



# NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO

Memorias del Seminario Internacional  
del 4 de octubre de 2018

Lina María Ortegón Suarez  
Carolina Blanco Alvarado  
Adriana Castro Bermúdez  
Mónica Lucía Fernández Muñoz  
Erika Isler Soto  
Lourdes García Rodríguez  
Tatiana Zabala Leal  
José Manuel Gual Acosta  
Joaquín Emilio Acosta Rodríguez

# NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO

Memorias del Seminario Internacional  
del 4 de octubre de 2018





# NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO

Memorias del Seminario Internacional  
del 4 de octubre de 2018

Lina María Ortegón Suarez  
Carolina Blanco Alvarado  
Adriana Castro Bermúdez  
Mónica Lucía Fernández Muñoz  
Erika Isler Soto  
Lourdes García Rodríguez  
Tatiana Zabala Leal  
José Manuel Gual Acosta  
Joaquín Emilio Acosta Rodríguez



Editorial Politécnico Grancolombiano  
Calle 57 No. 3 – 00 este  
Tel: 7455555 ext. 1516  
Bogotá, Colombia.

Nuevas tendencias del Derecho.  
Memorias del Seminario Internacional  
del 4 de octubre de 2018

Primera edición

Diciembre de 2018

E-ISBN: 978-958-8721-96-5

ISBN Digital: 978-958-8721-95-8

#### **Autores**

Lina María Ortegón Suarez  
Carolina Blanco Alvarado  
Adriana Castro Bermúdez  
Mónica Lucía Fernández Muñoz  
Erika Isler Soto  
Lourdes García Rodríguez  
Tatiana Zabala Leal  
José Manuel Gual Acosta  
Joaquín Emilio Acosta Rodríguez

#### **Lider de publicaciones**

Eduardo Norman Acevedo

#### **Analista de producción editorial**

Carlos Eduardo Daza Orozco

#### **Corrección de estilo**

Ana Ximena Oliveros

#### **Diseño y diagramación**

Erika María Ortega Clavijo

Ortegón Suarez Lina María; Blanco Alvarado Carolina; Castro Bermúdez Adriana; Fernandez Muñoz Mónica Lucía; Isler Soto Erika; García Rodríguez Lourdes; Zabala Leal Tatiana; Gual Acosta José Manuel; Acosta Rodriguez Joaquín Emilio.

123 p. : il. ; 17 x 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

E-ISBN: 978-958-8721-96-5

ISBN Digital: 978-958-8721-95-8

Nuevas tendencias del Derecho. Memorias del Seminario Internacional del 4 de octubre de 2018/ Lina María Ortegón Suarez Et al.; Líder de publicaciones, Eduardo Norman Acevedo; Analista de producción editorial, Carlos Eduardo Daza Orozco. – Bogotá D.C.: Editorial Politécnico Grancolombiano, 2018.

Política, derecho y economía, sistemas jurídicos, derecho.

Sistema Nacional de Bibliotecas – SISNAB  
Institución Universitaria Politécnico  
Grancolombiano.

Hecho en Colombia  
Made in Colombia

La Editorial del Politécnico Grancolombiano pertenece a la Asociación de Editoriales Universitarias de Colombia ASEUC.

El contenido de esta publicación se puede citar o reproducir con propósitos académicos siempre y cuando se de la fuente o procedencia.

Las opiniones expresadas son responsabilidad exclusiva de los autores.



Atribución – No comercial – Compartir igual

Citar como:

Ortegón S., L. M., Blanco Alvarado, C., Castro Bermúdez, A., Fernández Muñoz, M. L., Isler Soto, E., García Rodríguez, L., Zabala Leal, T., Gual Acosta, J. M., Acosta R., J. E., (2018), Nuevas Tendencias del Derecho. Memorias del Seminario Internacional del 4 de octubre de 2018, Bogotá D.C.: Editorial Politécnico Grancolombiano.

## CONTENIDO

Presentación .....	7
Aplicación práctica de las medidas cautelares innominadas en diversos escenarios .....	8
Lina María Ortegón Suarez	
La descentralización territorial y la integración Andina .....	19
Carolina Blanco Alvarado	
La paz como bien superior dentro del Estado Social de Derecho: puntos críticos de la sentencia C-007 de 2018 .....	28
Adriana Castro Bermúdez	
Nuevas tendencias de la responsabilidad civil .....	36
Mónica Lucia Fernández Muñoz	
Responsabilidad por productos defectuosos .....	52
Erika Isler Soto	
Desafíos actuales de la economía y la sociedad digital: perspectiva europea .....	60
Lourdes García Rodríguez	
La inteligencia artificial en el ejercicio del Derecho .....	80
Tatiana Zabala Leal	
Las cláusulas abusivas: perspectivas para un contrato equilibrado y su posible reforma .....	91
José Manuel Gual Acosta	
La tendencia constitucionalizante en el Derecho de los negocios ...	107
Joaquín Emilio Acosta Rodríguez	

## PRESENTACIÓN

Un sinnúmero de fenómenos y acontecimientos han impulsado y siguen fomentando el desarrollo del Derecho, no solo a nivel nacional, sino también, internacional. Desde esta perspectiva, con la realización del presente “Seminario Internacional: Nuevas Tendencias del Derecho”, por parte del Programa de Derecho del Politécnico Grancolombiano, se buscó hacer una reflexión académica, desde diversas perspectivas, en torno a algunas situaciones que, en los últimos años, han llevado a nuevos repensamientos o reformas, si se quiere, desde la perspectiva jurídica.

El objetivo, en definitiva, fue cumplido, en la medida que han quedado sobre la mesa de discusión, las evidencias no solo de las nuevas dinámicas del Derecho, sino, además, de la necesidad de lograr avances significativos, que resulten acordes con las modernas realidades sociales, económicas y políticas.

Agradecemos a todos los conferencistas nacionales e internacionales que aceptaron nuestra invitación y que han querido aportar con su concurso a esta jornada de reflexión contribuyendo fehacientemente, con sus grandes talentos y conocimientos, a animar el debate.

De igual manera, agradecemos a los estudiantes, docentes, egresados y al público en general que asistió a esta jornada de reflexión académica.

Mónica Lucía Fernández Muñoz  
Docente investigadora



## APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN DIVERSOS ESCENARIOS

Lina María Ortegón Suarez<sup>1</sup>

Buenos días, les agradezco a todos su puntual asistencia, veo muchas caras de personas que pertenecen al programa, como veo muchas caras nuevas, y me honra que nos estén acompañando hoy en esta jornada que explica, como su nombre lo dice, las nuevas tendencias del Derecho. Doy la bienvenida a la doctora Lourdes García Rodríguez que nos acompaña como invitada internacional, a la doctora Mónica Fernández, organizadora del evento.

Hoy vamos a hablar de la *aplicación práctica de las medidas cautelares innominadas en diversos escenarios*. Para tratar de abarcar este tema vamos a dividirlo en tres momentos: el primero de ellos definir qué es una medida cautelar, cuál es el fundamento constitucional, cuáles son las nociones legales que se tienen, cuál ha sido la postura desde la doctrina; en el segundo momento iniciaremos a hablar de los diferentes tipos

---

<sup>1</sup> Abogada y Especialista en derecho administrativo de la Universidad Libre de Colombia. Conciliadora en Derecho por la Cámara de Comercio de Bogotá. Actualmente adelanta estudios de Maestría en Derecho en Procesal en la misma Universidad. Posee experiencia en el sector público y privado. Docente del Politécnico Grancolombiano.

de cautelas que existen; finalmente en un tercer escenario abarcaremos diferentes ejemplos prácticos de nuestra vida real en los que podemos evidenciar la aplicación de lo que se denomina una medida cautelar innominal.

Iniciamos entonces con la constitución política: cuando vamos a buscar el fundamento constitucional de las medidas cautelares no encontramos un artículo o una disposición que nos señale la posibilidad de ejercer una cautela, que como su nombre lo dice tiene que ser cuidadosa, con sigilo, con una garantía que garantice como su nombre lo dice mis derechos, en contra de quien ha contraído una obligación. Sin embargo, voy a traer a colación dos frases del maestro Carnelutti, la primera de ella nos dice “Aun cuando todas las reglas sean escrupulosamente respetadas, la obra del legislador nada vale si no corresponde a la justicia” y la segunda frase dice “La experiencia nos enseña que no son útiles ni duraderas las leyes injustas, no son útiles porque no aportan la paz, y no duran porque tarde o temprano en vez de conducir al orden, desembocan en la revolución”.

Para abordar el tema del fundamento constitucional tenemos que remitirnos a las diferentes manera de solucionar los conflictos y encontramos que la *autotutela* -que es la justicia por propia mano- ; la autocomposición que consiste en que las partes se involucran en la resolución de sus conflictos con ayuda de un tercero, por ejemplo tenemos la conciliación; y la heterocomposición que es cuando ya un tercero dirime el conflicto y adopta la decisión incluso a costa de los derechos de la otra parte, incluso utilizando medios o coaccionando, o con justicia o con el tema que trataremos hoy: las *medidas cautelares*. Cuando nos enfrentamos a este escenario tenemos dos tipos de Derecho: cuándo acudimos ante un escenario judicial, el primer momento es cuando nuestro derecho es incierto y buscamos mediante un proceso declarativo que el mismo se nos declare como cierto, puede ser un proceso verbal

o un proceso verbal sumario, un proceso de jurisdicción voluntaria, lo que yo busco de la autoridad judicial es un pronunciamiento frente a un derecho incierto, tenemos por ejemplo la investigación de paternidad, la impugnación de paternidad, el divorcio, la unión marital de hecho entre otros.

Pero, por otro lado, también yo acudo ante la autoridad judicial cuando tengo un derecho que es incierto e indiscutible, y me lo están vulnerando. Ejemplo de lo anterior es cuando celebro un contrato que puede ser *intuito personae*, donde yo puedo celebrar un mutuo civil, un mutuo comercial, puedo estar hablando de un contrato de arrendamiento o de una obligación contenida en un título valor. En estos casos mi derecho es cierto, yo no busco de la autoridad judicial que lo declare, sino que mediante la fuerza o mediante algún tipo de medida o instrumento, que es el que hoy traemos a colación, obligue a la otra parte o me garantice el cumplimiento de una futura o eventual sentencia judicial.

De manera que estos son los antecedentes para llegar a un escenario en el cual yo como parte afectada, porque tengo un derecho cierto e indiscutible que está siendo vulnerado, tengo que acudir a la jurisdicción para que, ya sea un proceso declarativo o un proceso ejecutivo, me declare mi derecho, o me garantice su cumplimiento.

Contamos con fundamentos constitucionales como el artículo 228, el artículo 229 que nos dice que la autoridad judicial o cualquier autoridad administrativa investida de facultad de administrar justicia está en la capacidad de solicitar e imponer medidas cautelares, y esas medidas cautelares pueden ser preventivas, pueden ser para garantizar el cumplimiento de un derecho; y en el nuevo Código General del Proceso que es la ley 1564 de 2012, encontramos una definición o una distinción entre los diferentes tipos de medidas cautelares.

Existen las medidas cautelares nominadas y las innominadas que son las que trataremos hoy en cuanto su aplicación práctica en diferentes escenarios jurídicos.

¿Cuáles son las medidas cautelares nominadas e innominadas? Podemos encontrar medidas personales y medidas sobre derechos reales; las personales que recaen sobre aquellas personas que entran en un conflicto, y cuándo hablamos de ese conflicto, cuando el conflicto no se logra solucionar a través de mecanismos como la autocomposición, la conciliación y se convierte en una controversia jurídicamente materializable, que yo voy a llevar a un escenario judicial mediante un procedimiento, un proceso establecido, en busca de que me garanticen mis derechos; y cuando yo hablo de medidas cautelares sobre los bienes, sobre los derechos reales, es porque yo tengo la posibilidad de perseguir el patrimonio del otro para que me garantice el cumplimiento y es allí dónde podemos encontrar medidas cautelares tales como: artículo 590 del Código General del Proceso, la inscripción de la demanda y/o el secuestro. Incluso cuando hablamos de bienes muebles sujetos a registro tales como los automotores, frente a los cuales procede la captura, esta medida cautelar, presenta la primera dificultad que consiste en que como ustedes bien saben, al ser de conocimiento público, difundido a través de las noticias, en el momento en que se ordena el embargo de un automotor, se inscribe en su certificado, posteriormente previo requerir el secuestro se ordena la captura del mueble y es llevado a los parqueaderos que deberían ser judiciales porque allí es en donde surgen las inquietudes.

Uno de los casos es, por ejemplo, si yo lo entregué con mil kilómetros me lo están devolviendo con cinco mil; entonces por eso existe la figura del secuestro, para que se garantice cuál fue el uso que se le dió a ese bien, cuál fue la destinación, cuáles fueron los frutos que se percibieron, y no solamente de los bienes muebles sujetos a registro, tales como los automotores, sino que también me va a proceder frente a los inmuebles.

Entonces, yo tengo la garantía para pagar una deuda, de solicitar una medida cautelar en contra de mi deudor, ordenar el *embargo* que quiere decir sacar el bien del comercio, él ya no puede realizar ningún negocio tal como una compraventa, pero adicionalmente voy a solicitar el secuestro sobre ese inmueble, y a pedir que se garanticen mediante este auxiliar de la justicia que es el *secuestre*, que me pasen unos aportes sobre los frutos que se puedan percibir de ese bien; y allí, ya con esta explicación más amplia podemos tener un fundamento constitucional, artículo 29 de la constitución política, debido proceso, porque no es solamente solicitar la cautela y decir que yo tengo un derecho cierto y me lo deben reconocer, sino que se me debe garantizar un proceso como demandado, como deudor en el que yo pueda solicitar al Señor juez el levantamiento de la medida cautelar con el pago o con esta contraprestación, entre otras cosas.

Adicional a eso existen unas garantías y características propias de las medidas cautelares. En el momento de decretarlas se tiene que tener un juicio de proporcionalidad, de necesidad, por ejemplo si la deuda es de diez millones yo como juez estaría imposibilitado para decretar un embargo de diferentes muebles que me sumen mil millones de pesos, es desproporcional la medida a lo que se espera en la sentencia.

Este es un ejemplo amplio de cómo funcionan las medidas cautelares, porqué son nominadas, dónde está la nominación, porque las encontramos enlistadas en los diferentes ordenamientos, y es así como la ley 1437 de 2011 nos enuncia en el artículo 232 cuales son esas medidas que pueden proceder frente a cautela contra el Estado, por ejemplo. Adicionalmente encontramos en el ordenamiento penal diferentes escenarios que evidencian cuando puedo solicitar como una medida personal la medida preventiva de privación de la libertad, porque esa persona puede colocar en riesgo a la sociedad; y en derecho privado artículo 590 del Código

General y 598, cuando hablamos de procesos de familia, y aquí se torna un poco más interesante, que son los casos que día a día nosotros podemos observar en nuestros diferentes medios de comunicación, el más recurrente, la violencia intrafamiliar.

El Código General del Proceso que es una ley del 2012, en el artículo 598 ya nos dice que para los procesos de divorcio, separación de bienes, regulación de alimentos, uniones maritales, cuando se evidencia violencia intrafamiliar el juez está posibilitado para decretar, y brinda un listado de medidas procedentes. Pero allí en ese mismo artículo, incluso en el artículo 590 y en la ley 575 del 2000 que es la que habla de la violencia intrafamiliar en manos de autoridad administrativa tal como la Comisaría de Familia, también lo van a encontrar en propiedad intelectual, en competencia desleal que posibilita al juez para decretar cualquier otra medida que considere pertinente para garantizar el cumplimiento de la sentencia.

Es importante tener en cuenta que si yo como demandante le estoy pidiendo al juez en mis pretensiones el pago de la suma de diez millones de pesos, él debe realizar un juicio de proporcionalidad y determinar si embargar por ejemplo una cuenta bancaria hasta el monto de diez millones de pesos es procedente, sin prejudicialidad, no quiere decir que el juez esté diciendo desde el inicio que esa sea la suma de dinero que se deba, lo que está haciendo es precaviendo lo que futura o eventualmente pueda llegar a acontecer. Decreta la medida cautelar y garantiza el cumplimiento de ese pacto.

Otra medida cautelar personal se da cuando yo, como parte, siento vulnerados mis derechos y solicito al señor juez que decrete que mi pareja salga provisionalmente del domicilio común y conyugal, mientras

se tramita el proceso de divorcio por la causal de actos de agresión, consumo habitual de sustancias y/o comportamiento incorrecto contra la pareja (algunas de las causales que se tienen como causal sanción para el matrimonio), y con esto estamos precaviendo que pueda generarse una situación más gravosa para las partes; y se está garantizando su dignidad humana e incluso la vida.

Pero también vamos a encontrar un tercer escenario, y puede ser una situación futura o eventual en la cual no sabemos cómo van a surgir las cosas, y es allí donde aparecen las *medidas cautelares innominadas*, por ejemplo, en el proceso de entrega del tradente al adquirente donde ya se efectuó un negocio de compraventa y sólo hace falta la entrega real de la cosa. Pensemos que se hizo una compra venta frente a una finca que tenía una cosecha de 15 hectáreas de café, y en ese proceso de entrega real del tradente al adquirente yo quiero que el señor juez decrete una medida cautelar innominada, porque no está dentro de las establecidas en la Norma, me la invento yo para garantizar que está cosecha sea mía, que los frutos que se perciban lleguen a mis manos y no queden en manos del comprador. La pregunta que surge es la siguiente ¿existe en el Código General algún artículo que lo permita? no existe.

Y si cambiamos radicalmente de tema y nos vamos a la violencia intrafamiliar, podemos decir que hace poco en Colombia, tuvimos la desafortunada noticia de una señora que había tramitado su medida de protección en la comisaría de familia de su domicilio, es decir, estamos hablando de una situación que era de conocimiento de la autoridad competente, en la que su ex pareja estaba realizando actos de agresión físicos, verbales, de hostigamiento contra ella. Sin embargo, al analizar la norma o cuáles son las medidas que establece la Ley 575 del 2000 en el artículo número 2, que modifica la Ley 246 del 96, nos dice que si ustedes son víctimas tienen que acudir a la comisaría de su localidad y

allí dentro de las medidas preventivas se le va a dar orden a la policía para que le garantice su vida, su integridad personal en caso de que usted lo requiera.

¿Qué pasa con esta señora?, como la norma imposibilita a la autoridad judicial salir de su territorio, es decir ella tiene la medida de protección en su localidad, pero cuando sale a realizar cualquier otra actividad como su trabajo, que es la noticia del caso que traigo a colación, pues queda totalmente desprotegida.

