de estudio de este artículo, ya que las reglas de ataque a las cláusulas abusivas son aplicables en todos los contratos, sean sus estipulaciones negociadas individualmente o sean en contratos de consentimiento adhesivo. El objeto de este escrito es proponer una empresa capaz de manejar efectivamente el control previo de aquellos contratos que afectan a la gran mayoría de la población, que por cualquier medio debe satisfacer sus necesidades en el mercado. El consumidor, cuando adquiere un servicio o un bien, se somete en cierto sentido a la voluntad dominante de la empresa que le provee de aquél bien o servicio. La compañía propone un clausulado en el cual el consumidor decide si se adhiere o no a la voluntad de su proveedor; si bien se requiere de su voluntad, el consumidor no tiene tiempo y no muestra interés suficiente sobre qué se le pide o a qué se obliga: le interesa el bien o servicio, rápido y efectivo.

Este escrito se limita a proponer el control previo y efectivo a los contratos de consentimiento adhesivo, por ser estos el vehículo para que se satisfagan las necesidades de la población en general. Finalmente, ha surgido el objeto de estudio: *el derecho del consumidor y el ataque a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y el control previo como solución.*

El problema de las cláusulas abusivas no está en la edificación de nuevas herramientas jurídicas-teóricas, pues ya están disponibles: la causa, el consentimiento, el objeto ilícito y la buena fe, circunscritos al abuso del derecho. Por ello, la problemática gira en torno a *¿Desde la perspectiva del derecho del consumidor, es más adecuado erradicar o al menos controlar las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión a través de un control previo?* Para poder dar respuesta a esta pregunta, se debe conocer: I. La Naturaleza del Control y II. El Régimen y Estructuración del Sistema de Control Previo. Al final, se propondrán unas conclusiones que elevan esta clase de control a constituir la parte más im-

portante del ataque a las cláusulas abusivas, teniendo en cuenta las múltiples herramientas que ofrece el sistema jurídico para hacer del monitoreo una empresa fuerte y rápida. El control posterior es necesario, pero ya no como represión simple sino como castigo a la falta de responsabilidad de las entidades por evitar las prácticas abusivas provenientes de los contratos que hacen firmar a los consumidores.

1. La naturaleza del control previo

Esta segunda parte del texto tiene como objetivo, luego de haber purgado los temas aledaños para llegar a la problemática, como son el abuso del derecho a contratar y su edificación en cláusulas desequilibradas; mostrar los argumentos teóricos sobre la falencia del control posterior y las ventajas del monitoreo previo; anunciando algunas ideas institucionales que serán ampliadas en la tercera parte de este artículo.

1.1 Fracaso del control posterior

Uno de los más grandes problemas al regular y controlar las cláusulas abusivas, es que se tienden a confundir con las prácticas abusivas. Las cláusulas abusivas, por sí mismas no generan abusos. Su ejecución es lo que puede generar un desequilibrio ya fundado por la estipulación pero no exteriorizado. El factor de la ejecución es lo determinante en la clasificación de la cláusula abusiva como tal, porque literalmente es muy complicado e inocuo por la rapidez de los operadores del mercado para detectar su naturaleza desequilibrada²¹.

El abuso, hasta antes de su ejecución no puede ser controlado por el juez, porque si él se inmiscuye inmediatamente antes de la ejecución en la estipulación podría provocar una violación del principio de libertad de las partes en la configuración de los contratos, en razón del actual desconocimiento de la causa que da existencia a dicha

cláusula sospechosa de ser desequilibrada. Indefectiblemente, esta cláusula debe ser eliminada, pero sólo puede darse con un análisis de la ejecución, ya que es entonces cuando se puede saber si la ejecución fue hecha de buena o mala fe. Si se efectúa de buena fe, por sospechoso que sea el tenor de la estipulación, no tiene porque ser eliminada la cláusula del contrato; el juez no puede enervarla con base en una errónea interpretación que hace de las partes en su cláusula, por ello debe esperar hasta que se ejecute. Si se efectúa de mala fe, no hay duda que es una cláusula abusiva que debe ser desechada del negocio jurídico.

Con el concepto diferenciado entre cláusula y práctica abusiva, es más sencillo visualizar el sistema de control previo y el fracaso del control posterior. En primera instancia, frente al control previo debe considerarse la perspectiva presentada porque la mera observancia de las estipulaciones y no de las prácticas, implica el uso del objeto ilícito, -este es el lineamiento de las regulaciones en el mundo sobre el particular- cuando lo que se desea es expandir este espectro. Hay que observar el problema del control desde la óptica de las prácticas abusivas y no del tenor literal de las cláusulas, para que entren a participar con mayor dinamismo, no solo el objeto, sino también la causa, el consentimiento y la buena fe, enmarcado en la razonable discrecionalidad que posee el juez en el sistema jurídico colombiano o en el mejor, y esperada participación que los organismos de control administrativo ejerzan. Ya se podría concluir que el abuso del derecho a contratar no surge desde la redacción de las convenciones, sino de la puesta en acción de los fines que buscan dichas configuraciones contractuales, de forma general en los contratos en masa al cual se alude.

Este es el argumento teórico para defender un sistema de control previo sobre las prácticas abusivas surgidas de las estipulaciones excesivas: el uso dinámico frente al estático de las herramientas del sistema. Sin embargo, hay un argumento práctico: la poca idoneidad de los jueces al momento

del control.

Los procesos en Colombia, son extremadamente largos, si bien con la ley 1395 de 2010 se están haciendo grandes esfuerzos por acelerarla, aún queda mucho tiempo para que el sistema oral pueda funcionar cabalmente en Colombia. En el año 2003, en un escrito previo a la ley de Descongestión Judicial, que enuncia la problemática del represamiento y lentitud de los procesos, se afirma: "En concepto del Doctor Monroy Cabra, se necesitan planes de avanzada porque aún existe un alto represamiento de litigios, ya que como muestran estudios en Colombia, en promedio, para resolver un proceso en la jurisdicción ordinaria se tarda 655²² días, en la disciplinaria 999 días y en la contenciosa de 926 días"²³. Si esto es así, es remota la posibilidad de que un consumidor vaya a impulsar un proceso jurisdiccional por cantidades ínfimas -las mal llamadas pequeñas causas- producto del abuso, o por el abuso mismo que, se piensa, no genera un enorme perjuicio. Este mismo problema de ralentización de los procesos, de eficacia jurídica sobre las normativas en cláusulas abusivas lo padece Chile²⁴. Por fortuna en Colombia ya se está cambiando la mentalidad de las llamadas "pequeñas causas" y se está procediendo a proteger al consumidor sin que este tenga que acudir a un juez a través de las quejas ante las superintendencias. Sin embargo, el sistema de protección es asimétrico, por lo cual este escrito sigue teniendo fundamento en su propuesta.

1.2. Control previo

Como ya se ha afirmado, la función jurisdiccional no puede encargarse de llevar el control previo, no es idónea y expedita. El juez hace el control posterior pero la función administrativa lleva a cabo el control previo, los organismos institucionales cuando llevan a cabo este monitoreo a priori no dicen derecho, sólo ejecutan su poder policivo. Las superintendencias son los órganos estatales adecuados para llevar a cabo el control, porque si bien no son entidades apolíticas, sí poseen un cariz más técnico que los ministerios; además de ser

entes cercanos a la población -consumidores-, característica propia de la función administrativa²⁵.

No sólo las superintendencias hacen el control previo, también las propias compañías están llamadas a hacer un control exhaustivo de los clausulados que expongan al mercado. No se le está trasladando competencia a los particulares de ningún de tipo de función estatal, sólo están asumiendo unas cargas de filtración de sus propios contratos, para que sean justos y carezcan de estipulaciones excesivas que puedan provocar una ejecución abusiva, que resulte en una afectación prestacional del adherente. Este control interno se dejaría a la autonomía de las mismas compañías (edificándolo a su discreción), implicando un elemento de responsabilidad en dicho monitoreo, cuya vigilancia será llevada a cabo por la superintendencia respectiva y se extenderá hasta la verificación de la conducta diligente que deberán tener las empresas en su observación. Este elemento del control es una idea parecida a la edificación original de los defensores del cliente, sin embargo, esta figura ha mutado implicando que serían las propias compañías las encargadas de construir su propio sistema.

No se está ante el fenómeno de la aprobación de contratos, como sí sucede con las pólizas de seguro por parte de la Superintendencia Financiera²⁶. Los particulares no deben estar supeditados a una restricción de tal carácter por parte del Estado, puesto que es innecesaria la extensiva regulación que se evidencia actualmente sobre elementos y materias, que resultan inherentes a la naturaleza de las convenciones y a la buena fe que se presume implícita en ellos, como en el caso en que se impone la inteligibilidad de los contratos. El fenómeno que se presenta es concerniente a la hiperinflación normativa que conduce al mismo error de perspectiva pertinente al objeto ilícito: se presume el dolo de las compañías, atentando contra el principio general de la buena fe. La trascendencia de rescatar la presunción de la buena fe de las empresas radica en que esas sanciones que emanan

de su irresponsabilidad al no detectar las prácticas abusivas, tengan los consecuentes efectos de ineficacia de la disposición pactada, sustrayéndola, no sólo del contrato donde se estipuló en una primera ocasión, sino en las subsecuentes o simultáneas oportunidades en las que se presente, sean una o miles las convenciones que, para el momento de la sanción, estén en el mercado y contengan la misma estipulación.

Para que las superintendencias eliminen de forma inmediata esa cláusula, requieren que dicha práctica haya sido prevista en el control interno (o por el juez) que debió ser realizado, en principio, por la compañía puesto que si no están contenidas en ese análisis, se traslada la responsabilidad de vigilancia a una entidad que ostente facultades y poder de decisión sobre este hecho. En razón del ordenamiento jurídico actual y las funciones que de él surgen, es imposible afirmar que las superintendencias están facultadas con las competencias suficientes para realizar el control que se propone en este proyecto. El cimiento innegable de esta proposición radica en la cercanía de las entidades administrativas con los consumidores, que son los que resultan directamente afectados por esta fisura del sistema.

2. El régimen y estructuración del sistema de control previo

Tras depurar los conceptos de control previo y posterior, se descubre que se debe hacer un giro en la mentalidad de los operadores jurídicos, reforzando el control previo. Se propondrán algunas normas y una estructura institucional que refleje el ideal de este control en esta tercera parte. Más como un ejercicio académico que como un sistema con vocación de perfección se hará la propuesta. Esto es considerablemente parecido al esquema planteado de notificación y contranotificación del antiguo proyecto de ley, mal llamado “Lleras”, sobre derechos de autor en Internet, guardando las respectivas proporciones que se evidenciarán más

adelante.

2.1. Normas del ordenamiento jurídico que pueden ser aprovechadas para el control previo y el ataque a las cláusulas abusivas

Tras haber aclarado el concepto, la génesis, los elementos y las vicisitudes de las estipulaciones del tema tratado, quedan por reseñar las herramientas de las que disponen los operadores jurídicos en el sistema normativo para acabar con esas cláusulas excesivas: 1) la buena fe, extraída de los principios generales del derecho, 2) los elementos de la Teoría del Negocio jurídico: objeto, consentimiento y causa, y 3) Normas autónomas. Se parte de la base que una cláusula abusiva es aquella que sea o no negociada, rompe el equilibrio de las partes sin justificación, no legal, sino de todo el sistema jurídico. Y sabiendo que una práctica abusiva es la ejecución y puesta en marcha de una cláusula.

2.1.1. Bona Fides

Las cláusulas abusivas pueden ser eliminadas bajo la argumentación de la buena fe objetiva, subregla extraída de un principio constitucional²⁷, aunque antes se haya esgrimido que eran las buenas costumbres las lesionadas²⁸, pues esto no es un mandato nuevo en la Constitución Nacional de 1991. La buena fe ética u objetiva exige una actitud recta y honrada, que va más allá de lo que simplemente se estipula en las cláusulas y cuya finalidad es alcanzar el objetivo mismo de lo pactado (favor contractus). Las estipulaciones excesivas violan la buena fe porque hacen que aquello que buscaba el contratante adherente no sea lo que realmente ocurra²⁹. Es pertinente manifestar que la forma como se ha de interpretar el contrato es clave para detectar el nacimiento de una práctica abusiva³⁰.

Bona fides (buena fe) es un principio heredado de otros sistemas normativos y consagrado por la Carta Política de 1991, en el artículo 83. La buena fe objetiva encuentra sustento en el artículo 769

del Código Civil, que la presume en las relaciones jurídicas y es especialmente relevante el artículo 1603 pues, refiriéndose al tema que ocupa a este texto, impone que los contratos deben ejecutarse siguiéndola. El artículo 871 del Código de Comercio enuncia esta regla, expandiendo su espectro a la equidad y a la costumbre. Pueden ser nombrados, además, los artículos 834, 835 y 863 del código de comercio.

Bajo el postulado de la buena fe, se puede traer a colación la institución de la nulidad virtual, la cual rompe con la cláusula por su contravía a un principio general del derecho, al particular: buena fe.

2.1.2. Teoría del negocio jurídico

La ley expresamente puede prohibir cierto tipo de redacciones en las cláusulas, tal como lo hace Francia a través de las cláusulas negras. El juez dispone la destrucción por ilicitud de la estipulación, fundado en el principio de legalidad de la norma previa que dispone aquél efecto. Un problema muy grave surge con esta forma de prohibición: el ser humano es creativo, y la economía y la sociedad en general encuentran diversas formas de lograr los mismos efectos jurídicos de una cláusula vedada por un juez, con un simple cambio de redacción a la cláusula eliminada con anterioridad. Se genera un ciclo sin fin de nuevas redacciones jurídicas originadas por prohibiciones impuestas por las normas, provocando una producción jurídica excesiva que, al fin y al cabo, resulta insuficiente para erradicar el abuso³¹.

En otro sentido, el objeto ilícito genera nulidad absoluta, implicando que el juez, si se encuentra en la necesidad de decidir sobre una cláusula abiertamente abusiva por injusta, pero no por violación a las normas, se halle sin soporte jurídico, es decir, que no puede borrarla, generando, como consecuencia, la continuidad del abuso. El objeto ilícito tiende a ser casuístico, cuando lo que se requiere es una herramienta general de control de un problema extenso que presenta la coyuntura

del mercado y las relaciones jurídicas. En razón de lo anterior, cuando se configura una nulidad absoluta, se corre el riesgo de que el juez se vea impulsado a eliminar el negocio en su integridad, constituyendo una lesión al principio de conservación de los negocios jurídicos. Lo que se debe procurar es que el juez o la institución encargada, conserve el negocio y elimine únicamente la estipulación abusiva.

Otra forma de ataque a las cláusulas abusivas que puede rastrearse en la teoría del negocio jurídico, se remite a otro elemento básico: el consentimiento. Este componente permite a los contratantes alegar ante el juez el vicio en la voluntad del contrato, sea por error, fuerza o dolo. El error en el negocio podría servir cuando la cláusula altera el sentido mismo del negocio jurídico celebrado; el dolo, cuando se constata la mala fe del contratante al hacer celebrar a su contraparte un negocio cuando esta no conocía los reales efectos del mismo; finalmente, la fuerza o violencia, que se constituye como el argumento más adecuado ya que se remite a la toma de ventaja del dominio en el mercado para obligar a celebrar con él, pues es el único que ofrece el bien o servicio para su contraparte³² -violencia económica-.

Todos los puntos recientemente mencionados bastan para consolidar la nulidad relativa, que conlleva a una reducción sustancial del riesgo de que el juez elimine el negocio jurídico en su totalidad, pues la cláusula y el negocio son convalidables. Aun así, como se entiende que el consentimiento fue uno solo para el negocio y no fue individualizado para cada estipulación particular, persiste la posibilidad de que el operador retire integralmente el negocio del mundo jurídico. El panorama expuesto rompe una vez más el principio de conservación de los actos jurídicos, derivando en la necesidad de advertir al juez o a la entidad encargada de la necesidad imperativa de excluir únicamente la cláusula abusiva y no toda la convención.

La teoría del negocio jurídico tiene múltiples normas que la expresan, incluyendo el objeto, especialmente el 1518, 1519, 1521, 1523 y 1525 del Código Civil. Así mismo, el artículo 104 trae una importante referencia sobre la ilicitud dentro del contrato de sociedad. En los vicios del consentimiento, específicamente el error, se encuentran los artículos 1509 al 1512 de la Ley 57 de 1887; la fuerza en el 1513 y 1514; del dolo, se encuentra el artículo 1515 del Código Civil, el 1516 y 1522.

Acercándonos a otro de los elementos de la teoría del negocio en Colombia, la causa debe ser real y lícita, requisitos inexistentes en una cláusula abusiva, ya que se degenera en virtualidad e ilicitud. Es claro el yerro en este tipo de estipulaciones, en virtud de que para uno de los contratantes el efecto jurídico de la cláusula era uno y en sí sustentaba su existencia en el negocio, mientras que para el otro contratante se presenta otro fin, que a su turno no coincide con la causa del primer contratante. Esta discordancia es la falencia de la estipulación y debe ser eliminada del negocio jurídico por carecer de fundamento para su existencia³³.

El régimen establecido para la causa es que debe ser real y lícita, pero no es necesario expresarla, de allí que para conocerla deba esperarse a que sobre lo que recaiga la causa se ejecute, de lo contrario es imposible para el juez inmiscuirse en la mente de los contratantes. Lo anterior encuentra asidero en el artículo 1524 del Código Civil. Los elementos de la teoría del negocio, según como están definidas en el Código Civil, tienen aplicación directa en los contratos comerciales regidos por la ley mercantil.

La causa implica que una cláusula desequilibrada lo es porque no cumple con la causa del contrato, las causas entre los contratantes no coinciden entre sí y por consecuencia, hay un error sobre este elemento, también puede argumentarse una falta de causa, cuando es una cláusula extraña en el contexto contractual.

Contrario a lo afirmado cuando se analizó el

objeto dentro del negocio, bajo la nulidad relativa que genera la causa, es dable que el juez sólo elimine la cláusula abusiva y no todo el contrato, ya que cada estipulación posee su propia razón de existencia. Este elemento de la teoría del negocio jurídico es el menos riesgoso.

2.1.3. Normas autónomas

Ahora haciendo mención al decreto-ley 3466 de 1982 (Estatuto del Consumidor), los artículos 24, 25, 28, 42, 43 y 44, son idóneos como herramientas para el efecto de destruir las cláusulas abusivas. El artículo 24, por ejemplo, impone sanciones a los proveedores que incumplan con las condiciones de idoneidad de los productos que ofrecen, en los cuales la autoridad competente administrativa ejercerá su poder de policía, tan relevante para el propósito de este escrito. El artículo 35 es también importantísimo, pues dispone que las sanciones prestarán mérito ejecutivo una vez ejecutoriadas.

En cuanto a la ley de Servicios Públicos, Ley 142 de 1994, los artículos 2 y 3 imponen la obligación al Estado de intervenir sobre el particular. El párrafo del artículo 9 impone la creación de la comisión de regulación que fácilmente podría ayudar a controlar los clausulados de las empresas prestadoras del servicio. Los artículos 11 y 34 consagran prohibiciones relativas al abuso del derecho subjetivo ejercido por las compañías proveedoras. En la interpretación de los contratos y otras materias aledañas para el efecto de este escrito, se pueden observar los artículos 30, 31, 32, 62, 63 y subsiguientes.

Sobre el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993, se encuentra el capítulo de la intervención en la actividad financiera y aseguradora. El artículo 184 es interesante, puesto que impone que la superintendencia bancaria pueda prohibir pólizas de seguros. El artículo 208 numeral C, es importante en el sentido de ser las sanciones ejemplarizantes, una regla general de la actividad aseguradora.

Al estudiar la ley 1328 de 2009, diario oficial N° 47411 de 15 de julio de 2009, se disponen normas sobre seguros y mercado de valores entre otras materias. En los artículos 4, 6, 8 y 9, amplía el espectro de protección a los consumidores financieros. El artículo 11 a pesar de caer en la regulación objeto ilícito, trae consigo el numeral E que asigna a la Superintendencia Financiera el poder de prohibir de forma previa los clausulados. El parágrafo del último artículo es relevante ya que hace ineficaces las cláusulas abusivas, no inexistentes. En el artículo 12 hay una referencia clara a las prácticas abusivas, ya diferenciadas de las cláusulas; con una disposición de igual trascendencia, numeral D y parágrafo. Se impone la creación de la Defensoría del Cliente Financiero en el artículo 13, cuya naturaleza hoy es confusa. Importante, además, traer a colación el capítulo VIII del título I y todo el título II de esta ley. Muchas otras disposiciones normativas en esta ley son importantes para el ataque a las cláusulas abusivas, más es relevante la observancia de la distinción entre cláusula y práctica abusiva.

Antes de iniciar con la estructura del control previo, se ha demostrado que en Colombia el problema de las cláusulas desequilibradas o injustas no es por su validez, sino por la eficacia de las herramientas de control que ofrece el sistema. No existe un sistema claro y expedito para solucionar las controversias sobre los abusos del derecho a contratar: el sistema está disperso.

2.2. Estructuración del control previo integrado al control posterior

Cuando las compañías elaboren contratos para poder exponer al mercado bienes y servicios, deben conformar simultáneamente un estudio de los efectos que estos deben tener. No sólo deben pensar en el resultado de interés privado que produce el contrato, sino en el efecto público de las estipulaciones; ahora, se les impone una responsabilidad.

Las empresas, con total independencia y autonomía, deben estudiar las cláusulas que diseñan, observando las herramientas que un juez o las entidades reguladoras podrían usar para acabar con dichas cláusulas ejecutadas: causa, objeto, consentimiento, buena fe objetiva y la justicia, así como los principios constitucionales y fundamentales del sistema jurídico colombiano. Con los elementos dados, las compañías que saben qué buscan con las cláusulas, también deben ser capaces de prever los efectos colaterales de ellas; deben tener la capacidad de observar las prácticas abusivas que pueden ser derivadas de la ejecución de las estipulaciones sospechosas de ser abusivas. Al juez sí le es imposible conocer el carácter de injusto, si no se ha ejecutado, pero se rompe el velo de oscuridad para aquél que hace las cláusulas que pretende poner en el tráfico jurídico. Todas estas prácticas posibles deben ser consignadas en listas públicas y han de ser enviadas directamente a las superintendencias de los compañías.

Tal como se pretendió con la creación de la confusa figura del defensor del consumidor³⁴ en las entidades financieras, cada entidad proveedora de los consumidores, cualquiera sea su índole, debe tener un organismo interno para analizar los clausulados de sus contratos de adhesión. Las entidades a través de sus organismos, deben emitir las listas donde se infiera que el actuar de cierta forma en la ejecución de una cláusula, generaría un desequilibrio excesivo para el consumidor. Esta lista debe ser objetiva, es decir, debe basarse en las herramientas que se han enunciado con anterioridad. Pero sin dudas, también el filtro debe ser integral, en el sentido de interpretar las cláusulas en consonancia con las demás del contrato, buscando que en su ejecución no se vaya a caer en una conducta abusiva, porque esto provocaría el efecto de ser eliminada dicha cláusula del contrato y de todos sus homólogos que sólo puedan producir dicho efecto abusivo. La base de esto es que una vez descubierto un abuso en una cláusula todas sus gemelas también estarían vedadas por el yerro: fenómeno de los contratos en masa.

El control previamente mencionado se refiere a las compañías proveedoras y como ya se ha mencionado son estos operadores dominantes del mercado los llamados al monitoreo. Además, el Estado interviene en este control vigilando que todo marche conforme a las reglas de la buena fe; los consumidores como sociedad civil deben complementar esta labor de observancia. En lo referente a las superintendencias, por cada una de ellas, dependiendo de cada sector sea éste real o financiero, serán las encargadas de la vigilancia, tanto positivamente como en la facultad negativa. En las superintendencias, donde se materializa el poder rápido y personal del Estado por medio de la función administrativa, con la creación de un organismo interno que se encargue de la vigilancia de todo el proceso, sea asistiendo a los órganos de las compañías -deber positivo secundario-, o monitoreando que las listas se hagan correctamente -deber negativo-, y cuando se detecte una práctica abusiva prevista en las listas eliminarla del sistema jurídico, en la convención y todos los demás contratos que contengan la estipulación excesiva -deber positivo-.

De los consumidores, en su única actuación, se espera que ayuden a las superintendencias a detectar el acaecimiento de prácticas abusivas, denunciando los perjuicios y los hechos que lo fundan, sin perjuicio de las funciones propias de las superintendencias de observar el acaecimiento de dichas prácticas y actuando al respecto de forma oficiosa.

En el caso en que las listas se elaboren con falta de diligencia, hay dos efectos predicables: a. las superintendencias impondrán multas por la falta de responsabilidad de las compañías en elaborar las listas; b. las prácticas abusivas en las cuales incurran las compañías, -no contenidas en las listas por falta de diligencia- degenerarían en la suspensión de la cláusula hasta que un juez o la entidad competente decida si es o no desequilibrada; la

cláusula es inefectiva. Si finalmente se declara que lo es, se genera una práctica abusiva y el resultado termina en destruir la cláusula declarada como creadora de abusos de todos los contratos homólogos.

El juez o entidad aconseja al ente administrativo, no lo obliga; analiza para darle herramientas a las superintendencias, que no cumplen función jurisdiccional, aquél lo hace por ellas. El juez o entidad al analizar una cláusula sospechosa tiene dos posibilidades: a. descubrir que una práctica abusiva derivada de la estipulación, y que por tal motivo debe ser eliminada del mundo jurídico -es la superintendencia quien ejecuta esta orden judicial-; b. el juez devela una práctica abusiva pero cuya eliminación provocarían un grave perjuicio a la entidad. En esta circunstancia, el ente administrativo pondera si la gravedad es tal que amerite prevenir a las compañías de no incurrir en dicha práctica, sin perjuicio de ser eliminada en caso de reiteración. Es el resultado de la responsabilidad de las empresas no solo de filtrar sus clausulados, sino de coordinar su actuación frente a las prácticas abusivas prevenidas y en general.

Si la compañía incurre en una práctica abusiva dentro de las listas se encuentran dos circunstancias, a saber, la cláusula abusiva degenera en la única práctica considerada abusiva y si esto ocurre, no quedará más remedio que eliminar la estipulación de todos los contratos que la contengan y que se ejecuten en las mismas circunstancias, además, imponer multas por la falta de coordinación de la empresa por evitar las prácticas por ellos mismos consideradas abusivas. El segundo evento gira en torno a la posibilidad de una cláusula con múltiples efectos, de los cuales uno fue considerado abusivo consignado en las listas, sin embargo, la práctica abusiva no fue la prevista sino otra nueva. Si esto ocurre las superintendencias prevendrán a las compañías de no incurrir en di-

cha práctica que será incluida inmediatamente en las listas luego de la inferencia jurisdiccional y, en el evento de incurrir en ellas, se deberá eliminar la cláusula del sistema, a pesar de producir otros efectos no considerados desequilibrados.

CONCLUSIÓN

El problema de las cláusulas abusivas no puede ser solucionado por medio de normas que prohíban redacciones o que impongan cargas que deben presuponerse por parte de los que elaboran los contratos, se debe recordar el principio de buena fe. Las cláusulas abusivas son más un problema de efectividad del derecho y no de validez jurídica. Un sistema de control previo facilitaría el control general y reduciría plausiblemente el abuso del derecho a contratar, pues se está agregando un elemento de responsabilidad a los actores del mercado. Deben ser las propias compañías las que propugnen por el control a sus propios clausulados a través de listas públicas, caso en el cual se emularía la comisión de regulación de cláusulas abusivas francesa, pero con la diferencia de ser un análisis dinámico y no sólo desde el objeto ilícito, se hace eficaz el control. El costo para las entidades que no sean concienzudas en los estudios de sus estipulaciones provocarán la indefectible eliminación de la cláusula derivativa de abusos no únicamente del contrato donde se halló, sino de todos los demás que la posean, así, ya se estén ejecutando.

Lo que se pretende proponer es que las entidades proveedoras se vean en la obligación de ser justas en el mercado, de negociar con transparencia frente al consumidor analizando previamente sus actuaciones; pues en caso de la omisión en este deber impuesto, derivaría en que el poder del Estado tendrá que intervenir para evitar el abuso, haciendo confluir el derecho privado con el derecho público con la eliminación de la cláusula de

forma general del tráfico mundo jurídico y, con las respectivas multas. Hay dos controles: uno previo realizado por las compañías y las superintendencias y otro posterior ejecutado por las sedes jurisdiccionales. El ideal es que todo esto se pudiera concentrar en un solo organismo, pero hasta que el sistema mute hacia esa dirección se debe aceptar la coexistencia entre ambos poderes en esta propuesta.

Lo que falta en los sistemas no es la represión, sino la confluencia de éste con la responsabilidad de los operadores del mercado; así, la represión no es resultado del poder del Estado-Leviatán, sino una consecuencia de las propias acciones, en este caso del abuso del derecho subjetivo de elaboración de convenciones. Además, se dejaría el proceso de hiperinflación normativa y haciendo que la eficacia sea lo trascendental en el ordenamiento. Hay que virar el acento de las cláusulas abusivas a las prácticas desequilibradas, del control posterior al previo; de la lejanía de la función jurisdiccional a la cercanía de la administrativa y, finalmente, imponer los principios del derecho como de observancia obligatoria y eficaz, evitando que se requiera de la literalidad y positivización para legitimar presupuestos finalísticos propios e immanentes del sistema.

BIBLIOGRAFÍA

CAPITANT, H.; TERRÉ, F.; LEQUETTE, Y, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, Tomo 2: Obligations, Contrats Spécieux, Sûretés, París, Editorial Dalloz, 12 edición, 2008.

JUSTINIANO, *Digesto*, Tomo III, Libros 37 – 50, Pamplona, Aranzadi, 1975.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOF-



FEL-MUNCK, Philippe, *Les Obligations, Duxième édition, Droit Civil*, París, Editorial Defrénois, 2005.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Bogotá, Temis, 1998.

PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge, "Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas", en *Revista de Derecho Privado*, 17 (1995).

RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2 edición, 2004.

ROCHA ALVIRA, Antonio, *Lecciones Sobre Derecho Civil Obligaciones*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, Revisado, actualizado y Completado por Betty Mercedes Martínez Cárdenas, colección Memoria Viva, 2009.

SANZ, Carlos Raúl, "Consideraciones en torno al abuso del Derecho", en *La Ley*, año XLVI, n. 70 (1981).

SUESCÚN DE ROA, Felipe, "Control Judicial de las Cláusulas Abusivas en Colombia: Una Nueva Causal de Nulidad", en *Revista de Derecho Privado*, 41 (2009).

STIGLITZ, Rubén, *Claúsulas abusivas en el contrato de seguro*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves, *Droit Civil, Les Obligations*. Droit Privé, París, Editorial Dalloz, 2005.

Jurisprudencia consultada

Corte Constitucional colombiana

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C670 de 2004. (M.P. Dra. Clara Inés Vargas Her-

nández:13 de Julio de 2004).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C332 de 2001. (M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa: Marzo 29 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C664 de 2000. (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz: Junio 8 de 2000).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T411 de 1999.(M.P. Dr. Fabio Morón Díaz: Junio 4 de 1999).

Corte Constitucional. Sentencia SU039 de 1998. (M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara: Febrero 19 de 1998).

Corte Constitucional. Sentencia T307 de 1997. (M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo: Junio 20 de 1997).

Corte Constitucional. Sentencia T119 de 1995. (M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo: 16 de Marzo de 1995).

Corte Constitucional. Sentencia T511 de 1993. (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz: Noviembre 8 de 1993).

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil., 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 27 de marzo de 1998. M.P José Fernando Ramírez Gómez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 29 de enero de 1998 M.P. Carlos Esteban Jara-

millo Schloss.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 19 de octubre de 1994. M.P. Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 8 de Mayo de 1974. MP Dr. Ernesto Escallón Vargas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 26 de Marzo de 1968. MP Dr. Guillermo Ospina Fernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 12 de Diciembre de 1936. MP Dr. Eduardo Zuleta Ángel.

Laudos Arbitrales

Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de arbitramento, Laudo arbitral del 14 de Diciembre de 2006. Comcelulares F.M. Ltda vs. Comcel S.A.

Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de arbitramento, Laudo arbitral del 15 de Noviembre de 2002. Adriana María Calderón Palacio vs. Cafesalud Medicina Pre pagada S.A.

Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de arbitramento, Laudo arbitral del 18 de julio de 2005. José Manuel Espinosa vs. Fiduestado S.A. y Banco del Estado S.A.

Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de arbitramento, Laudo arbitral del 12 de febrero de 2004. Consorcio Business Ltda. Vs. Bellsouth Colombia S.A.

Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de arbitramento, Laudo arbitral del 1° de Diciembre de 2006. Concelular S.A. -en liquidación vs. Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.

Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de arbitramento, Laudo arbitral del 25 de Marzo de 2009. Megaenlace Net S.A. vs. Telefónica Móviles Colombia S.A.

Recursos Electrónicos

ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura, Las Cláusulas Abusivas en la Contratación con Consumidores en la Legislación Argentina, Facultad de Ciencias Económicas-UNNE. http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:Lc_14xAYquUJ:www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Estigarribia.pdf+clausula+abusiva+argentina&hl=es19&gl=c-o&pid=bl&srcid=ADGEESi6KnOzsW4AUTPWGHXapujdfZYv7p6XqsmAUWAnehEgmgvpNgjSPWbSbGBs1Ki8uXQ_KXIODYD9Y1qc8lFIWZnp-NhH1VSgZBVtv6TWDvw8662kxuHSJddICXVtqb7xJ3KvH&sig=AHIEtbQHHRQhHF5WV_gWVeNsO-YpTGPXbw

JIMÉNEZ GIL, William, Línea Jurisprudencial Respecto al Principio de la Buena Fe (art. 83 CP), http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:FVL3PDH9YxsJ:www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/LINEA%2520JURISPRUDENCIA%2520RESPECTO%2520AL%2520%2520PRINCIPIO%2520DE%2520LA%2520BUENA%2520FE.pdf+buena+fe&hl=es419&gl=co&pid=bl&srcid=ADGEESile4ChYtfsIMZ4kS76eMjbolG8O8D3bTLVeYyqC41FfLvdaih2daDt__lPeHjUw1FfguY-zEKWMzdo83vpYEAz8PZCgl2oXZxr3o72ArGe-4B3WjaXYJ1WcIVGperJbJ0YZxQ&sig=AHIEtbQuYGWKbb0ABegIWo_pEJ5zlsmig

Laguado Giraldo, Carlos Andrés, Condiciones Generales, Clausulas Abusivas, y el Principio de Buena Fe en el Contrato de Seguro, http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/231-251.pdf.

Nina Cuentas, José Raymundo, El Abuso del Derecho: Anotaciones sobre su configuración doctrinaria y legislativa, <http://www.scribd.com/doc/26677905/Abuso-Del-Derecho>.

¹ Tema surgido del estudio en la Línea de Investigación de Derecho Privado – Derecho de las Obligaciones -de la Universidad del Rosario; directora de Investigación y Proyecto: Doctora Betty Mercedes Martínez. Un enorme agradecimiento a Jessica Beatriz Orduz por la revisión y ayuda prestada para la consecución de esta ponencia, a la cual no se hubiese podido llegar sin su titánica paciencia en el proceso.

² Estudiante de octavo semestre de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Línea de Investigación en Derecho Civil – Grupo de Derecho Privado (Derecho de las Obligaciones) Proyecto: Confluencias Entre Derecho Privado y Derecho Público: Cláusulas Abusivas. Directora: Betty Mercedes Martínez Cárdenas. Contacto: arango.maximiliano@ur.edu.co y maximiliano.arango@gmail.com

³ Jean-Jacques ROUSSEAU, *El Contrato Social*,; Editorial Panamericana, Bogotá, 2000, Trad. de Andebeng-Abeu Alingue, 3 edición, p. 9.

⁴ Carlos Andrés LAGUADO GIRALDO, *Condiciones Generales, Clausulas Abusivas, y el Principio de Buena Fe en el Contrato de Seguro*, http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/231-251.pdf, fecha de consulta: 5 de febrero de 2011.

⁵ Artículo 830

⁶ Digesto, 50.17.144. Codex en la Universidad del Rosario.

⁷ En Roma no solo se encuentra la referencia dada, sino aspectos aledaños de la actuación conforme a la licitud que en principio no hace daño: 1. Gayo (Dig. 50.27.55) *Nullus videtur dolo facere; qui suo utitur*: No se considera que obra con dolo nadie que usa de su derecho.

⁸ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit Civil, Les Obligations*, París, Editorial Dalloz, 2005. Otra referencia histórica sobre el abuso: “nemimen laedit qui suo jure utitur: no hace daño a nadie sino el que hizo lo que no tiene derecho a hacer Paulo Dig.(50.7.157)” en *Théorie de l’abus des droits –acápites: 738 - 744-*

⁹ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/132017_es.htm, fecha de consulta: 15 de enero de 2011.

¹⁰ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Diario Oficial n° L 095 de 21/04/1993 p. 0029 – 0034. Edición especial en finés : Capítulo 15 Tomo 12 p. 0169. Edición especial sueca: Capítulo 15 Tomo

12 p. 0169. http://www.consum.cat/legislacion/D93_13.pdf (última consulta el 15 de febrero de 2011)

¹¹ Inquietud que planteaba el profesor Yves MARIE-LATHIER en las Jornadas de Derecho Civil llevadas a cabo el segundo semestre del 2010 en la Universidad del Rosario.

¹² “Artículo 3:

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

2. *Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.*

3. *El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.”*

¹³ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les Obligations*, París,. Editorial Defrénois, 2005, Duxième édition, Droit Civil, pp. 296 a 298, de la 361 a 364 y 528 y 529.

¹⁴ H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, Tomo 2: Obligations, Contrats Spécieux, Sûretés. París, Editorial Dalloz. 2008, 12 edición, pp. 178-180.

¹⁵ Preocupación expuesta por Yves MARIE-LATHIER en su conferencia hecha en las Primeras Jornadas de Derecho Civil. Universidad del Rosario, Bogotá D.C. República de Colombia. 5 y 6 de Octubre de 2010. Directora: Betty Mercedes Martínez Cárdenas.

¹⁶ Capítulo IX “De los Términos Abusivos y Cláusulas Ineficaces”. Artículo 37: “Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

a) *Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor...”*

¹⁷ María Laura ESTIGARRIBIA BIEBER, *Las Cláusulas Abusivas en la Contratación con Consumidores en la Legislación Argentina*, Facultad de Ciencias Económicas - UNNE, http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:Lc_14xAYquUJ:www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Estigarribia.19&gl=co&p-id=bl&srcid=ADGEESi6KnOzsW4AUTPwGHXapujdfZYv7p6XqsmAUWAnehEgmgvpNgjSPWbSbGBs1Ki8uXQ_KXIODYD9Y1qc8IFIIWZnpNhH1VSgZBVtv6TWDvw8662kxuHSJddICXgVtqb7xJ3KvH&sig=AHIEtbQHHRQhHF5WV_gWVeNsO-YpTGPXbw, fecha de consulta el 10 de febrero de 2011.

¹⁸ Artículos 16, 16a, 16b y 17.

¹⁹ Identificación de la Norma: LEY-19496; Fecha de Publicación: 07.03.1997; Fecha de Promul-

gación: 07.02.1997. Artículo 16.- No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen; b) Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica; c) Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables; d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; e) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio f) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido a, b y c) llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato, y g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.

²⁰ Cfr. Ernesto RENGIFO GARCÍA, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, 2 edición. El presente artículo es una adaptación, con pequeñas supresiones, agregaciones y correcciones, del primer capítulo del libro señalado.

²¹ Distinción ya hecha por la legislación española y los reiterados fallos judiciales sobre el particular.

²² Porque se está haciendo un promedio entre los procesos ejecutivos y los declarativos. Los declarativos que serían los encargados de resolver las dudas sobre un derecho, y en este caso sobre el abuso de una cláusula son muchísimo más largos. Con el sistema oral, no podrían pasar de 1 año.

²³ <http://www.cej.org.co/sala-de-prensa/presencia-en-medios/1493-descongestion-de-procesos-requiere-planes-de-avanzada->, fecha de consulta: 20 de febrero de 2011.

²⁴ Problema expuesto por los profesores internacionales invitados en las Primeras Jornadas de Derecho civil, Universidad del Rosario, año 2010.

²⁵ Como existe en Panamá.

²⁶ Artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Diario Oficial N° 40.820 del 5 de Abril de 1993.

²⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 83.

²⁸ Elaboración Jurisprudencial Europea, cfr. casos ya expuestos en la introducción.

²⁹ Carlos Andrés LAGUADO GIRALDO, cit.

³⁰ William, JIMÉNEZ GIL, *Línea Jurisprudencial Respecto al Principio de la Buena Fe (art. 83 CP)*. Ver Bibliografía.

³¹ Cfr. Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ, Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Bogotá, Temis, 1998, 5 edición, p. 237-255.

³² Cfr. Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, ob. cit., p. 180-222.

³³ *Ibidem* cit. 13. P. 256 a 285.

³⁴ Confusa actualmente, porque en su génesis era una figura que realmente tenía unas finalidades distintas y ya no es claro cuales son las actuales. Sí es claro que no es un defensor, sino más bien un Obusman.

Justicia Penal Militar: conceptos y desafíos*

Gabriel Salazar Navarro¹

“La tiranía mantenía aislados a los militares y al civil. Un civil desarmado, sin técnica y sin conocimiento militar de ninguna índole, estaba a merced de cualquier pandilla que se apoderara de los mandos. El militar, pues, suele obedecer las órdenes y hay que identificar al militar con el pueblo. Se acabaron las diferencias, es lo único que va a traer un espíritu de paz y no el desprecio de unos para otros”

Fidel Castro

RESUMEN

Justicia Penal Militar: Conceptos y Desafíos, es un ensayo encaminado a exponer los aspectos relevantes, tanto positivos como negativos de esta rama del Derecho que en nuestro país data desde las gestas de la independencia en donde ya se hacía mención a la legislación penal militar. Hoy día, el tema es mucho más relevante, ya que es necesario pensar y replantear la Justicia que les está siendo aplicada a 431.253 hombres y mujeres Policías y Militares colombianos, actores permanentes

y principales del conflicto armado en el que vivimos actualmente en nuestro país.

Los argumentos aquí expuestos son una crítica al planteamiento de eliminar la Justicia Penal Militar teniendo como razones principales para tal fin, el sensacionalismo que despierta el tema militar en la opinión pública colombiana, y no argumentos jurídicos contundentes del por qué sería mejor no contar con esta rama especializada del Derecho. Lo que es más, se debe evitar la estigmatización de la Justicia Penal Militar por parte de los medios de comunicación, porque ello le está haciendo daño a la imagen de aquellas, al condenar y absolver de manera deliberada y pública el actuar de la Justicia Penal Militar.

Ahora bien, el objetivo principal de este ensayo es compartir un punto de vista diferente sobre la Justicia Penal Militar, teniendo como referencia no sólo los aspectos positivos si no también criticando que el sentido de cuerpo que caracteriza a las Fuerzas Armadas sea utilizado para proteger al delincuente uniformado único responsable del delito, pero que genera en la opinión pública la sentencia de culpable a toda la institución a la

*Ensayo que obtuvo una MENCIÓN ESPECIAL en la octava versión (2009-2010) del concurso de ensayo jurídico Octavio Arizmendi Posada de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana.

¹Estudiante de décimo semestre de Derecho (en el 2010-1) en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. Correo electrónico: gabrielsalanava@hotmail.com

cual pertenece.

ABSTRACT

Military Criminal Justice: Concepts and Challenges, is an essay designed to explain relevant aspects, both positive and negative of this branch of law in our country dates from the deeds of independence and where there was mention of the criminal law military. Today, the issue is much more relevant, since it is necessary to think and rethink their justice is being applied to men and 431,253 women Colombian military and police, permanent and principal actors in armed conflict in which we live today in our country.

The arguments presented here are criticizing the approach of removing the military criminal justice having as main reasons for this end the sensationalism that awakens the military theme in Colombian public opinion and no cogent legal arguments because it would be best not to call this branch specialty of law. What is more, avoid the stigma of the military justice system by the media, that it is hurting the image of those, to convict and acquit public deliberately and acting Justice Military Penal.

However, the main purpose of this essay is to share a different view on the military justice system, taking as reference not only the positive aspects but also criticizing the sense of body that characterizes the military is used to protect the uniformed offender solely responsible for the crime, but public opinion generated by the sentence of guilty to all the institutions to which it belongs.

PALABRAS CLAVE

Fuero, Fuerzas Armadas, Código Penal Militar, Subordinación, Obediencia, Falsos Positivos, Conflicto Armado, Población Civil, Justicia Ordinaria, Principio de Igualdad, Jurisdicción Penal, Lesa

Humanidad, Estado Social de Derecho, Derechos Humanos, Sentido de Cuerpo, Estado, Servicio Activo, Institución Castrense.

KEY WORDS

Jurisdiction, Armed Forces, Military Criminal Code, Subordination, Obedience, False Positives, armed conflict, civilians, ordinary justice, the Principle of Equality, Criminal Court, crimes against humanity, social state of law, Human Rights, Body Sense, State, Service Active military institution.

Sumario: Introducción; 1. Antecedentes históricos de la Justicia Penal Militar; 1.1. La época expansionista del Imperio Romano; 1.2. El periodo concerniente a la dominación española; 1.3. La justicia penal militar en los inicios de la República; 1.4. El periodo republicano; 2. El fuero penal militar en Colombia; 2.1. ¿Qué es el fuero penal militar?; 2.2. El fuero penal militar vs el principio de "Igualdad ante la ley"; 2.3. Límites al fuero penal militar; 3. Ámbito de competencia de la Justicia Penal Militar; 3.1. Requisito objetivo; 3.2. Requisito subjetivo; 3.2. Requisito funcional; 4. Los subordinados al Derecho Penal Militar; 5. Consideraciones generales de la Justicia Penal Militar; 5.1. Aspectos negativos; 5.2. Aspectos positivos; 6. La condena de la opinión pública al fuero penal militar; 6.1. Visión general de la justicia en Colombia; 6.2. ¿En dónde está la Justicia Penal Militar?; Conclusiones; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

*"Estamos reformando profundamente la Justicia Penal Militar. Incluso creo que en un momento hay que llegar a eliminarla. Y yo lo estoy pensando: que simplemente haya un tribunal disciplinario en la esfera de lo militar y policivo"*¹. Así lo sentenció el presidente Álvaro Uribe Vélez ante la Corte Interamericana

de Derechos Humanos (CIDH) desde San José de Costa Rica el 26 de enero de 2007. Palabras que cayeron como “balde de agua fría” entre todos los miembros de las Fuerzas Armadas.

La condena contenida en esta afirmación con la que se embestía la existencia de la justicia castrense, se hacía ante una Corte Internacional que en su jurisprudencia no ha vacilado en desconocer la eficacia de la Justicia Penal Militar colombiana, por diferentes factores, algunos de ellos con origen en las políticas negligentes de nuestros gobernantes, para darle una salida ligera y floja a los problemas que generaban sus erradas políticas frente al conflicto armado interno en el que vivimos, más que por el actuar de esta jurisdicción que se encuentra maniatada ante la mediocridad del legislador colombiano en materia de Derecho Penal Militar².