¿Cuál es el resultado de esta situación? pues que su presuntamente victimario hasta este momento puede llegar a causarle un daño a su integridad, y en este caso incluso causarle la muerte porque estaba desprotegida, y no es que las leyes no sean eficientes, es que desde el Derecho tenemos que encontrarle una aplicación práctica, y no solamente en un escenario judicial; cualquier entidad administrativa que ejerza funciones jurisdiccionales, está en el deber de aplicarlas. En el caso de la señora en mención, pese a contar con su medida cautelar, fallece, en el lugar de su trabajo, no en el de su domicilio, en un ámbito donde se encontraba completamente desprotegida.

¿Qué se pudo hacer? solicitar una medida cautelar innominada, porque no está en la norma, para garantizar la integridad y la vida de esta persona en cualquier escenario que se encuentre frente al acompañamiento de la policía. Desafortunadamente no se hizo y ese fue el desenlace, pero la norma ya lo establecía.

¿Cuáles son las instancias, o los elementos o los presupuestos universales que se deben evaluar para una medida cautelar? La respuesta incluye algunos términos que a ustedes les pueden causar curiosidad. primero el

*Fumus bonis iuris*, el humo del buen Derecho, qué quiere decir, que cuando ustedes soliciten una medida cautelar, esta se encuentra sustentada en las pruebas legal y debidamente aportadas, garantizando de esta manera el derecho de acción. Con esas pruebas usted le está demostrando al juez el contrato, la relación, la denuncia, el trámite de la medida de protección, para que él pueda incluso continuar con las medidas o decretar unas nuevas que considere pertinentes.

El segundo, *periculum in mora*, el peligro en la demora, y qué nos dice, como administración de Justicia, como autoridad judicial, usted debe precaver que desde el momento en que se interpone la demanda, la querrela, la denuncia, van a acontecer más situaciones, hasta el momento en que se emita una decisión, pues las partes van a continuar con el conflicto, con la controversia. El objeto sigue siendo de discusión, tiene que garantizar, y allí vienen las medidas provisionales, mientras se adopta la decisión final en la sentencia, se ordena la residencia separada, se ordena una medida cautelar provisional para garantizar los derechos mínimos de un niño, niña o adolescente.

Adicional a esto encontramos el término *periculum in damni* que significa el peligro del daño. En qué consiste ese *periculum in damni*, pues que usted como autoridad judicial, como ente administrativo tiene también que precaver cuáles son los posibles daños que se puedan precaver con esta medida cautelar, y ahí viene el juicio de proporcionalidad, yo no me puedo inventar más medidas cautelares de las que me van a garantizar el cumplimiento del derecho alegado.

Cuarto, *suspectio debitoris*, sospecha del deudor, que ha sido objeto de discusión de tratadistas internacionales; por ejemplo, recuerdo que el doctor Jordi Fenoll dijo, hace tres años, en un en un debate de derecho

procesal: "...es discutible que ustedes dentro de su ordenamiento contemplen que una medida cautelar se puede decretar porque ustedes sospechan que la persona no va a pagar...", y en eso consiste este cuarto punto. Entonces, yo podría decretar la medida cautelar porque la conducta desplegada del demandado en otros escenarios judiciales o administrativos es que no ha cumplido, Jordi Fenoll cuestiona en dónde dejan el presupuesto de la buena fe, la *bona fides* de la otra parte. Cómo piensan reconstruir una relación señalándole desde el principio que ustedes no confían y es una razón para señalar una medida cautelar.

Y el último presupuesto, la *contracautela*. ¿En qué consiste la *contracautela*? la encuentran en la medida cautelar de la inscripción de la demanda, y también en la medida *cautelar innominada*. Si usted va a solicitar una medida cautelar de inscripción de demanda que ya sabemos que no saca el bien del comercio, solamente le da una noticia a las otras partes, a los terceros, que si realizan un negocio jurídico frente a ese bien tienen que atenerse a lo que diga la sentencia del proceso y frente a cualquier medida innominada. Un ejemplo de o anteriore es que en un evento futuro, yo sé que ese señor es contratista y va a recibir un contrato en diciembre, así que se le pide al señor juez que ordene el embargo de lo que pueda llegar a percibir.

Para poder solicitar este tipo de medidas cautelares sobre las cosechas o una que garantice mi seguridad, de protección, o garantía de la Policía Nacional, ni siquiera local o de circuito donde yo me encuentre; según la *contracautela*, usted debe cancelar hasta el 20% de sus pretensiones en lo que se denomina una caución, o una póliza, y una vez usted lo haga podrá inscribir su demanda y puede llegar a decretar su medida cautelar innominada. Puede ser un porcentaje mayor o menor, pero va a oscilar en el 20% de las pretensiones.

¿Cuáles son las conclusiones? en muchos escenarios podemos encontrar la medida práctica de las *cautelae innominadas*, en qué va, en su creatividad y en que no se encuentren consagradas en la norma, cualquier medida que le permita garantizar el cumplimiento que se está debatiendo o los derechos de las personas que están en el litigio proceden, y usted debe cumplir con el Derecho y la garantía de las partes de solicitarla a la autoridad competente. Procede en el derecho civil, procede en el derecho de familia, procede en el derecho penal, administrativo, incluso mucho antes de que se expidiera el Código General del Proceso ya encontrábamos disposiciones de propiedad intelectual, de competencia desleal, donde se le posibilita al juez solicitar cualquier medida que él encontrara procedente para garantizar estos derechos. Esta ha sido mi intervención de hoy, con gusto les dejo las referencias.





## LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL Y LA INTEGRACIÓN ANDINA

Carolina Blanco Alvarado<sup>2</sup>

Buenos días a todos. Un saludo muy especial a las doctoras Mónica Lucía Fernández, Adriana Castro y Erika Isler; y mil y mil gracias por la invitación, la verdad es que poder presentar resultados obtenidos en los proyectos de investigación es una motivación para continuar con la tarea académica de investigar.

La temática que he querido presentar hoy la he titulado la *Descentralización territorial en el marco de la Comunidad Andina*. Empezar a dialogar sobre esta temática implica en primera instancia tener muy en cuenta que hoy el derecho público y en especial el derecho administrativo tienen grandes desafíos, tanto en el marco global como en el marco nacional con la finalidad de asegurar una buena prestación de servicios públicos, y en especial, con la finalidad de asegurar con calidad la adecuada prestación

---

<sup>2</sup> Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho por la Universidad Santo Tomás. Magister en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad del Rosario. Se ha desempeñado como Directora de la Oficina Jurídica del Parlamento Andino, consultora de entidades públicas en el marco de la contratación estatal. Docente e Investigadora de la Universidad Libre de Colombia y de la Universidad Santo Tomás.

de servicios públicos. En la actualidad el fenómeno de la globalización es indiscutible, ya la doctrina lo ha manifestado reiteradamente, el fenómeno de la globalización está generando un impacto fuerte en el concepto de Estado y en las funciones del Estado. Ya el concepto clásico del Estado, que se nos enseñó en pregrado está siendo objeto de debate en su naturaleza jurídica.

Hoy por hoy, como consecuencia del fenómeno de la globalización, las funciones del Estado tienen que ser replanteadas y contextualizadas en el marco del fenómeno globalizador, y es en ese sentido que resulta de interés analizar justamente estos dos sistemas de organización administrativa, la descentralización territorial y la Comunidad Andina. La doctrina ha reiterado que definitivamente la descentralización territorial no ha producido los efectos deseados, el sistema de organización administrativa descentralizado desde la perspectiva territorial en realidad no ha cumplido con las finalidades que pretendía el legislador cuando las creó, y en especial, atendiendo el marco constitucional de la Carta Política de la Constitución del 91, y lo mismo acontece con relación al fenómeno de la integración andina.

Si ustedes analizan las características de ambos sistemas de organización administrativa, y en especial, la razón de ser de ambos sistemas de organización administrativa, se van a percatar que son sistemas muy parecidos, porque en ambos se evidencian competencias compartidas, en especial en el marco de servicios públicos como prestación de agua potable, educación, salud, medio ambiente, transporte, servicios públicos domiciliarios. Desde el citado escenario resulta de interés preguntarse si existen dos sistemas de organización administrativa que tienen competencias concurrentes, por qué no se evidencia articulación de ambos sistemas, atendiendo al fenómeno de la globalización que está aconteciendo en el globo terráqueo, y afectando en mayor medida a países tercermundistas como Colombia.

En ese sentido y adelantándome a la propuesta que les quiero presentar hoy, sí resulta procedente lograr una articulación entre ambos sistemas de organización administrativa, esto es entre Comunidad Andina y la descentralización territorial colombiana. Esta propuesta tiene un antecedente que no sale del sombrero del mago, esta propuesta tiene un fundamento constitucional, la misma carta política desde el mismo preámbulo de la constitución establece que como meta del Estado colombiano, debe promover la integración colombiana en especial con relación a los Estados Andinos. Lo dispuesto en dicho preámbulo, está desarrollado en el artículo noveno de la carta política que establece que las relaciones internacionales del Estado colombiano deben gestionarse en el marco del proceso de integración andina.

Les he hablado de la Comunidad Andina y aún no me he aproximado al concepto de lo que puede ser Comunidad Andina. Pues bien, la CAN la podemos definir desde diferentes perspectivas, pero desde la perspectiva del Derecho que es la que en realidad nos interesa, podemos definirla como una comunidad de derecho en la que todos los Estados miembros se someten a unas mismas reglas normativas, en aras de lograr un desarrollo económico equilibrado entre todos los Estados que hacen parte de este organismo internacional.

Aquí vale la pena anotar que en el globo terráqueo solamente existen tres procesos de integración: Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina. Unasur no es ningún proceso de integración, es un foro de carácter político, no es en realidad un proceso de integración. La cuestión es que tenemos en el globo terráqueo solamente tres procesos de integración, y en Suramérica dos: Mercosur y Comunidad Andina. Dicho Organismo Internacional está conformado por Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y ahora Chile entró como Estado miembro, salió de Mercosur y se vinculó a dicho Organismo Internacional, lo que da a entender atendiendo al

desarrollo económico que ha tenido este país chileno, que seguramente la Comunidad Andina va a resultar fortalecida con el ingreso de este país a este organismo internacional.

Ahora bien, ¿Qué es la descentralización territorial?, yo creo que todos manejamos el concepto, es un sistema de organización administrativa a través del cual se traslada el ejercicio de una serie de competencias a entidades territoriales con la finalidad de que estas las ejecuten con autonomía y con independencia; entidades territoriales como departamentos, municipios, territorios indígenas y distritos fundamentalmente.

¿Por qué se justifica la temática?, ¿por qué analizar estos dos fenómenos de manera concurrente?, ¿por qué analizar descentralización territorial y comunidad andina?, por una razón fundamental que manifestaba hace unos minutos, por la misma crisis que generan ambos sistemas de organización administrativa. Me explico, si se analizan las causales por las cuales la descentralización territorial está en crisis y las causales por las cuales la Comunidad Andina está en crisis, se van a dar cuenta que el fundamento de esas crisis es netamente político y de carácter jurídico, no de carácter económico, a pesar de que la mayoría de la doctrina cuando habla de descentralización territorial y de comunidad andina siempre enfoca la temática desde la perspectiva netamente económica.

Al respecto, para que ambos sistemas de organización administrativa puedan usufructuar los beneficios económicos, tienen que estar preparados política y jurídicamente, y ese es el gran problema que tiene la descentralización territorial y la Comunidad Andina, esto es, que aún no están preparadas política y jurídicamente para asumir en realidad los beneficios que pueden generar económicamente ambos sistemas de organización administrativa.

Otro fundamento que justifica el análisis de la temática obedece a qué el análisis de ambas figuras permite que la descentralización territorial se contextualice frente al fenómeno de la globalización. La descentralización territorial hoy no puede entenderse como un sistema de organización administrativa absolutamente localizado. No, la descentralización territorial tiene que abrir sus puertas y empezar a comportarse frente a lo que se supone implica el fenómeno de la globalización.

¿Por qué la relevancia del tema?, ¿por qué resulta importante la temática de analizar los dos fenómenos?, en primer lugar, porque hoy por hoy a la descentralización territorial se le han dado una gran cantidad de competencias, una gran cantidad de funciones que no ha podido cumplir. Con la Carta Política del año 91 a los departamentos, a los territorios indígenas, a los distritos y en especial a los municipios, en el marco de la descentralización territorial se les otorgo una gran cantidad de competencias en el marco fiscal, en el marco político, en el marco económico y en el marco social, que hace que sea absolutamente imposible poder cumplir con todas las competencias que por ley les han sido asignadas.

Otro fundamento que justifica el análisis de ambas figuras se circunscribe a los efectos por la incorporación de Colombia a la CAN; cuando un Estado se vincula a un proceso de integración, digamos relativamente consolidado como es este caso, esta situación le va a generar repercusiones especialmente en el marco normativo. Sí Colombia está vinculada a la Comunidad Andina, ello supone que tiene que dar cumplimiento a todas las decisiones y resoluciones que emite la CAN con un carácter prevalente, atendiendo las características propias del derecho comunitario andino, esto es, con prevalencia, atendiendo la noción de supraconstitucionalidad.

Tengan ustedes en cuenta que en el marco del derecho comunitario, las decisiones y resoluciones que se emitan van a tener un carácter de prevalencia y de efecto directo e inmediato frente a los problemas jurídicos que tenga que afrontar el Estado miembro en el marco del proceso andino de integración. En ese sentido, si ustedes analizan el marco normativo propio del derecho comunitario, se van a dar cuenta qué existen una gran variedad de decisiones y resoluciones que ha emitido la CAN en el marco de las competencias propias de las entidades territoriales como transporte, medio ambiente, turismo, servicios públicos domiciliarios, respecto a las cuales las entidades territoriales por desconocimiento -prefiero pensar que es por desconocimiento- no las cumplen, quebrándose ese principio de prevalencia de este tipo de normas propias del derecho comunitario.

La temática también se justifica por los cambios que ha evidenciado el derecho administrativo en la actualidad, en el caso colombiano ya no podemos entenderlo como un derecho absolutamente nacionalizado, actualmente se ha podido evidenciar una internacionalización y una globalización del del mismo. El derecho administrativo hoy por hoy se ha visto irradiado por normas de derecho comunitario, y esto lo vemos en tres aspectos fundamentalmente, fíjense ustedes que hoy por hoy la CAN ha emitido una gran variedad de resoluciones y decisiones que si bien en principio debieron haber sido objeto de conocimiento, o debieron haber sido emitidas por autoridades nacionales. Esta competencia no la tienen las autoridades nacionales, sino que quien las tiene es el organismo internacional Comunidad Andina; ello acontece en temas relacionados con propiedad intelectual. Fíjense ustedes que el tema de regulación de la propiedad intelectual en el Estado colombiano, su marco normativo fuerte no proviene de una legislación interna, proviene indiscutiblemente de decisiones y resoluciones que ha emitido la Comunidad Andina, dejando de lado autoridades propias del Estado colombiano que en principio podrían haber sido las que en principio podrían haber emitido este tipo de normas legales.

En segundo lugar, el derecho administrativo también se ha visto irradiado por el derecho comunitario andino por la existencia del Tribunal Andino de Justicia. Hoy en día el Tribunal Andino de Justicia es el ente de orden judicial del Derecho Comunitario Andino encargado de resolver todos los problemas jurídicos inherentes a la CAN; y no jurisdicción contencioso-administrativa.

Y en tercer lugar, el derecho administrativo también se ha visto irradiado por el Derecho Comunitario Andino en el marco de su bloque de legalidad, ya el operador jurídico, el servidor público en un momento dado, o el juez administrativo o el magistrado administrativo no solamente se va a ver sometido al bloque de legalidad, es decir, a aplicar en los asuntos que tenga que resolver a la ley y a la constitución, ya que el bloque de legalidad definitivamente se va a ampliar, el operador jurídico o el servidor público o el juez o el magistrado tiene que ir más allá de la ley y la Constitución; y como consecuencia de ello, iniciar el proceso de contextualizarse frente a las decisiones y resoluciones emitidas por la Comunidad Andina.

Otro fundamento que justifica el análisis de los dos sistemas de organización administrativa, es la descentralización territorial y la Comunidad Andina, se justifica en el sentido de que la creación del Derecho no solamente es labor de los Estados, se ha podido establecer claramente que procesos de integración debidamente consolidados también crean Derecho con las características propias de lo que supone es un derecho comunitario. De esta forma el derecho se convierte en una figura netamente tridimensional, esto es, que el derecho, además de estar fraccionado, por decirlo de alguna manera, por el derecho nacional y por el derecho internacional, también va a evidenciar una tercera dimensión, denominada derecho comunitario. El derecho comunitario no es derecho internacional, no es tampoco derecho nacional, es un

escenario intermedio entre lo que se supone es el derecho internacional y entre lo que es el derecho nacional.

Otro fundamento que justifica el análisis de estos dos sistemas de organización administrativa obedece a los cambios en las relaciones internacionales que ya no son lideradas única y exclusivamente por los jefes de Estado sino que como consecuencia de la globalización también pueden serlo por entidades territoriales y concretamente por los municipios. Los municipios, y esto de conformidad con la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, pueden liderar relaciones internacionales con municipios limítrofes en Colombia. Y esto no es un secreto, es lo que se ha denominado la *paradiplomacia*: el fenómeno en el que se permite que entidades territoriales puedan participar en el desarrollo de relaciones internacionales y como consecuencia de ello, puedan hacer convenios o acuerdos de desarrollo económico y de desarrollo social con homólogos de otros países.

Otro fundamento que justifica el análisis de los dos sistemas que les acabo de mencionar, se circunscribe al hecho de que el proceso andino de integración se constituye en un proceso que permite y que promueve la protección de derechos políticos, que tiene por finalidad promover la democracia y como consecuencia de ello promover los mecanismos de participación ciudadana, con lo cual si es así, fíjense ustedes, que el proceso andino de integración permite indiscutiblemente promover desde el marco supranacional la protección a derechos políticos, es decir, promover desde el marco supraconstitucional mecanismos de participación ciudadana.

Y para finalizar, otro fundamento que justifica el poder analizar de manera coordinada y contextualizada ambos sistemas de organización

administrativa, obedece a la necesidad de fortalecer el papel de los departamentos atendiendo a sus funciones de coordinador y de planeador. En este sentido, para el proceso andino de integración esa función de planeador y de coordinador resulta de interés, porque va a ser el ente que va a funcionar como intermediario para el cumplimiento de las concurrentes entre la CAN y las entidades territoriales descentralizadas.





## **LA PAZ COMO BIEN SUPERIOR DENTRO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: PUNTOS CRÍTICOS DE LA SENTENCIA C-007 DE 2018**

Adriana Castro Bermúdez<sup>3</sup>

Muy buenos días para todos. Muchas gracias a la doctora Mónica Fernández por la invitación y a todos los asistentes de estas jornadas de actualización. Mi ponencia versa sobre el controvertido proceso de paz en el que nos encontramos inmersos desde el año 2016.