Y es que basta con hacer referencia a uno de los múltiples casos ventilados en la CIDH, la sentencia conocida con el título “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia” del 31 de enero de 2006, donde se puede evidenciar tanto en la exposición de los hechos realizada por la Comisión como en las mismas consideraciones de la Corte, la fuerte descalificación de la justicia penal militar como instrumento de administración eficaz de justicia³, por considerar que esta jurisdicción actúa de manera poco exhaustiva, floja en la investigación de los hechos que dan origen al delito, y negligente en la consideración de los testimonios y pruebas que se le presentan.

El tema del Fuero Penal Militar no debe ser visto como un privilegio que busca la impunidad de cara a los delitos cometidos por los miembros de las fuerzas armadas en Colombia, o como un tema escuetamente político en donde la razón de la existencia de una Justicia o Derecho Militar se puede ver afectada o justificada en tendencias idealistas de índole político, como por ejemplo ideas de derecha, centro o izquierda, sino, en la necesidad de proteger el ente encargado de sancionar el aparato

coactivo del Estado y del cual depende la existencia del mismo. Asegurar la supervivencia de un Estado, no es para nada un objetivo ajeno a ideología alguna, razón por la cual es deber de todos los Estados el propender por el bienestar y la protección de su brazo armado, el cual necesariamente y casi de forma exclusiva es el que asegura de manera vital la existencia y permanencia de una sociedad jurídicamente organizada alrededor de las políticas de un Estado. Esta noción la tuvo en cuenta el legislador colombiano al contemplar en el artículo 217 de la Carta Constitucional, el que el brazo armado del Estado colombiano estuviera subordinado a la voluntad de la nación, y el cual tendría como deber y fin último el asegurar la real conservación de la soberanía, de la defensa, integridad e independencia del Estado.

Ahora bien, Colombia cuenta con uno de los ejércitos más grandes y operativos del continente americano y del mundo, y esto es tan evidente, que la mayoría de las noticias en y sobre Colombia hacen referencia a masacres, “falsos positivos”, fuego amigo, “guacas”, incursiones guerrilleras, ataques a la población civil, pescas milagrosas, secuestros masivos, collares bomba, carros bomba, minas antipersonales, hechos en los que se ven involucrados a diario los miembros de la Fuerza Pública, y en los que se ven expuestas no sólo la vida e integridad física de los soldados y policías colombianos, sino también de los cuales se desprenden conductas que les exigen un correcto actuar en el difícil contexto de una guerra, para no caer en el delito.

Lo irónico en el caso colombiano, es que, a pesar de que vivimos en un contexto de guerra, el Derecho Penal Militar parece ir tres pasos atrás de la justicia penal ordinaria, puesto que la inspiración de la normativa vigente en materia militar, es el ya derogado Código Penal ordinario y no el actual, Ley 599 de 2000, dejando a su suerte a los casi 431.253 hombres y mujeres⁴ que conforman la Fuerza Pública en las manos de los enemigos del

Estado de derecho colombiano, esto considerado bajo el entendido de que, un atraso en la evolución normativa, pone a los miembros de la Fuerza Pública en posición desventajosa en materia de herramientas jurídicas que permitan la aplicación de normas y principios más beneficiosos en materia penal que propendan por la protección de sus derechos.

Son éstos los motivos que inspiran este ensayo jurídico y el cual pretende sugerir en los lectores la necesidad de mirar la importancia de esta rama del Derecho, que está diariamente presente en un país como Colombia, y que es la encargada de la aplicación de justicia a un considerable número de sujetos y que a pesar de su trascendental importancia pasa casi desapercibida ante la comunidad jurídica colombiana y ante la gente del común, la cual sólo pone su mirada cuando la Justicia Penal Militar cae en hechos que generan indignación en la opinión pública.

1. Antecedentes históricos de la justicia penal militar

Para empezar, y con el objeto de entender la importancia y el ámbito de aplicación que tiene la Justicia Penal Militar, es necesario, en principio, conocer los factores que le dieron origen a esta jurisdicción especial, de modo que, en este primer punto se expondrán brevemente algunas de las más importantes raíces históricas y algunos de los cambios que ha venido sufriendo el derecho castrense en Colombia, no solo desde el nacimiento de la República, si no también desde el mismo momento en que nuestro territorio es descubierto y conquistado por los navegantes españoles, los cuales traen consigo una estirpe influenciada por el Derecho Militar de los ejércitos del Imperio Romano el mismo que era aplicado a sus legiones, aquellas realizaron las heroicas campañas expansionistas.

1.1 La época expansionista del imperio romano

La Justicia Penal Militar tiene sus bases en la época de las campañas militares de expansión y conquista de territorios desarrollada por los romanos; estas campañas militares estaban compuestas por una considerable cifra de legionarios pertenecientes al ejército romano, a los cuales se hacía necesario aplicar ciertas normas de conducta con contenido punitivo y ejemplarizante, para prevenir la sublevación de la tropa y mantener la disciplina al interior de ella, de modo que, una falta de disciplina individual, dependiendo de su gravedad, podría ser castigada con la suspensión del salario, con azotes, o hasta con la pena capital, y si el delito era una indisciplina o desobediencia generalizada el castigo consistía en “*diezmarlas*”, es decir aplicar la pena capital a 1 de cada 10 combatientes de la unidad insurrecta.

Este poder de imposición de la pena estaba en cabeza de quienes ejercían el comando y la autoridad en las operaciones militares llevadas a cabo en las campañas; esta facultad era otorgada por la Ley 9ª del Digesto de Justiniano⁵. Por consiguiente, el superior militar se constituía en el juez natural de su tropa, ostentando en cabeza suya tanto el poder de mando como el juzgar a sus hombres. Este concepto se extendió a todos los rincones de lo que alguna vez fue el Imperio Romano, y la influencia de tener una justicia especializada en cuanto a la milicia se esparció por toda Europa, de modo que España no fue ajena a esta influencia jurídica y por ende a los países conquistados por la Corona.

1.2. En el período concerniente a la dominación española

Con la conquista, los mandos españoles ejer-

cieron la jurisdicción penal militar para todos aquellos que hacían parte de su Ejército para ese entonces. No se discriminaba o se hacía una diferenciación entre los hechos relacionados con el servicio militar y los actos comunes punibles, como hoy en día lo establece el artículo 1 del Código Penal Militar, Ley 599 de 1999. La aplicación de esta justicia especializada estaba a cargo de un auditor de guerra quien era experto en los términos y procedimientos jurídicos, es decir, cumplía las funciones de un fiscal, y del comandante, quien decidía si imponer o no la pena a sus soldados. Esto buscaba asegurar un equilibrio entre lo militar y lo jurídico.

La llegada de los conquistadores trajo consigo también las primeras legislaciones sobre derecho penal militar, que serían la base de inspiración de nuestro marco jurídico militar, ejemplo de esto es “La Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias”, “Fuero Real” y “Las Partidas”, normas que se aplicaron durante el tiempo en que se mantuvo la colonización española y algún tiempo después de la independencia.

1.3. La justicia penal militar en el inicio de la república

En esta época es cuando se empieza a gestar un marco jurídico militar propio para el Ejército de la República naciente (la Gran Colombia), conformado e impulsado por aquel glorioso ejército libertador. En esta etapa histórica se debe resaltar la creación de un Código Penal militar en el año 1813 en el que se promulgó, entre otras cosas, un sistema de normas punitivas o penas que se fijaban para el delito de desertión. Posterior, la Ley 2 de 1842 crea los consejos de guerra para el juzgamiento de las Fuerzas Militares de la República, y la segunda instancia del proceso queda en cabeza de la Corte Suprema de Bogotá y de los tribunales de Cauca y Magdalena.

Una segunda modernización del Código Penal Militar se llevó a cabo en los Estados Unidos de Colombia (1861-1860) por medio de Decreto Presidencial del 27 de noviembre de 1861, el cual recopilaba las leyes desarrolladas en la Gran Colombia y la Confederación Granadina. La constante evolución y desarrollo de la República también traía consigo la mejoría de la Institución Militar, que tenía a cargo la importante tarea de salvaguardar y defender la soberanía territorial de la República, razón por la cual, la Ley 35 de 1881⁶ organizó la Fuerza Pública, dedicándole un libro a los delitos militares, a la jurisdicción penal militar y a la competencia de los mismos, entre otras cosas.

1.4. En el período republicano

Con la Constitución de 1886, la cual expresaba el pensamiento de los regeneradores y de Núñez, se incorporaron en el Título XVI los fundamentos constitucionales de la Fuerza Pública⁷ y así mismo se creó el Fuero Militar, contemplado en el artículo 170, que consagra: *“De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes marciales o Tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”*. Este fuero jurídico militar no incluía en su disposición a la Policía Nacional, pues la institución sólo gozaría de este fuero hasta la entrada en vigencia del Decreto 1426 de 1954. La Justicia Penal Militar fue aplicada por muchos años, no sólo a los militares, si no también a los civiles⁸, como por ejemplo, a los conspiradores que atentaron en contra de las políticas de Rafael Reyes, contra los manifestantes de la Zona Bananera de Santa Marta y Ciénaga, y en los consejos de guerra de todas las personas que participaron en los desordenes públicos tras el asesinato del caudillo Jorge Eliécer Gaitán.

Otros hechos relevantes para el Derecho Penal Militar con anterioridad a la Constitución Política de 1991 fueron los siguientes:

- En 1931, la expedición de la Ley 84 de Justicia militar, que sería modificada por el Código de Justicia Penal militar (Decreto 2180 del 12 de septiembre del mismo año)
- La Ley 3 de 1945 la cual modifica el Código Penal Militar existente, que contenía 293 artículos, recogiendo los avances de esta justicia especial.
- La creación de la Corte Militar de Casación y Revisión por el Teniente General Gustavo Rojas Pinilla (Decreto 2311 del 4 de septiembre de 1953), que antes era labor de la Corte Suprema de Justicia, que conocía de estos recursos extraordinarios.
- La expedición del Decreto 0250 del año 1958 que derogó el Código Penal Militar hasta esa fecha vigente (Decreto 1125 de 1945)
- Finalmente, los dos últimos Códigos hasta antes de la expedición de la Constitución política de 1991: Ley 141 de 1961 y Decreto Ley 2550 1988 -éste último con una vigencia de 12 año-.

Siendo el espíritu de la Constitución de 1991, el de establecer un Estado Social de Derecho, el de buscar igualdad, justicia y la de ser garante del cumplimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos, se prohibió la investigación y juzgamiento de civiles por parte de la Justicia Penal Militar sin importar el tiempo, es decir, en tiempo de paz o de guerra o si estaba en pie la declaración de estado de conmoción interior, dejando esta justicia especializada únicamente para los miembros de las Fuerzas Armadas, y con la salvedad hecha por la sentencia C-358 de 1997, la cual limita el fuero de la Justicia Penal Militar a los delitos cometidos “en relación con el servicio”, de modo que, los delitos de lesa humanidad y los comunes que no tengan relación directa⁹ con la función constitucional de las Fuerzas Armadas, no serían competencia de esta justicia especializada.

Por último, los diversos cambios en la legislación Penal Militar y los constantes cambios al Código

Penal Militar de 1988 (Decreto Ley 2550 1988), hicieron necesaria su reforma, razón por la cual se expide la Ley 522 de 1999, que entró en vigencia el 12 de agosto de 2000 y que es hoy el Código Penal Militar, actualmente vigente. Algunas de las características más sobresalientes de este nuevo Código son¹⁰:

- Tiene como base el Código Penal de 1980.
- Tiene inspiración en las Escuelas jurídico penales clásica y neoclásica.
- Y recoge el concepto de la Escuela finalista en relación con la teoría del error de tipo, o de prohibición.

2. El fuero penal militar en Colombia

Tal vez uno de los principios jurídicos con mayor desarrollo por parte de la doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones de muchos países occidentales a través de la historia, ha sido el principio de igualdad¹¹; Este principio, de origen cristiano, entendido bajo el mandato de que “*todos los hombres son iguales por ser hijos de Dios*”, y desarrollado políticamente en Francia en el contexto de la Revolución Francesa, es hoy en día parte de los principios informadores del Derecho Penal. De este principio (Igualdad de las personas ante la ley) se desprende el concepto del “Fuero” el cual es la excepción a este mandato general, es decir que en principio se debe aplicar el precepto constitucional de igualdad consistente en que todas las personas deben ser tratadas sin discriminación alguna por parte de la normatividad punitiva del Estado, pero en virtud del desarrollo de ciertos actos específicos, realizados y desplegados de manera exclusiva por los militares y policías, cualquier hecho punible que se desprenda de ello debe ser juzgado bajo el criterio de un juez especializado en la labor y en el contexto en el cual los miembros de la fuerza pública desarrollan sus funciones.

Esta excepción a la regla general (igualdad de

las personas ante la ley), no es exclusiva de los miembros de la fuerza pública, pues en Colombia existen otras clases de fuero judicial, como por ejemplo:

- Presidencial. El Presidente de la República de Colombia, en el ejercicio de sus funciones, sólo puede ser juzgado por la Corte Suprema de Justicia.
- Altos funcionarios del Estado. Son juzgados por el Senado o por la Corte Suprema de Justicia.
- Indígenas. Los ciudadanos aborígenes están sometidos a sus propias autoridades, las cuales están facultadas para administrar justicia dentro de su respectivo ámbito territorial.
- Militares y policías. Son investigados y juzgados por los Tribunales y Cortes militares, con arreglo al Código Penal militar. Los militares de alto rango como los Generales, Almirantes, tienen fuero constitucional y por tal los investiga la Corte Suprema de Justicia estén o no en el ejercicio de su cargo en servicio activo.

2.1 ¿Qué es el fuero penal militar?

En palabras del ex director de la Dirección de Justicia Penal Militar, Brigadier General (r) Carlos Arturo Camelo, *“Es la excepción al principio general de igualdad ante la ley, en virtud de la cual los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, serán conocidos por unas Cortes marciales o Tribunales militares con arreglo a disposiciones especiales de su procedimiento con el objeto de proteger la institución básica de la democracia en Colombia”*¹². A esta definición debemos añadir que no basta que el delito sea cometido por miembros de la fuerza pública en servicio activo, si no también que el delito se debe desprender de la acción u omisión derivada de una actividad propia del servicio o de sus funciones, y no hacer parte de la esfera de los delitos de lesa humanidad.

De esta definición se desprenden el ámbito de

competencia de la Justicia Penal Militar, y los requisitos indispensables, los cuales, de ser todos agotados y estar en cabeza de un mismo sujeto, suscitarían la activación del poder jurisdiccional de la Justicia Penal Militar, es decir, que el agotamiento de todos estos requisitos en conjunto pone al sujeto activo de la conducta penal en el plano de esta justicia especializada. Estos elementos son¹³:

- a. Militar en servicio activo. Es decir que la justicia especializada se aplica a los miembros de la fuerza pública en servicio, no a sus reservas o militares que ya se encuentran en retiro.
- b. Existencia del nexo causal entre el delito y la actividad propia del servicio. Para que un delito sea competencia de la jurisdicción penal militar, el hecho punible debe surgir de una acción u omisión en el marco de una actividad o una función propia dentro del cuerpo armado. A la vez, este nexo debe cumplir los siguientes requisitos:

- Debe ser próximo a la comisión del delito.
- Debe tener una relación directa con las funciones del servidor de la Fuerza Pública¹⁴.
- El nexo no debe derivar de una intención o propósito criminal del servidor de la Fuerza Pública aprovechando su investidura¹⁵.
- En el nexo de causalidad no deben intervenir ninguno de los eximentes de responsabilidad penal¹⁶.
- El delito cometido no debe estar en la esfera de un acto violatorio a la normas de lesa humanidad, ya que las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad¹⁷ no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, esto es, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.
- En caso de duda sobre la jurisdicción apli-

cable, o en caso de que no sea probado plenamente el nexo causal entre el delito cometido y la función propia del servicio del agente de la fuerza pública, prevalecerá la aplicación de la ley ordinaria¹⁸.

2.2 El fuero penal militar vs. El principio de “igualdad ante la ley”

Como ya se ha mencionado, la excepción al principio general de derecho, el de igualdad ante la ley, se justifica en razón del servicio y de las funciones especiales que se desprenden del desarrollo diario de la actividad militar que ejerce la fuerza pública, y las cuales se llevan a cabo dentro de un contexto especial (un conflicto armado). De modo que, cuando una actuación de alguno de sus miembros se encuadra en la comisión de un delito, este sólo podría ser estudiado por un juez que contara con su misma formación, en el principio de obediencia, disciplina, honor militar, actuar en el combate, y con calidades y cualidades que le permitan una comprensión adecuada, lejos del juzgamiento subjetivo de ciertas conductas que suceden exclusivamente dentro de la esfera de un cuerpo armado y en el desarrollo de una actividad bélica.

Lo que se pretende con el establecimiento del llamado “Juez especial”, es colocar al enjuiciador y al enjuiciado en idénticas condiciones, de forma que se posibilite la interpretación del tipo penal, de la mano del contexto, objetivo y fin último de la conducta que generó el delito. Esto en virtud de que las fuerzas armadas colombianas, como la de otros países del mundo, tienen un carácter esencialmente obediente, el cual a su vez es la sustancia del orden y la disciplina dentro del aparato coactivo del Estado y del que se desprende la gran mayoría de su actuar como cuerpo armado. Bajo este entendido, no se debe poner al policía o al militar subordinado en la disyuntiva de actuar o defenderse de juicios disciplinarios en el futuro, ya que esto imposibilitaría el actuar inmediato y eficaz ante situaciones que alteren el orden público.

Este tratamiento jurídico especial, del que gozan los miembros de la fuerza pública no está concebido como un sinónimo de privilegios inmerecidos o de impunidad, si no como una necesidad de orden social protegiendo y tutelando el aparato coactivo del Estado y la dependencia y dignidad de quienes la conforman, mediante un conjunto de normas que evitarán que la “fuerza controle la fuerza¹⁹, y de este modo asegurar la supervivencia del Estado.

La ausencia de civiles en las actuaciones procesales dentro de la Justicia Penal Militar colombiana, está también reconocida por la ONU, específicamente en el **informe del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, el cual fue redactado al culminar la visita realizada a Colombia en 1988**, en la que se reconoce que: “{...} por supuesto, la desaparición como tal no figura como delito en el Código Penal Militar; pero, hasta la fecha, tampoco figura en el de ningún otro país. El Código no incluye delitos como el homicidio y la tortura. Es evidente que fue redactado para el campo de batalla, no para la administración de justicia en tiempos de paz. Análogo significado tiene la ausencia de civiles en las actuaciones {...}” (subrayado fuera de texto).

El contexto bélico, en el cual se desarrollan las tareas y funciones de los miembros de la Fuerza Pública colombiana, como la de cualquier país del mundo, hacen necesario que la administración de la justicia sobre ellas, esté a cargo de personas altamente familiarizadas con la organización militar, ya que estos tienen el conocimiento práctico y teórico sobre las operaciones y tácticas militares desarrolladas en el combate y contenidas en los manuales bélicos, de las diferentes fuerzas, los cuales no le son para nada ajenos dado que su vida y contexto cotidiano implican el conocimiento del rigor de estos para el desempeño de todas sus funciones. Es decir, estas atribuciones obedecen al conocimiento preciso de quienes además de tener entrenamiento militar son administradores de justicia con plenos conocimientos en la Cien-

cia del Derecho, y quienes por mandato constitucional están revestidos con la misma legitimidad e imparcialidad de cualquier Juez de la República de Colombia, con la diferencia tajante de que los jueces militares están dotados del conocimiento preciso y puntual de los actos propios del servicio, como también del conocimiento técnico para entrar a proferir una decisión con autoridad moral y puntual, por hacer parte de una institución castrense, de la cual tienen pleno conocimiento de su realidad y formación.

Por último, en un país como Colombia, en donde se vive en un conflicto armado tan intenso y prolongado, sería apresurado pensar en desmontar la Justicia Penal Militar, pues en palabras del senador **Jairo Clopatofsky** “{...} otorgar a civiles u otros tribunales estas competencias llevaría, entre otros, a la desmotivación de los soldados de la patria y dejaría a su organización sin un apéndice importante que dentro de su estructura ya está organizado, posee estatutos claros y un capital humano que se vería seriamente afectado{...}”.

2.3 Límites al fuero penal militar

Los límites al fuero penal militar se encuentran en la Constitución Política de Colombia y en el Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), en los siguientes artículos, a saber:

En la Constitución. El artículo 213 establece: “En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”. De igual forma, el artículo 221 hace referencia a que todos los delitos que fueran cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el servicio, serán competencia de las Cortes marciales o de los Tribunales militares.

En el Código Penal Militar (Ley 522 de 1999). En el artículo 1, recoge lo expresado por la Constitución en su artículo 221, con el agregado de que menciona quiénes conforman los tribunales y las

Cortes militares. Y el artículo 5 que prohíbe también la investigación y juzgamiento de civiles por esta jurisdicción especial.

3. **Ámbito de competencia de la justicia penal militar**

El ámbito de aplicación de la justicia penal militar lo encontramos tanto en la Constitución Política de Colombia y en el Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), como en la sentencia C-358 de 1997 en la que la Corte Constitucional expone de forma clara y concisa los tres requisitos²⁰ para la aplicación material de esta justicia especializada. Son estos:

3.1 Requisito objetivo

Tanto el fuero militar como la aplicación de la Justicia Penal Militar se ciñen al ámbito de lo penal, es decir, esta jurisdicción solo conocerá asuntos relativos a las conductas delictivas realizadas por los miembros de la fuerza pública en servicio activo. Estos delitos deben cumplir con la condición de que sean exclusivamente de la esfera o ámbito militar, así como los delitos comunes deben tener conexidad con el mismo servicio.

3.2 Requisito subjetivo

La conducta de la cual tendrá conocimiento la jurisdicción militar, debe ser exclusivamente cometida por un miembro de la Fuerza Pública, y debe tener como “origen” especial el desarrollo de una actividad propia del servicio activo, y/o del desarrollo de una función militar. Si el sujeto activo ya estuviese en uso de su buen retiro, o ya ha dejado de pertenecer a la fuerza pública, sólo podrá tener acceso a este fuero especial si la conducta que generó el delito tiene origen exclusivamente militar y se realizó en actividad del servicio.

3.3 Requisito funcional

Este requisito hace referencia al que el delito debe ser en razón del *“servicio activo y en relación con el mismo servicio”*²¹, esto quiere decir concretamente, que el delito deberá surgir en el desarrollo de actividades ligadas a la razón de ser de las fuerzas armadas, que como ya se ha mencionado, es la de defender la soberanía, independencia e integridad del territorio y el orden constitucional²², como también la de mantener las condiciones necesarias para el buen ejercicio de los derechos²³, deberes y libertades ciudadanas, las cuales tienen como protector a la Policía Nacional.

El comportamiento generador del delito, ya sea de acción o de omisión, debe ser considerado bajo el entendido de que éste deberá siempre guardar relación directa, próxima y lejos de cualquier duda razonable²⁵ de que el delito sobrevino a un comportamiento militar o policivo.

Finalmente, la acción u omisión no debe tener como consecuencia la consecución de una trasgresión considerada como un delito de lesa humanidad.

4. Los subordinados al derecho penal militar

Los tipos penales en el Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), están dirigidos a sancionar conductas cometidas por todo aquel sujeto que cumpla con el requisito de ser miembro en servicio activo de alguna de las instituciones que conforman las Fuerzas Armadas (Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Policía Nacional). Estos sujetos son los oficiales, suboficiales, soldados regulares y los soldados profesionales de las tres fuerzas armadas y los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional²⁶. Es evidente que el Derecho Penal Militar, como su nombre lo indica, está conformado por un marco jurídico de normas aplicables a las “fuerzas militares”

en razón de su labor constitucional. En contraste, no es evidente que estas normas cobijen también a la Policía Nacional, ya que ésta tiene una naturaleza meramente civil²⁷, razón por la cual carece propiamente de *“disciplina castrense”*. La Policía Nacional tiene funciones de autoridad administrativa, y sus funciones son preventivas, exceptuando las veces que actúa como autoridad judicial.

En la actualidad, es la misma Constitución de 1991 la que consagra el fuero militar para los miembros en servicio activo de la Policía Nacional en su artículo 221, acabando de esta forma el aforo legal de los miembros de esta institución, para acceder a la jurisdicción penal militar. La aplicación de esta justicia penal especializada se amplió a los miembros de la Policía Nacional en razón del conflicto armado que durante más de 50 años ha enfrentado nuestra nación. Por consiguiente, las funciones desempeñadas por esta institución dentro del territorio nacional se estaban empezando a situar entre los límites de lo militar y lo civil, y en desarrollo de funciones exclusivas de las fuerzas militares como la de la defensa y la seguridad del territorio nacional, es decir, cada vez era más evidente que la Policía Nacional jugaba un papel más activo dentro del desarrollo del conflicto armado colombiano. Dicha realidad es tan evidente, que no se dificulta encontrar a diario noticias correspondientes a la compra de helicópteros artillados, usos de armamento exclusivo de las fuerzas militares, creación de batallones jungla y antiguerrillas y una actividad de cuerpo en el combate propia de una fuerza militar. En consecuencia, era necesario conciliar las aspiraciones ideales y las necesidades propias de la coyuntura nacional.

Esta extensión de la aplicación del fuero militar a los miembros de la Policía Nacional, le ha traído varias críticas a nivel internacional y nacional a la Justicia Penal Militar, ya que si bien es cierto que hoy en día la Policía Nacional hace parte del Ministerio de Defensa, esta nunca ha dejado de ser de naturaleza civil, lo que podría hacer pensar en razón de la aplicación del criterio subjetivo de la

competencia de la jurisdicción penal militar, que se estarían juzgando civiles en Cortes y Tribunales Militares. Ejemplo de ello es la sentencia C - 444 de 1995 de la Corte Constitucional, donde el actor buscaba atacar la legalidad y constitucionalidad de las normas correspondientes al fuero penal militar para los miembros de la Policía Nacional, ante la cual la Corte indicó:

“Existe una incongruencia de carácter constitucional entre la disposición que le asigna a la Policía Nacional naturaleza civil y la que ordena que los delitos cometidos por sus miembros en servicio activo y por razón del mismo, sean de conocimiento de las Cortes marciales o tribunales militares pues, siendo coherentes, tal juzgamiento debería estar a cargo de autoridades civiles. Sin embargo, ésta evidente anomalía no puede ser corregida por la Corte Constitucional a quien se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos a que aluden los artículos 241 y ss. del Estatuto Máximo, sino mediante una reforma constitucional utilizando cualquiera de los mecanismos que el Constituyente ha consagrado para ello. Ante casos como éste la Corte debe dar aplicación al denominado “principio de armonización”, para lograr mediante una interpretación sistemática hacer congruentes los distintos preceptos constitucionales que regulan el asunto materia de debate, teniendo en cuenta que, aún ante la incongruencia anotada, la Corporación no puede desconocer el contenido del artículo 221 Superior, disposición que no resulta irreconciliable con la contenida en el artículo 218 ibidem que consagra el carácter civil de la Policía Nacional.”

En cuanto al principio de armonización del derecho:

“En cuanto atañe al argumento de la de-

manda según el cual el fuero penal militar para los miembros de la policía, desconoce la prohibición del último inciso del artículo 213 de la Constitución Política, que prescribe: “en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”, disposición que, según el actor, es especial frente a la norma general del fuero militar del artículo 221, considera la Corte que justamente de la confrontación de esas dos disposiciones, surge la regla de armonización. En efecto, la relación lógica entre los dos preceptos es la inversa de la propuesta en la demanda: pues mientras que en el artículo 213 se utiliza un cuantificador universal negativo (“ningún”), en el 221 se regula un caso específico exceptivo (en lógica formal, se afirmarí que “existe” un caso particular afirmativo). La relación entre las dos normas es de regla-excepción, de tal forma que tanto el artículo 213 como el 218, deben ser interpretados de manera armónica con la excepción contenida en el artículo 221. Si bien una primera aproximación, guiada por el sentido aislado de las palabras, puede indicar una contradicción en el texto de la Constitución, la labor del intérprete deja clara la posibilidad de armonizar las normas aludidas.”

En conclusión, la extensión del fuero penal para la Policía Nacional tiene fundamento constitucional en su artículo 221, de forma tal que, los miembros de esta institución tienen fuero especial ante la jurisdicción de la Justicia Penal Militar en razón de la función pública que desempeñan.

5. Consideraciones generales de la justicia penal militar

Inicialmente, se presentarán algunas consideraciones generales sobre la Justicia Penal Militar, que harán referencia a los aspectos negativos a los que se ve enfrentada esta jurisdicción especial.

Luego, se hará mención de los aspectos positivos y de algunos de los profundos cambios a los que se ha sometido la justicia castrense, con el fin de demostrar que ha sido una institución responsable, seria y comprometida con el cambio. Por último se abordará brevemente la visión internacional que se tiene de esta jurisdicción militar en Colombia, específicamente desde la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

5.1 Aspectos negativos

La imperfección de los seres humanos hace que sus instituciones y modelos organizacionales también lo sean, y para el caso concreto, la justicia es una de ellas. La Justicia Penal Militar colombiana tiene a su cargo el proceso y juzgamiento de uno de los ejércitos más grandes de América Latina y el más operativo del continente, y a diario se ve enfrentada a superar diferentes obstáculos jurisdiccionales. A continuación, se expondrán algunos de éstos. Los mismos han sido tomados de un informe investigativo efectuado por parte del periódico *El Tiempo*, el día 5 de octubre de 2009 y realizado por la unidad investigativa de este diario y titulado *“Justicia Penal Militar dejó prescribir 707 casos y tienen represados 16 mil más”*.

- Actualmente ante la justicia penal Militar se adelantan 1.200 investigaciones por ejecuciones extrajudiciales, también conocidas por la opinión pública como los “falsos positivos”.
- Se dejaron prescribir 707 procesos en los últimos 4 años correspondientes a delitos de homicidio, desertión y pérdida de armamento.
- A la fecha del conocimiento de la noticia, se encontraban 16 mil expedientes represados que podrían también ser afectados por prescripciones, entre ellos 4.345 procesos que se adelantan por homicidio, repartidos por Fuerzas Armadas de la siguiente manera: 3.803 cometidos por miembros del Ejército, 32 por efectivos de la Armada, 60 por miembros de la Fuerza Aérea y 450 por integrantes de la Policía.

- Han sido entregadas más de 580 investigaciones por homicidio por parte de la Justicia Penal Militar a la justicia ordinaria, sin que muchos de estos 580 casos fueran correctamente fundamentados acerca del por qué se enviaban a esta jurisdicción. Por ende la Fiscalía ya ha devuelto 120 procesos.
- Así mismo, en el 90 por ciento de los casos llevados ante la Justicia Penal Militar se considera que no ha habido una defensa efectiva, ya que muchas veces los abogados no controvierten ni piden que se practiquen las pruebas pertinentes.
- La Justicia Penal Militar no ha sido ajena al problema presupuestal por el que pasa la justicia ordinaria en el país, y que ha propinado huelgas por parte de ASONAL Judicial. La última de ellas motivó al Presidente de la República, a llamar a “estado de conmoción interior”. Ahora bien, en la JPM la mayoría de los equipos que se utilizan para adelantar los procesos judiciales se consideran obsoletos, y no hay presupuesto para la implementación de nuevas instalaciones que permitan adelantar el proceso acusatorio oral, puesto que se requiere una inversión próxima a los 14 mil millones de pesos, y el Ministerio de Defensa sólo cuenta con una suma que no supera los 4.300 millones de pesos.

La Justicia Penal Militar en los últimos años ha presentado grandes y profundos cambios que tienen gran relevancia tanto a nivel interno como internacional. Estos cambios obedecen a las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia y en la búsqueda dentro de la misma JPM de hacer más eficaz, célere e imparcial su jurisdicción, asegurando así que haya un equilibrio entre el ente acusador y el acusado.

5.2 Aspectos positivos

El Decreto 2550 de 1988 (antiguo Código Militar), que tuvo una vigencia de casi 22 años, 18 de estos después de la expedición de la Constitución

Política de 1991 -caracterizada por consagrar más garantías, libertades y derechos individuales que su predecesora-, hizo necesario un cambio en la concepción del Derecho Militar y en su aplicación, además por las continuas obligaciones internacionales que adquiriría Colombia en materia de DIH y DDHH. De modo que, actualmente el Código Penal Militar vigente es la Ley 522 de 1999, que entró a regir el 12 de agosto del año 2000, y que recoge los avances que hasta la fecha se habían logrado en materia de garantías procesales, DIH, ámbito de aplicación, derechos humanos y libertades individuales. Algunos de estos son:

- Se reconoció el carácter esencialmente obediente y no deliberante de la fuerza pública (Principio de obediencia), indispensable para el mantenimiento del orden público y preservación del Estado, pero haciendo la salvedad de que este principio no debe ser interpretado en favor de delitos que sean violatorios de los derechos humanos²⁷.
- Se armonizó el Código Penal Militar con el espíritu del Estado Social de Derecho consagrado en la Carta Magna de 1991.
- Se les retiró a los jueces militares la posibilidad de conocer sobre delitos concernientes a la materia de crímenes de lesa humanidad como la tortura, genocidio y desaparición forzada²⁸.
- Se hizo una definición clara de qué se considera un delito en relación con el servicio militar y policivo²⁹.
- Se estableció que la defensa técnica del procesado debía ser realizada por un abogado titulado³⁰, ya que antes en virtud del artículo 374 del Decreto 2550 de 1988 se permitía que la defensa técnica la asumiera un oficial en servicio activo, sin conocimientos jurídicos.
- Se prohibió el juzgamiento de civiles por parte de la Justicia Penal Militar, incluso en tiempos de guerra, conflicto armado o perturbación del orden público.
- Se hizo una separación del mando de quien ejerce la función jurisdiccional e investigati-

va, y también se separó la función acusadora (fiscal militar) de la función juzgadora e instructora en el proceso.

- Se definieron los delitos considerados como típicamente militares, consagrados desde el Título primero hasta el octavo de la Ley 522 de 1999.
- Se ha venido haciendo una incorporación paulatina del sistema penal acusatorio, para lo cual ya se han adecuado algunas salas en los batallones militares.
- Desde el 2005 se encuentra en curso un Proyecto de Ley para reformar el actual Código Penal Militar.

Sobre los aspectos positivos, hay que destacar que la mayoría de ellos han sido influenciados por la necesidad de un debido proceso -norma de carácter constitucional, artículo 29 de la Constitución Política-, jerarquía a la cual debe obedecer la Justicia Penal Militar, y por las normativas internacionales sobre Derechos Humanos, algunas de ellas destacadas dentro del marco jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6. La condena de la opinión pública al fuero penal militar

6.1 Visión general de la justicia en Colombia

En Colombia o en cualquier país del mundo, quien diga que la Justicia no se ha equivocado jamás, estaría argumentando en beneficio de una gran falacia. Diariamente, en los medios de comunicación se evidencian noticias judiciales que generan inconformidad en la opinión pública, y más aun entre los agentes de la Policía Nacional, dado que estos últimos se ven maniatados ante la negligencia en la aplicación de las garantías procesales que realizan algunos jueces, en consecuencia, los agentes de la Policía Nacional más se demoran en capturar a los delincuentes y ponerlos a dispo-

sición de la autoridad competente, que éstos en dejarlos en libertad, en virtud de la aplicación de uno de los principios más característicos del nuevo procedimiento penal (Ley 906 de 2004), el cual consiste en tener como máxima la libertad en todo momento del sospechoso, mientras, que a éste no se le hallen pruebas suficientes, no represente peligrosidad para la comunidad, o se crea que las pruebas pudieran correr un riesgo de pérdida si se le dejara en libertad.

Estas imprecisiones generan en la opinión pública inseguridad y falta de credibilidad frente al ente que los juzga, más aún cuando noticias como la de dejar en libertad a los militares que están siendo juzgados por los falsos positivos de Soacha por vencimientos de términos, resuenan aun en los medios de comunicación, afectando indirectamente la imagen de las Fuerzas Armadas, ya que no se hace claridad de que el vencimiento de términos del que se habla se ha dado dentro de la jurisdicción penal ordinaria que es completamente autónoma e independiente del proceso penal llevado a cabo dentro de la Justicia Penal Militar, y en donde una vez más, lo único militar son los sujetos activos de la conducta punible.

Ahora bien, respecto de los fueros que existen en Colombia y de los cuales ya se ha hecho una breve referencia, se debe mencionar que los problemas de impunidad, dilación y corrupción de la justicia ordinaria, no solo la encontramos en ésta, sino también en los fueros reconocidos constitucionalmente en Colombia, como lo es el caso del Fuero jurisdiccional exclusivo de los altos funcionarios del Gobierno. Para muchos colombianos aún siguen frescas las imágenes de los diferentes medios de prensa del llamado proceso 8.000. Como se recuerda, este proceso fue ocasionado por la publicación de los llamados “narcocassettes” dados a conocer por el Fiscal General de la nación de ese entonces, Alfonso Valdivieso Sarmiento. En estos se escuchan las voces de los reconocidos narcotraficantes del cartel de Cali, Miguel Rodríguez

Orejuela y Gilberto Rodríguez Orejuela, negociando ayudas y recursos económicos con miembros de la campaña política “PRIMERO LA GENTE”, del entonces candidato a la Presidencia Ernesto Samper Pizano.

Para la opinión pública de la época, eran evidentes los lazos económicos entre el Gobierno y los “Narcos” del cartel de Cali, no sólo por las pruebas documentadas y transmitidas en la radio y en los noticieros, sino también por las confesiones sobre la veracidad de los hechos, realizadas por parte de algunos miembros y funcionarios de esta campaña. Por el contrario, para la entidad con función de juzgamiento dentro del “Fuero especial” del Presidente de la República -los honorables miembros de la Cámara de Representantes-, se archivó la investigación y por ende, los cargos contra el Presidente Samper, el 6 de julio de 1996 por 111 votos contra 43. Dicho de otra manera, estos “narcocasttes” unidos a las confesiones de *Santiago Medina ex tesorero de la campaña* y *Fernando Botero, no fueron prueba suficiente* para condenar al señor Ernesto Samper Pizano.

A pesar de lo reprochable que pudo ser la forma como se adelantó el proceso, dentro del fuero especial del Presidente de la República, éste no ha desaparecido de la Carta Política de 1991, y aún mas grave, se sigue evidenciando la misma negligencia e impunidad en hechos concernientes a la “parapolítica” y la “farcpolítica” en los que la Corte Suprema de Justicia se ha quedado corta en la búsqueda de la aplicación de justicia en los crímenes cometidos por altos funcionarios, y donde los políticos involucrados prefieren no ser juzgados dentro del fuero especial de los altos funcionarios del Estado, por desconfiar del criterio jurídico de sus jueces naturales. Así estos funcionarios prefieren renunciar al privilegio del “fuero especial”, para ser juzgados por la justicia ordinaria, en cuanto consideran que los fallos de esta Corte tienen matices políticos y ofrecen pocas garantías constitucionales y procesales, situación que llevó

a la Corte Suprema de Justicia a sentar nueva jurisprudencia³¹ para enjuiciar a los parlamentarios investigados por nexos con los “paras”; se prohíbe explícitamente que los políticos que se hallen en investigaciones por delitos referentes a la “parapolítica” puedan renunciar a este fuero constitucional.

Los ejemplos arriba mencionados son muestra de que no sólo la Justicia Penal Militar se enfrenta a situaciones de falta de credibilidad, y el replanteamiento de su función ante la opinión pública, sino también todos los fueros especiales judiciales penales y demás funcionarios de la justicia, encargados de la aplicación de la normatividad jurídica en Colombia.

6.2 ¿En donde está la justicia penal militar?

Ahora bien, cuando nos referimos a los delitos que han trascendido en la opinión pública, por ser cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas, y que son exclusivamente de los sujetos que los realizan y no del cuerpo armado al que pertenecen, ya que los sujetos involucrados en acciones ilícitas, actuaron bajo motivaciones totalmente volitivas, contrarias a la función, finalidad y razón de ser de las Fuerzas Armadas, se está dejando de lado que estos casos no están siendo hoy día analizados por la Justicia Penal Militar. Más aún, muchos de estos nunca han tocado esta jurisdicción, y todas las actuaciones procesales se han llevado a cabo dentro del marco y en competencia de la justicia ordinaria. En otras palabras, lo único militar de estos casos -por los cuales se pretenden juzgar la responsabilidad, seriedad y eficacia del Fuero penal militar- es el agente comisario del delito.

Uno de los casos que tuvo gran incidencia en la opinión pública y que generó el desafortunado pero necesario debate en contra del fuero de la Justicia Penal Militar, fue el Caso “Jamundí”, en el que, el lunes 22 de mayo del 2006, diez policías adscritos a la DIJIN que se dirigían a cumplir con un operativo en Potrerito, Valle fueron atacados

por una patrulla del batallón de alta montaña del Ejército Nacional. Como consecuencia de este acto resultaron asesinados los diez agentes de la DIJIN y también un civil. Esto generó todo tipo de especulaciones y posiciones políticas frente al tema; tal vez las más graves de ellas fueron las declaraciones hechas por el Presidente de la República Álvaro Uribe Vélez, no sólo por los juzgamientos *a priori* sino por el lugar desde donde se hicieron, y el contexto en el que se produjeron.

En síntesis, las declaraciones fueron realizadas desde y ante la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) y la dureza de sus palabras se pueden resumir en el aparte de su discurso ya mencionado³²:

Aún más grave, calificó y juzgó el hecho ante la opinión pública nacional e internacional al aseverar que: “{...} en Jamundí, en hechos que a todos nos sorprendieron, el ejército asesinó a unos policías, fuego amigo. La policía dijo que iba a esa zona a capturar a unos narcotraficantes [...]”.

Esta manifestación pública y extralimitada, se vuelve aún más curiosa, en cuanto este caso nunca estuvo en manos de la Justicia Penal Militar, pues desde un principio fue la justicia ordinaria la que se hizo cargo. Es más, el matiz político era tan notorio en el discurso presidencial ante la CIDH, que el Presidente, atribuyéndose poderes que no le correspondían, le hizo pensar a la opinión pública que gracias a sus buenos oficios este caso había pasado a manos de la justicia ordinaria y que la investigación de los hechos sería realizada por la Fiscalía General de la Nación.

Pues bien, como este caso hay una gran infinidad, que en su gran mayoría son los que más estupor y sentimiento de impunidad ocasionan en la opinión pública, pero con la característica persistente de que nada tiene que ver con la posible negligencia de la Justicia Militar, ya que no han sido procesados o juzgados por ésta, sino por la justicia

que juzga y ampara a todos los colombianos “de a pie”. Entre los muchos casos que se encuentran hoy en día en manos de la justicia ordinaria, pero que increíblemente originan críticas a la justicia Penal Militar, están:

- Las tristemente célebres ejecuciones extrajudicial o “falsos positivos”, que hoy son investigadas por la justicia ordinaria.
- El bombardeo de la FAC en Santo Domingo.
- El asesinato de Tiberio García Cuéllar en Charral (Tolima), quien fue presentado como dado de baja en desarrollo de combates.
- Los falsos secuestros, y todos los demás casos que involucran delitos de lesa humanidad cometidos por militares.

Ahora bien, a pesar de que los temas que han despertado la incógnita de si debe existir o no la Justicia Penal Militar, o si el fuero penal militar no le sea directamente imputable a ésta, no significa que la discusión que deba hacerse sobre esta cuestión no tenga validez, pues la Justicia Penal Militar, como toda rama del Derecho, debe estar sujeta a las críticas que forjen cambios necesarios y proporcionales, pues así lo exige la sociedad.

A juicio del autor de este ensayo, no se debe pensar en su eliminación ya que a los militares y policías por la función especial que realizan, no se les puede someter a los jueces ordinarios que no entienden cómo se llevan a cabo ciertas conductas desarrolladas en las dificultades de un combate, así como el nivel de responsabilidad que asume el comandante de la operación. De aplicar la justicia civil se puede correr el riesgo desmoralizar la tropa, y generar grandes discrepancias en el carácter y principio obediente y no beligerante de las fuerzas armadas.

Por último, el “sentido de cuerpo”, que caracteriza y está incorporado en las Fuerzas Armadas, no debe ser un obstáculo que impida la eficaz aplicación de justicia al sujeto individualmente considerado que ha faltado a los dictámenes de la ley, y que con su mal proceder afecta directamente

la institución a la que pertenece, razón suficiente para que este cuerpo armado tenga como meta, que sus miembros involucrados en delitos sean castigados sin vacilación o consideración alguna, más allá de las jurídicamente establecidas.

CONCLUSIONES

- El Derecho Penal Militar ha venido presentando grandes y profundos cambios en materia de derechos humanos y en la protección del debido proceso, principio fundamental en un Estado Social de Derecho.
- La Justicia Penal Militar en nuestro país, data desde las gestas de la independencia en donde ya se hacía mención a la legislación penal militar. En la Nueva Granada se presentó un Código Penal Militar y en 1958 se dio a conocer el Código de Justicia Penal Militar, el cual fue derogado y reemplazado por la Ley 522 de 1999, actual Código Penal Militar que entró en vigencia el 12 de agosto de 2000.
- Cuando se habla de eliminar la Justicia Penal Militar nos encontramos ante una esfera política y no jurídica, pues los principales argumentos para su supresión parten del sensacionalismo que despierta el tema militar en la opinión pública, y no de argumentos jurídicos contundentes que hagan pensar en su desaparición.
- Se debe pensar y replantear la Justicia Penal Militar, ya que en Colombia el contexto de guerra en el que se vive así lo amerita, además de que es la justicia aplicable a 431.253 hombres y mujeres³³ a los que se puede dejar a la deriva, o en las manos de los enemigos del Estado de Derecho colombiano.
- No se debe condenar a la Justicia Penal Militar por el caso Jamundí, ya que éste desde sus inicios estuvo en manos de la justicia ordinaria y el ente investigador en todo momento fue la Fiscalía General de la Nación. Aunque el haberle negado la jurisdicción a la JPM de

forma *a priori* y sin vacilar sobre los hechos ocurridos en este municipio, buscando un impacto político en la opinión pública por parte del Presidente de la República generó un descrédito colectivo de su efectividad.

- Se debe propender por el bienestar y la protección del brazo armado del Estado el cual necesariamente y de forma exclusiva es el que asegura la existencia y permanencia de una sociedad jurídicamente organizada.
- Se debe evitar la estigmatización de las instituciones por parte de los medios de comunicación, porque ello le está haciendo daño a la imagen de aquellas, al condenar y absolver de manera deliberada y pública el actuar de la Justicia Penal Militar.
- Los jueces Militares, además de tener entrenamiento militar, son administradores de justicia con plenos conocimientos en la Ciencia del Derecho, y por mandato constitucional, están revestidos con la misma legitimidad e imparcialidad de cualquier Juez de la República de Colombia.
- La diferencia tajante entre los jueces ordinarios y los jueces militares es que estos últimos están dotados del conocimiento preciso y puntual de los actos propios del servicio, como también del conocimiento técnico para entrar a proferir una decisión con autoridad moral y puntual, por hacer parte de una Institución Castrense, de la cual tienen pleno conocimiento de su realidad y formación.

BIBLIOGRAFÍA

Ley:

Acto Legislativo No. 2 de 1995.