Cada vez que hablo de algún tema referente a los acuerdos de La Habana Colón, traigo a colación una frase del Papa Francisco que resume perfectamente la misión que tiene la sociedad colombiana para llevar a un feliz término ese proceso de reconstrucción de tejido social, es ésta que tienen ustedes en la presentación, la cual textualmente enuncia que “es hora de sanar heridas, de tender puentes, de limar diferencias y es la hora de desactivar los odios, renunciar a las venganzas y avanzar a una convivencia basada en la justicia y en la verdad”.

---

<sup>3</sup> Abogada de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Derecho Administrativo, en Derecho Constitucional y en Contratación Estatal. Actualmente adelanta estudios de Maestría en Derecho Público en la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Konstanz (Alemania). Posee experiencia en el sector público y privado. Docente e investigadora del Politécnico Grancolombiano.

Uno de los temas vertebrales del proceso de paz y del cual me referiré, versa sobre la constitucionalización en abstracto que realizó la Corte Constitucional respecto a la Ley 820 de 2016, materializada a través de la sentencia C07 de 2018. Esta Ley estatutaria versa sobre uno de los puntos más álgidos para la sociedad, en especial para los contradictores del proceso de paz: el proceso de amnistías e indultos a que se vieron sometidos los miembros de las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia Farc-EP, con ocasión de la suscripción de los acuerdos de La Habana Colón. Antes de analizar de manera crítica cuáles son los puntos que hacen parte de la Ley 1820, haré un recuento muy breve del trasegar que se suscitó para la suscripción del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

No fue un proceso fácil, veníamos de un conflicto armado interno de más de sesenta años con uno de los grupos al margen de la ley más fuertes, con presencia en todo el territorio colombiano, que llegó lastimosamente a suplir la ausencia estatal y que acarreó destrucción, mucho dolor y víctimas; este panorama exigía un proceso de sanación que hasta ahora estamos empezando a implementar en nuestro país. El acuerdo para la terminación del conflicto tiene un complejo entramado legislativo, para su desarrollo se hizo necesario la expedición de tres actos legislativos, leyes estatutarias, treinta y cinco decretos legislativos y cuarenta y cinco decretos reglamentarios; la refrendación plebiscitaria se dio el 2 de octubre de 2016 con los resultados que ustedes saben, en el cual el No resultó victorioso, por un estrecho margen respecto al Si, de cien mil votos. Este resultado trajo como consecuencia el ajuste del acuerdo final mediante la renegociación de más de sesenta puntos, dejándose incólumes los temas referentes a participación política y amnistía; el acuerdo final fue suscrito en el Teatro Colón el 24 de noviembre de 2016, empezando a partir de ese momento los desarrollos normativos que se van a fundamentar en el primer acto legislativo, que, tiene carácter de acto reformativo de la constitución política, el acto legislativo número

1 de 2016 que implementa el *Fast Track* o la vía rápida para la expedición de decretos legislativos, de decretos reglamentarios, e inclusive de los dos actos legislativos que le van a suceder.

El segundo de estos tres actos legislativos lo compone el número 1 de 2017, que va a regular todo el sistema de verdad, justicia, reparación y las garantías de no repetición, la Justicia Especial para la Paz. El tercer acto legislativo número 2 de 2017 hace referencia a normas de obligatorio cumplimiento para todos los operadores administrativos y judiciales, con miras a darle estabilidad jurídica a los acuerdos de La Habana. Estos acuerdos de La Habana Colón se constituyen en normas de interpretación obligatoria tanto para servidores públicos como para servidores judiciales en el momento de tomar decisiones frente a la implementación de los acuerdos de La Habana Colón.

¿Qué es la justicia transicional?, la sentencia C07 del 2018 la Corte Constitucional referencia el significado de la justicia en transición, titulándola como un conjunto de procesos y mecanismos judiciales y no judiciales de carácter excepcional y transitorio, que son implementados por los Estados que inmersos en un conflicto armado, llegan a negociaciones con la otra parte en la que no hay ni vencedores ni vencidos, pero en los que hay que establecer una serie de normas especiales para lograr ese bien supremo que es la paz. Los propósitos de la justicia transicional son garantizar el derecho de las víctimas; en los acuerdos de La Habana Colón ese es el fin último inmediato, la garantía de resarcimiento de todas las sacrificados por el conflicto armado interno.

Si en ese proceso no hay garantías de resarcir a las víctimas, no solo materialmente sino también espiritualmente, no se va a lograr implementar un proceso de paz exitoso en nuestro país, por lo tanto el responder a la violencia generalizada y asegurar ese derecho a

la paz es uno de los puntos cardinales de la justicia transicional; el fortalecimiento del Estado de Derecho y la democracia, es otro de sus vértices importantes y por supuesto lo que resume el fin último de los acuerdos de La Habana Colón: la reconciliación social.

Bien, este es el diseño del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, allá encontrarán ustedes los cinco puntos que hacen parte de los acuerdos de La Habana Colón incólumes, tal cual fueron expedidos en su modelo original, cada uno de estos puntos macro se mantuvieron cuando se forjaron las modificaciones para la firma última de los acuerdos en el teatro Colón. Los puntos negociados que han sido una de las causas de nuestro conflicto armado interno reseñan sobre la reforma rural integral, la participación política y la apertura a la democracia para la construcción de la paz. Es claro que la inexistencia de participación política, limitada desde las súper estructuras concretamente por parte de la Constitución de 1886, que no permitía que dos fuerzas distintas a las del Partido Liberal o el Partido Conservador expresaran políticamente sus diferencias, constituyó una de las causas por las que se crearon los grupos al margen de la ley en la década de los 60.

El cese al fuego, la detención de las hostilidades y la dejación de las armas son puntos importantísimos para que puedan acceder a la amnistía los miembros de del grupo de las FARC; así como, la solución al problema de las drogas ilícitas mediante la sustitución de cultivos, la temática de víctimas, que es el corazón de los acuerdos, y los mecanismos de implementación y verificación. Bien, de todos los actos legislativos que se expidieron con ocasión del acuerdo para la terminación del conflicto, el más importante de ellos es el número 1 de 2017, porque implementa el sistema de Verdad, Justicia y Reparación, y garantías de no Repetición; la creación de una Justicia Especial para la Paz, la famosísima JEP -columna modular del sistema-, delineando las premisas de la justicia restaurativa.

Debemos tener claro que el modelo de justicia penal cambia a partir del año 2005, y se reafirma con en el acto legislativo número 2007. El actual modelo privilegia un modelo de justicia retributiva de carácter restaurativo, se establecerá una comisión para el esclarecimiento de la verdad, de la convivencia y la no repetición, la unidad para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas, de manera que las víctimas sanen sus angustias internas al no tener noticia del paradero de sus familiares y las medidas de reparación integral para la construcción de la paz y las garantías de no repetición.

Este modelo de justicia transicional se constituye en un patrón llamativo para la comunidad internacional, porque es la primera vez que dentro de un conflicto armado interno se crea una jurisdicción especial, en la cual se someterán todos los actores del conflicto. El sistema está cimentado en las Salas de Justicia: Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de hechos y conductas, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, la Sala de Amnistía e Indulto, y la Unidad de Investigación y Acusación. Estas salas vienen a ser el filtro antes de que los procesos pasen al Tribunal Especial para la Paz, constituido por la sección de revisión de sentencias, la sección de apelación y la sección de estabilidad y eficacia.

La Ley estatutaria 820 de 2017, construye que las amnistías, los indultos y los tratamientos penales especiales que se aplican única y exclusivamente este último para los agentes del Estado, son medidas que integran el Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y garantías de no Repetición. El fin último de los acuerdos es lograr esa paz estable y duradera, y garantizar que no se repetirá la experiencia de años anteriores de conflicto armado en las que se vio inmersa la sociedad colombiana. Los efectos de la amnistía conforme a lo normado en la Ley 820 de 2017 extingue la acción, extingue la responsabilidad, y la sanción penal, a diferencia del indulto en el cual se mantiene la responsabilidad y la acción, pero se conmuta la pena.

La amnistía *in iure* que está consagrada en la Ley 820, es aquella en la cual de pleno derecho tendrán las personas involucradas en el conflicto armado interno y con procesos de sometimiento a la jurisdicción de la JEP, sin necesidad de pasar por la sala de amnistía y de reconocimiento de esta; la amnistía *in iure* opera para los delitos políticos de rebelión, asonada, conspiración, sedición, usurpación y retención ilegal de mando y los delitos que le son conexos. Aquí encontramos un punto interesante, porque prácticamente la conexidad que estableció tanto los acuerdos de La Habana, la Ley 820 de 2017, norma todas aquellas conductas que cometieron los miembros de las FARC, con excepción de los delitos que atañen a la violación del Derecho Internacional Humanitario, en lo que hace referencia a graves violaciones en contra de la población civil, como el genocidio, los delitos de exterminio y los delitos de guerra para los cuales no opera la amnistía *in iure*. Es, el presidente de la República de Colombia quién garantiza que la amnistía *in iure* cobije a los miembros de las FARC-EP, a través de decreto reglamentario, declarando los efectos de la amnistía *in iure*, adquiriendo automáticamente la libertad condicional. Este se extenderá para los integrantes de las FARC-EP que permanezcan en las zonas veredales transitorias de normalización, que no tengan en curso procesos ni condenas, También es viable la aplicación para quienes están inmersos en las conductas anteriormente referidas, pero que sí tienen procesos judiciales en curso; en ese evento la Fiscalía General de la Nación decreta la preclusión ante el juez de conocimiento. Y en una tercera posibilidad o un tercer procedimiento, es cuando ya ha existido la condena, el juez de ejecución de penas aplica la amnistía de pleno derecho.

Casos en los cuales no opera la amnistía *in iure*. ¿Qué pasaría en ese evento, es decir, aquellos delitos que no están taxativamente normados en la ley 820, pero el interesado la solicita a la sala de amnistía de indultos de la JEP? La JEP cuenta con un término no mayor a tres meses para verificar si este delito es susceptible de amnistía y si está inmerso en el proceso de dejación de las armas. Para los agentes del Estado, no aplica la amnistía ni el indulto, sino la renuncia a la persecución penal; esa

renuncia tiene la particularidad de eliminar los antecedentes penales, hacer tránsito a cosa juzgada e impide las sanciones de repetición en contra del agente del Estado, opera hacia el futuro, por lo tanto, no tiene efectos retroactivos a nivel laboral, civil, penal ni disciplinario y solamente puede ser revisado por el Tribunal Especial para la Paz. Los delitos conexos al derecho político en los eventos en los cuales se debe aplicar la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado, son todos aquellos delitos relacionados con la rebelión, como las muertes en combate, la aprehensión de combatientes en operaciones militares e inclusive también previsto como delito conexo las conductas dirigidas a facilitar, apoyar y financiar el desarrollo de la rebelión, es aquí donde los terceros que no tienen la categoría de ser miembros de las FARC ni de ser agentes del Estado, pueden beneficiarse con estas medidas especiales de amnistía e indulto.

Para finalizar la intervención en el día de hoy, dado el carácter de ley estatutaria que tiene la Ley 820 del 2016, la Corte Constitucional realiza el control en abstracto de constitucionalidad, específicamente el control automático, encontrando su ajuste a la Carta Política del 91 y al bloque de constitucionalidad, al salvaguardar la protección al bien supremo a tutelar dentro del Estado, que es la paz, aplicando de manera perfecta el Protocolo II de Ginebra, debe aclararse que en este proceso no es obligatoria la consulta para las comunidades étnicas. La Corte Constitucional estudia también la temática referente a la exclusión de amnistía e indulto y renuncia a la persecución penal de graves crímenes de guerra, porque así estaba normado en la Ley 820 de 2016, y declara inexecutable el término *grave crímenes de guerra*, dejando incólume el de crímenes de guerra, a su vez también declara inconstitucional la frase de sistemática, porque de dejarlo como se había normado y promulgado en la Ley 820 de 2016 establecería una excepción de inconstitucionalidad frente a estándares internacionales; muy peligroso porque podría aplicar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, para aquellos que están beneficiándose de las prerrogativas establecidas en la ley 820 de 2016.

No excluye dentro de la sentencia, la revisión de las acciones de tutela que han sido promulgadas por la Jurisdicción Especial para la Paz, de manera que la Corte Constitucional conserva su competencia y facultad para revisarlas. Este se había constituido otro de los puntos álgidos, porque se pretendía que esas acciones de tutela cuyos fallos habían sido promulgados por la JEP no pasaran por la revisión de la Corte Constitucional. De igual manera estudia la temática referente renuncia a la persecución penal de graves crímenes de guerra de delitos de manera sistemática, como ya lo había explicado anteriormente, declarándolo inexequible. La sentencia cataloga como víctimas a los niños, a las niñas y a los adolescentes que participaron en el conflicto armado interno y les da un tratamiento especial, al establecer lineamientos precisos para que ellos ingresen a programa de reincorporación. Reitera a las víctimas como el centro de todos los compendios normativos que se promulgan, en atención al acuerdo final para la terminación del conflicto.

Por último, declara que la conducta de reclutamiento de menores de edad no es objeto de amnistía ni de indulto, ni de renuncia a la persecución penal si afectó a menores de quince años y ocurrió hasta el 25 de junio de 2005; si esas conductas fueron posteriores a esa fecha del año 2005 y si la conducta se comete contra menores de dieciocho años. Punto álgido porque las FARC-EP intentaban que el reclutamiento forzado de menores de edad se reconociera como delito sujeto a amnistía e indulto,. Para ellos no operaría en estos eventos la amnistía, y podría llegar a pensarse en una conmutación de las penas, si así lo decide mediante sentencia, el Tribunal Especial para la Paz.



## NUEVAS TENDENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Mónica Lucia Fernández Muñoz<sup>4</sup>

Quiero agradecer a los conferencistas, a la doctora García, la doctora Erika, al profesor José Manuel y a todos los profesores de nuestra casa de estudios, que aceptaron esta invitación para venir a debatir sobre las nuevas tendencias del Derecho.

El Derecho por supuesto es una ciencia de carácter dinámico que está en continua evolución lo que supone que constantemente estemos haciendo este tipo de reflexiones para ver cuáles son los últimos avances.

En lo que a mí corresponde yo les quiero hablar brevemente de las nuevas tendencias de la responsabilidad civil, y para ello hay que, como primera medida, reconocer que hasta hace relativamente poco tiempo se venía estudiando la responsabilidad civil de una forma bastante marginal,

<sup>4</sup> Abogada de la Universidad del Cauca. Doctora en Persona y Tutelas Jurídicas por la Escuela Superior Santa Ana de Pisa (Italia). Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible y en Docencia Universitaria. Conjuez de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Profesora invitada en universidades de Italia, Francia, Perú, Panamá y Chile. Se ha desempeñado como asesora en entidades públicas y privadas. Conferencista, tratadista, investigadora y docente del Politécnico Grancolombiano.

como lo evidencia la reducida extensión del área de la responsabilidad civil en los distintos manuales que uno puede encontrar y la escasa importancia que se le adjudicaba en los programas de Derecho; pero la situación hoy es radicalmente distinta y podemos decir que actualmente los temas de responsabilidad civil se encuentran en una primera línea de atención por parte de los civilistas.

Los principales factores generadores de este cambio se resumen en los factores que Josserand individualizó como de orden social y material, es decir, el carácter cada vez más peligroso de la vida contemporánea; y también de orden individual y moral, a través del fenómeno de la secularización o desmitificación que sufrió la institución de la responsabilidad civil. Recordemos que el siglo XIX, que fue el verdadero período codificador, nos dejó como herencia una cantidad de plexos normativos cuyo eje giraba en torno a temas como el patrimonio y la propiedad, y fueron los movimientos constitucionales del siglo XX los que desarrollaron un espíritu más progresista en materia de respeto a los derechos fundamentales, especialmente respecto a los Derechos Humanos, superando ampliamente aquella noción clásica y patrimonialista fuertemente arraigada hasta esa época en el derecho civil. Entonces ese proceso de constitucionalización del derecho privado junto al fenómeno de la globalización, entre otros factores por supuesto, facilitaron esa revisión y reformulación de los paradigmas del positivismo legalista del siglo XIX.

En la sociedad del siglo XX las preocupaciones son distintas, están referidas a la propia persona, hay un reforzamiento del carácter de la persona como algo inviolable, lo que en materia de responsabilidad se traduce en el desplazamiento del centro de atención del elemento culpa hacia el elemento de daño. Entonces al ser la víctima, la persona, el centro de atención, se convierte el daño en el elemento central del estudio de la responsabilidad civil.

Así pues, para hablar de las nuevas tendencias o actuales tendencias de la responsabilidad civil, es preciso que hagamos un retroceso en el tiempo para una revisión de los antecedentes históricos de esta institución. Recordemos que en el antiguo derecho romano el principio *alterum non laedere* o *neminem laedere*, es decir, no dañar al otro, tenía un sentido únicamente en la vida en sociedad, porque recordemos que el daño que alguien se infiere a sí mismo, por ejemplo, el que se suicida o el que se flagela por motivos religiosos, no entra en el campo de la consideración de la responsabilidad civil. Se estima que ese principio de no causar daño a los demás, es quizás la más importante regla que gobierna la convivencia humana, efectivamente ese principio de no dañar al otro hace que sea posible la vida en sociedad, y hace que cuando ese principio sea violado o sea conculcado, se genere una reacción jurídica inmediata, consistente en el reconocimiento de la obligación de indemnizar, es decir, de lo que estamos hablando o que vamos a hablar que es la responsabilidad civil.

Entonces, la pregunta es ¿por qué se debe responder?, ¿cuál es el fundamento de ese deber de reparación?, la explicación tradicional que se nos ha dado es que el fundamento de la responsabilidad civil se basa en el principio de justicia, que impone la necesidad de restablecer el estado anterior a la lesión causada, o en que la sanción jurídica de la conducta lesiva, responde a una elemental exigencia de ética; en suma, porque es justo y porque es ético indemnizar cuando se causa un daño otra persona. Pero, no solamente por eso, también existen razones o fundamentos filosóficos o incluso económicos que sustentan la razón de ser de la obligación de reparación. Desde la filosofía recordemos que conceptos como justicia conmutativa, justicia distributiva le han dado una sólida base a esta obligación, y sobre todo porque en el siglo XXI, y esta la primera tendencia, pues en los países desarrollados se encuentra totalmente consolidada y afianzada la responsabilidad sin necesidad de demostrar el elemento de culpa, es decir la responsabilidad objetiva.

Eventos como el transporte aéreo, la energía nuclear, accidentes de automotores o con armas de fuego, ya son reconocidos internacionalmente como eventos de responsabilidad sin culpa o responsabilidad objetiva. En Colombia, podríamos decir que no existe esa consolidación o afianzamiento todavía de la responsabilidad objetiva, podríamos decir que estamos a mitad de un proceso evolutivo que se reduce a pocos casos de reconocimiento de responsabilidad objetiva, un ejemplo de ellos se dice que es la responsabilidad del productor, como va a hablar a continuación la profesora Erika, respecto de la cual se dice que es tendencialmente objetiva. Otro ejemplo, es el de los animales fieros que no representan beneficio económico, también, si nos vamos un poco al ámbito público, allá igualmente podemos evidenciar algunos avances en materia de responsabilidad objetiva, como los temas de responsabilidad por afectación al medio ambiente o incluso el tan polémico reconocimiento de los casos de responsabilidad objetiva por infección intrahospitalaria para los pacientes hospitalizados y que adquieren una bacteria, un virus, que desencadena en una infección y consecuente daño. En estos eventos, el Consejo de Estado ha establecido, por supuesto con una reacción de todo el sector salud y de las aseguradoras, que ese es un evento de responsabilidad objetiva.

Otra tendencia tiene que ver con la revisión de la concepción rigurosamente dualista de responsabilidad civil, profesada hasta la actualidad. Nosotros somos tradicionalistas, a diferencia de lo que pasa en otros países, y seguimos arraigados a esa concepción dualista que diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual, pero muchos autores estiman que esta concepción debe ser reformulada, que debe ser reconsiderada, porque en virtud de esta clasificación dualista nos hemos visto obligados a ubicar todos los casos posibles de responsabilidad civil en el ámbito contractual o extracontractual, sin posibilidad de acumular, acudiendo incluso muchas veces a artificios y artimañas para poder lograr.

Entonces, se estima que ese principio amerita una reconsideración en la medida que esa clasificación desconoce la realidad de algunos hechos, pues existen situaciones en las cuales resulta a veces artificial incorporarlas en el ámbito sea contractual o extracontractual, es decir, hay eventos que no se adaptan o se acomodan fácilmente de modo integral a uno u otro modelo. Incluso, se estima que esa concepción clásica dualista no se corresponde en nada con la clasificación de las fuentes de las obligaciones, que hablan no solamente de los contratos y del delito sino que también hablan de la ley como fuente de obligaciones. Igualmente se enfatiza en que los verdaderos intereses en juego en el ámbito de la responsabilidad civil, consisten en asegurar correctamente la reparación de los daños y prevenir los comportamientos antisociales.

Un ejemplo de esta tendencia se da en materia de responsabilidad civil médica, donde después de muchos años se analiza que desde la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, cuyo ejercicio por supuesto impactó la actividad médica de la manera cómo se venía haciendo hasta ese momento, hace pensar que esas reglas clásicas de la responsabilidad que demarcaban entre lo contractual y lo extracontractual no resultaban muy acordes con ese nuevo modelo de prestación de servicio de salud de hoy en día. Entonces en la Sala Civil de la Corte, desde hace algunos pocos años, se encuentran en una seria discusión alrededor de este punto, para acordar si se supera esa clasificación dualista en materia de responsabilidad civil médica, de naturaleza contractual y extracontractual, o si se habla de una responsabilidad de origen legal. Y ya hoy en día encontramos esas pocas sentencias que empiezan a hablar de responsabilidad sistémica, que plantean el debate entorno a un fundamento legal de la responsabilidad civil médica.

Otra tendencia de la responsabilidad civil lo constituye el aseguramiento tanto de la efectividad como de la garantía de la reparación del daño. En cuanto a la efectividad de la reparación, se estima necesario que

todos los perjuicios puedan ser reparados y que lo sean de manera eficaz, varias tendencias han sido construidas para ese tema. Primero la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad, que si bien ha tenido mayor aplicación en el ámbito público que en el ámbito privado, es una ficción jurídica aplicable en aquellos eventos de incerteza de nexo causal, esa tesis permite una indemnización parcial a la víctima a través del aligeramiento de la carga de la prueba en materia de relación de causalidad.

La segunda tendencia es el reconocimiento del perjuicio proveniente del hecho del nacimiento o por el hecho del nacimiento. Varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, pero en sede tutela, revisión de acción de tutela, permiten evidenciar esta nueva tendencia que abre el espectro a la extensión de la responsabilidad civil. La experiencia en varios países en el mundo, muestra que la legitimación del aborto dio paso para que el nacimiento y no más la muerte de una persona, se empezará a reconocer como fuente de responsabilidad civil médica, convirtiéndola hoy en día en una de las más modernas fronteras en esta área. Sin embargo, nosotros en Colombia podemos observar que esa liberalización parcial que se dio a través de la sentencia que todos conocemos, que es la C-355 del 2006 ha tenido una respuesta tardía en materia del desarrollo del régimen de responsabilidad civil médica aplicable en este campo, en la medida en que apenas hasta hace pocos años, desde el 2006 que empezó a hablar la Corte de despenalización del aborto, solamente hasta hace pocos años se empezaron a construir las primeras hipótesis que ameritan ser reconocidas como fuentes de responsabilidad vinculadas a la práctica del aborto.

El desarrollo de la jurisprudencia constitucional, porque esto se ha hecho por jurisprudencia constitucional, no por jurisdicción ordinaria, sino por jurisprudencia de la Corte Constitucional, permite la clasificación que

ustedes ven allí, podemos hablar de casos de responsabilidad médica por el nacimiento de niños sanos pero no deseados, o de responsabilidad médica por el nacimiento de un niño mal formado, o de responsabilidad médica por negación o retardo en el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. Ya voy a mencionar rápidamente cada una.

En cuanto al primero, es decir la responsabilidad por el nacimiento de un niño sano pero no deseado, fue el caso de una niña prácticamente, una mujer de doce años que quedó en estado de embarazo, se solicitó el aborto por afectación a su salud mental, el médico efectivamente certificó un riesgo para la salud mental y física de esa mujer de doce años embarazada, le diagnosticó una reacción depresiva ansiosa frente al embarazo no deseado, entonces, como ven ustedes, le aprobaron la práctica del aborto pero hubo una negativa para esa práctica debido a que ese certificado médico no correspondía a un médico adscrito a la EPS. Cuando la Corte Constitucional revisó ese caso el hecho ya estaba superado, la niña de 12 años ya había dado a luz a su hijo sano, y la Corte Constitucional en sede de tutela se pronuncia en ese caso y afirma que procede el resarcimiento de los daños que hubieran podido originarse por la pretendida violación del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo.

El desarrollo de la jurisprudencia constitucional en nuestro país ha llegado hasta ese punto, la interrupción voluntaria del embarazo ha sido considerada como un derecho fundamental de la madre, entonces procede el resarcimiento del daño emergente y todos los demás daños, dijo la Corte Constitucional, causados a la madre menor por la negativa a practicarle el aborto y ordenando que la citada entidad prestara todos los servicios de atención en salud tanto a la madre con al menor, a su hijo. Este es un caso que en el derecho comparado se conoce como caso de concepción fallida o *wrongful conception*, que es responsabilidad por

concepción fallida o concepción no deseada, y específicamente es una aplicación a ese caso en concreto, por privación de la facultad o el derecho, en nuestro caso, del ejercicio del derecho fundamental de abortar que genera como consecuencia el nacimiento de un hijo que, aunque es sano no ha sido deseado por la madre. Entonces, la Corte Constitucional deja abierta la posibilidad para que la madre pueda reclamar vía acción *wrongful conception* la indemnización por los gastos que acarree el sostenimiento de ese hijo, el daño moral por el embarazo no deseado e incluso el daño derivado de la violación del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo.

El segundo evento es la responsabilidad frente al nacimiento de un niño malformado. Si bien la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 estableció las 3 causales, la segunda dice que el aborto procede cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico, no es un aborto eugenésico, eso es lo primero que hay que reconocer, porque inicialmente hubo unos comentarios en el sentido de que en Colombia se había reconocido el aborto eugenésico, no es el reconocimiento de un aborto eugenésico como tal, entonces con respecto a esa causal, es decir, procede el aborto cuando hay una malformación del feto que haga inviable su vida extrauterina, respecto a esta causal se estima que la ausencia de una definición técnica precisa o la determinación conceptual respecto a qué se debe entender por malformación que haga imposible el ejercicio de la vida, es quizás la principal barrera que se enfrenta para el adecuado uso de este presupuesto hoy.

En efecto, esta causal de aborto abre la discusión respecto a lo que la jurisprudencia colombiana ha entendido como malformación del feto, debido a que su comportamiento en este evento específico podría estar incluso conduciendo hacia una interpretación más amplia, incluso

cercana lo que se conoce como aborto eugenésico, es decir, el aborto eugenésico es aquel que se practica para evitar el nacimiento de personas malformadas, con malformaciones, y hace pensar en ese sentido un caso también resuelto por la Corte Constitucional en Colombia donde una madre solicitó la práctica del aborto con fundamento en que el feto que esperaba se había diagnosticado la presencia de una hidrocefalia bilateral no comunicante, y durante el tiempo entonces que demoró entre una y otra entidad de salud, porque empezaron a pasarla para todas partes con varias excusas administrativas, le fue practicada una valoración psiquiátrica a esta mujer que determinó la presencia de un cuadro de afectación emocional secundaria y se recomendaba la práctica del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo lo más pronto posible, con posterior apoyo psicoterapéutico para la paciente según su necesidad.

En este caso también el niño nació, cuando ya revisó la Corte Constitucional el niño ya había nacido, pero la jurisprudencia de la Corte se pronunció aduciendo que, si bien nunca se había expedido una certificación médica sobre la inviabilidad del feto, lo que era evidente: el niño sí nació con hidrocefalia y sí se había vulnerado el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo. En consecuencia, la Corte procedió a condenar al pago de perjuicios a cargo de la entidad de salud involucrada, debido a la vulneración de ese derecho fundamental. Desde esta perspectiva claro, esto abre un “boquete” preocupante para muchos, porque podría afirmarse que en eventos específicos como el descrito, podría estar operando una subsunción de la causal de procedencia de aborto eugenésico en la causal de aborto terapéutico por afectación a la salud mental de la madre. Todo puede caer en afectación de la salud “mental” de la madre.

Y tercero, es la responsabilidad por negación o retardo en el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. Que sería el que más se presenta, es el caso de una mujer, por ejemplo, que también solicitó la interrupción voluntaria del embarazo, con fundamento en la causal de afectación a la salud mental o psíquica por considerar que no se encontraba psicológicamente ni económicamente lista para asumir esa maternidad, porque cursaba una carrera profesional, tenía a su cargo una niña de cinco años, y su padre estaba también a cargo de ella, que tenía ochenta y siete años de edad. En ese caso hubo un concepto médico también que dictaminó un trastorno emocional de la mujer y autorizó la práctica del procedimiento, sin embargo, no pudo llevarse a cabo por las barreras administrativas que se le impusieron, y finalmente, el niño nació.

Entonces vemos que eventos que involucran no sólo la negación del servicio sino el retardo en la prestación del servicio, configuran una omisión que la jurisprudencia constitucional está identificando como fuente de responsabilidad, y abre de este modo el paso para que en un futuro inmediato se puedan iniciar procesos de responsabilidad civil para que se indemnicen todos los daños patrimoniales y extramatrimoniales que se deriven de esos eventos.

Y el tercer aspecto relacionado con la efectividad de la reparación hace referencia a la extensión del perjuicio moral. Lo que les voy a comentar no ocurrió exactamente en la jurisdicción ordinaria, sino en la contencioso-administrativa, exactamente en el Consejo de Estado, pero es una evidencia de que en materia de responsabilidad, existen unas nuevas tendencias. Se trata de un caso fallado el 5 de diciembre de 2016 por el Consejo de Estado, en la cual esta Corporación intenta mutar los conceptos tradicionales sobre lo cual es la figura de *wrongful conception*, es decir, concepción fallida, concepción no deseada o embarazo injusto, figura que ha sido construida en el derecho comparado.

El caso básicamente se trata de que el Consejo de Estado declaró la responsabilidad de una institución prestadora de servicio de salud por el daño moral que le había causado a la víctima demandante, una madre, debido a una deficiente prestación en el servicio de contracepción, consistente en una falta de información. La señora había ido a someterse a un programa de planificación familiar, el médico había ordenado como método anticonceptivo los inyectables; la señora tenía cuatro hijos y por supuesto informó que no quería tener más hijos e inició ese programa de planificación familiar. Ella cumplía, iba a sus citas, y estaba en eso, cuando al segundo mes aproximadamente quedó nuevamente embarazada de su quinto hijo. En ese caso se declaró la responsabilidad por violación del derecho a la libertad reproductiva, como consecuencia de la omisión en la información. Lo que se debatía o lo que se afirmó allí en el Consejo de Estado era que el médico o la institución hospitalaria no le había informado que podía quedar embarazada, es decir, que ese método no era 100% efectivo, y se reconoció, y de allí traigo a colación la sentencia, pues se reconoció por vía de presunción, el daño moral a la madre.

Entonces miren ustedes que hay una extensión a lo que tradicionalmente entendemos como daño moral presunto que hasta este momento la jurisprudencia solamente lo había reconocido para los parientes próximos. Entonces aquí hay una presunción de daño moral y por supuesto esta decisión instala en Colombia un supuesto que abre el debate hacia nuevas formas de responsabilidad médica, que en mi criterio no cuentan aún con bases claras que permitan una consolidación a futuro, es decir es un fallo muy criticable, desde muchos puntos de vista; primero, las condiciones de la madre -una mujer con cuatro hijos-, todo el mundo sabe y las estadísticas incluso que se han hecho sobre planificación familiar en Colombia arrojan como resultado que más del 90% de los colombianos conocen los métodos de planificación familiar.

Este caso lo deja a uno pensando si una mujer que tiene cuatro hijos ¿sabrá que un inyectable no es 100% seguro?, y discutible también en cuanto a los reconocimientos de gastos de crianza, porque en el derecho comparado ha habido muchas tendencias alrededor de su reconocimiento, es decir, de que si se tiene que pagar todo el sostenimiento del hijo sano pero no deseado, pero finalmente el Consejo de Estado se queda un poco corto porque si quería reconocer la responsabilidad, pues pudo resarcirle también los gastos de crianza a la mamá, y no solamente quedarse con un daño moral presunto.

Por otra parte, en cuanto a la garantía de la reparación del daño, se han tratado de paliar las carencias de la reparación, proporcionando múltiples deudores a la obligación de reparar. Aquí la garantía de la reparación asegurada se da en primer lugar por el reconocimiento de la obligación *in solidum* a través de la jurisprudencia y, en segundo lugar, por la socialización del riesgo, a través de fondos de garantía. Respecto a la primera hipótesis (reconocimiento de la obligación *in solidum*), se puede memorar un ejemplo presentado en el marco de la responsabilidad civil médica, donde la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia hizo una interpretación extensiva del art. 2344 del Código Civil, que habla de solidaridad en el ámbito extracontractual, y básicamente lo que dijo allí la Corte Suprema es que esa interpretación extensiva permite aplicar la solidaridad no solamente en el ámbito contractual, sino también, en el ámbito extracontractual. Y en cuanto a la segunda hipótesis, esto es la socialización del riesgo, por supuesto es un evento que ha tenido mayor progreso en los países desarrollados, encontramos en Francia por ejemplo muchas formas de fondos de garantías de indemnización de daños, por ejemplo para las víctimas del álea médica, de riesgo médico o incluso fondo para las víctimas infectadas por el virus del VIH postransfusional.

Por otra parte, otra tendencia de la responsabilidad civil tiene que ver con que el derecho de la responsabilidad civil se enfrenta hoy en día a un acontecimiento crucial, relacionado con el desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial. Los investigadores estiman que estamos entrando en la era digital y en la era de la Inteligencia artificial, yo creo que todos los que estamos aquí presentes hemos oído las últimas noticias que a nivel mundial se han generado con todo el desarrollo que se está presentando en este campo, hoy en día sabemos que hay carros autónomos, robots que prestan asistencia en los aeropuertos, robots que incluso hacen parte de juntas directivas; en los países europeos hay también robots, como en el Reino Unido, por ejemplo, que prestan asistencia en la comisión de infracciones de tránsito. Ayer esta estuve en otro evento donde nos contaban que en Argentina, la Fiscalía General de la Nación creó un robot para descongestionar todos los casos, entonces hacen una proyección de la solución de los fallos, lo que les ha ahorrado casi el 60% del trabajo. Entonces, esa inteligencia artificial se ha relacionado con el hecho de tratar de resolver por una computadora cualquier problema que un humano pueda resolver, mejor, más rápido, de manera consistente, sin cansarse, etc.

La inteligencia artificial a menudo se asocia con computadoras que pueden actuar como humanos, haciendo todo tipo de cosas increíbles, cuando vimos la película Matrix o los que vieron la película que se llama Inteligencia artificial, de Steven Spielberg, vimos que ahí se recrea un poco este tema. Ya desde el año 1950 el pionero de la inteligencia artificial, Alan Turing, matemático, científico inglés afirmaba que él creía que a finales de ese siglo se podía hablar de máquinas que pensarán sin esperar ser contradichas.

Entonces Turing es famoso por la prueba que lleva su nombre, la prueba de Turing que básicamente se reducía a que una persona se comunicaba sin saber si estaba hablando con un humano o si estaba hablando con

una computadora. Si durante un cierto tiempo, por ejemplo unos quince minutos, esa persona decidía que probablemente estaba hablando con un ser humano, la conclusión era que el programa había pasado la prueba y era lo suficientemente inteligente. ¿Por qué les hablo esto?, ¿qué quiero hacer?, porque deseo resaltar la conexión de lo que pasa en el desarrollo de la inteligencia artificial y la robótica con el campo de la responsabilidad civil.

En materia de responsabilidad civil podríamos decir, entonces, por supuesto que se evidencia que en muchos casos el uso de esos robots hace que estos aparatos estén en contacto íntimo o directo con los seres humanos, con su familia o con su entorno, lo que suscita una posible forma inevitable de ocurrencia de accidentes o de perjuicios.

Al respecto, y es lo que yo les quiero hablar brevemente, el Parlamento Europeo expidió en febrero del año pasado una resolución que establece una serie de recomendaciones sobre las normas del derecho civil atinentes a la robótica, entre las cuales hace recomendaciones en materia de responsabilidad civil. Dentro de ese marco, en breve síntesis, se resalta que en el actual marco jurídico los robots no pueden ser considerados responsables por actos u omisiones que generen daño, es decir, el Parlamento Europeo señala que en el actual marco jurídico los robots no pueden ser considerados responsables de actos u omisiones que generen daños, las normas vigentes en materia de responsabilidad contemplan algunos de los casos en los que es posible atribuir acción u omisión de un robot a un humano, como el fabricante, operador, propietario o el usuario.