Constitución Política de 1886.

Constitución Política de 1991.

Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar)

Ley 940 de 2005.

Doctrina:

BONILLA ECHEVERRI, Oscar. Código de Justicia Penal Militar y Consejos de Guerra Verbales. Editorial Voluntad, 1971.

GALLÓN GIRALDO, Gustavo. Quince años de Estado de Sitio en Colombia: 1958-1978. Librería y editorial América Latina, Bogotá, 1979.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *The Military Criminal Jurisdiction On The Jurisprudence Of The Inter.-American Court Of Human Rights* (1997- 2007).

LAINO MORENO, Gustavo, "El sistema penal acusatorio y los militares". Periódico ACORE, 491 (2009).

LEÓN ATEHORTÚA, Adolfo. Estado y Fuerzas Armadas en Colombia (1886-1953). Pontificia Universidad Javeriana sección Cali, TM editores. 1994.

MATAMOROS, Víctor Hugo, "Las teorías del derecho internacional, según los enemigos de las fuerzas militares", Periódico ACORE, 494 (2009).

OSPINA GILDARDO, Juan y BOLÍVAR SUÁREZ, Marco Aurelio, Fundamentos de Derecho Penal Militar. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2003.

VICENTE Y CERVANTES, José. Tratado de Los Procedimientos en Los Juzgados Militares. Madrid: imprenta y librería de Gaspar y Roig, edi-

tores 1853.

VILLAMIZAR CAJIAO, Ernesto. *“El injusto fallo en el caso de Santo Domingo (Arauca)”*, ACORE, 493 (2009).

Jurisprudencia:

Corte Constitucional, Sentencia C444 de 1995.

Corte Constitucional, Sentencia C578 de 1995.

Corte Constitucional, Sentencias C358 de 1997.

Corte Constitucional, Sentencia C368 de 2000.

Corte Constitucional, Sentencia C878 de 2000.

Juzgado Sexto de Primera Instancia de Brigadas, Sentencia de julio 2 de 2009 (delito de desobediencia de la justicia penal militar).

Revistas Especializadas:

Revista ACORE, 116 (2007).

Revista ARMADA, 91 (2007).

Revista JURINTEG, 1 (2009).

Páginas Web:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1999/ley_0522_1999.html.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#16>

http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/2008-10-03/un-mes-completa-paro-de-la-justicia-es-el-mas-largo-desde-1997_4581518-1.

http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/corte-frena-estrategia-de-parapoliticos-de-renunciar-al-fuero-para-ser-juzgados-por-fiscalia_5996247-1

http://www.eltiempo.com/blogs/analisis_del_conflicto_colombiano/2008/11/donde-que-daron-la-justicia-pen.php

<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-15-nuevos-acusados-masacre-de-jamundi>

http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=111643

<http://www.verdadabierta.com/web3/parapolitica/1653-corte-suprema-procesara-a-todos-los-congresistas-asi-renuncien-al-fuero>

http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=96850

<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo163614-condenan-mas-de-30-anos-militares-bombardeo-de-santo-domingo>

<http://www.elpais.com.co/paionline/notas/Marzo222008/jud01.html>

<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/gtsdf/E-CN-4-1989-18-ADD-1.html>

<http://www.jairoclopatofsky.com/doc/documento/JUSTICIAPENALMILITAR1.pdf>

Otros:

Pronunciamento del Presidente de La República de Colombia Álvaro Uribe Vélez, ante la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en San José de Costa Rica el 26 enero de 2007.

¹ Palabras del Señor Presidente Álvaro Uribe Vélez, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En San José de Costa Rica, 26 de enero de 2007.

² Leonel OLIVAR BONILLA, *“El fuero militar en Colombia y la especialización de los jueces”*, en *Revista ACORE*, 116 (2007), p. 41.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre De Pueblo Bello Vs. Colombia, Sentencia de enero 31 de 2006 : {...} *“En consecuencia, la jurisprudencia de este Tribunal, la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la gran celeridad y el total desinterés con que actuaron los órganos de la jurisdicción penal militar para esclarecer los hechos del caso, permiten concluir que además de que esta jurisdicción no era la vía adecuada, no constituyó un recurso efectivo para investigar las graves violaciones cometidas en perjuicio de las 43 víctimas de Pueblo Bello, ni para establecer la verdad de los hechos y juzgar y sancionar a sus responsables. Las actuaciones en esta vía fueron gravemente negligentes y no se investigó seriamente a miembros de las Fuerzas Armadas que pudieran estar vinculados con los hechos”*.

⁴ Ministerio de Defensa, Cartilla sobre los logros de la política de consolidación de la Seguridad Democrática PCSD, Junio de 2009/ Ver también información disponible en periódico El TIEMPO http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/pie-de-fuerza-militar-llego-a-su-techo_4785562-1.

⁵ Juan Gildardo OSPINA CARDONA, y Marco Aurelio BOLÍVAR SUÁREZ, *Fundamentos de Derecho Penal Militar*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003, pp. 25-32.

⁶ En *Revista ACORE*, 116 (2007).

⁷ Constitución de 1886, Título XVI De La Fuerza Pública (Servicio militar. Ejército permanente. Pie de fuerza. Obligaciones y derechos de los militares. Tribunales marciales. Milicia nacional).

⁸ Juan Gildardo OSPINA CARDONA y Marco Aurelio BOLÍVAR SUÁREZ, *Fundamentos de Derecho Penal Militar*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003, p.p. 30-32.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C358 de 1997 *“La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se deslizaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial”*.

¹⁰ Juan Gildardo OSPINA CARDONA y Marco Aurelio BOLÍVAR SUÁREZ, *Fundamentos de Derecho Penal Militar*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003, p. 33.

¹¹ Constitución Política de 1991, artículo 13: “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”.

¹² Carlos Arturo CAMELO, en *Revista ACORE*, 116 (2007).

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C358 de 1997 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Agosto 5 de 1997).

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C358 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Agosto 5 de 1997). “{...} que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”.

¹⁵ *Ibidem*, “{...} en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron *ab initio* criminales”.

¹⁶ Estas ausencias de responsabilidad las encontramos en el Código Penal Militar, Ley 522 de 1999, artículos 34 y 35. A saber, son las mismas contempladas en el Código Penal ordinario, Ley 599 de 2000, artículo 32.

¹⁷ Sobre esta cuestión, la Corte Constitucional se pronunció también en la sentencia C358 de 1997 señalando que: “Un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria”. Así mismo, el artículo 3 de la Ley 522 de 1999 señala: “En ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia”.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C358 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Agosto 5 de 1997). “La relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse”.

¹⁹ Carlos Arturo CAMELO, “La Justicia Penal Militar y el Fuero Militar”, en *Revista ACORE*, 116 (2007).

²⁰ En *Revista ARMADA*, 91 (2007), p.p. 32-38.



²¹ Ibidem.

²² Constitución Política, artículo 217.

²³ Constitución Política, artículo 218.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C358 de 1997 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Agosto 5 de 1997).

²⁵ Ministerio de Defensa Nacional, Decreto Ley 041 de 1994.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C444 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz: Octubre 4 de 1995).

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C578 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Diciembre 4 de 1995).

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C358 1997(M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Agosto 5 de 1997).

²⁹ Ley 522 de 1999, Código Penal Militar, artículo 2.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C592 de 1993 (M. P. Fabio Morón Díaz: Diciembre 9 de 1993).

³¹ <http://www.verdadabierta.com/parapolitica/nacional/1600-asi-renuncien-a-su-curul-corte-seguira-investigando-parapoliticos>

³² Consultar el pie de página 1 de este ensayo.

³³ Ministerio de Defensa, Cartilla sobre los logros de la política de consolidación de la Seguridad Democrática PCSD, Junio de 2009/ Ver también información disponible en periódico El TIEMPO http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/pie-de-fuerza-militar-llego-a-su-techo_4785562-1.

American and Colombian Probate law regarding testamentary succession: a comparative approach

Ana Milena Carranza Carranza¹

ABSTRACT

This article pretends to clarify the main juridical aspects and the practical mechanisms by which both Colombian and American testators can dispose of their estate. Therefore, this paper makes a comparative analysis between these jurisdictions, in order to establish the advantages and disadvantages of the above legislations.

Key words: Testate succession, disposal of estate, Probate Law, Last Will and Testament, Colombian Civil Code, Uniform Probate Code.

RESUMEN

El presente artículo se propone dilucidar las principales figuras jurídicas y herramientas prácticas con que los testadores colombianos y estadounidenses cuentan en tratándose de la disposición de sus bienes. Así, se realiza un estudio comparativo de estos mecanismos entre ambas jurisdicciones, estableciendo las ventajas y desventajas de los citados regímenes.

Palabras clave: Sucesión testamentaria, disposición de bienes, Derecho Sucesoral, Testamento, Código Civil Colombiano, Código Uniforme en materia de Sucesiones.

Summary: Introduction; 1. Preliminary issue: Which are the necessary steps to testate?; 2. Formal requirements in both systems; 2.1. The admissibility of the holographic will in the US; 2.2. The primary mode of testation in both Colombian and American systems; 2.3. Self-proved wills: an interesting US provision; 2.4. Nuncupative or oral will; 2.5. Possibility to open an informal probate before a register in both legislations; 2.6. Differences regarding the type of testator; 3. The possibilities to testate; 3.1. The constitution of trusts; 3.2. Possibility to protect minor children; 3.3. Designation of a personal representative or executor of the Will; 3.4. The constitution of honorary and pet trusts; 4. Is it possible to avoid probate law?; 4.1. Joint tenancy or jointly owned property; 4.2. Bank Accounts in trust for another person; 4.3. Final reflection: the truth about avoiding probate; 4. Conclusion; Bibliography.

¹Estudiante de Octavo semestre del programa de Derecho de la Universidad de La Sabana. Coordinadora del Semillero de Derecho Administrativo y monitorea de la asignatura de Derecho Administrativo Colombiano y del área de Derecho Laboral del Consultorio Jurídico de la misma Universidad.

Contacto: ana.carranza@unisabana.edu.co.

INTRODUCTION

Testate succession, the most usual devise of disposal of assets under American legal culture, is an interesting, quite useful instrument that allows a person to decide the future distribution of his property *after his days*. By making a relatively simple disposition of his property, a person is able to prevent *intestacy* and establish his *Last Will and Testament*. As we observe, Probate *testacy* law is serving not only to the living, but also to the dead. To the living, by constituting a Will that works as a title to exert a bunch of rights. To the dead, by making true the decedent's last will.

This article will describe the advantages and disadvantages of United States – hereinafter US - Probate and Estate legislation in front of Colombian succession laws, to make an analysis of both regimes and establish the adequacy of these legal figures. In addition, this article summarizes the bunch of possibilities the testator has to testate, in order to protect his family and his assets. Finally, I bring forward the most used devices available to prevent a probate procedure.

In first place, I will begin talking about the most particular feature that makes a difference between these legislations: the material safety of the *Will*.

1. Preliminary issue: which are the necessary steps to testate?

In American legislation, a testator or testatrix may dispose of his or her assets, from personal to real estate, by making a Last will and Testament. In this document, the person will distribute his property, taking into account the necessity to protect his family, minor children and other members left alone as a consequence of the death of the chief of the family.

In Colombian probate regime, the provisions content in a Will are subject to a special succession system defined in the *Civil Code*². According to this compilation of norms, a testator may dispose of his property within some formal limitations. Firstly, the *Last will and testament* might be *notarized*, this means, filed in a deed. To be validly executed, the will must be signed by a Probate Registrar and three witnesses, and finally it must be embodied in the Notary Office of the place the person lives.

In contrast, in the US the will is enforceable although it is not in the possession of a public office. In the US, any person in possession of any *Will* must deliver it to the probate court in the town where the decedent had his or her domicile within 30 days after the decedent's death. If not, there's a criminal penalty for not issuing the will in time.

As we can see, in Colombia it is not necessary to punish anybody by not to make application for the probate of a decedent's will, not even a criminal sanction, because a testamentary disposition is always going to be valid as far as it is embodied in a Notary office. The will cannot be in the possession of any individual different to the notary. This provision guarantees the safety of the document which contents the last will of the decedent, and it prevents anybody to falsify the legitimacy of the document or its destruction by interested persons affected by the dispositions contained in it.

In addition, the US Uniform Probate Court (UPC) establishes the right of the testator to deposit the will with any court for safekeeping. In that case, the will must be sealed and kept confidential³. In summary, in case the testator decides to deposit the will, it becomes secret. In Colombia, although the testament is deposited in the notary office, it is not confidential. It will be only if the testator wants the testament to be secret by constituting a *closed testament*, following the formal requirements of the article 1080 of the Colombian Civil Code⁴.

Another important difference regarding material safety of the *Last Will and Testament* is that in the case the testator did not deposit the will in a court or a financial institution in a safe keeping box – which is possible according to US laws contrary to Colombian laws -. In this case, the family members of the deceased should start searching for it among personal papers at residence of the deceased, by calling the attorney’s office who drafted the Will, and all the possibilities left to find it. In my concept, this situation is contrary to the safety of the dispositions of the decedent’s Will and may constitute an obstacle in accomplishing it, in the case it was never found. In worse situations, it would even make prescribe the right of the successors to inherit as far as the testament was not found.

One important legal consequence is in the case the Will was not found. According to the UPC, in that hypothesis the Probate Court may accept a photocopy of the Will (or the lawyer’s draft or computer file), together with evidence that the deceased duly signed the original⁵. For a Colombian attorney, it would be a real advantage in terms of not having to prove the authenticity of the document by a complex procedure. Contrary to this apparently advantageous provision, the flexibility of the law may serve as an instrument to stimulate the simulation of the last Will of the deceased. Under this statement, for Colombian succession law a “computer file” is an inadmissible evidence of such a significant document which contents the disposition of real and personal estate, more when talking about an important amount of money.

On the other hand, professional probate attorneys underline that the first Will discovered may or may not be the *Last Will and Testament*, because the document may not have been fully executed and may be deemed invalid. There can only be one original Will. In my concept, this uncertainty concerning the original document constituting the Will is a failure of American law that has sacri-

ficed safety for informality. To continue with the topic, the following is a comparison between US probate and Colombian succession law.

2. Formal requirements

In both systems, in both Colombian and US probate law, the fulfillment of some formal requirements is necessary to Wills in order to be valid. In Colombia, the testament is defined as a formal document, sometimes less formal, but always solemn. Furthermore, if the last will of the deceased is not content in a formal document filed before a Probate Registrar, it is not valid at all. That’s why the holographic will is not valid in Colombia. Additionally, this prohibition avoids future disputes caused by the material weakness of the instruments used to write the holograph, which could be erased as the time goes on.

On the contrary, US probate laws have turned from formality to flexible requirements, allowing the handwritten will as a valid testament. In this case, it only needs to be in the decedent’s handwriting and must have his or her signature a date.

2.1 The admissibility of the holographic will in the US

The *holographic will* is an interesting example of the validity of the wills in American legal system. In the US, more than one-third of American jurisdictions, mostly in the West and South - about 20 states -, permit holographic will, which may be unwitnessed but must be *entirely* or *materially* in the handwriting of the testator. The Uniform Probate Code makes liberal provision for holographs⁶ making the requirement of handwriting to substitute attestation.

By requiring only the *material portions of the document* to be in the testator’s handwriting, a holo-

graph may be valid even though immaterial parts such as date or introductory wording are printed, typed, or stamped. That allows the holograph to be on a printed will form if the material portions of the document are handwritten⁷. That would permit a *form* that only requires to be filled in the gaps by the hand of the testator.

Quite the opposite, in Colombia holographic wills are not valid because the legislature has understood it is hard to prove the validity and authenticity of the testament, and there is a high possibility of harmless errors, undue influence or duress over the testator or testatrix in making the will. For Colombian probate regime, abolishing the necessity of witnesses and the presence of a competent officer to make a will valid is contrary to the safety of legally binding acts. Also, due to the fact that according to US laws it is not necessary to deposit the will in a Probate Registrar Office, this handwritten instrument is vulnerable to destruction by any person affected by the dispositions of it⁸.

In sum, I consider it is reasonable to proscribe holographs in order to achieve legal certainty of the system and to protect testator's interests.

2.2 The primary mode of testation in both Colombian and american systems

Another kind of testation in US legal system is the so-called *formal* or *witnessed* will. It is the primary mode of disposition of estate, based on three essentials: writing, signature, and attestation. The provisions of the will must be in writing, be it print, or handwriting. The testator must sign the will in the presence of two (in a few states three) witnesses, who must then attest to the signing by their own signatures.

American probate also allows the testator to provide a mandatary to sign the will in the testator's name and conscious presence, according to his di-

rection⁹. In contrast, in Colombia the testament is a *personal act* exclusive of the testator, who is not able to delegate its sign. In my concept, it isn't possible neither legally appropriate to admit a mandatary to sign a will, because this circumstance makes easier to simulate a testament maliciously acting "on behalf of the testator". Moreover, due to the fact it is not peremptory to sign the will in presence of a Probate Registrar, the possibilities to falsify a Will are higher.

The latter situation shows up the convenience of Colombian laws in relation to this specific feature, because a testament is not void in so far it is made in presence of a Probate Registrar and signed by the testator, three witnesses and finally the Registrar. Less than three witnesses is not allowed.

On the other hand, a formal will must be properly executed, which means that it contains a statement at the end attesting the legitimacy of the will, the date and place of signing, and the fact that the testator signed it before witnesses.

2.3 Self-proved wills: an interesting US provision

It is important to highlight the existence of *self-proving affidavits* allowed in some states of the US, which eliminate the necessity of having the witnesses testify that they witnessed the signing of the will at the time of probate. As a consequence, the *affidavit* constitutes a sufficient proof to demonstrate the validity of the will because it is simultaneously executed, attested, and made *self-proved* by 1) the declaration of the testator regarding the legitimacy of his will, and 2) the declaration of the witnesses saying that they witness the testator's signing, that the testator is eighteen years of age or older, and that he is of sound mind and under no constraint or undue influence¹⁰, both declared under oath before a competent officer.

This *self-proved will* is actually removing some formal requirements necessary to execute a testament, reducing the delay of the process. In this

sense, it is an advantage of US probate laws that makes the probate faster and less expensive to prove. At the same time, it does not insulate the will from being contested, revoked or amended just as a will that is not self-proving. The only aspect I think it is necessary to amend is the admission of the law to allow the signing of a will by an interested witness, which does not invalidate the will or any provision of it¹¹.

On the contrary, Colombian Civil Code doesn't allow the validity of the presence of interested witnesses in signing the testament, making them unable to witness. This norm basically seeks to prevent fraud and undue influence over the testator or testatrix, because the presence of heirs, devisees or any other close persons to the testator could exert direct or indirect effect over him, nullifying the will.

Some American academics are reluctant to the prior assertion:

This approach [the admission of interested witnesses] does not increase appreciably the opportunity for fraud or undue influence. A substantial devise by will to a person who is one of the witnesses to the execution of the will is itself a suspicious circumstance and the devise might be challenged on grounds of undue influence. The requirement of disinterested witnesses has not succeeded in preventing fraud and undue influence; and in most cases of undue influence, the influencer is careful not to sign as a witness, but to procure disinterested witnesses¹².

Nevertheless, I suggest a conscious reading of the prohibition of interested witnesses. It is mandatory to admit that the presence of interested persons could create a conflict of interest contrary to testator's freedom to testate. Moreover, law's final objective must be preventing any circumstance affecting the validity of the will.

2.4 Nuncupative or oral will

A third mode of testation widely authorized but seldom used is the nuncupative or oral will. Following the old Statute of Frauds, most jurisdictions limit oral wills to very small estates and to cases where the testator was surprised by the onset of his *last sickness*. In this special will, the testator must call upon two or more hearers to bear witness that his words are his last will, and the terms of the will must generally be reduced to writing within a short period of time - typically 30 days¹³. This will is legally binding with the limitation that the testator can only specify the disposal of personal property. It cannot be used for the disposal of real property.

In Colombia, It is also possible to constitute oral wills, and as US laws, it is valid if the life of the testator was in imminent danger as a result of sickness or other reason that induces the testator to believe it won't be possible to make a formal will. The Will must be witnessed by three persons, at least, and reduced to writing within thirty days after it is constituted. This kind of testament is called *privileged will* because it is admitted under fewer formalities, but contrary to US laws, the testator is free to dispose not only personal but also real estate in his Last Will.

Why did US laws protect real estate over personal estate? It can be an interesting question regarding oral wills. It is used to think that real estate is worth more than personal estate, but in current years personal estate like *intellectual property* or rights derived from *bonds* and *shares* actually worth considerably more than real estate.

2.5 Possibility to open an informal probate before a register in both legislations

Another important issue regarding probate procedure is the admission in both probate regimes of

the *informal probate*. It is a special and non-judicial procedure to execute a testament, made before a Probate registrar. This officer is a notary public in charge to perform the provisions of the Will, in case the heirs, devisees (legatees) and other interested persons don't contest the validity and enforceability of this instrument.

Uniform Probate Code, Section 3-301, allows the file of applications for informal probate of a will. If there is no will and it is not possible to get the agreement of all of the heirs, or if there is some kind of a dispute among the heirs, then it is necessary to file a *formal probate*.

In Colombia, it is also possible to file an application before a Probate Registrar to start a succession, but it is only admitted regarding *intestate* procedures – in absence of a Will –, because if the decedent disposed his will in a testament, it is necessary to execute it before a Court, specifically a Family Judge of the Circuit of the last domicile of the deceased, or a Judge of minor causes and multiple competence (*Jueces de pequeñas causas y competencia múltiple*) who are competent regarding small amount- successions (*sucesiones de mínima cuantía*)¹⁴.

In Colombian probate, once the heirs and all the persons having an interest in decedent's estate agree about the distribution of the assets of the deceased, they file an application consisting in the division of the real and personal estate, according to a prior inventory and accounting. Then, the Probate Registrar proceeds to establish the adjudication of the properties, once he has evaluated the legality of the petition in relation with heir's rights. Depending on the amount of the estate, the representation of the interested persons by an attorney will be necessary, it means, when the succession is constituted by a considerable amount.

In contrast, in US informal probate it is not necessary to bring the application through the representation of an attorney. Once *any* interested

person has filed a form before a Registrar, a personal representative – an executor – is named. Then, the acceptance of the application is noticed and published to the interested persons: heirs, devisees, among others. Subsequently, the registrar grants to the personal representative the authority to administer the estate, having near complete control over it. Moreover, this person doesn't have to file an inventory or a final accounting, being free to distribute the assets among the interested and to pay the debts and counts of the decedent.

Definitely, the latter explanation could be considered an advantage in terms of time-expense, formalities and costs. But contrary to this, there are some objections with legal basis that highlight the benefits of Colombian Probate Registrar-procedure, as follows:

- i. In Colombia, the necessity of an attorney for considerable amounts of estates guarantees the legality of the distribution. This aspect should be considered in US informal probate, because in the US not all the Probate Registrars are lawyers.
- ii. US informal probate attributions of the personal representative have a great scope, including the sale of real estate only thirty days after the notice of the beginning of the procedure. This power may be prejudicial to the interest of heirs and other interested persons who are not aware of the probate and cannot contest the management in time.
- iii. According to Section 3-306 of the UPC, an applicant's failure to give notice of the probate to the heirs and devisees is a breach of his duty *but does not affect the validity of the probate*. It means the procedure is valid although there is a failure in notice requirements, which constitutes an arbitrary disposition contrary to mayor interests entitled by the successors of the decedent.

In summary, the necessity of decongestion of the tribunals requires flexible norms creating effective

procedures, taking always into account that these provisions cannot violate the rights of direct interested persons on behalf of faster procedures.