Según el marco vigente de responsabilidad causada por productos defectuosos, el fabricante, podríamos decir, es el responsable del mal funcionamiento de ese robot y en ese orden de ideas, por esa vía, se

podría hablar de una responsabilidad civil; sin embargo, se estima que ese marco normativo vigente no basta para cubrir los daños causados por esa nueva era o esa nueva generación de robots, en la medida en que se pueden dotar a esos robots de capacidades de adaptación y aprendizaje, que entrañan cierto grado de imprevisibilidad en su comportamiento, ya que un robot podría aprender de forma autónoma de sus experiencias concretas, podría interactuar con el entorno de un modo imprevisible y propio del robot, por eso se dice que se quedan un poco cortas las normas.

En suma, cuanto más autónomo es el robot, pues más difícil será considerarlos como simples instrumentos en manos de otros agentes. La autonomía de un robot puede definirse como la capacidad que tiene para tomar decisiones y aplicarlas para el mundo exterior con independencia de los controles externos, por lo cual se estima que si la normatividad actual no es suficiente para resolver problemas de responsabilidad por actos u omisiones de los robots, se reconoce que es crucial hacer un análisis sobre la responsabilidad civil respecto de los daños que se puedan presentar con ocasión de la actuación de los robots y se plantean, entonces, unas pautas, bastantes vías, solamente a título de recomendación, con el objetivo que se empiece a pensar en la construcción de un sistema especial para esos eventos.

Básicamente se habla de que no se debería limitar el tipo y el alcance de los daños y perjuicios que puedan ser objeto de compensación, se debe estudiar si aplica una responsabilidad objetiva o un sistema de gestión de riesgos, también hablan y llama la atención mucho, sobre la necesidad de que intervenga el ramo de los seguros, es decir, el sector asegurador debería empezar a desarrollar nuevos servicios y productos en robótica. También se habla del establecimiento de un fondo de compensación que podría ser igualmente una alternativa que garantice la reparación ante

la ausencia de un seguro, por ejemplo, y en ese orden de ideas, se habla del mismo modo, de la posibilidad de crear un número de matrícula individual para cada uno de los robots, que asegure la asociación del robot al fondo al cual pertenece y al que debería la víctima ir a reclamar su indemnización. Se propone, también, la creación de un límite máximo de indemnización, por supuesto para que no se desestime el desarrollo de la ciencia y la tecnología, y finalmente, el Parlamento Europeo estima que a largo plazo podría pensarse en la posibilidad de crear una especie de personalidad jurídica específica para los robots, para que esos robots autónomos, los más complejos puedan ser considerados como personas electrónicas responsables y reparen los daños que causen.

Y, la última tendencia de la responsabilidad civil, y con esto ya termino, tiene que ver con la reivindicación de la función preventiva de la responsabilidad, la prevención de daños a través de sistemas de gestión o gerencia de riesgos, de *risk management*, o el ejercicio de acciones preventivas como la que existe en Argentina, que no se va a la acción indemnizatoria, sino que es posible ejecutar una acción preventiva antes del daño, para prevenir el perjuicio, o sistemas de *no blame*, que se caracterizan por mirar más la solución del problema que la individualización de un responsable, es decir, un sistema de aprendizaje de errores.

Todas estas propuestas bajo el razonamiento de que el mundo normativamente ideal es aquel en el cual los daños son evitados y no aquel en el cual son reparados o compensados. Prevención que cobra también importancia en la nueva era digital, pues la característica de las máquinas de adaptarse al ambiente con el curso del tiempo, la de aprender, de modificar su sistema, carga a los fabricantes de una mayor responsabilidad en la anticipación de eventuales problemas y en la introducción de medidas preventivas.



## RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

Erika Isler Soto<sup>5</sup>

Muy buenos días. Quiero agradecer en primer lugar a esta institución académica, y en especial a la profesora Mónica Fernández, por la invitación que me extendieron a participar en este seminario. Me alegra especialmente venir por primera vez a Colombia. Bogotá es una ciudad preciosa, por lo que espero tener la oportunidad de volver muy pronto.

El tema sobre el cual me gustaría que conversáramos hoy se refiere a la responsabilidad por productos, en un escenario en el cual el derecho común no es capaz de abordar la acción indemnizatoria que de ella se deriva. Esta situación se entronca bastante con la ponencia anterior, en el sentido de que la profesora Fernández ya acusaba que el sistema dual de responsabilidad, que distingue entre supuestos contractuales y extracontractuales, está colisionando con las exigencias actuales de la vida en sociedad.

---

<sup>5</sup> Abogada de la Universidad Austral de Chile. Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Master en Ciencia Jurídica por la misma Universidad. Y Master en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Traductora, conferencista, docente e investigadora de la Universidad de Talca (Chile).

Ahora bien, en materia de anomalías de las que puede adolecer un producto, los ordenamientos suelen distinguir entre productos defectuosos inaptos y productos defectuosos inseguros. Los primeros son aquellos que no sirven para una determinada funcionalidad, como ocurriría por ejemplo, con una aspiradora que no asea adecuadamente una vivienda. En cambio los defectuosos inseguros, corresponden a aquellos que pueden servir o no para un uso determinado, pero se caracterizan por generar un atentado a la seguridad del consumidor o a su patrimonio. Tal sería el caso de la misma aspiradora que, con independencia de si succiona la suciedad o no, es fuente de un corto circuito por el cual la vivienda del usuario arde en llamas.

Es así que la primera situación (calidad en el consumo) se suele regular bajo la forma de garantías -convencionales o legales-, tomando la anomalía el nombre de vicio. En el segundo supuesto en tanto (seguridad en el consumo), nos lleva a lo que se llama responsabilidad por productos propiamente tal, relacionada esta vez con la noción de defecto. Sobre esto último precisamente nos vamos a referir hoy.

El producto defectuoso o defectuoso inseguro de esta manera, es aquel que no ofrece la seguridad esperable. Ahora bien, ¿cuál es el estándar que se debe utilizar para determinarla? Y la respuesta es, aquella correspondiente al consumidor medio del público objeto al cual va dirigido un producto. Así, la seguridad esperable de un juguete será distinta de la de un computador. Lo anterior, por cuanto sabemos que, por ejemplo, productos destinados a ser utilizados por niños requieren de una mayor diligencia en el cumplimiento de los deberes de seguridad, puesto que los individuos integrantes de este grupo etario, pueden tener conductas que a los ojos de un adulto parecerían irracionales, tales como tragarse una botella de jabón líquido o una tapita de un lápiz.

Con todo, se clasifican los defectos según su fuente u origen, en defectos de fabricación, diseño, información, transporte o desarrollo.

Los primeros suelen afectar solamente a uno o escasos ejemplares de una serie. En este caso, se trata de anomalías, cuya presencia el fabricante no deseaba en el producto. Ejemplo de ello, sería una bebida que en su interior contiene un gusano: todos sabemos que dicho insecto es un elemento que ha sido alojado en su interior por algún error en la etapa de manufacturación.

En segundo término, encontramos los defectos de diseño. Es esperable que ellos afecten a la totalidad de los individuos de una serie de producción, puesto que se refieren a la misma concepción o arquitectura del producto. La anomalía esta vez es incorporada intencionalmente por el proveedor, pero sin la conciencia de que ella puede ser dañosa. Es posible que los reconozcamos con mayor frecuencia en la prensa, mediante la difusión de llamados a retiro o reparación de productos, así como de alertas de seguridad, de vehículos, electrodomésticos, medicamentos, etc.

Luego están los defectos de información. Esta vez el producto no es *per se* inseguro -no nace con un defecto-, sino que la amenaza proviene de la falta de otorgamiento de un antecedente. Usualmente se vinculan con los productos peligrosos -por ejemplo un un fármaco o un insecticidas- los cuales pueden ser comercializados, pero siempre acompañados de las advertencias que correspondan. Se puede mencionar también la conocida sentencia por la cual se condena a un proveedor de café, que no indicó que se trataba de una bebida caliente y que podía generar quemaduras. Desde luego a ello se puede oponer la defensa de que las propias características de este producto, requieren de la mantención de una cierta temperatura, situación que es de todos conocida, por lo que no requeriría de una prevención adicional.

Ahora bien, la pregunta siguiente que surgirá a continuación será ¿qué tipo o qué cantidad de antecedentes es necesario otorgar al público para que se pueda comercializar un producto de manera inocua, o al menos, de acuerdo a los estándares legales? En este punto debemos considerar que toda información conlleva un costo, el cual naturalmente será asumido por el consumidor. Por otra parte, la decisión debe ser eficaz, puesto que tampoco servirá que la venta de un celular, venga acompañada de la entrega de un manual de mil páginas, que incluya todos los posibles riesgos que pudieran surgir. Se deben incorporar, por lo tanto, aquellos antecedentes que el consumidor pueda leer y comprender.

Por su parte, en el caso de los defectos de transporte, el bien tampoco nace defectuoso, sino que adquiere el carácter de tal, por una deficiencia en su transporte hacia el lugar en que es comercializado. Suelen presentarse en productos que requieren cadena de frío, tales como ciertos alimentos o la insulina.

Finalmente, los defectos de desarrollo, son aquellos que no son advertibles de acuerdo con los conocimientos técnicos y científicos vigentes a la época correspondiente a la introducción al mercado del producto, advirtiéndose la dañosidad o inseguridad con posterioridad a ello. Los legisladores han reaccionado de manera diferente a esta realidad: mientras algunos los aceptan como eximentes de responsabilidad, otros le niegan tal efecto. Asimismo, en ocasiones se suele reconocer su vigencia para ciertos productos sensibles -por ejemplo, medicamentos-, cuya investigación, mejora y comercialización, la humanidad requiere y necesita. No obstante, se trata de una figura que conlleva también otros cuestionamientos no resueltos pacíficamente. Uno de ellos se refiere a los conocimientos técnicos a los cuáles se debe atender: ¿debe el fabricante conocer todas las investigaciones que se encuentran terminadas acerca de un determinado producto? ¿qué ocurre con aquellas que estén en

curso? ¿en caso de haber diferencias de pareceres científicos, se debe hacer caso a la mayoría, o bien se debe evitar la fabricación del bien de que se trate?, etc. Por otra parte, la misma expresión “introducción al mercado” tampoco es clara, puesto que ello podría referirse a una partida en general, o bien al producto que efectivamente causó el daño.

Con todo, junto al producto defectuoso, aparece el peligroso, que es aquel que, si bien también conlleva una amenaza a la seguridad del consumidor, ella es deseable, puesto que se vincula con su funcionalidad. Un arma, por ejemplo, debe servir para disparar proyectiles, y no será tal, si al accionarla, aparece simplemente un letrero con la leyenda “Bang”. No obstante se acepta su comercialización, debe ir acompañada de adecuadas advertencias de prevención, cuya omisión, dará origen a un defecto de información. Por tal razón, los medicamentos suelen traer incorporada además la mención de posibles contraindicaciones o efectos secundarios.

Ahora bien, una vez realizada una aproximación conceptual de la temática planteada, corresponde cuestionarse cómo abordar jurídicamente la responsabilidad por productos, esto es, bajo qué reglas debería regirse.

¿Será idóneo el régimen contractual? La verdad es que no, puesto que sólo se hace cargo del consumidor contratante, pero no de aquel que no ha celebrado contrato alguno con el sujeto de quien pretende obtener la indemnización de los perjuicios. Así por ejemplo, no resultaría suficiente para regular la acción del afectado en contra del fabricante o el transportista. Por otra parte, por regla general, este estatuto solo contempla el resarcimiento de los daños previsibles, situación que se vincula directamente con lo ya señalado acerca de los riesgos de desarrollo.

La segunda posibilidad consiste en recurrir al régimen extracontractual. No obstante, ello conlleva el grave problema de la exigencia de la acreditación de la culpa: como ya se vio en las ponencias anteriores, existe una gran asimetría informativa entre el proveedor y el consumidor, por lo que la posibilidad que tiene este último de probar la negligencia del demandado es prácticamente nula. Lo que implicaría conocer los estándares de diligencia de la industria, los cuales para nosotros en general suelen ser totalmente desconocidos. Asimismo, este estatuto tampoco se hace cargo del consumidor contractual, aquel que, por ejemplo, quisiera demandar al individuo que le vendió directamente el producto.

A lo anterior, se agrega la propia mantención de un sistema dual de responsabilidad que aplica reglas diferenciadas según la fuente de la obligación. En efecto, como ya lo indicó la profesora Fernández en la exposición anterior, la mantención de un régimen como éste no nos sirve para comprender la relación de consumo, la cual es distinta de aquella concebida por el derecho común decimonónico.

Para graficar lo anterior, les voy a mencionar un caso que, si bien se presentó en Chile, es extrapolable a países como Colombia: se trataba de un individuo que compró una pasta para untar el pan, de la cual comió él y toda su familia, y por cuyo mal estado, todos ellos se intoxicaron. En esta ocasión, la Corte de Apelaciones de Concepción estimó absurda la necesidad de invocar títulos obligacionales distintos, únicamente en razón de que sólo uno de los afectados había celebrado un contrato de consumo, puesto que todos los individuos habían sufrido daños en similares circunstancias.

Una solución en contrario nos llevaría a la ridícula situación de que deba exigirse a todo el grupo familiar la concurrencia al establecimiento de que se trate para adquirir el alimento, para que se pueda acceder a una tutela igualitaria.

Ello pone en evidencia que la mantención de este sistema dual puede dar origen a distinciones indeseables en cuanto a los daños indemnizables, plazos de prescripción y otras reglas e instituciones. Por otra parte, se ha estimado que propendería al aumento de la litigiosidad, en el sentido de que uno de los puntos que se podrían discutir sería precisamente la procedencia del régimen contractual o extracontractual. Esta circunstancia podría incidir por lo tanto en la celeridad o lentitud de una eventual solución para el consumidor.

Ahora bien, frente a este panorama, en derecho comparado se ha tendido a establecer un estatuto que no se distingue entre la responsabilidad contractual y extracontractual: simplemente se habla de la víctima o el perjudicado, procediendo además unos mismos daños indemnizables y rigiendo un idéntico plazo de prescripción. Aunque se reconocen ciertos matices en la incorporación del vendedor directo como legitimado pasivo de la acción -obligado subsidiario u solidario-, lo cierto es que al incorporárselo y no establecer diferencias en cuanto al régimen jurídico aplicable, se tiende al tratamiento unitario. Ello lo podemos reconocer en la experiencia comunitaria europea, brasileña, peruana y argentina, por citar algunos ejemplos.

Chile, por su parte, no cuenta con una ley general que aborde la responsabilidad por productos, sino que únicamente se encuentra cubierta la situación de los productos sanitarios. En los demás casos, se genera una nebulosa, que ha conllevado a que los consumidores, deban

recurrir a normas que han sido incorporadas en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores con otros fines, para poder solicitar el resarcimiento de los daños que han sufrido. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la garantía legal y la publicidad falsa o engañosa.

Desde luego, esta situación requiere de una urgente intervención legislativa por la cual se subsane la grave omisión de la que adolece el sistema chileno de protección de los derechos de los consumidores.





## DESAFÍOS ACTUALES DE LA ECONOMÍA Y LA SOCIEDAD DIGITAL: PERSPECTIVA EUROPEA

Lourdes García Rodríguez<sup>6</sup>

Quiero, primero, agradecer la invitación para participar en este interesante Seminario. Creo que soy la única que no soy abogada aquí y por eso me propongo sacarlos de su zona de *comfort* como estudiantes y profesores de Derecho y acercarlos a nuevas realidades y procesos que están alumbrando la llamada sociedad y economía digital, a y los impactos que están generando en todos los ámbitos de nuestra vida.

Tengo una formación transversal e interdisciplinar y en mis clases me dedico fundamentalmente a enseñar a mis estudiantes (también muy interdisciplinarios ya que tengo estudiantes de Economía, de Administración de Negocios, de Relaciones Internacionales, de Ciencia Política y Gobierno, de Desarrollos Urbanos, incluso de Derecho) a comprender nuestro mundo actual a través del análisis económico y

<sup>6</sup> Licenciada en Historia Contemporánea y Licenciada en Educación por la Universidad de Salamanca. Máster en 'Estudios Europeos: Perspectivas Transnacionales y Globales' por la Universidad de Lovaina (Bélgica). Actualmente es candidata a Doctora en la Universidad de Salamanca en el Programa Estado de Derecho y Gobernanza Global. Se ha desempeñado como consultora en materia educativa, docente en programas de Derecho, Relaciones Internacionales, Finanzas, Comercio Exterior, Humanidades y Comunicación. Investigadora y docente de la Universidad del Rosario.

político de nuestro entorno global al objeto de que ellos desarrollen sus habilidades y competencias de análisis y de gestión de problemas. Últimamente me he dedicado mucho a investigar este proceso que hemos venido en llamar transformación digital, es decir, cuáles son los impactos que en diferentes, múltiples y transversales ámbitos está teniendo los actuales desarrollos tecnológicos. Me refiero a un gran proceso que combina la digitalización con lo que representa la llamada Cuarta Revolución Industrial, es decir, el internet de las cosas, la inteligencia artificial, las nuevas máquinas que combinan factores biológicos, físicos con la propia inteligencia artificial, etc. Mi interés principal radica en analizar los efectos e impactos que estos nuevos procesos tecnológicos están teniendo a nivel global en diferentes ámbitos: económicos, políticos, de relaciones internacionales, etc.

Así, que durante el tiempo de esta charla quiero compartir con ustedes una serie de reflexiones para que se den cuenta de cómo estas nuevas tecnologías emergentes están generando importantes desafíos de manera muy transversal, es decir, son desafíos económicos, sociales, laborales, jurídicos, etc. Desafíos que tienen implicaciones muy importantes y que están cambiando nuestro día a día y lo harán más en el futuro. La tecnología es muy dinámica, es flexible, es invisible a veces porque no vemos la red, pero si sabemos lo que está produciendo y todo el impacto que está generando en nuestras vidas y en nuestras profesiones.

Hoy leí un artículo de uno de estos gurús tecnológicos del Instituto de Empresa en el que se hacía una pregunta: los abogados del futuro ¿serán sólo robots?, eso que llaman ya la justicia algorítmica va a obligar, seguramente, a tener que adaptar a los futuros abogados, tanto en su formación como la práctica de su profesión. Pero no se preocupen, porque no serán solo ustedes quienes tendrán que hacerlo. Todos, absolutamente todos los profesionales del presente (más aún los del futuro) tendremos que actualizarnos al nuevo entorno y realidades que se nos plantean

poco a poco, porque como les digo la tecnología no conoce fronteras territoriales, no conoce de soberanías nacionales, sino que se nos cuela por estos maravillosos aparatos tecnológicos que tenemos y nos está constantemente marcando un camino nuevo por el que nosotros a veces de manera inconsciente transitamos.

Quiero reflexionar con ustedes de lo absolutamente necesario que es que desde el mundo jurídico se aborde la adaptación y gestión de estas nuevas realidades y desafíos protagonistas de esta nueva sociedad y economía digital: necesitamos nuevos marcos regulatorios, necesitamos nuevas normas en el derecho a la competencia, en el derecho de protección de datos, de privacidad, de responsabilidad... cuestiones, por ejemplo, como la propiedad o la responsabilidad que generará la utilización cada vez más intensa de los robots y la inteligencia artificial deben ser resueltas. Tenemos muchos retos políticos también, porque claro hay una serie de reformas y adaptaciones que hay que llevar a cabo a través, en muchos casos, de políticas públicas, nuevas legislaciones, nuevas regulaciones, etc. y son los Estados y los Gobiernos los que las tienen que liderarlas.

Antes escuchaba a una de las ponentes que hablaba de la globalización. Este proceso global, que empezó siendo financiero y comercial, ha obligado a los países a ir adaptándose y abriéndose poco a poco al mundo, a las nuevas realidades y cambios que se han generado durante las últimas tres décadas. En este proceso globalizador la tecnología ha tenido un protagonismo esencial. Estamos construyendo poco a poco nuestras sociedades digitales. La economía digital, surge al amparo de las nuevas tecnologías, pero es algo que nosotros podemos manejar, y esa es una de las reflexiones que yo quiero exponerles, porque a veces podemos tener la sensación de que toda esta nueva revolución tecnológica tiene un efecto *tsunami*, que no sabemos ni por dónde nos viene, adónde va y qué consecuencias va a tener.

Yo les digo que sí podemos saber por dónde nos va a venir y qué retos nos están planteando ahora y en el futuro cercano. Estamos analizando cuáles son los fenómenos y los procesos que se están desarrollando como consecuencia de la aplicación de las nuevas tecnologías, y creo que sí sabemos cómo adaptarlo a nuestras vidas, pero para ello se requieren cambios y reformas. Se requiere la voluntad de los Gobiernos y se requiere analistas, investigadores, expertos y generadores de ideas que sean capaces de hacer recomendaciones y de establecer los caminos por los cuales hay que transitar.

Una colega española, Elena Pisonero (presidenta de Hispasat), habla últimamente, de manera enfática sobre la necesidad de humanizar la tecnología, es decir, aplicarla en aquello que nos sea necesario sin superar los límites de lo que el hombre debe estar dispuesto a hacer, especialmente, desde el punto de vista ético. Este es uno de los principales debates que se están dando entre los expertos de diferentes ámbitos profesionales: los límites (si es que queremos ponerlos) de las aplicaciones tecnológicas.

En uno de los últimos eventos internacionales en el que participé, acerca de los retos de la nueva sociedad y economía digital, se habló mucho también de los diferentes ritmos de los países en su adaptación a estos nuevos desarrollos tecnológicos y las nuevas actividades económicas que están generando. Otro de los temas que se abordó fue el acceso y la formación a esas nuevas tecnologías y las desigualdades que se pueden no solo producir, sino ahondar, por esta ausencia. Nuevas realidades, nuevos desafíos, nuevos liderazgos.

Por ejemplo, necesitamos saber cómo abordar las consecuencias de todo este proceso tecnológico en el ámbito laboral. Hace dos años (2016) en la reunión anual del Foro Económico Mundial en Davos, se hizo la presentación oficial de lo que ya todos llamamos la Cuarta Revolución

Industrial, y junto a ella conocimos el documento, *The Future of Jobs*, que analiza las consecuencias laborales de esa nueva revolución industrial. La idea principal que nos quedó a todos fue la pérdida de millones de trabajos como consecuencia del desarrollo y aplicación de tecnologías que poco a poco están sustituyendo el trabajo humano. Lo más retador de este nuevo proceso tecnológico e industrial es que además de su carácter disruptivo, viene protagonizado por un crecimiento exponencial en cuanto a la intensidad y profundidad de los cambios que devienen de este proceso. Entonces recordé como, tras la primera revolución industrial, surgieron una serie de trabajadores artesanales que temerosos de la pérdida de sus trabajos se dedicaron a destruir y quemar las máquinas creyendo que con ello recuperarían sus trabajo.

En este nuestro tiempo, ya sabemos que las respuestas a los impactos (industriales, económicos, sociales y también culturales) de estas nuevas tecnologías (robótica, inteligencia artificial, el internet de las cosas, la biotecnología, etc.) no vendrán de enterrar la tecnología o quemarla, sino de una adaptación paulatina desde el punto de vista, por ejemplo, de nuestra formación, y no sólo de la nuestra sino de las generaciones que vienen, que son a las que les va a impactar fuertemente este nuevo modelo de sociedad y de economía. Adaptaciones también de nuestros marcos legislativos y jurídicos.

Lo revolucionario de este momento para nosotros es que estamos viviendo un momento singular y único. Alguien dirá “bueno siempre se vive un momento singular y único”; pero yo le diría que no tanto y les voy a explicar por qué: creo que es un momento singular y único porque estamos ante una tecnología que no solamente está cambiando todo nuestro sistema productivo, sino que además está cambiando nuestro sistema de transmisión de conocimiento; dos procesos que antes difícilmente se habían dado de forma paralela en el tiempo. La tecnología digital está transformando nuestro modelo social, nuestro

modelo relacional, nuestro modelo de comunicación, nuestros modelos de negocios, la definición propia del trabajo y nuestras formas de ser más eficaces y más competitivos. Eso por un lado. Pero es que además, respecto a la transmisión de los conocimientos, es también la primera vez en la cual el acceso a contenidos puede ser completamente ubicuo, flexible y movilidad absoluta.

Tenemos acceso a conocimientos desde cualquier punto donde tengamos conexión wifi y un aparato tecnológico, podemos consumir, generar, compartir contenidos de forma masiva y en tiempo real. Esto jamás se había visto. Por lo tanto nos estamos enfrentando a fenómenos que son absolutamente novedosos para el ser humano y claro eso debe generar una serie de reflexiones importantes; porque cuando nos enfrentamos a aspectos que ya la historia pasada y la experiencia nos dice que podemos ir por acá, tendemos a no equivocarnos, pero la cosa es que estamos ante fenómenos y procesos que nunca han pasado en la historia y por lo tanto somos nosotros, las generaciones presentes y futuras quienes tendremos que decidir cuál es el camino que queremos seguir, y cómo vamos a adaptarnos desde el punto de vista social, económico, jurídico, a estas nuevas realidades. Cómo vamos a hacerlo a corto y medio plazo, teniendo además en cuenta que estamos en un mundo hiperconectado, donde los efectos de la cuarta revolución industrial y la digitalización (el internet, la computación cuántica y las nuevas tecnologías emergentes) son también globales y no tiene fronteras o estas son invisibles; por lo tanto los impactos de una u otra manera terminarán llegando a todos los países.

En este sentido, es muy importante saber cómo se están preparando nuestros países y sociedades, cómo van a adaptarse y gestionar los impactos que ya se se están generando, y que serán aún más (en nuestra economía, en nuestra industria, en la protección de nuestros derechos, nuestros trabajos, nuestros datos privados, etc.). El punto de partida de todo este

proceso de transformación digital ha estado fundamentalmente en el uso de la red, su universalización ha transformado la forma de relacionarnos con nosotros mismos, con nuestros Gobiernos e instituciones, con las empresas a las que compramos productos y servicios, etc. Hemos pasado de lo que estaban las generaciones anteriores acostumbradas, que era a un canal de comunicación puramente unidireccional, a generar un canal bidireccional gracias a las nuevas tecnologías; porque nosotros (no sé si somos muy conscientes) somos en estos momentos constructores de contenidos, somos creadores de contenidos, y esa bidireccionalidad genera no solo una grandísima oportunidad de carácter económico, sino también una gran responsabilidad.

Les recuerdo cómo empezó nuestro uso de la red: hace más o menos veinticinco años empezamos con el internet de las empresas; allá, por los años finales de los 80 y 90 cuando las empresas daban información de sus marcas, hacían publicidad, tenían el control de lo que nos transmitían y cómo lo hacían, eso ya lo vimos como algo normal. Luego, a principios del siglo XXI, pasamos al internet social a través del surgimiento de las redes sociales, creando un ecosistema digital único donde los usuarios empiezan a generar contenidos y empiezan a compartirlos. Y finalmente, en este momento (finales de la segunda década del siglo XXI) estamos con el internet de las cosas, donde los objetos se comunican entre sí a través de la red sin nuestra intermediación. Por ejemplo, el otro día veía en una feria de tecnología, donde el refrigerador conectado a nuestro celular nos dice “usted tiene estos productos, pero le faltan estos otros que tiene que comprar”. Puede ser un refrigerador u otro tipo de máquina (como un computador, por ejemplo) en nuestro hogar. Imagínense el internet de las cosas en fábricas y centros de producción, ¿cómo serán esos nuevos centros de producción?

El modelo actual de economía digital nos permite hacer muchas cosas: procesar, administrar, analizar información, distribuirla y, por ejemplo, generar la prestación de nuevos servicios o utilizar la red para

generar y compartir opiniones, imágenes o conocimientos. Todo esto, evidentemente, no solo está transformando nuestra manera de consumir, comportarnos, relacionarnos e incluso de sentir de forma individual y colectiva, sino también transforma los actuales sectores y actividades económicas y productivas, los cuales se están viendo afectados de forma importante. Recordemos que cuando hablamos de economía digital, economía de internet o economía web, hablamos del empleo de la red como una plataforma global para crear conocimiento, generar riqueza, distribuir y consumir bienes y servicios, cuyo objetivo (en teoría) es cubrir las necesidades evidentemente de esta sociedad digital cada vez más compleja.

Estamos ante una nueva formulación de la economía: una economía digitalizada que además se cruza, como hemos dicho, con ese proceso que ya conocemos con el nombre de Cuarta Revolución Industrial; que combina sistemas digitales, sistemas físicos y sistemas biológicos. Estos nuevos desarrollos tecnológicos son los que, como les decía anteriormente, nos hacen protagonistas de una época singular y única, donde los protagonistas, no lo olvidemos, somos nosotros mismos y no la tecnología.

Somos nosotros los que pensamos y aplicamos la tecnología y nosotros somos los que jamás debemos perder el control sobre esa tecnología o sobre esas actividades económicas o actividades digitales que desarrollamos con el uso de esta. Por eso es tan importante que, a través de la política, del poder de los Estados y de los Gobiernos, establezcamos marcos jurídicos y normativos que nos permitan adaptarnos a estas nuevas realidades y desafíos.

En este momento se está produciendo una concurrencia de procesos que están marcando el futuro de nuestras sociedades. Hablamos de la automatización, la robotización, la inteligencia artificial. Hablamos de eso que se llama el internet de las cosas, de la computación cuántica...

hablamos de tecnologías que actúan en nuestro quehacer diario, por ejemplo, en el campo de la medicina, o por ejemplo en el campo de los transportes y de la industria. Hablamos de la nanotecnología y nuevos materiales que nos vamos a ir acostumbrando a ver; fundamentalmente porque los vamos a tocar, van a estar en nuestros teléfonos celulares, en nuestras tabletas o computadores.

Esta concurrencia de procesos afecta a diferentes ámbitos y sectores. Yo siempre digo que afectan a todos y además de manera transversal. Afecta, por ejemplo, el ámbito formativo y la educación, o como hemos dicho antes, al ámbito laboral o a la defensa de nuestros derechos y privacidad. Para todo ello necesitamos no solo que las empresas e industrias se digitalicen, sino que se requieren -sobre todo- políticas públicas de los Estados que actualicen los marcos jurídicos y regulatorios a las nuevas realidades, actividades y sectores que están surgiendo.

Uno de los principales desafíos detectados, por ejemplo, es el mantenimiento de programas académicos tradicionales, poco adaptados -por lo tanto- a las nuevas necesidades y competencias que requieren las empresas e industrias que se están digitalizando. Muchos de los actuales currículos universitarios no están respondiendo a las nuevas necesidades generadas en la sociedad digital, ni a los nuevos sistemas productivos o los nuevos modelos de negocios generados por la economía digital. La educación y la formación de competencias digitales son importantísimas. Sabemos que en estos momentos hay, dependiendo de los países, casi un 60% de nuevos puestos que se están creando en grandes empresas tecnológicas que no están pudiendo ser cubiertos precisamente por la falta de competencias digitales.

Otro de los grandes desafíos que se están produciendo está vinculado con la necesidad de actualizar los marcos jurídicos y regulatorios a las nuevas realidades generadas por la concurrencia de los procesos de la

digitalización y la cuarta revolución industrial. Creo absolutamente necesario adaptar los marcos actuales jurídicos y regulatorios de ámbitos tan importantes como el laboral, el fiscal o impositivo, el derecho a la competencia, la propiedad intelectual o la protección de nuestros datos en la red; por citar solamente a algunos de los que se ven fuertemente impactados por las nuevas realidades y negocios digitales.

No quiero olvidar de otro tema importante que debemos cuidar y, por lo tanto, regular. Hablo de la llamada brecha digital, las desigualdades de acceso a la red. El desarrollo de nuestras sociedades digitales y de la nueva economía necesita un acceso absoluto a la red que permita no solo comunicarnos y relacionarnos con el mundo, sino también generar nuevos negocios, más riqueza, bienestar y, también, conocimiento. Recuerden que la red es el canal por la cual transitan los millones de datos que permiten el desarrollo de las nuevas tecnologías, negocios y servicios.

Recordemos que la Economía Digital tiene tres componentes fundamentales: uno, las propias tecnologías, evidentemente; otro, nosotros, es decir, los usuarios; y, finalmente, la infraestructura de red de banda ancha. En Colombia ya están instaladas las bandas del 4G. Hay entornos (Unión Europea, Estados Unidos y en algunos países asiáticos como Japón, Corea del Sur o Singapur) donde ya se están empezando a implementar las del 5G. Hablo de la quinta generación de la telefonía móvil, la próxima tecnología que lo cambiará todo y que ofrecerá muchas ventajas en forma de mayor velocidad y más capacidad para tener millones de dispositivos conectados al mismo tiempo. En este sentido, debemos darnos cuenta de la importancia del acceso a estas nuevas redes y de los impactos positivos que generará su utilización por parte de empresas, industrias e individuos.

Estos tres componentes engloban una variedad de agentes que están interrelacionados y que evidentemente son actores activos del cambio, entre ellos y con un papel importante para mí, los Gobiernos. Recordemos que los Gobiernos, parlamentos e instituciones del Estado son los que diseñan las políticas públicas, deben actualizar los marcos jurídicos y regulatorios y adaptarlos a las realidades generadas en esta nueva sociedad y Economía Digital. Con frecuencia escuchamos que en este mundo actual el poder de los Gobiernos se está diluyendo porque el poder está en las grandes corporaciones financieras y económicas, en los grandes capitales, las grandes aseguradoras de riesgos, etc. Y yo siempre digo lo mismo: es verdad que estos actores privados tienen una gran influencia, pero ¿quién salvó de la gran crisis financiera de 2008 a Estados Unidos y la Unión Europea?, ¿las grandes corporaciones o bancos? Quienes se enfrentaron directamente al impacto de la grave crisis fueron los Gobiernos, y fuimos nosotros los ciudadanos.

Por lo tanto, los Gobiernos y los parlamentos tienen mucho que decir y hacer a través de políticas públicas, nuevas leyes y regulaciones, favoreciendo la convivencia y las alianzas con actores privados; y también a través de sinergias con esto que llamamos la “gobernanza global”. Los temas que deben protagonizar estas transformaciones son muy variados: el acceso y uso de internet, la infraestructura de redes, la industria de telecomunicación, los proveedores *online*, las industrias de *business* y de *e-commerce*, los sistemas de gestión de formación y conocimiento, los derechos e instituciones de propiedad intelectual, el capital humano o el I+D+I. Temas, todos ellos, protagonistas de la Economía Digital.

Una economía digital que durante la última década ha experimentado cambios que han ido conformando un conjunto de rasgos y características de este nuevo tipo de economía. Les voy a nombrar solo algunas. Por ejemplo, estamos ante una economía digitalizada y rastreada. Hoy en día es posible analizar el comportamiento de un usuario a través de sus

compras *online*, búsquedas en Google Maps, *post* compartidos en *social media*, etc. todos esos datos pueden ser procesados mediante *big data* y arrojar una visión más concreta a las empresas en relación con las tendencias o hábitos de compra de los usuarios.

Estamos, también, ante una economía compartida. La economía en internet opera al compartir. La gran cantidad de datos que pueden procesarse y compartirse en un corto espacio de tiempo, permite a las empresas crear alianzas, para lanzar productos conjuntamente. La Economía Digital es, también, una economía directa porque internet permite a las compañías eludir a los intermediarios, eliminando así canales innecesarios y creando una relación más directa entre los usuarios de la red, especialmente si hablamos de compradores y vendedores de productos y servicios. Finalmente, quiero subrayar que la Economía Digital es una economía globalizada, ya que, debido a la gran cobertura de internet, las transacciones y el comercio se suceden a mayor velocidad y sin importar la procedencia de ambas partes.

En la última reunión de los empresarios que conforman el Business 20 (una especie de *dream team* que discute y recomienda políticas públicas a los presidentes del G20 que se reunirán en diciembre de 2018 en Buenos Aires) se consensó una serie de recomendaciones sobre Economía Digital e Industria 4.0. En la reunión, celebrada en agosto pasado, se puso mucho énfasis en lo que se considera son las siete claves de esta nueva economía: capacidades digitales, industria 4.0, conectividad global, impacto digital en pequeñas y medianas empresas, flujos de datos y comercio digital, *fintech* y ciberseguridad. Quiero compartir con ustedes algunas de las reflexiones que allí se plantearon.

Uno de los ejes centrales que se debatieron y que causa gran preocupación es el empleo, con todo lo que está ocurriendo en la industria 4.0 y si no tenemos educación y entrenamiento alineado en *digital skills*. Entre las recomendaciones, se destacan los cambios en los currículos de las

escuelas y en los programas de estudio a través de una colaboración público-privada, para entender hacia dónde van las distintas tendencias, y reconvertir o actualizar a los empleados. No es que haya que crear nuevos trabajadores, se trata de darles nuevas herramientas y habilidades. Otro eje es el comercio electrónico. El comercio electrónico transfronterizo, no es solo de bienes y servicios, sino también de datos y rompe paradigmas que abarcan desde temas aduaneros, de defensa del consumidor hasta impositivos. En colaboración con los Gobiernos se puede trabajar este aspecto, por ejemplo, ayudando a las pymes a meterse en la cadena de valor global; pero para eso, hay que hacerles más fácil la exportación o los temas de logística.