2.6 Differences regarding the type of testator

An interesting approach regarding who may make will, is the consideration relating the UPC, which determines that only an 18-year-old individual who is *of sound mind* may make a will¹⁵. He is actually a minor of age, but as far as he is conscious to testate, he is legally able.

In Colombia, according to article 1061 of the Civil Code, a 14-year-old minor is able to testate, and he or she is only limited by third persons' rights. Probate law allows him to testate within the limitations of the succession norms. However, the Constitutional Court of Colombia has already set that "the minority of age represents a stage of development that prevents the validity of the acts subject to prejudicial consequences to the minor or third persons, especially when these acts are binding the estate of the child"¹⁶.

In my viewpoint, there are some important objections to do in relation with the acceptance of testation by minors. Firstly, a child can be easily subject to error, undue influence, duress or mistake by third persons who obtain a testamentary disposition from the minor. Secondly, a minor-of-age testator is not always in the capacity to understand how to manage his assets so the estate may be distributed arbitrarily. Taking these reasons into account, I consider American Probate laws may be more effective to protect minor's interests.

Having mentioned the most important differences about formal requirements between Colombian regime and US probate laws, in the next part I will develop the most used purposes the testator

or testatrix has to testate.

3. The possibilities to testate

It is important to have in mind that the main objective of Probate law regarding testamentary succession is to carry out decedent's last will as so far as it is not contrary to law. In this context, wills can be of various degrees of complexity, depending on the scope of the dispositions made by the testator. Moreover, the testament not only serves to provide the distribution of assets to the successors, but also can be utilized to achieve a wide range of family and tax objectives.

The so-called *estate planning* is the well-known legal guidance by which a person can establish the disposition of his or her property once he or she dies. In United States, estate planning works not only to set how the ownership of the assets of a testator will be transferred by making a will, but also is used to avoid probate taxes by the constitution of *trusts, retirement funds, jointly owned property, life insurance*, and other non-probate properties.

On the other hand, in Colombia it is not used to plan how to transfer the property at death, which means that intestate successions are very common. Testamentary dispositions are not so common in the extent that people don't take legal guidance to dispose of their assets at the time of death, and as a consequence, civil law supply the last will of the decedent who dies *intestate*.

The next are the bunch of possibilities to testate, both under Colombian and US provisions.

3.1 The constitution of trusts

In the case the will declares an outright division of the decedent's property, it is called a *simple will*.

If the will establishes one or more trusts, it is often called a *testamentary trust will*. In Colombia it is also possible to create a trust by testament, and

as American legislation, it is useful to protect the property of a person who is unable to manage his assets as the testator's children or other persons the testator wants to inherit. Colombia has a similar legal figure called *fiducia* or *propiedad fiduciaria*¹⁷.

Alternatively, the will may leave probate assets to a preexisting *inter vivos trust*, created in the lifetime of the testator, in which case it is called a *pour over will*. In either case, the purpose of the trust arrangement - as opposed to outright distribution - is to ensure continued property management and creditor protection for the surviving family members, to provide for charities, and to minimize the gift tax liability¹⁸.

A living trust may be revocable - subject to change - or irrevocable. Either type of trust may be designed to accomplish the purposes of property management, in this case, the disposition of property after the death of the *settlor* of the trust - the person who constitutes the trust -.

3.2 Possibility to protect minor children

The testator is also free to provide the intended disposition of property to his or her spouse or children by making a *trust* and appointing a trustee. With the constitution of a *trust*, the testator or testatrix avoids the supervision by the court regarding the care of each minor's estate, as the testamentary dispositions regarding the management of property transferred to the trust is usually enough to seek children's welfare.

Last Wills are also legally enforceable to protect minor children by designating a guardian for their care in the case the testator has survived the other parent. Probate Court will always accept the designation of the guardian by the deceased.

3.3 Designation of a *personal representative* or executor of the Will

It is also possible and equally important to de-

signate an executor of the estate, who is the person responsible of the distribution of the estate of the decedent. The Last will and Testament will limit the competence of the executor, because he is obliged to assume the provisions contained in it. Therefore, an executor is subject to various laws, regulations, standards and guidelines including the common law *prudent man* rule, according to which a manager has to observe how men of prudence, discretion and intelligence manage their own affairs, not in regard to speculation, but in regard to the permanent disposition of their funds, considering the probable income, as well as the probable safety of the capital to be invested¹⁹. Other limitations are the state and federal statutory law and regulation, rulings and orders from the local probate court and rules and regulations promulgated by a federal regulatory agency²⁰.

In US probate system, the decedent may designate an executor - in Colombian law is called *albacea*) who has the responsibility to enforce the Last will and Testament of the deceased. In order to accomplish the provisions of the will, the executor has attributions to take possession and maintain control of fiduciary assets of the decedent, keep fiduciary assets separate and distinct from all other assets and maintain clear and accurate accounts and records of the estate. He also is invested to pay the decedent's debts, funeral expenses, and other expenses of estate administration. Colombian regime gives similar attributions to executors, in order to preserve the estate of the deceased.

The advantage of US probate law regarding the designation of an executor is that this person may start an *estate settlement* in which it is not necessary the court supervision of the decedent's estate. This is a real difference with Colombian system, because it is not possible to make the distribution of an estate without the presence of a Court or a Probate Registrar Office. In contrast, US probate laws allow Probate Courts to grant an authorization to the executor that gives him *nonintervention powers*, which means that he can settle the estate

without prior court approval for each transaction. This order invests the executor to sell assets - including real estate -, to borrow money on behalf of the estate and to distribute assets to individual beneficiaries without prior court approval²¹.

The main requirement to grant *nonintervention powers* is that the estate must be solvent for the executor to be entitled to keep authority and independence in settling the estate. This *nonintervention powers* are useful to prevent a procedure before a court, and also reduce the cost and delay of probate - because an *estate settlement* may only take nine months -²². But the executor has a special responsibility as the personal representative of the estate, and he or she is limited by federal and statutory provisions mentioned before, that prevent, e.g., the executor to delegate in other person - as the attorney - personal representative powers.

In terms of the legal nature of the executor, in the US this person is a *personal representative* of the decedent's estate. But in Colombian law, the testamentary executor has not the representation of the estate of the testator, because only the heirs have this legal nature as the successors of the decedent.

3.4 The constitution of *honorary and pet trusts*

Definitely, one of the most interesting features in relation to US probate legislation is the possibility to constitute a disposition in favor of a pet or a certain thing. Section 2-907 of the Uniform Probate Code establishes the validity of a testamentary provision constituting *Honorary Trusts* and *Trusts for Pets*:

(a) [*Honorary Trust*]. If (i) a trust is for a specific lawful noncharitable purpose or for lawful noncharitable purposes to be selected by the trustee and (ii) there is no definite or definitely ascertainable beneficiary designated, the trust may be performed by the trustee for 21 years

but no longer, whether or not the terms of the trust contemplate a longer duration.

b) [*Trust for Pets*]. Subject to this subsection, a trust for the care of a designated domestic or pet animal is valid. The trust terminates when no living animal is covered by the trust (...) ²³.

According to the latter provision, the testator can constitute a trust for noncharitable purposes, and also may dispose his assets to the care of a designated pet. In this context, US legal system allows testamentary dispositions in favor of an animal or to keep certain thing, particularly a grave or a monument. In these cases, although there are no defined beneficiaries of the trust, it is recognized as valid²⁴.

In contrast, Colombian civil law does not allow honorary trusts for the care of a thing or pet trusts for the care of an animal, in the sense these are not subject to rights or duties²⁵. Although probate law is made to accomplish the will of the testator, it cannot protect the interest regarding the welfare of a pet or the destination of assets to preserve certain thing. In my concept, it is neither socially nor does legally acceptable to dispose of property to these trifling intend, in a State like Colombia in which poverty is a serious social problem.

In addition, the legal possibility to make pet trusts is not considering the necessity of the law to avoid trivial causes before the Court, like the violation of trust dispositions by the trustee or pet's caregiver regarding appropriate food given to the animal, the burial of the pet in a cemetery different to the one the testator disposed, etc²⁶.

Also, there is a better way to seek the safety of a pet by providing a legacy to a reliable person in which the owner of the animal establishes a specific mode of care that burdens the acceptance of the testamentary provision. This conditional gift represents an advantage to the assets of the

decedent because is not subject to trust taxes or administrative costs, and it is also legally possible in Colombia by making the so-called asignaciones modales o con carga²⁷.

Then, what is the main difference between a pet trust and a conditional gift in relation to the care of a pet? Both testamentary dispositions are provided for the protection of the animal, but pet trusts need the testator to transfer an amount of money or any other property to fulfill the provisions of the trust. In contrast, the conditional gift may not provide additional assets to that purpose. This means the legatee must accept the gift under the condition of spending money to accomplish the last will of the decedent. This latter option seems to be more reasonable regarding the share given to the heirs, because the testator will not be able to prefer an animal over his family members in relation to the distribution of his estate.

Another disadvantage regarding pet trusts is that these are likely to be subject to frauds, because an unscrupulous trustee could replace a deceased, lost, or stolen animal so the caregiver may continue to receive benefits²⁸. In sum, the only one benefit derived from pet trusts is for the State to tax them. It results useful for public finances.

Having the latter dispositions into account, we have already seen the most interesting issues concerning *pros* and *cons* of probate property. But there's a question left: Is there a possibility to avoid probate law and having a way *to escape* from US and Colombian succession laws?

In the last part of my analysis I want to answer this issue by summing the main devices used by testators and testatrices at the time of testation.

4. Is it possible to avoid probate law?

Firstly, it is important to understand not all the property of the decedent must be automatically involved in probate law. If the decedent disposed of his estate before dying, it is possible to avoid the probate law.

Not only under US legislation but also within Colombian regime it is legally viable to achieve this purpose. In the following section, I'll mention two main strategies to avoid Probate procedure, and we will analyze whether these are applicable under Colombian laws.

4.1 Joint tenancy or jointly owned property

Joint tenancy is a kind of non-probate property which is owned by two persons. When one of them dies, the title of the property automatically passes to the survivor tenant as a matter of law, not being necessary the intervention of succession laws.

This kind of property gives a *right of survivorship* by which the property left by one of the owners passes directly to the remaining joint tenant in the time of the decease. As a consequence, the property will not take part of the probate estate of the death²⁹. The survivor does not inherit, he already owned the property because each joint tenant has a *jus accrescendi* by which the death of a co-tenant merely terminates his interest³⁰.

Despite this is a clear exception of probate law application, joint tenancy is not valid in the case the survivorship could not be proved; when one joint tenant murders another; when one joint tenant has conveyed his interest to a third person, and when the deceased joint tenant puts the survivor to election by will and the survivor waives survivorship rights for a better asset from the will of the death³¹.

One of the main uses of jointly owned property is the constitution of bank accounts and securities, in which when one co-owner dies, the other will automatically be the sole owner of the account. People are frequently placed with one or more children or reliable friends as joint tenants with *right of survivorship*, so when the first owner dies, the funds in the account belong to the survivor – without probate³². This mechanism, as a result, may be used to protect children and any other member of the family.

It is important to realize that the co-ownership of property often leads to unexpected or unwanted results. Disputes, including litigation, are common between the estate of the original owner and the surviving joint tenant. Also, the whole amount of the estate held in joint tenancy is subject to all of the liabilities of all joint owners. If one owner gets a judgment, tax lien, etc., the lien holder can take the entire property to satisfy the judgment³³.

In Colombia, joint tenancy doesn't exist, but there is a similar legal figure called *derecho de acrecer*. This is a right derived from a testamentary disposition, in which the testator transfers his personal or real property to two or more persons in common. In this case, the *right to survivorship* can be exercised when one of the common-owners die, increasing the property of the survivors³⁴. Under this provision, this is a kind of probate-property as such.

4.2 Bank Accounts in trust for another person

This is another kind of non-probate property, in which a person deposits his assets in a bank account standing *in trust* for another person. The advantage of this device is to turn the beneficiary of the account the immediate owner of the deposit upon the death of the original depositor.

In order to protect the interests of the minor children, there is also a possibility to plan their benefit by opening a *custodial account*³⁵. The depositor acts as a custodian of such savings, because when the

minor attains the age of 21, he or she is entitled to receive those monies and may ask the custodian for an accounting of how they were managed. The death of the custodian prior to the beneficiary's reaching the age of 21 may require the probate court to appoint a successor custodian³⁶.

In Colombia, this mechanism is not available yet. However, this figure is in essence a trust. So it is possible to constitute a *fiducia* to achieve the same purposes.

4.3 Final reflection: the truth about avoiding probate

In this final part of the article we have emphasize that there are some legal devices available to plan the disposition of property. But all this mechanisms are limited by estate or inheritance taxes. Those taxes apply equally to assets held *e.g.* in a living trust or a testamentary trust, and the opportunity of minimizing those taxes applies equally to both kinds of trusts. For instance, a *trust* does not avoid the statutory fees charged by the probate court. These fees, which are established by the state legislature, are *a matter of public record*³⁷. What is true about trusts created in the life of the testator is that they avoid the supervision of the Court in terms of probate procedure.

Taxes payable as a result of death include one to the federal government called the *Federal Estate Tax*, and another to the State in the testator lived. There may also be taxes payable to other states in which the decedent owned property. In addition, there may be income taxes, property taxes, and other taxes due from a decedent if these taxes accrued prior to death³⁸.

5. CONCLUSIÓN

American law as well as Colombian legislation has been traditionally described as two different legal systems basically on historical backgrounds.

In spite of this, we have found that only formal aspects vary. Law, from a general perspective, is made for the same purposes and it is substantially *one* particularly regarding probate law.

I hope this article has inspired the curiosity of the reader, because there are many other legal issues to discuss and improve. The Academy plays an important role in this purpose.

BIBLIOGRAPHY

Colombian Civil Code [CCC]. *Ley 57 de 1887*. April 15, 1887 (Colombia).

Colombian Congress. *Act for judicial decongestion*. Ley 1395 de 2009. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. 12 de julio de 2010. DO. No. 47.768.

Constitutional Court of Colombia. Decision C-534 of 2005, p. 24. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: May 24th, 2005).

ESTATE PLANNING COUNCIL OF SEATTLE. *The Fiduciary's Handbook*, 3rd Ed. 2009, p. 25 [online]. In <<http://www.epcseattle.org/EPC-fiduciary-handbook-3pdf.pdf>>. Consulted 26, October, 2010.

ESTATE SETTLEMENT. *Executor Responsibilities and Duties* [online]. In <<http://www.estatesettlement.com/fidduties.php>>. Consulted 26, October, 2010.

ESTATE SETTLEMENT. *Probate and Estate Settlement Time Line* [online]. In <<http://www.estatesettlement.com/9monthtl.php>>. Consulted 26, October, 2010.

Gerry W. BEYER, *Estate planning for non-human family members*, Texas Tech University School of Law, June 4, 2010, p. 15 [online]. In <[\[Trusts_6-04-2010.pdf\]\(#\)>. Consulted 23, May, 2011.](http://www.professorbeyer.com/Articles/Pet_</p></div><div data-bbox=)

INHERITANCE FUNDING COMPANY, INC. - IFC-. *What happens if a will cannot be found?* [online article]. In <http://www.usa-probate.com/probate_faq.php>. Consulted 13, May, 2011.

John H LANGBEIN, *Substantial compliance with the wills act*. Harvard Law Review, volume 88 [online]. In <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Langbein_Substantial_Compliance.pdf>. Consulted 27, May, 2011.

Julie JASON, *Guide to Connecticut Probate: What Every Connecticut Family Needs to Know About Probate*, Indiana, US, AuthorHouse, 2008, p. 178.

RANDOLPH, Mary; *Eight Ways to Avoid Probate*, 2003, p. 56, ISBN: 0873379152.

RICHARDS, Norman E.; *Types of trusts*, 2006, p. 11 [online]. In <http://www.jpplaw.com/papers/Types_of_Trust.pdf>. Consulted 21, October, 2010.

RENGIFO, Ramiro; *La fiducia: legislación nacional y comparada*. Medellín, Fondo Editorial Universidad Eafit, 2^a Ed., 2001, p. 346.

Supreme Judicial Court of Massachusetts. *Harvard College v. Armory Case*. 26 Mass. 446, 469, (1830). Taken from SCHANZENBACH, Max M, *et al. Did reform of prudent trust investment laws change trust portfolio allocation?* Harvard John M. Olin Center For Law, Economics, And Business, Harvard Law School, 2007, p. 6 [online]. In <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/corporate_governance/papers/Schanzenbach_Sitkoff_580.pdf>. Consulted 23, October, 2010.

USA. NATIONAL ASSOCIATION OF FINANCIAL AND ESTATE PLANNING. *Estate planning basics*. p. 3 [online]. In <<http://www.nafep.com/PDF/WebPageEstatePlanningBasics.pdf>>. Consulted 28, October, 2010.

USA. NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. Uniform Probate Code [UPC], 2004 [online]. In <<http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/upc/final2005.pdf>>. Consulted 30 October, 2010.

USA. NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. Uniform Transfers to Minors Act [UTTMA], 1986 [online]. In <<http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/utma86.htm>>. Con-

sulted 29, October, 2010.

USA. THE PROBATE COURTS OF CONNECTICUT. *The probate court and you*, 2010, p. 2 [online]. In <<http://www.jud.ct.gov/probate/ProbCourtYou.pdf>>. Consulted 29, October, 2010.

USA. THE PROBATE COURTS OF CONNECTICUT. *Understanding trusts: a look at living trusts and other trusts* [online]. In <<http://www.jud.ct.gov/probate/understandingtrusts.pdf>>. Consulted 28, October, 2010.

Notas

² Colombian Civil Code [CCC]. *Ley 57 de 1887*. Book III. April 15, 1887 (Colombia).

³ USA. NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. Uniform Probate Code [UPC], 2004 [online]. In <<http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/upc/final2005.pdf>>. Consulted 30, October, 2010.

⁴ Article 1080 of the Colombian Civil Code states that a closed testament must be constituted by the testator and five (5) witnesses, expressing his or her desire to keep it secret. It must be sealed by the Probate Registrar and deposited in the safe-box of the notary office.

⁵ INHERITANCE FUNDING COMPANY, INC. - IFC-. *What happens if a will cannot be found?* [online article]. In <http://www.usa-probate.com/probate_faqs.php>. Consulted 13, May, 2011.

⁶ Section 2-502 of the Uniform Probate Code establishes: "A will that does not comply with subsection (a) - related to formalities of the will - is valid as a holographic will, whether or not witnessed, if the signature and material portions of the document are in the testator's handwriting".

⁷ UPC, *Op. cit.*, Section 2-515.

⁸ As I set before, the lack of requirement regarding the deposit of the testament in a Probate Registrar Office or a Court for the validity of the instrument is a serious disadvantage of US probate laws which might be solved to prevent frauds and many other circumstances contrary to law.

⁹ UPC, Section 2-502, Num. (2).

¹⁰ UPC, *Op. Cit.*, Section 2-504 regarding *Self-Proved Will*.

¹¹ UPC, Section 2-505, (b).

¹² USA. NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS,

UPC, comment to Section 2-505, p. 119.

¹³ LANGBEIN, John H; *Substantial compliance with the wills act*. Harvard Law Review, volume 88 [online]. (Consulted 27, May, 2011) In <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Langbein_Substantial_Compliance.pdf>.

¹⁴ Colombian Congress. *Act for judicial decongestion*. Ley 1395 de 2009. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. 12 de julio de 2010. DO. No. 47.768.

¹⁵ UPC, Section 2-501.

¹⁶ Constitutional Court of Colombia. Decision C-534 of 2005, p. 24. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: May 24th, 2005).

¹⁷ Colombian Civil Code [CCC], *Op. Cit.*, Title VII, Book II.

¹⁸ RICHARDS, Norman E.; *Types of trusts*, 2006, p. 11 [online] (consulted 21, October, 2010). Published in <http://www.jpplaw.com/papers/Types_of_Trust.pdf>.

¹⁹ Supreme Judicial Court of Massachusetts. *Harvard College v. Armory Case*. 26 Mass. 446, 469, (1830). Taken from SCHANZENBACH, Max M, *et al. Did reform of prudent trust investment laws change trust portfolio allocation?* Harvard John M. Olin Center For Law, Economics, And Business, Harvard Law School, 2007, p. 6 [online] (consulted 23, October, 2010). Published in <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/corporate_governance/papers/Schanzenbach_Sitkoff_580.pdf>.

²⁰ ESTATE SETTLEMENT. *Executor Responsibilities and Duties* [online] (consulted 26, October, 2010). Published in <<http://www.estatesettlement.com/fidduties.php>>.

²¹ ESTATE PLANNING COUNCIL OF SEATTLE. *The Fiduciary's Handbook*, 3rd Ed. 2009, p. 25 [online]. In <<http://www.epcseattle.org/EPC-fiduciary-handbook-3pdf.pdf>>. Consulted 26, October, 2010.

²² ESTATE SETTLEMENT. Probate and Estate Settlement Time Line [online]. In <<http://www.estatesettlement.com/9monthtl.php>>. Consulted 26, October, 2010.

²³ UPC, Section 2-907, Honorary Trusts; Trusts for Pets.

²⁴ Ramiro RENGIFO, *La fiducia: legislación nacional y comparada*, Medellín, Fondo Editorial Universidad Eafit, 2^a Ed., 2001, p. 346.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ The Court has to enforce the provisions of the pet trust, including the necessity of designating a specific caregiver. See *Enforcement*, Gerry W. BEYER, *Estate planning for non-human family members*, Texas Tech University School of Law, June 4, 2010, p. 15 [online]. In <[84 DISSERTUM](http://www.professor-</p></div><div data-bbox=)

beyer.com/Articles/Pet_Trusts_6-04-2010.pdf>. Consulted 23, May, 2011.

²⁷ Colombian Civil Code, article 1147: “If something is assigned to someone to have it as his own, with the obligation of using it for a special purpose, such as do certain works or subject to certain charges, this use is a way to transfer (in Colombian legislation it is called *modo*) and not a condition precedent. The way to transfer, therefore, does not suspend the acquisition of the thing assigned”. Non-official translation.

²⁸ Gerry W. BEYER, *Op. cit.*, p. 14.

²⁹ Joint property, however, will be a part of the decedent’s taxable estate.

³⁰ GRIFFITH, Yale B.; *Joint tenancy and community property*, Washington Law Review, vol. 37, 1962, p. 32.

³¹ *Op. cit.*, p. 33.

³² RANDOLPH, Mary; *Eight Ways to Avoid Probate*, 2003, p. 56, ISBN: 0873379152.

³³ USA. NATIONAL ASSOCIATION OF FINANCIAL AND ESTATE PLANNING. *Estate planning basics*. p. 3 [online]. In <<http://www.nafep.com/PDF/WebPageEstatePlanningBasics.pdf>>. Consulted 28, October, 2010.

³⁴ Colombian Civil Code, Article 1206. “A certain thing intended for the same object to two or more assignees, in case of lacking one of them, the portion of this one constitutes accretion to the others”. Non-official translation.

³⁵ USA. NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. Uniform Transfers to Minors Act [UTMA], 1986 [online]. In <<http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/utma86.htm>>. Consulted 29, October, 2010.

³⁶ JASON , Julie; *Guide to Connecticut Probate: What Every Connecticut Family Needs to Know About Probate*, Indiana, US, AuthorHouse, 2008, p. 178.

³⁷ USA. THE PROBATE COURTS OF CONNECTICUT. *Understanding trusts: a look at living trusts and other trusts* [online]. In <<http://www.jud.ct.gov/probate/understandingtrusts.pdf>>. Consulted 28, October, 2010.

³⁸ USA. THE PROBATE COURTS OF CONNECTICUT. *The probate court and you*, 2010, p. 2 [online]. In <<http://www.jud.ct.gov/probate/ProbCourtYou.pdf>>. Consulted 29, October, 2010.



Opinión



¿Los delitos contra la humanidad prescriben en Colombia?