En esta reunión el B20 identificó siete claves de la nueva economía sobre las que se deben centrar las diferentes iniciativas dirigidas a la adaptación e impulso de la Economía Digital en nuestras sociedades. Iniciativas que tienen un carácter transversal y, posiblemente, sistémico ya que implican diferentes ámbitos de acción (político, jurídico, económico, tecnológico, etc.). Por ejemplo, hay que generar capacidades digitales, sobre todo, centradas en políticas e inversiones en capital humano y educación para preparar a la sociedad para el trabajo del futuro. Actualmente, el 90% de los empleos requieren ya algún tipo de capacidad digital. Y en 2020, se calcula que el 30% de los empleos relacionados con la tecnología no estarán ocupados. El objetivo es reducir la diferencia entre las exigencias tecnológicas del mercado laboral y las capacidades de los trabajadores.

El desarrollo de la Industria 4.0. es otro de los desafíos más importantes apoyando a las empresas en la adopción de tecnologías para transformar sus procesos de fabricación y producción. En la actualidad, la mayor parte de las empresas aplican una o dos tecnologías aisladas. El reto actual consiste en elevar la integración de sistemas y procesos tecnológicos que previsiblemente aumentarán la productividad. Por ello, será necesario aumentar el *know how* de las empresas para implementar estas tecnologías.

Otro reto es la conectividad global. Se necesita invertir en infraestructura para permitir que la población se beneficie de la digitalización. Se espera que, a finales de 2019, el 50% de la población mundial tenga conexión a internet, sin embargo, el coste de esta conexión es considerablemente más alto en áreas como África y Asia-Pacífico que en la media de países que conforman la ONU. El objetivo es aumentar la accesibilidad y reducir los costes de conexión. Otro reto está en el impacto digital en pequeñas y medianas empresas. El desafío es crear conciencia del impacto de las tecnologías en las pymes, que generan dos tercios de los puestos de trabajo en todo el mundo y, también, favorecer sus procesos de digitalización, tanto desde el punto de vista formativo, normativo como tecnológico y/o financiero.

Otro reto son los flujos de datos y comercio digital. Lo que implica el impulso del comercio digital y de mecanismos eficientes de transferencia de datos a través de las fronteras. El tráfico de datos se ha multiplicado por cincuenta desde 2005, mientras que se proyecta que el comercio electrónico que llegue a los 424.000 millones de euros en 2021. Sin embargo, el B20 apunta que la regulación y los acuerdos comerciales siguen sin tener en cuenta en muchos casos las necesidades del comercio digital. Además, reclama mecanismos de transferencia de datos más eficientes para fomentar este comercio. Otro de los ámbitos más importantes de la digitalización es la innovación tecnología financiera. En este sentido se trata de cerrar la brecha en la inclusión digital financiera, especialmente entre los países desarrollados y los países en desarrollo. Algunos bancos, como el BBVA, han sido los grandes precursores del desarrollo del *fintech* para fomentar la inclusión bancaria, que ahora mismo no alcanza al 31% de la población mundial.

Finalmente, esta el gran reto de la ciberseguridad. Uno de los ámbitos que genera más preocupación. Uno de los grandes objetivos es asegurar los datos de negocios y personas en una era en que una cantidad creciente de información se comparte entre usuarios, dispositivos y

máquinas. Recordemos que, en 2017, el ciber crimen tuvo un impacto de 600.000 millones en la economía. Por lo tanto, alcanzar un alto nivel de ciberseguridad es fundamental para reforzar la confianza en los beneficios de la transformación digital. Para ello, se deben crear marcos globales de ciberseguridad, así como aplicar normativa internacional para detener el aumento de ciberataques, con el foco puesto en la protección de datos.

Como vemos la digitalización está trazando múltiples caminos de transformación que obligan, entre otros, a las organizaciones a revisar sus fundamentos, modelo de negocio, operaciones, estructuras y procesos. Esta nueva revolución tecnológica es cada vez más disruptiva en nuestras vidas. Ha hecho posible que surjan nuevos modelos de negocio que están cambiando radicalmente el mercado en múltiples sectores. Nuevos negocios cuyo elemento clave es poner relacionar los demandantes de un bien o servicio con sus proveedores. Negocios que están planteando nuevos retos, también, desde el punto jurídico y regulatorio. Pensemos, por ejemplo, la empresa con más apartamentos de alquiler *Airbnb*, no tiene una sola habitación; el mayor vendedor del mundo, Amazon, no disponía de tiendas físicas hasta hace poco; las principales centrales de reservas hoteleras, como *Booking*, no son dueñas de ningún hotel; las cada vez más boyantes empresas VTC (vehículo de transporte con conductor: Uber, Cabify) no han adquirido un solo coche para hacer sus trayectos, etc. Les hablo de nuevos negocios y empresas que están creando los llamados ecosistemas digitales.

En relación con estos nuevos negocios debemos empezar a acostumbrarnos a hablar de un fenómeno que es un elemento constitutivo del proceso de transformación digital. Son los llamados ecosistemas digitales. Un ecosistema digital es un conjunto de productos y de servicios que están conectados entre sí. Como por ejemplo, un sistema operativo móvil, una tienda de aplicaciones, un motor de búsqueda o una red social. Las grandes empresas tecnológicas, los conocidos como gigantes digitales, en su mayoría nativas digitales que, centradas siempre en el usuario, han construido con éxito dichos ecosistemas digitales y han ido generando

su oferta de productos y/o servicios complementarios y adyacentes al core de su actividad. Todo esto traspasando las fronteras sectoriales y con la vista puesta en los mercados globales. Compañías como Amazon, Google, Alibaba, Tencent o BBVA ya no compiten dentro de un sector, sino que ofrecen a los clientes una experiencia integrada de servicios.

El poder que han acumulado los ecosistemas digitales se debe, fundamentalmente, a tres características. En primer lugar, los efectos de red permiten a los usuarios conectarse con otros usuarios y con productos y servicios de otras empresas. Por eso, cuando un ecosistema alcanza una determinada masa crítica, un número de usuarios tiende a volverse cada vez más valioso y fuerte.

En segundo lugar, los ecosistemas digitales ejercen un rol de guardianes o de puertas de acceso a productos y servicios de otros mercados lo que permite que los ecosistemas digitales puedan ejercer un cierto grado de control sobre esos productos y servicios en mercados relacionados.

En tercer lugar, los ecosistemas digitales generan, acumulan y explotan grandes cantidades de datos que mejoran la calidad de los productos y servicios que ofrecen y esto les permite atraer a una mayor cantidad de usuarios que están más involucrados. Se produce, por tanto, un círculo positivo en la acumulación de datos que tiende a reforzar y a consolidar el ecosistema digital.

En este sentido, cuando pensamos en ecosistemas ya no podemos hablar del automóvil sino del ecosistema de movilidad; los seguros o hipotecas se integran bajo el paraguas del ecosistema de *housing*; los contenidos y videojuegos emergen dentro del ecosistema de contenidos y así, sucesivamente, con todos los sectores que se reagrupan bajo nuevas reglas y cuyo denominador común es la generación de sinergias multisectoriales que ofrecen al cliente una experiencia única, integrada y que satisface sus múltiples necesidades.

Según datos de la consultora internacional McKinsey se estima que en una década contaremos con al menos doce ecosistemas globales cuya cifra de negocio alcanzaría 63 millones de millones de dólares, y la pregunta fundamental es: ¿cómo competimos en esta nueva realidad? El desafío, en este sentido, es que estos ecosistemas digitales tienden a la concentración de poder en unas pocas empresas cuyo dominio, además, atraviesa las fronteras o las barreras tradicionales entre sectores empresariales o industriales. El peligro reside en que esta concentración de poder acabe llevando a una situación en la que la competencia se reduzca, con menos incentivos a innovar, y, al final, menos opciones al alcance de los consumidores. Por eso se hace necesario, primero, un marco regulatorio claro para el funcionamiento de estos ecosistemas digitales y, segundo, una política de competencia que sea efectiva para preservar la buena competencia en la economía digital.

Creo que, llegados a este punto, es importante que les hable de las ventajas (y desventajas) de la nueva Economía Digital.

Veamos algunas de las ventajas: primera, acceso libre a diferentes y remotos tipos de mercado de manera sencilla. Esto involucra la educación, el intercambio cultural, el comercio de todo tipo de bienes a precios más competitivos, etc. Segunda, el crecimiento escalable de una organización aplicando modelos de negocios basados en internet y el uso de las y que permiten ofrecer al mercado productos innovadores y que, por otro lado, se centran en mejorar sus procesos para hacerlos más eficientes y simples para los consumidores.

En la actualidad, lo podemos observar con las llamadas *Startups*, que, con menores costes, pueden generar ganancias exponenciales, ofreciendo flexibilidad a sus trabajadores y fructíferos beneficios a sus clientes. La tercera ventaja es el auge del trabajo *on-line*, tanto por empleados como *freelancers*, quienes buscan y encuentran alternativas de empleo mediante la economía web; la que, sin duda, les permite flexibilidad

tener de horarios y una mejor conciliación de la vida laboral y familiar. Estos factores, unidos al cambio significativo en el comportamiento del consumidor debido a la mayor conectividad, ha conducido a una importante oportunidad de crecimiento para las empresas que comercian en línea. Internet ha tenido un impacto positivo en los hogares y las empresas.

Les cuento las dos desventajas más importantes que, en mi concepto, presenta este tipo de economía. En primer lugar, existen partes del mundo en el que la utilización de diversas tecnologías está todavía en sus inicios, debido fundamentalmente a la desigualdad o brecha de acceso y a la ausencia de formación digital. Hay todavía gran cantidad de personas que ni siquiera conocen las instrucciones básicas para utilizar un computador. Es decir, existe de algún modo una exclusión y una gran brecha hacia los individuos que no frecuentan internet, y no necesariamente por carencia de tecnología. En segundo lugar, los despidos en empresas debido a la automatización o robotización o aplicación de la IA a diferentes tareas conllevan una masa crítica de desempleados que difícilmente volverá a reinsertarse en otra empresa o actividad, debido a que la mano de obra ya no es necesaria o no cuentan con el soporte o motivación necesarios para reciclarse en otras áreas de la empresa o de la industria. Todo un reto laboral por delante como verán.

Para terminar, quiero contarles la perspectiva europea de esta nueva sociedad y economía digital. Desde la Unión Europea se están haciendo muchas cosas para adaptarse a las nuevas tecnologías y las tendencias del mercado. La Unión Europea ha desarrollado su papel regulador, por ejemplo, introduciendo normas que abarcan todas las redes y servicios de comunicaciones electrónicas; garantizando la banda ancha básica a todos sus ciudadanos; y fomentando la competencia con medidas para impedir que los antiguos monopolios nacionales de telecomunicaciones mantengan una posición dominante en servicios como el acceso a internet de alta velocidad.

El corazón de la estrategia europea para avanzar hacia la transformación digital es la llamada *Agenda digital europea* que podríamos definir como la hoja de ruta a nivel comunitario, creada con el objetivo de adecuar a la propia Unión Europea y a sus Estados miembros, con respecto a las nuevas tecnologías o TICS (Tecnologías de la información y la comunicación), y en especial, de conformar una economía única digital.

Esta iniciativa se enmarca dentro de la Estrategia Europa 2020 de la Comisión Europea que tiene entre sus objetivos principales tres que les quiero subrayar. Primero, la mejora en la velocidad de navegación para poder afianzar todo este sistema y conseguir prestar en el futuro servicios completamente *online*. Para ello se ha creado una normativa de reducción de costes y ayudas estatales con el objetivo de que la totalidad de ciudadanos europeos dispongan, en un plazo no superior a 2020, de una banda ancha mínima, y la mitad de ellos de alta velocidad, con especial atención, a los dispositivos móviles.

En segundo lugar, la agenda europea establece la necesidad de crear un mercado único de telecomunicaciones y el establecimiento de un marco común adecuado que garantice una reglas y directrices para todo el espacio intracomunitario en esta materia, como se puede apreciar por la creación de un organismo de control y asesoramiento llamado Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas y una normativa común para todos los países de la Unión.

En tercer lugar está la creación del mercado único digital. Un espacio digital único para todas las transacciones y operaciones comerciales en línea. Hablamos de una verdadera economía digital que permita un comercio electrónico seguro, el llamado *e-commerce*, y una agilización de los trámites administrativos que pudieran existir, lo que conocemos como el e-government. Como ejemplos del avance en este punto, la Unión

Europea tiene ya una normativa específica para el comercio electrónico y la protección de los consumidores, además de la reciente plataforma europea de resolución de conflictos en línea y la implementación de la administración electrónica mediante el certificado y firma electrónica común en todo el territorio de la Unión y su desarrollo normativo, a través de lo que conocemos con el nombre de Reglamento eIDAS. Como vemos, ellos han adelantado un trabajo normativo y regulatorio muy importante en materia de economía digital.

Bueno, no me debo extender más. Terminó. Les invito a que como estudiantes o profesionales del Derecho sigan manteniendo su mente abierta para detectar y analizar qué es lo que está pasando a nuestro alrededor fruto de los nuevos desarrollos tecnológicos y los impactos que está generando en nuestras vidas. Son muchos los retos que tenemos por delante en la conformación y consolidación de esta nueva sociedad y economía digital.





## LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL EJERCICIO DEL DERECHO

Tatiana Zabala Leal<sup>7</sup>

Hoy, la idea es que profundicemos un poco en el tema de la Inteligencia artificial como un elemento que ya es parte del sistema jurídico a nivel mundial y que, desde hace algunos años, ha tenido sus primeros ejercicios en Colombia; para ello, debemos reconocer que el ser humano siempre ha pretendido crear herramientas que le faciliten la vida y que realice por él aquellas funciones operativas y procedimentales que le permitan dedicar su tiempo de trabajo a las actividades propias de la esencia de las ciencias o disciplinas en las que se desempeñan, y es precisamente allí, donde la tecnología ha jugado un papel trascendental en la creación de tipos de inteligencia que satisfaga esa necesidad procurando además generar un servicio a terceros.

Pues bien, resulta que la Inteligencia artificial ha sido una de las herramientas más importantes en este proceso. El término inteligencia proviene del latín *inteligere*, y se puede definir como “la facultad de comprender las relaciones entre los hechos y las cosas”, y es de allí,

<sup>7</sup> Abogada de la Universidad Libre de Colombia, Master en derecho comercial de los contratos y negocios internacionales por la Universidad Sergio Arboleda. Se ha desempeñado como asesora en el sector público y financiero. Docente del Politécnico Grancolombiano.

de donde se adquiere la capacidad para desarrollar competencias en la resolución de problemas, por lo que entre más inteligente sea el individuo mayor capacidad de resolución de conflictos tendrá.

Siendo así, la diferencia entre inteligencia y cultura o sabiduría consiste en que estos últimos están constituidos por el conjunto de conocimientos adquiridos por el sujeto, los cuales no necesariamente están relacionados con la inteligencia de las personas.

La otra diferencia significativa de la inteligencia es con la memoria, la cual es la capacidad para almacenar datos o información, lo que implica que pese a que una persona posea gran cantidad de información almacenada en su mente no quiere decir que por ello sea inteligente. En pocas palabras, lo anterior quiere decir que puedo tener una cantidad de conocimiento y de información y no saber cómo contextualizarla o para qué me sirve, o puedo tener gran cantidad de información en mí sin saber cómo razonarla o cómo identificarla, la inteligencia es diferente al conocimiento.

Siendo así, la inteligencia es un proceso cognoscitivo de razonamiento propio del ser humano que genera la voluntad para la realización de actos jurídicos, ¿entonces la manifestación de la inteligencia artificial es o no un acto jurídico que produce efectos en Derecho?. ¡Yo vengo con un montón de preguntas, de eso se trata, porque esa es una de las primeras inquietudes que a uno le surge en el mundo del Derecho!, y precisamente de allí nacen los siguientes cuestionamientos: ¿los productos de la inteligencia artificial son actos y producen efectos?, ¿existe responsabilidad por las consecuencias de las actividades producto de la inteligencia artificial?, ¿Qué pasa con los derechos de autor de estos? ¿Cómo se aplica en ellos la propiedad intelectual y el *know how*?, ¿la propiedad intelectual es de la Inteligencia artificial o es del usuario o del operador o del programador?

Para comprender mejor de que se trata este asunto haremos una corta contextualización sobre el origen de la inteligencia artificial. La IA fue conceptualizada en su primer momento más o menos en 1950 por un hombre maravilloso cuyo nombre es Alan Turing, este científico y matemático empezó a hacer sus principales experimentos para determinar si existía o no una inteligencia diferente a la que se conocía como exclusiva del ser humano, y para ello diseñó el test de Turing. La prueba más importante de ese test era el determinar no sólo la existencia de la Inteligencia artificial, sino determinar si ella era capaz de hacerle creer a las personas que correspondía a una inteligencia humana.

Turing además diseñó los elementos dentro de los cuales se programarían los algoritmos o inteligencias por él desarrollada, los cuales permitieron incluso identificar el lenguaje que usaban los militares nazis para emitir sus órdenes de ataque a la población civil, salvando con ello miles de vidas en la segunda guerra mundial. Este tipo de inteligencia permitió evidenciar el verdadero alcance de los diseños informáticos, los cuales según sus experimentos prácticos estaban en la capacidad de razonar, reaprender y evolucionar del ejercicio de la prueba error.

De esta manera se puede concluir que según el propósito de la prueba de Turing cada prototipo de inteligencia artificial debe estar relacionado con alguna rama de la inteligencia que le permita el desarrollo de ciertas competencias dependiendo de la ciencia o la disciplina en la que se ha de desenvolver. Entre otros, las ramas de la inteligencia artificial hoy por hoy se conocen como los algoritmos genéticos, agentes inteligentes, lógica difusa, procesamiento de lenguaje natural, redes neuronales, sistemas expertos y robótica. En materia jurídica los que tienen incidencia son estos tres últimos.

La red neuronal: son sistemas que emulan la estructura física del cerebro humano, por medio de las cuales las neuronas se conectan entre sí compartiendo información para completar procesos, ello, debido a que cada una de ellas cumple una función diferente pero complementarias entre sí, por lo que a su vez están en la capacidad de reorganizarse cuando sí lo requiere la situación o el nuevo problema planteado. Adicionalmente, las neuronas al ser células que transmiten información entre sí y se van adaptando al aprendizaje del órgano que conforman (cerebro) están en la capacidad de evolucionar y readaptarse a las exigencias de su órgano. Es por ello, que entre más entrenamiento (prueba error) tenga este sistema de células, va corrigiendo la información que transmite, de tal forma, que el cerebro identifica cada vez mejor la solución a una situación en diferentes escenarios gracias a la experiencia adquirida.

Un maravilloso ejemplo de ello es el reconocimiento facial que hace Facebook como resultado de una red neuronal que, tras recibir múltiples imágenes, después de muchos ejercicios de prueba error, para identificarlas y diferenciarlas fue acertando cada vez más hasta lograr un reconocimiento que sin lugar a duda es razonable.