Por David Delgado Vitery¹

Originalmente, el inciso segundo del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (por la cual se expidió el Código Penal) establecía un término de 30 años para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado. Y ahora, según el artículo 1 de la Ley 1426 de diciembre 29 de 2010 “Por la cual se modifica la Ley 599 de 2000, relativa a las conductas punibles que atentan contra los bienes jurídicamente protegidos de los defensores de los derechos humanos y periodistas”:

El término de prescripción para las conductas punibles de *genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical legalmente reconocida, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista* y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años (cursiva, negrilla y subrayado fuera de texto).

Como puede verse, esta disposición amplió la cobertura de las conductas punibles en las cuales la acción penal prescribe en 30 años, tal vez con la creencia de ofrecer un tratamiento privilegiado a las víctimas de tales flagelos, pues en la generalidad de delitos la prescripción opera en el máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad y sin exceder de 20 años, al tenor del primer inciso del citado artículo 83 del Código Penal.

Respecto del concepto de víctima, dice el artículo 132 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, que para los efectos penales, por víctima se entiende la persona natural o jurídica o los demás sujetos de derechos que, individual o colectivamente hayan sufrido un daño como consecuencia del injusto, y que esta condición se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda o enjuicie o se condene al autor del injusto, e independientemente también de la existencia de una relación familiar con el mismo.

Y el artículo 3 de la Ley 1448 de junio 10 de 2011 “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, señala que son víctimas, aquellas personas que han sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno. También lo son el cónyuge, el compañero permanente, las parejas del mismo sexo y familiares en primer grado de consanguinidad, o primero civil de la víctima, cuando a ésta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida, e igualmente las personas que hayan sufrido daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir

¹Estudiante de noveno semestre del programa de Derecho de la Universidad de La Sabana. Monitor del Área de Derecho Penal en el Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de la misma Universidad. Correo electrónico: david.delgado@unisabana.edu.co

la victimización.

Pienso que una disposición de derecho interno que limite la acción penal a los 30 años, es contraria a la Constitución Política de Colombia y al bloque de constitucionalidad y por esto, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad que consagran los artículos 40 y 241 de la Constitución Política, presenté una demanda para que la Corte Constitucional la declare inexecutable y separada del orden jurídico colombiano.

La demanda fue admitida mediante auto del 29 de septiembre de 2011 y el proceso está radicado con el número 8776, magistrado sustanciador Humberto Antonio Sierra Porto.

El problema jurídico que planteo es el siguiente: ¿en Colombia prescribe la acción penal que surge de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical legalmente reconocida, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado?

Aplicando el artículo 1 de la Ley 1426 de 2010, la acción penal en aquellos delitos prescribiría en 30 años y en consecuencia por el transcurso del tiempo, el Estado ya no podría adelantar ninguna actividad tendiente al reconocimiento de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, no obstante que con tales conductas punibles, en forma objetiva y precisa se violen preceptos del Derecho Internacional Humanitario y se atente contra los derechos humanos.

Pero ocurre que, según el artículo 93 de la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno, y los derechos consagrados en este estatuto, se deben interpretar de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En desarrollo de ese mandato

constitucional, mediante el Acto Legislativo No. 02 de diciembre 27 de 2001 “Por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución”, el Congreso de la República de Colombia autorizó al Estado colombiano para reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y para ratificarla de conformidad con el procedimiento constitucional, en los términos previstos en el Estatuto de Roma, adoptado el 17 de junio de 1998 por la conferencia de plenipotenciarios de las Naciones Unidas.

En Colombia, se aprobó el Estatuto de Roma por medio de la Ley 742 de junio 5 de 2002, en cuyos artículos 5, 6, 7 y 29, se regula la competencia de la Corte Penal Internacional para el conocimiento de conductas punibles y se define la imprescriptibilidad de las acciones penales que emanan de los crímenes de que conoce esa alta corporación.

Al hacer el control automático de constitucionalidad, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-578 de julio 30 de 2002 declaró exequibles la Ley 742 de 2002 y el Estatuto de Roma, y por ello el Tratado empezó a regir el primero de noviembre de 2002.

Si lo anterior es válido y está vigente, como se desprende de las disposiciones que he mencionado, fijar un término de 30 años para la prescripción de la acción penal en delitos de extrema gravedad, como lo hizo la norma demandada, contradice los artículos 5, 6 y 29 del Estatuto de Roma y los artículos 13 y 93 de la Constitución Política. Estas son las razones:

1. El artículo 29 del Estatuto de Roma establece una regla absoluta, según la cual los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional no prescriben. “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”, dice textualmente, y son de su competencia, entre otros, el genocidio, la tortura, la desaparición forzada, la matanza de miembros de grupos, la lesión grave a la integridad física y mental de los miembros de grupos, el exterminio, los crímenes de guerra, los crímenes

de lesa humanidad.

2. La Carta Política de 1991 en el artículo 93 ordena que los Tratados internacionales aprobados por Colombia prevalecerán en el orden interno y el Acto Legislativo No. 02 de 2001, incorpora a este artículo la competencia del Estatuto de Roma. Luego, si a la letra del ordenamiento jurídico colombiano, la acción penal de estos delitos, considerados como lesivos de los derechos humanos, prescribe en 30 años, por aplicación de normas de superior jerarquía, tal acción es imprescriptible. El Estatuto de Roma, prevalece sobre la norma de derecho interno y por lo tanto, se impone la inexecutable del artículo 1 de la Ley 1426 de 2010. Es más, aquel Tratado y la Constitución Política conforman el bloque de constitucionalidad y esto significa que entre sus mandatos no debe haber tensión, ni conflicto sino total correspondencia.

3. La norma demandada desconoce el artículo 13 de la Constitución Política, en el sentido de no acatar el derecho a la igualdad y en cambio, discriminar negativamente y por razones políticas a los miembros de una organización sindical legalmente reconocida, defensores de Derechos Humanos, periodistas y miembros de una organización sindical legalmente reconocida.

Así, los delitos de homicidio que se cometan contra las personas mencionadas, en lugar de tener un tratamiento acorde con las normas internacionales y con la jerarquía de los derechos humanos, por el paso del tiempo prescriben, sin estimar las dificultades que pueden presentarse para adelantar una rápida y eficaz investigación. Valores del nivel de la verdad y la justicia, no pueden depender del desarrollo cronológico, pero en Colombia su estimación es temporal y sólo dura 30 años.

Por el ordenamiento internacional, los delitos cuya competencia se ha asignado a la Corte Penal Internacional pueden investigarse en cualquier tiempo, salvo en Colombia donde algunos de los más graves prescriben en 30 años, como si los vic-

timarios hubiesen adquirido el derecho al olvido.

4. De igual manera, la disposición cuestionada es contraria a los derechos de las víctimas, debido a que al fijar un término de prescripción para delitos que han causado tanto daño, se desmejora la condición real y jurídica, no garantizándoles íntegramente los derechos de acceso a la administración de justicia, verdad, justicia y reparación. En este orden de ideas, mientras en el ámbito internacional gozan de una regulación jurídica intemporal, en el interno la acción penal de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional que les perjudican, tiene vigencia de 30 años.

Sintéticamente, los anteriores son los argumentos que expuse ante la Corte Constitucional, con la pretensión de que se declare inexecutable la norma legal que establece la prescripción de la acción penal en los delitos cuya competencia corresponde a la Corte Penal Internacional. Frente al Derecho Internacional lo indicado habría sido derogar el inciso segundo del artículo 83 del Código Penal, para armonizar este estatuto con la normativa de los tratados internacionales, y no mantenerlo extendiendo su campo de aplicación.

Al decidir mi demanda, la Corte Constitucional, en desarrollo de su competencia, podría tomar estas alternativas: **1.** Declarar inexecutable el artículo 1 de la ley 1426 de 2010, tal como lo he propuesto **2.** Declararlo executable a pesar del concepto de violación **3.** O modular la sentencia explicando cómo debe ser interpretado.

De todos modos, el pronunciamiento de la Corte servirá para tener claridad en este tema de especial importancia, porque hemos entendido que las normas de superior jerarquía como las del Derecho Internacional deben prevalecer sobre el régimen interno colombiano, y sin lugar a dudas, debe ser así cuando está de por medio la defensa de los derechos humanos.

Hacia una “romanización” del Derecho

David José Mancera Hernández¹

Es difícil negar la importancia del estudio del Derecho Romano para comprender el Derecho posterior, tanto así, que autores de la talla de Theodor Mommsen expresaran que “su estudio es necesario e indispensable para los altos estudios jurídicos [...] para formar y desarrollar la mentalidad de un jurista es menester presentarle en su conjunto la evolución del derecho, a fin de inclinarle, en definitiva, a una cierta sutileza y flexibilidad en el manejo de las redes del derecho positivo [...]”¹, o Margadant “el derecho romano nos ofrece los conceptos fundamentales de una ciencia jurídica supranacional, que puede servir, por ende, para crear una plataforma jurídica donde juristas de diversos países de sistema romanista puedan departir y deliberar[...]”².

Sin embargo, a pesar de que muchos maestros hagan hincapié en la importancia del estudio del Derecho Romano, pareciera que se hiciese caso omiso a estas observaciones, a tal punto que, para poner un ejemplo, actualmente sólo las Universidades Externado de Colombia, Javeriana, Libre y Sergio Arboleda ofrecen dentro de su Plan de Estudios dos (2) o más semestres de Derecho Romano, mientras que planteles educativos como los de la Universidad del Rosario, la Universidad de los Andes, la Universidad Católica de Colombia o la Universidad de La Sabana, por nombrar algunas, se limitan a un semestre y en los planes de Universidades como la Nacional, San Buenaventura, Industrial de Santander (UIS), Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), de Caldas, de Antioquia y del Norte³, no aparece ofrecida la materia o, a lo sumo, se presenta como una elec-

tiva, tal es el caso de la Universidad Nacional. De aquí cabe resaltar que existe poca preocupación por la enseñanza del Derecho Romano, pero, además, que se estudia menos en las universidades públicas, cosa bastante escandalosa, puesto que son estas universidades las que cuentan con el apoyo financiero del Estado, sumando a esto que su importancia radica en la educación de futuros profesionales que contribuirán a la elaboración del proyecto de nación, como reza la misión de la Universidad Nacional de Colombia, ícono de las Universidades públicas en el país.

Habiendo verificado ya, si bien no con la rigurosidad de una investigación, sino a modo de un simple vistazo a los Planes de Estudio, que se dedica poco tiempo a la enseñanza del Derecho Romano, Clara Inés Osorio pone de presente que “la tendencia de algunas universidades colombianas ha sido y sigue siendo, sustituir la cátedra de Derecho Romano por una que denominarían Historia General del Derecho, debido, entre otras razones, a que algunos docentes romanistas han convertido la enseñanza de esta cátedra en una introducción al estudio del Derecho Romano, donde sólo presentan, a través de conceptos básicos, determinadas instituciones romanas, historia, fuentes y algunas reglas fundamentales”⁴. Es esta tendencia la que constituye la preocupación sobre la que se centra este texto; la idea de sustituir la cátedra de Derecho Romano por la de una Historia General del Derecho, o una cátedra de Sistemas de Derecho, como se denomina en la Universidad Nacional, resulta perjudicial para los alumnos que serán los juristas del mañana, no porque un

recuento histórico general de los distintos sistemas de Derecho sea malo -al contrario, también debería hacerse énfasis en el estudio de las distintas tendencias que ha tomado el derecho histórica y geográficamente-, sino porque, como lo resaltan los diferentes autores colombianos (para lo cual bien pueden verse las bibliografías de los distintos textos), el Derecho Romano ha sido la base sobre la que se ha construido nuestro sistema jurídico y para entenderlo, o aproximarse a él de manera correcta, es necesario haber hecho un estudio serio y a conciencia del Romano.

En este sentido, es necesario hacer una evaluación de los distintos planes de estudio con relación a esta cátedra, tanto respecto a los contenidos, como en relación con la intensidad horaria y el número de semestres que debe dictarse.

No es extraño encontrarse en clases en las cuales el maestro deba explicar muchos de los conceptos que del Derecho Romano se toman para entender instituciones jurídicas actuales, sobre todo en tratándose del área del Derecho Privado; tarea que acorta el tiempo limitado de las clases, si se tiene en cuenta que la mayoría de las universidades manejan sus materias por semestres y que, con una buena base en el Derecho de Roma, podría utilizarse en avanzar hacia las tendencias contemporáneas sobre dichas instituciones. Se hace evidente entonces que se requiere de una revisión a los contenidos de los programas, como primera medida, al tiempo para llevarlos a cabo, y lo más importante, sobre la obligatoriedad de la materia, puesto que de nada serviría tener un buen programa de estudios, con un cronograma bien diseñado, para una clase que sólo tomarán algunos.

Con respecto al tiempo, un semestre no es suficiente para lograr una debida enseñanza del Derecho Romano, hace falta por lo menos un semestre de Historia de Roma, antes de pasar a estudiar las Instituciones romanas propiamente dichas, puesto que es imposible entender el derecho sin su contexto histórico; como dice el Julio César Garcés, profesor de Derecho Romano de la Uni-

versidad Nacional, “Estudiar el Derecho Romano sin un paralelo con su historia, no es más que un mero sondeo, una revisión epidérmica de algunos reglamentos que, por más emblemáticos y arquetípicos que sean, no alcanzarán a develar la variedad de componentes que los nutren; de modo que es cuestión de temeridad prescindir del contexto de la nación romana a la hora de hablar de su jurisprudencia, para poner a la vista una institución desprovista de alma y nervio, es más adecuado estudiar en una Facultad de Odontología”.

En relación con los contenidos, dejando de lado la parte de Historia de Roma, la asignatura debe dejar de ser una mera descripción de las instituciones y los cambios que tuvo a través del tiempo, debe ser complementaria con la Historia y ha de hacerse un análisis serio de las implicaciones que tuvo en su época, así como de su repercusión en la actualidad: debe irse más allá de los conceptos abstractos. Debe también tenerse en cuenta que en muchos cursos de Derecho Romano se limita el estudio a algunos autores, que si bien gozan de un gran nombre a nivel mundial, o a nivel nacional, sólo muestran una interpretación o un punto de vista sobre las instituciones; el autor por antonomasia en muchas de las Facultades de Derecho es Eugene Petit, con su excelente Tratado Elemental de Derecho Romano, libro que ha sido base para la formación de muchos de los juristas de nuestro país, pero que, ha de ser confrontado con otros textos, puesto que sus tesis, en algunos casos, han sido controvertidas por los distintos autores de la materia, siendo así que, al estudiarse sin una comparación, sólo dejan ver una cara de la moneda.

Con respecto a los docentes, se ha visto en muchos casos que no cuentan con la preparación necesaria para llevar a buen término una clase de Derecho Romano. Se presentan, por dar algún ejemplo, situaciones como el hecho de que el profesor dicta la materia porque “le gustaba mientras estudiaba su pregrado”, pero su especialidad es alguna otra asignatura, sin tener un sustento real de su conocimiento sobre este derecho. Y con esto no se pretende exigir títulos en Derecho Romano,

como especializaciones, simplemente se busca que los docentes conozcan del tema con la rigurosidad necesaria para dictar una clase, esto es, que el maestro conozca las distintas obras, la historia y las llamadas fuentes primarias y las haya estudiado a conciencia, siendo capaz de analizarlas y resolver las dudas que surjan dentro de una clase.

El maestro Darío Echandía decía que para ser un buen civilista debía saberse Derecho Romano, para ser un buen romanista debía saberse latín y, finalmente, para ser un buen jurista, había que saber bien las tres. Estas palabras aún conservan su verdad y es que, tal como lo menciona Osorio de Martínez, ya las Facultades de Derecho no ofrecen dentro de sus *pensum* el latín, a lo sumo, al igual que lo que sucede con la cátedra de Derecho Romano en algunas universidades, se ofrece como una materia electiva, lo que conlleva a que los conceptos en latín, las máximas con que se expresan muchos de los términos y principios de nuestro derecho y, obviamente del Romano, sólo sean comprendidos a cabalidad por unos pocos, en el mejor de los casos.

Para finalizar, la propuesta para una “nueva

romanización” de los planes de estudios de las Facultades de Derecho, en aras a una mejor comprensión del derecho colombiano, sería la siguiente: Primero, que se vuelva a la obligatoriedad en la enseñanza del Derecho Romano en su especificidad, y no trabajarlo a manera de una Historia General del Derecho o de una Historia universal del Estado, forma en que se ha tratado el tema en la cátedra de Sistemas de Derecho que se dicta en la Universidad Nacional; segundo, la obligatoriedad de una cátedra de latín, básica para un efectivo entendimiento del Derecho Romano; tercero, la inclusión de un semestre de Historia de Roma, tendiente a enseñar la génesis de las instituciones y los valores de la sociedad romana, sin los cuales no podrían haberse generado éstas; cuarto, que los maestros sean romanistas, ya titulados, ya con los conocimientos suficientes como para ser considerado como tal; quinto, una mayor cantidad de horas de cátedra, o de semestres, para conseguir una perspectiva general, pero no reducida del contenido de la materia y, finalmente, un programa de estudios determinado y que trate cabalmente los temas y las instituciones del Derecho Romano.

Notas

¹Estudiante de quinto semestre del programa de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Miembro del semillero de Derecho Romano de la misma institución universitaria. Correo electrónico: dajmancerahe@unal.edu.co

¹ Citado por Clara Inés OSORIO DE MARTÍNEZ en su ponencia *Un modelo de propuesta curricular para la enseñanza del Derecho Romano* para el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano celebrado en la ciudad de Buenos Aires (Argentina), en el mes de septiembre del año 2004.

² *Ibidem*.

³ Todo esto se ha hecho con base en los Planes de Estudios que presentan las distintas Universidades en sus respectivas páginas web.

⁴ Clara Inés, OSORIO DE MARTÍNEZ. *Un modelo de propuesta curricular para la enseñanza del Derecho Romano* (Ponencia).

Claves para obtener un excelente desempeño en el Consultorio Jurídico

Sandra Milena Cortés Jiménez¹

Consultorio Jurídico I y Consultorio Jurídico II son asignaturas que hacen parte del plan de estudios de nuestra Facultad de Derecho. Vale la pena recordar que el artículo 30 de la Ley 1123 de 2007 establece que las Facultades de Derecho organizarán los Consultorios Jurídicos con sus alumnos de los dos últimos años.

En la mayoría de los casos, el estudiante de primeros semestres ve el Consultorio Jurídico como algo sumamente lejano, y que es aparentemente difícil. Sin embargo, el Consultorio Jurídico es la primera y mejor posibilidad que tiene el estudiante para enfrentarse a casos reales, en calidad de *abogado habilitado*, aplicando un conocimiento teórico que se le ha impartido en el aula durante seis semestres. Es una oportunidad que debe ser aprovechada al máximo.

A continuación se presentan algunas recomendaciones dirigidas particularmente a quienes están por cursar la asignatura, de modo que su paso por el Consultorio Jurídico sea una de las mejores y más enriquecedoras experiencias de su vida.

LA SEMANA DE INDUCCIÓN

En el Consultorio Jurídico se destina la semana anterior al inicio de actividades académicas de la Universidad para que sus estudiantes realicen un

curso preparatorio a la actividad correspondiente. Cada día es destinado a una asignatura con su correspondiente evaluación.

- Lea cuidadosamente los instructivos que se le enviarán con anterioridad a su correo electrónico. En todo caso no sobrarán que repase sus apuntes para que en las evaluaciones no tenga dificultad. Si lo considera necesario, imprima los instructivos.
- Estudie el Estatuto del Abogado (Ley 1123 de 2007). Todos los estudiantes de Consultorio deben presentar un examen sobre esta ley.
- No olvide llevar los Códigos que sean necesarios.

ASISTENCIA A TURNOS

- Usted deberá acudir a turnos semanales de tres horas cada uno, en la sede y horario que le sean asignados. Estos deberán ser cumplidos con puntualidad. Recuerde que la impuntualidad y la inasistencia se consideran falta grave, a menos que cuente con la autorización de la Dirección del Consultorio.
- Use un vestuario adecuado con su dignidad del abogado. La “*elegantia iuris*” es vital para que sus usuarios tengan confianza en que aunque usted es muy joven, sí es todo un abogado. Esta recomendación debe ser

¹ Estudiante del programa de Derecho de la Universidad de La Sabana. Ha sido monitora de las asignaturas Teoría General del Proceso, Procesal Civil y Métodos Alternos de solución de Conflictos, Pruebas y Procesos especiales. Actualmente se desempeña como monitora de Dirección y Conciliación en el Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de la Universidad de La Sabana. Es además miembro del Comité Editorial de la Revista Dissertum. Correo electrónico: sandra.cortes1@unisabana.edu.co

seguida en todos los turnos y en otras diligencias que deba atender.

- No se asuste con su primer usuario. Confíe en sus conocimientos de abogado. No se le exige que le de una respuesta inmediata al usuario. Puede citarlo para el próximo turno mientras hace un estudio detallado del caso. Sin embargo nunca se debe dar la impresión de que no se sabe el tema, pues puede perderse la autoridad.
- LA SOLICITUD DE SERVICIO. Al recibir al usuario, usted debe diligenciar la solicitud con los datos que en esta se exigen. Usted debe escuchar atentamente al usuario, realizar las preguntas correspondientes y determinar a qué tipo de asunto corresponde la consulta. Debe tener en cuenta que existe una solicitud de servicio para el Área Laboral y otra para las demás materias. (Las solicitudes puede descargarlas de OLIS). Le recomendamos llevar para cada turno como mínimo 3 hojas de solicitud de servicio.
- No olvide hacer que el usuario firme la solicitud.
- No atienda más de tres (3) usuarios en cada turno. No olvide que debe atender personas de escasos recursos.
- Si el usuario vive en un sector veredal, solicítele una dirección urbana, con el fin de facilitar las notificaciones. El servicio de correo no es tan efectivo en las veredas.
- Acuda al monitor correspondiente dentro de la semana siguiente a la recepción del asunto, con el fin de realizar la debida radicación.

OLIS (ON LINE INFORMATION SYSTEM)

OLIS es una herramienta virtual que le permite llevar un control de cada uno de los casos que tiene a su cargo con sus respectivos seguimientos. Sin embargo debe llevar una carpeta física para cada uno.

- Sea disciplinado en registrar sus casos en OLIS y hacer la actualización constante de

los seguimientos. En cualquier momento el Director del Consultorio, sus asesores o el asistente de dirección le pueden calificar en este aspecto.

LAS CARPETAS FÍSICAS

Para cada caso usted debe llevar una carpeta que contenga los siguientes documentos:

- La solicitud de servicio debidamente firmada por el usuario.
- El estudio detallado del caso.
- Hoja de seguimiento.
- Las copias de los documentos que el usuario le haya proporcionado.
- Otros documentos que se vayan generando durante su gestión.
- Sea pulcro y organizado con sus carpetas.
- La redacción, letra y ortografía son indispensables para un abogado. Fíjese bien en qué escribe.

LA CONCILIACIÓN

- La conciliación es requisito de procedibilidad según lo establecido en el Art. 35 de la Ley 640/01. Es decir, la conciliación debe agotarse en los asuntos civiles, administrativos y de familia. Aún así, si en un caso determinado no se exige la conciliación como requisito de procedibilidad, es recomendable intentarla, con el fin de pacificar el medio y evitar la congestión de los despachos judiciales.
- Siempre use el “check list” y el flujograma de conciliación que encuentra en OLIS para que el trámite conciliatorio sea lo más ágil y sencillo posible.
- Acuda a la audiencia con 15 minutos de anticipación.
- Asista con los documentos requeridos en medio magnético. Así ahorrará tiempo en el trámite conciliatorio.

LAS REVISIONES DE CARPETAS (EVALUACIÓN)

- Revise los criterios de evaluación establecidos para cada área. Para esto puede ver los instructivos correspondientes.
- Al inscribirse para la evaluación con cada asesor, verifique que tenga la disponibilidad de tiempo suficiente para la actividad, evitando el cruce con clases.
- Con anterioridad, revise sus carpetas y verifique que contenga todos los documentos requeridos, al igual que el cuadro en el que debe relacionar los casos que tenga a su cargo y el estado actual.
- Estudie. NO se limite a preparar los temas que se relacionan exclusivamente con sus casos.
- Asista con puntualidad a la cita programada para la evaluación.

TENGA MUY EN CUENTA

- NUNCA se quede con documentos originales. Solicite al usuario que le lleve fotocopias.
- NUNCA reciba regalos ni ninguna contraprestación por sus servicios. Su asesoría jurídica es un servicio gratuito a la comunidad.
- SIEMPRE acuda a asesoría para cada uno de los asuntos. Lleve las carpetas a las asesorías.
- NUNCA haga entrega de memoriales, demandas, denuncias, liquidaciones y otros documentos sin el visto bueno de su asesor.
- No atienda usuarios que provengan de municipios diferentes a los del área de influencia del Consultorio Jurídico (Chía, Tocancipá, Sopó, Zipaquirá, Tabio, Cajicá) o de Bogotá. En tal caso, indíqueles a qué lugar pueden acudir.

POR SU SEGURIDAD

- No atienda usuarios fuera de la Sede y Satélites del Consultorio Jurídico.

- Nunca proporcione a sus usuarios sus datos personales p. ej, su teléfono, dirección, etc. Si el usuario le solicita un número de teléfono, puede indicarle el 8615555 o el 8616666 Ext. 2030.
- No llame a los usuarios desde su celular.

EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Como bien es sabido, la Ley 1123 de 2007 consagra el Estatuto del Abogado, incluyendo el régimen disciplinario correspondiente. Sin embargo, corresponde a cada Facultad de Derecho reglamentar el régimen aplicable a sus estudiantes de Consultorio Jurídico en caso de que cometan alguna falta disciplinaria. En el caso concreto del Consultorio Jurídico de la Universidad de La Sabana, el régimen disciplinario adoptado está contenido en el reglamento de estudiantes de pregrado, en lo referente a las faltas y sanciones en que éstos pueden incurrir. Será la Comisión de Facultad la encargada de disciplinar a los estudiantes que incurran en dichas faltas.

Como se ha mencionado a lo largo del presente escrito, es vital que usted conozca el contenido de la Ley 1123 de 2007. No olvide que como juristas tenemos una función social y una misión principal que consiste según el artículo 2 de la citada ley en “defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares. También (...) asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y des-entrelazamiento de sus relaciones jurídicas”. Ojalá que nuestro actuar como abogados esté siempre encaminado al cumplimiento de la función social y la principal misión de la abogacía. Tenga siempre presente que nuestro ejercicio no solo en el Consultorio, sino durante todo nuestro ejercicio profesional debe ser ético, reconociendo ante todo la dignidad del ser humano.

Así que ¡ánimo! Inicie su Consultorio Jurídico sin ningún temor. Ojalá que las recomendaciones señaladas le sean muy útiles para ese primer reto profesional.



Entrevista



Entrevista con el Doctor Roberto Suárez Franco

**Anamaría Quintana Cepeda¹ y
Sandra Milena Cortés Jiménez²**

El Doctor Roberto Suárez Franco nos recibió en su casa el jueves 26 de febrero en horas de la tarde y nos concedió una especial entrevista para la Revista virtual de estudiantes DISSERTUM.

1. ¿De qué modo usted se dio cuenta que su verdadera vocación estaba en el Derecho?

“Yo comencé a estudiar Ingeniería en la Universidad Javeriana y alcancé a estar como un mes en la Facultad. Transcurrido este tiempo me di cuenta que no era mi profesión, ni mi inclinación; conversé con algunos compañeros de la época que habían salido del Colegio San Bartolomé que estaban estudiando Derecho, para que me informaran y me aconsejaran. Luego de estas conversaciones, me incliné por el Derecho, no obstante haber recibido mucha oposición del Decano de entonces, el Padre Gabriel Giraldo -luego fui muy allegado a él-. Gracias al Rector, el Padre Emilio Arango, pude entrar a estudiar la carrera de Derecho en la Javeriana”.

“De todas formas, en ese momento yo no tenía claro ni qué era el Derecho ni que era la Ingeniería. Uno al terminar el bachillerato todavía está un

poco ignorante de lo que es lo uno y lo otro. Me inclinaba por el Derecho, porque mi padre había sido abogado y había sido Magistrado del Tribunal de Bogotá. Pero otros parientes me decían que la carrera del Derecho era de “leguleyos” y me desalentaban. Pero a la postre triunfó más la verdadera vocación por el Derecho; comencé a oír cómo mi padre defendía esta profesión y eso pesó bastante”.

2. ¿Cómo considera usted que debe organizarse un plan de estudios en un Programa de Derecho de tal forma que responda a las exigencias de la esencia de la Ciencia Jurídica?

“Es una pregunta bastante compleja de responder, porque un plan de estudios presenta tantos matices, y debe ofrecer tantas alternativas que es muy difícil en un momento dado, decir que “el plan de estudios ideal es éste”. Por mi trayectoria profesional creo que el plan de estudios debe obedecer en primer término al aspecto formativo del estudiante, a la formación humanística. Por ello considero que debe fomentarse mucho la Filosofía y en general la Filosofía del Derecho y luego el Derecho Civil -que para mí es el derecho común. Por

¹Estudiante de noveno semestre en el Programa de Derecho de la Universidad de La Sabana. Directora de la revista virtual de estudiantes DISSERTUM. Correo electrónico: ana.quintana@unisabana.edu.co

²Estudiante del Programa de Derecho de la Universidad de La Sabana. Ha sido monitora de las asignaturas Teoría General del Proceso, Procesal Civil y Métodos Alternos de solución de Conflictos, Pruebas y Procesos especiales. Actualmente se desempeña como monitora de Dirección y Conciliación en el Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de la Universidad de La Sabana. Es además miembro del Comité Editorial de la Revista Dissertum. Correo electrónico: sandra.cortes1@unisabana.edu.co

experiencia y no obstante haber practicado el Derecho Público, lo que más me sirvió como base de estudio y del ejercicio de la profesión, fue el Derecho Privado y específicamente el Derecho Civil”.

“Realmente el Derecho Civil es lo que llamaban hasta no hace mucho el Derecho Común, que es el derecho de la comunidad. No se puede pensar en un plan de estudios en el que lo más importante sea la eventual inclinación a ciertas asignaturas que puedan ofrecer más éxito de tipo económico, pues lo fundamental es la formación. Entonces, por eso el plan de estudios debe responder en primer término a aquellas tendencias formativas. Repito, el Derecho Civil, desde luego el Derecho Constitucional que es la base de todo el derecho, y el Derecho Público; también el Derecho Penal. Un abogado sin conocimientos de Derecho Penal, no tiene sentido. Pero sobre todo, deben fomentarse aquellas asignaturas formativas. Yo creo que las asignaturas que revisten cierta especialización, no deben incluirse en el pregrado sino en el postgrado. Pero parece que tendencias modernas, para mí equivocadas, pretenden llevar al pregrado asignaturas que no son propiamente formativas sino que ofrecen soluciones prácticas para el profesional”.

3. ¿Cuál cree usted que es la verdadera definición de justicia?

“Me hacen ustedes una pregunta que se ha formulado durante siglos; yo contestaría con aquella respuesta de aquel famoso romanista (Ulpiano): “darle a cada cual lo que le corresponda conforme al derecho”. Es una justicia más bien distributiva, pero ustedes saben, como estudiantes de Derecho, que el tema ha sido motivo de discusión por siglos”.

“Realmente la justicia es lo que se debe perseguir en toda sociedad civilizada; lo justo, lo equitativo. Es decir, que el ser humano pueda llegar a que se le reconozca lo fundamental en su vida. Para eso se requiere el derecho, con el fin de que se haga justicia para todos”.

4. Para usted, ¿justicia es sinónimo de derecho?

“No es una definición de justicia sino una descripción de justicia”.

“En ningún caso la justicia es lo mismo que el derecho. El derecho como lo sabemos, es una facultad ante todo de la persona para llegar a la justicia y es una ciencia. Ese derecho, es subjetivo y objetivo; el objetivo es el del Estado y el subjetivo es de la persona. Son medios para llegar a la justicia. Por eso, con el Derecho debe llegarse a lo justo (por desgracia en nuestro país esto no es así)”.

“En Colombia es lo práctico, lo conveniente en el momento, aún se llegue a la postre a las peores injusticias”.

5. Teniendo en cuenta que usted ha ocupado importantes puestos en su vida profesional y además los ha compaginado con su vida familiar y con la docencia, le rogamos nos de un consejo para poder conciliar trabajo y familia.

“Para mí lo más importante para un éxito, llámelo profesional o como quiera, es la familia, porque la familia es la base de la tranquilidad”.

“Lo sostengo y lo he dicho en clase, cuando termino generalmente mis programas al finalizar el semestre o el año: les deseo que ojalá logren formar una familia estable, porque cuando uno en su base, con su personalidad, encuentra una célula a la que pertenece y que es fundamental que le de tranquilidad en todo sentido, lo demás viene por añadidura. Puede uno investigar, puede estudiar, puede trabajar, desde luego teniendo familia”.

6. En su extensa vida de docente, ¿qué anécdota recuerda especialmente?

“Es tan difícil... ¡ son cincuenta y tres (53) años ! En la Universidad Javeriana más de 40 años, en Los Andes 15 años, en La Sabana también 15 años, en el Rosario 6 años, en la Universidad Sergio Arboleda alrededor de 4 ó 5 años. Como notarán, poder ubicar una anécdota sobre una cuestión particular que recuerde, no es muy fácil”.

“Tal vez en la Universidad Javeriana, un momento especialmente satisfactorio, fue cuando el entonces Procurador General de la Nación, Rodrigo Noguera -que después fue Rector de la Universidad Sergio Arboleda, que fue mi profesor, una eminencia-, me llamó un día al despacho del Padre Giraldo, Decano de la Facultad de Derecho, y me dijo: “He pensado que me colabores como profesor auxiliar en la cátedra de Derecho Civil Personas, como tú has elaborado tu tesis de grado sobre cuestiones de derecho de familia y filiación -en esa época la familia y la filiación eran un capítulo final de Derecho Civil Personas-“. Y entonces, me dejaron como profesor auxiliar de Derecho Civil Personas”

7. ¿Ha puesto muchos cincos (5.0) en sus exámenes parciales y finales en las distintas Facultades de Derecho en las cuales ha dictado clase?

“Muchas veces he puesto cincos. Lo que ocurre es que a medida que avancé me volví “más madre” y menos exigente, pero de todos modos no ponía cincos. Cuando era más exigente, ponía más cincos. Me acuerdo de algunos alumnos muy especiales a quienes les puse 5,0 como a los Doctores Gabriel Melo Guevara y Eduardo Ospina Acosta, hijo de Guillermo Ospina Fernández -los dos han publicado un libro de Derecho de las Obligaciones-. Yo ponía 5,0 sin problema, pero después me convencí que no convenía. Pero ponía el 4.9 con mucha facilidad (“ponía” porque ya no soy más profesor)”.

¿Por qué 4,9 y no 5,0?

“Cuestión de orgullo” (el Dr. Suárez Franco suelta una carcajada).

8. ¿Qué opina usted sobre el pronunciamiento reciente de la Corte Constitucional acerca de que las parejas del mismo sexo son consideradas “familia” haciendo una interpretación del artículo 42 de la Constitución Política?

“Para mí esas decisiones de la Corte Constitucional que le dan gran trascendencia al homosexualismo, no me convencen”.

“Para mí, la familia surge fundamentalmente por la pareja, una familia de una persona no es familia, exige por lo menos dos, y esas dos personas deben ser un hombre y una mujer, quienes aun antes de la regulación del matrimonio, vivían juntos “naturalmente” y formaban la familia”.

“Después con el tiempo, la familia tuvo contenidos religiosos, psicológicos, sociológicos, pero la base siempre ha sido la diferencia de sexo. Dos hombres o dos mujeres, forman una unión que podrá respetarse y deberá respetarse, pero no son familia, son una unión. El hecho que en la época moderna se esté exaltando ese tipo de relaciones por algunos sectores de la sociedad, no quiere decir que sean familia. Matrimonio de homosexuales, no es matrimonio; es una unión de homosexuales, porque el matrimonio es entre un hombre y una mujer”.

9. ¿Cómo fue su experiencia trabajando durante más de 15 años en la Universidad de La Sabana?

“Recuerdo que era Consejero de Estado y estaba terminando mi labor como Consejero. Recibí un ofrecimiento a través de un querido amigo que era profesor de La Sabana; me preguntó que si

me gustaría trabajar en la Universidad y yo le dije que sí, pero dependiendo de las condiciones, no tanto económicas, sino las condiciones en que era llamado”.

“Me ofrecieron una cátedra semi-medio tiempo. Medio tiempo que me llenaba mis momentos, digamos “de vacancia”, y que a la vez me obligaba a seguir investigando, a seguir estudiando. Me llamó mucho la atención y acepté la cátedra”.

“Me sentí muy bien trabajando en La Sabana hasta hace poco que comencé a darme cuenta que ya los años pesaban y que quizás ya estaba haciendo mal mi trabajo; tomé la decisión de retirarme. El Rector fue particularmente atento conmigo, lo mismo que los colegas de profesores, todos son gente muy amable. Me retiré muy tranquilo y muy contento”.

“Para mí fue una satisfacción trabajar en La Sabana. En cada curso, el 95% o el 99% de los alumnos llenaba mis aspiraciones de profesor. Yo pasé una época muy agradable en La Sabana, muy tranquila. Todos los estudiantes fueron siempre muy respetuosos. Notaba a los alumnos muy interesados en clase. Debo motivos sólo de agradecimientos, por la forma tan gentil con que me trataron”.

“Los triunfos y los fracasos, más los fracasos que los triunfos, es lo que forma y eso es lo que trata uno de transmitirle a los estudiantes. Esas experiencias, esos éxitos, que con ayuda de algunos estudios y análisis puede uno dictar una cátedra aceptable”.

“Realmente los estudios profundos son fundamentales para un buen profesional, pero para un buen profesor no bastan los grandes estudios, es menester la experiencia profesional”.

10. ¿Qué consejos daría usted a las presentes y futuras generaciones de abogados?

“Pues que investiguen y estudien. Este mundo tan complicado requiere una formación importante, integral y eso se logra sólo a través del estudio y de la investigación”.

“Y que estudien cosas importantes porque ahora están suministrando tanta “hojarasca jurídica” y tanta cuestión intrascendente que quieren pintarla como la salvación del abogado”.

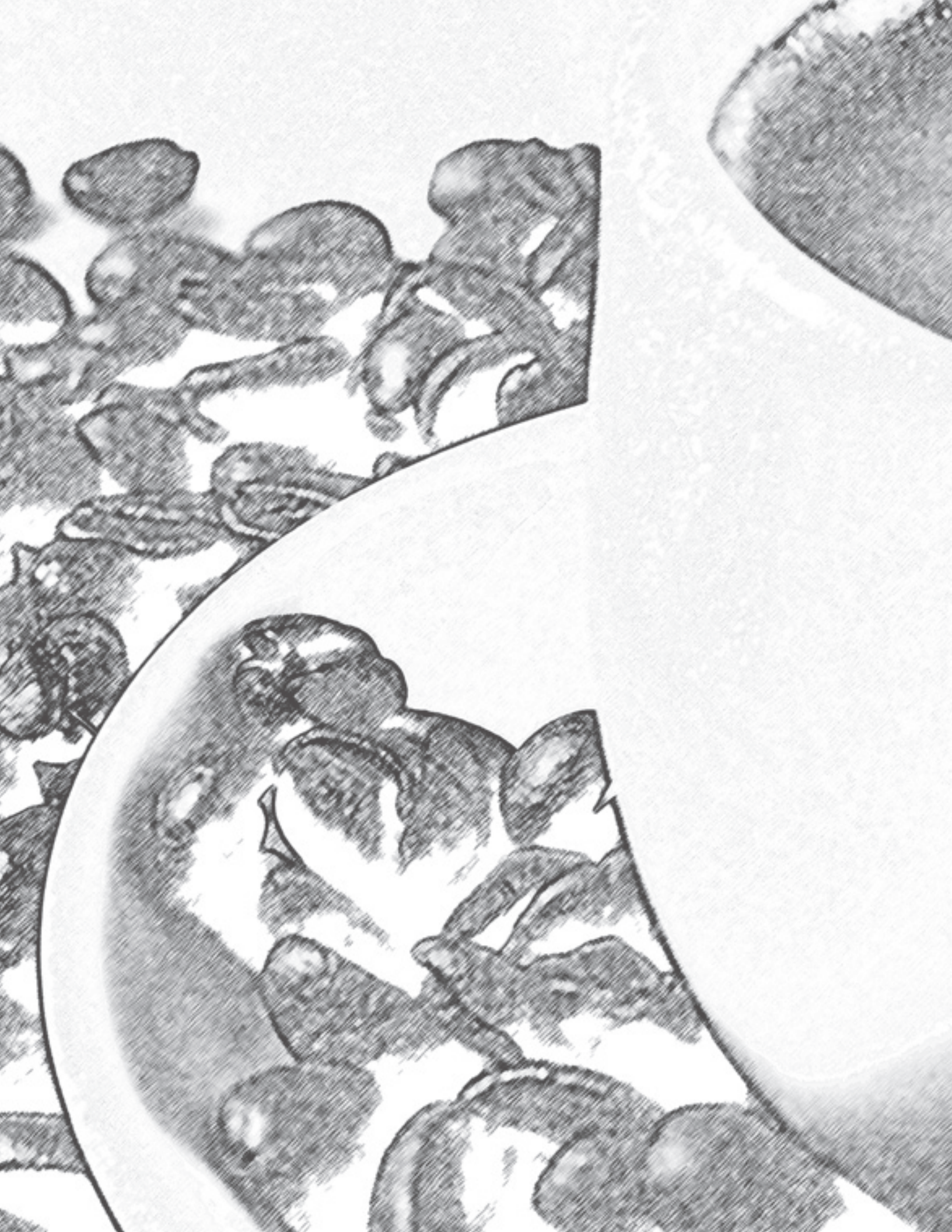
“El que puede triunfar es el que logra formarse una conciencia jurídica a través del estudio del Derecho y de su formación humanística”.

Finalmente, el Dr. Suárez Franco manifiesta:

“Muchas gracias a ustedes por la entrevista y desde luego aprovecho esta oportunidad para enviar un particular y emocionado saludo a todos los que fueron mis alumnos, que gracias a ellos pasé una temporada realmente envidiable en la Universidad de La Sabana”.



Descafeinado



La ventana de Wiki... “Cazanoticias de RCN: una nueva jurisdicción”

Los juristas que lean este título se van a extrañar y seguramente van a afirmar que yo no sé de factores de competencia ni de teorías sobre la naturaleza de la jurisdicción. Pues bien, puedo asegurarles que lo que están leyendo en el título de este escrito, es cierto, no es algo erróneo y es más bien algo cotidiano y hasta abrumador para el sistema judicial. ¿Por qué? Les voy a dar los siguientes argumentos:

Primero: cuando digo que es una nueva jurisdicción, es eso. Programas como el mencionado, se han vuelto una institución social que no se dedica solamente a escuchar a los ciudadanos y no se queda exclusivamente con la difusión del caso; aboga por las personas, les soluciona los inconvenientes, acude ante los entes que se van a necesitar. En pocas palabras, el programa “Cazanoticias” y sus similares (“Ojo ciudadano” de Caracol, “Reportero ciudadano” de Citytv) desempeñan todos los papeles posibles: secretarios de Despacho al recibir las denuncias, Fiscales, al recoger testimonios de los afectados, tomar las imágenes del caso y hasta Conciliadores, cuando acuden a las entidades respectivas a que les respondan a los ciudadanos.

Segundo: son rápidos, cosa que el sistema judicial no lo es. Mientras los primeros apenas reciben la denuncia, en menos de lo que uno imagina, ya están publicándola y resolviéndola, los segundos se demoran años en simplemente decir sí o no, casa o no casa, anula o no anula, en fin... y no da esa seguridad de que sea cumplida la decisión.

Los medios de comunicación, al dejar registrada la posible respuesta de las autoridades, si se evidencia que no ha sido ejecutada, pueden en cualquier momento volver a pasar la respuesta y avergüenzan a la persona encargada de decidir y la hacen ver como incompetente; además, abruman al sistema, porque demuestran a la justicia ordinaria, que ellos pueden resolver los problemas rápido, de forma eficiente y eficaz y, son de confianza para las personas.

Tercero: debido a la falta de difusión de las leyes (enorme tarea de los juristas) al desconocer las normas y los trámites, las personas ven en estos medios una forma de denuncia, de efectiva solución a sus problemas. Resultan convertidos en una instancia efectiva, que aparece ante la falta de respuesta de las personas involucradas o de las autoridades; es una forma de coacción legal.

Somos muchos los que conocemos casos en los que se afirma “Voy a denunciarlo al Cazanoticias”. Conozco personalmente dos casos: el primero, se refiere a una mujer con su hijo enfermo en un hospital, que por falta de recursos, retenían al pequeño hasta que su madre pagara la deuda; ella presentó derechos de petición, interpuso acción de tutela, y no le resolvieron el caso; de no haber sido porque denunció su caso en Citytv, su problema no hubiera sido resuelto. El segundo, hace alusión a una empresa que liquidó su Fondo de Empleados y no les quería entregar los ahorros a sus colaboradores, quienes demandaron ante la



jurisdicción laboral, acosaron al empleador con cartas, etc... y también por la denuncia en Citytv su problema fue resuelto.

Cuarto: son multicompetencias, “promiscuos”, es decir, atienden todos los casos, aceptan cuestiones de todo tipo, desde una denuncia por presencia de grupos peligrosos, pasando por maltrato animal, hasta asuntos de atención gubernamental. No filtran sus intereses. Es en pocas palabras, la puerta a la justicia, es la primera instancia y por qué no, la única instancia en la solución de problemas.

Quinto: irónicamente esta jurisdicción tiene instancia internacional. En caso de que en Colombia no se resuelvan los problemas denunciados, están programas como Ireport de CNN en español o documentales al mejor estilo Pirry, en canales como BBC, que se encargan de denunciar los problemas nacionales al mundo entero, logrando así presión interna para resolverlos. Si no me creen, consulten algunos de los trabajos del periodista Hollman Morris.

Ahora sí queridos juristas, ¿entienden por qué afirmo que “Cazanoticias” es una nueva jurisdicción? Y cuando digo “Cazanoticias”, no me refiero solamente a este programa, es el nombre “representante” de todos los programas de denuncia como “Séptimo Día”, “Especiales Pirry”, “Ojo Ciudadano” y demás, que aunque somos conscientes de que resuelven los problemas de los ciudadanos, también nos ponen a replantear el papel del jurista, de aquel que da “a cada uno lo suyo” en palabras de Hervada.

Con el auge de estos programas, nuestro papel prácticamente queda relegado; sólo basta tener una cámara y ¡ listo ¡ Quien hace el papel material de la justicia es el programa, ¡ adiós jueces, adiós teorías de lo justo, adiós ineficiencia ! Demos especiales bienvenidas: ¡ Hola denuncia ciudadana, hola juez mediato. Hola justicia exprés !

Wiki¹

¹Diana Carolina, SÁNCHEZ VERA. Estudiante de séptimo semestre en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. Correo electrónico: dianasave@unisabana.edu.co



Universidad de
La Sabana