Sistemas jurídicos expertos: ya se encuentran debidamente regulados en países como Japón, Corea del Sur o Taiwán. Los sistemas expertos, según la *British Computer Society*, son sistemas computarizados que están en la capacidad de dar consejos inteligentes o de tomar decisiones inteligentes en un caso o proceso concreto. Estos sistemas no tienen lugar a error, son 24/7, la información en ellos contenida no se pierde, están especializados en temáticas de gran complejidad y pueden realizar procesos heurísticos.

Robótica: el conjunto de mecanismos que ejecutan o desarrollan actividades programadas previamente por un operador humano, las cuales deben siempre perseguir objetivos no contrarios al ordenamiento

jurídico. Esos robots pueden ser autónomos o no, previamente deben ser programados para alguna actividad y en ella dárseles la facultad o no de crear su propia inteligencia artificial. De todo lo dicho se presume que el género sería la inteligencia artificial ya que esta es un elemento intangible (bytes y algoritmos) la cual puede tener o no un soporte físico denominado robot.

En 1959, en Dartmouth (Estados Unidos), surge el concepto de inteligencia artificial como la emulación de las funciones cognitivas del humano por máquinas, entendidas estas como la toma de decisiones o el razonamiento en el desarrollo de procesos adquiridos por medios técnicos o artificiales diferentes a los humanos que son un producto biológico.

De este concepto surge lo que se conoce como sistemas expertos jurídicos, los cuales pretenden poner la inteligencia artificial al servicio del Derecho, tanto así que en la actualidad ya son capaces de razonar dentro de un entorno específico, bajo reglas jurídicas y produciendo diversas propuestas de resolución a conflictos divergentes bajo parámetros válidos jurídicamente justificables, es decir, varias opciones de resolución a un mismo caso.

Para poder desarrollar dicha actividad debe contar dentro de su programación con conocimiento jurídico como legislación, doctrina, jurisprudencia, costumbres reconocidas, tratados, entre otros, que le permitan identificar patrones de secuencia en su razonamiento para darle respuesta a un asunto planteado. Esta información debe ser proporcionada por un usuario, en este caso el humano experto en Derecho.

De esta manera, entre más casos se resuelvan, el sistema va generando mayor carga cognitiva al almacenar diversidad de hechos resueltos y datos usados, lo que le permitirá adquirir más conocimiento como proceso de aprendizaje, hacer con ello un razonamiento complejo de las

bases de información y así dar resolución a casos pendientes. Esto por supuesto permite crear sistemas más seguros.

Este proceso en el que se formulan casos o preguntas y se emiten respuestas se asimila a lo que se conoce como diálogo, pero de forma consistente, debido a que este bajo las mismas circunstancias fácticas no propondrá decisiones diferentes como si sucede con los humanos (precedente judicial), lo que claramente mitiga la inseguridad jurídica.

La inteligencia artificial de sistema de expertos jurídicos se basa en los siguientes modelos:

Reglas de producción y positivista explícito subyacente: Con fundamento en ello, se presume que los problemas jurídicos tienen como fórmula (si P entonces Q), es así, que se debe determinar cuál regla es la premisa mayor y el supuesto fáctico como premisa menor. Aquí la inteligencia debe verificar que la regla cumpla los factores para ser aplicable (vigencia, rama del Derecho, nacionalidad...). La falla de este modelo es que se pueden relacionar casos no contemplados en la norma o que la norma recientemente se encuentra derogada.

Modelo constructivista: este modelo toma la base normativa y le aplica sus mecanismos de razonamiento para que la adaptación de esta a un caso concreto sea producto de la interpretación del enunciado o norma. Es decir, que toma las palabras o símbolos de la norma y lo interpreta conforme a los criterios que tiene programados ya sean estos dogmáticos, doctrinales, jurisprudenciales, de los principios generales del Derecho, etc., lo que le permite tener todos los significados posibles de una misma norma o enunciado para un caso concreto. Este modelo se adapta los que se conoce como “el Derecho es lo que el juez dice que es”.

Modelo conexionista: pretende emular el funcionamiento biológico del cerebro, por lo que crea microestructuras de cognición. Este modelo usa la circunscripción de la operación de juicio a determinados factores y resultados posibles. Lo que hace, es formalizar todos los casos resueltos

similares al problema que se ha de resolver, por lo que se entrena al sistema dándole esos casos ya resueltos, y, además, se le van dando casos nuevos. El usuario le dirá al sistema si éste va acertando en sus decisiones o no para que actualice la base de ejemplos. Tras cada nuevo ejemplo el sistema mejora, por lo que reduce su margen de error.

Modelo de razonamiento legal basado en casos: este sistema, ideado por Kevin Ashley, de la Universidad de Pittsburg, parte de la premisa de que un caso es un conjunto de circunstancias empíricas que constituyen una controversia que se puede resolver mediante una solución de instancia de tipo (analogicamente). El ser humano suele recuperar información similar de experiencias anteriores para resolver conflictos, de manera que adapta la información de un caso similar a un caso nuevo. Por ello, este sistema requiere un esquema de representación de hechos, un esquema de comparación para evaluar las semejanzas relevantes de los hechos jurídicamente relevantes anteriores con el caso actual, y un mecanismo para comparar los eventos y obtener premisas creadas por analogía. Este sistema dispone de una gran base de casos resueltos y, cuando se le presenta un nuevo asunto, realiza una búsqueda en su memoria para ver si encuentra alguno similar, de manera que analiza cuánto se parecen ambos casos y, mediante la aplicación de operadores de modificación sobre la solución del caso comparado, puede obtener una solución para el caso nuevo.

*Split – up* o Sistema experto basado en reglas y en redes neuronales: sistema ideado por Andrew Stranieri en la Universidad de Melbourne Australia. Tiene una aplicación muy concreta, que es la de asesorar jurídicamente sobre la forma en que se deben distribuir los bienes después de la disolución del vínculo matrimonial, así como determinar la guarda y custodia de los menores, y actúa catalogando y ordenando jerárquicamente los factores que se utilizan en Australia para determinar la distribución de bienes y la guarda y custodia. Esta jerarquía se

determinó con la ayuda del conocimiento de expertos que tuvieron en cuenta factores como las posibilidades de supervivencia futura de cada cónyuge, las obligaciones económicas de los mismos, los recursos financieros, la contribución de los cónyuges a las tareas domésticas mientras duró el matrimonio.

Los programadores de este SEJ estudiaron la jurisprudencia australiana relevante, y de ahí fueron insertando al SEJ los valores que obtenían de cada sentencia, generando una jerarquización de los factores para tener en cuenta para la disolución del matrimonio. Este sistema puede ser de gran utilidad tanto como para mediadores – en su labor de evaluar la jerarquía de los datos relevantes de cada parte para llevar su tarea de mediación-, como para abogados – para explorar escenarios hipotéticos argumentando de una u otra manera- e incluso jueces – para tener más información fiable y poder llegar a una sentencia equitativa.

En Colombia la implementación de tecnología (inteligencia artificial) para la segmentación de las operaciones de los clientes en el sector real y financiero, tiene como beneficio el no ser intervenidos por las partes o terceros, lo que facilita la mitigación de actos de mala fe y riesgos de pérdida en materia de negocios.

Estos programas están en la capacidad de revisar y redactar contratos mercantiles, en grandes cantidades y en tiempos nunca alcanzados por seres humanos con un mínimo margen de error, hacen negociación con activos digitales (criptomoneda, fintech, títulos valores virtuales, pagos nacionales e internacionales, entre otros), protegen los datos de los clientes, proyectan posibles riesgos de incumplimiento contractual, violaciones a normas nacionales e internacionales, verifican nombres e identificaciones de clientes en centrales de riesgo e incluso pueden programarse para segmentar las operaciones de estos, lo que facilita

la identificación de operaciones inusuales y la definición de nuevas tipologías de señales de alerta.

La implementación de estas tecnologías hace más eficiente y efectiva la actividad propia de las áreas de cumplimiento en cuanto a su labor operativa, por lo que pueden dedicarse a la elaboración de nuevas estrategias de mitigación de riesgos, interpretación de operaciones inusuales y profundización de la gestión de conocimiento del cliente.

Según el informe Basel AML Index 2017 (referenciado por la revista Portafolio en agosto del mismo año) la implementación de este tipo de tecnologías en Colombia le permitió posicionarse muy bien en el *ranking* de los países con menor riesgo de Lavado de Activos en Latinoamérica, tanto así, que se encuentra en la posición 125 de 146, con una calificación de 4,5 de 10 (menor cifra indica menor riesgo), esto ha convertido a la nación en un atractivo para la inversión extranjera, lo que correlativamente e irónicamente la hace llamativa para las bandas dedicadas a los delitos económicos.

Por otra parte, en el año 2017 en Google se aplicó el test de Turing al programa de servicio de asistente de Google, el cual consistía en que este programa debía comunicarse con un salón de belleza para separar una cita, al contactarse vía telefónica con el establecimiento comercial fue atendido por una persona y durante algunos minutos mantuvieron un diálogo sobre los horarios de la semana y el tiempo disponible. Al final de la conversación las partes llegaron a un acuerdo y al preguntar al empleado de la peluquería este manifestó que en ningún momento identificó que su conversación la estaba teniendo con una máquina, lo que demostró fehacientemente que la prueba de Turing ya es un hecho.

En el año 2016 salió al mercado el primer Robot con inteligencia artificial denominado *Ross*, el cual ha sido programado para ejercer el Derecho sin pasar por una carrera universitaria, es capaz de analizar hasta diez mil páginas jurídicas por segundo, puede sostener un diálogo jurídico con el cliente o usuario dándole respuesta en tiempos nunca alcanzado por humanos, redacta escritos bajos los parámetros normativos y les incluye las normas de citación con fuentes e incluso puede identificar la tendencia ideológica de los sujetos para diseñar los documentos o diálogos conforme a lo que ellos quieren escuchar.

En 2016 en Estados Unidos en la empresa Baker & Hostetler (firma de abogados expertos en procesos de quiebra) contrató a *Ross* como asistente jurídico y lo puso a competir con su equipo de 50 abogados de gran trayectoria en el ejercicio del Derecho, teniendo como resultado que los análisis de este eran extraordinarios, por lo que decidieron usarlo de manera permanente. Se ha dicho que numerosas firmas de abogados a nivel mundial ya lo están adquiriendo para optimizar sus resultados y mitigar errores de interpretación.

En Colombia, en el año 2018, se supo que la Superintendencia de Sociedades había adquirido su primer Robot asistente jurídico en materia de derecho societario denominado *Siarelis* (el primero en América Latina), lo que da a pensar que es muy posible que las entidades judiciales del país estén ya pensando en la adquisición de estas IA para reducir los índices de congestión judicial, pero la pregunta sería ¿esto es del todo bueno?, ¿la contratación de estos robot incrementara el desempleo en el país?, ¿serán tenidos en cuenta estos robot como personas? ¿la IA tendrá los mismos derechos del ser humano?, ¿se les otorgará autonomía en un futuro para poder auto determinarse?, ¿sus actos generaran responsabilidades contractuales y extracontractuales objetivas y subjetivas?

Bueno, la idea es que ustedes se lleven estas inquietudes y generen las propias, ya que no se trata de entrar en pánico, sino de definir que se hará al respecto, de cómo se van a proteger las garantías laborales, cómo lograr mantener el estatus de la disciplina jurídica en cabeza de los abogados humanos, prepararnos en conocimientos sustanciales para seguir abanderando el ejercicio de la profesión, prepararnos para el correcto uso de la IA como herramienta para la buena administración de justicia, fortalecer la ética profesional y tomar conciencia de que la cuarta revolución es un hecho y está en marcha desde hace mucho tiempo (la revolución de la informática), lo que quiere decir que debemos adaptarnos.





## **LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: PERSPECTIVAS PARA UN CONTRATO EQUILIBRADO Y SU POSIBLE REFORMA**

José Manuel Gual Acosta<sup>8</sup>

Agradezco a la mesa directiva, a la doctora Mónica Fernández organizadora de este conversatorio, por su gentil invitación; a los conferencistas nacionales e internacionales por el apoyo a la academia, así como también a los colegas y estudiantes, futuros abogados, hoy en formación. A todos gracias por el honor que nos hacen de escucharnos y ser el espíritu de estos espacios para el debate y las nuevas ideas sobre el derecho privado.

Ahora, sin tomarme más del tiempo asignado, expondré sobre un argumento que suele generar inquietud y confusión. Me refiero a los abusos contractuales que como situaciones habituales tanto en la contratación civil, comercial y de consumo, se manifiestan como cláusulas abusivas y sobre estas qué control ejercer ante las partes oscuras de la ley.

---

<sup>8</sup> Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho de los Negocios. Doctor en Derecho Civil por la Escuela Superior Santa Ana de Pisa (Italia). Arbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Ex Magistrado auxiliar de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Profesor invitado en universidades de Italia, Francia, Perú y Chile. Se ha desempeñado como asesor en entidades públicas y privadas. Conferencista, tratadista, investigador y docente universitario.

Al momento actual para controlar los apenas mencionados abusos, la Ley 1480 de 2011, también llamada Estatuto del Consumidor, procuró modernizar nuestro derecho privado al establecer de manera transversal un nuevo régimen para los contratos de consumo. Ley con la que se pretendió establecer controles a los abusos contractuales mediante un régimen de protección contra las cláusulas abusivas predispuestas en contratos celebrados por adhesión, de las cuales podrían ser víctimas los consumidores y dentro de este concepto, tanto personas jurídicas, sin importar su especie, como naturales sin olvidar que dentro de estos unas víctimas particulares, los menores que a la postre resultan particularmente expuestos, incluso a los productos defectuosos como a las faltas de información incomprensibles para ellos, que pone en riesgo su salud, como sería el caso de juguetes, fármacos o alimentos, todos para ellos peligrosos por los tamaños, falta de seguridad e incluso forma de suministrárselos.

No obstante, la existencia de normas especiales como las que en el sector financiero establecen una lista negra de cláusulas abusivas desde la Ley 1328 de 2009 y el hecho de que esa misma lista fue aumentada por la Circular 018 de 2016 de la SIF a casi sesenta en su totalidad. La Ley 1480 de 2011, reguló el tema de manera general, ha generado entre otros interrogantes:

En primer lugar ¿Cómo entender el amplio concepto de consumidor?, ante la falta de claridad de la norma, si con ello lo que se pretende es proteger al consumidor quien es un sujeto bastante particular inmerso en una relación de consumo, esto a causa de los escasos pronunciamientos al respecto, dentro de los que se da un laudo arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá del año 2018, un fallo de la SIC del año 2012 y una sentencia de la Casación Civil del año 2005.

En segundo lugar, se pregunta ¿El actual sistema de consumo establece un régimen contractual equilibrado desde el punto de vista sustancial o es solo formal? Finalmente ¿El régimen de protección al consumidor consagrado en la Ley 1480/11 se deberá entender como un sistema de protección de mínimos?, esto es, que por ser de orden público su normativa regula la protección mínima de la cual debe gozar un consumidor, y que en consecuencia no admitiría una norma inferior, incluso posterior o especial, que modifique tal régimen? o por el contrario ¿la protección normativa de orden público en ella consagrada en su artículo 2, como tal deber entenderse como de máximas generales, es decir, otras normas especiales podrían modificar o disminuir la protección allí consagrada? Incluso se puede plantear la inquietud así: ¿cómo se debe adecuar la coexistencia o la exclusión de la norma general de consumo, con respecto a su aplicación junto a normas sectoriales especiales? Como son, la norma de consumidor de servicios financieros de 2009, o las normas inferiores referidas a servicios de telecomunicaciones e incluso la de servicios postales, en las que desde el año 2011 por entidades como la CNTV o la CRC se establecen cortos listados negros de cláusulas abusivas, si se compara con la Circular 018 de 2016 o la Ley 1480/11 que al parecer excluyen la aplicación de la ley posterior de carácter general y superior de consumo. De manera paralela, existe una norma de similar nivel, como es el caso de los servicios públicos domiciliarios regulados por la Ley 142 de 1994 en la que se consagra, a diferencia de las demás normas, un listado gris o presunto de cláusulas abusivas que admite prueba en contrario, por el empresario que pretenda desvirtuar el desequilibrio de la cláusula supuestamente abusiva.

Lo primero que se podría afirmar, es que cuando el derecho de los contratos fue concebido bajo el moderno movimiento codificador de inicios del 1800, el principio inspirador fue el de que los contratos resultarían celebrados entre partes iguales, bajo un principio de fraternidad y solidaridad contractuales. Como quiera que después de la revolución

francesa, ya no habría un régimen monárquico que pretendiera imponer las condiciones contractuales de manera unilateral, pues desde ese momento las partes serían iguales. Pero la celeridad negocial y eficacia económica de los contratos, que no siempre es la misma que la eficacia jurídica, hizo necesario que las empresas mediante modelos estandar predispuesta, colocaran ciertas condiciones contractuales a través de la contratación por adhesión, que se criticó en el sentido que limitaba o ponía en crisis la libertad contractual, en especial para establecer los contenidos, pero si surge la duda sobre el poder de negociación del adherente, la cual se limita a un simple tómelo o déjelo a causa de sus debilidades de conocimientos, poder económico o falta de experiencia contractual, que pudiera generar desequilibrios contractuales.

Frente a esta realidad, tan solo en el siglo XX, durante los años 30 en Estados Unidos y luego en la década de los 60 en Europa, con la presión del movimiento consumerista se trató de reequilibrar el contrato. Tal influencia se refleja incluso de reciente en las leyes francesas de modernización económica que reformaron los códigos de consumo, civil y comercial durante el año 2015. Entre los mecanismos de control contra cláusulas abusivas, resultó ser Alemania pionera con una Ley de 1976 que irradió en la Directiva UE 13/93, sin que eso escape al movimiento globalizado de protección contra las cláusulas abusivas, desde Japón a los Estados Unidos y desde el Reino Unido a Argentina dentro de los grandes sistemas vigentes del derecho, desde los sistemas occidentales de *Civil Law*, y *Common Law* a los de oriente como lo es el islámico. Desde entonces, los países miembros de cada sistema han tratado de establecer un sistema equilibrado de contratos.

Un sistema equilibrado contractual como se concibió en sus inicios y que luego se desequilibró, genera serias dudas sobre los mecanismos para su restablecimiento. En especial, en la medida que, si bien se consagró

el principio de la buena fe, a veces su concepto resultaba confuso, o al menos en reestudio, porque cuando un contrato es equilibrado, ¿qué es lo que realmente rompe su equilibrio?

Ahora si lo que se viola es la buena fe, eso es un desequilibrio. Lo curioso es que se inició con la protección contra los desequilibrios económicos, como es el caso de la normativa moderna contra la lesión enorme que consagra el Código Civil para ciertos contratos, incluida la compraventa de inmuebles, o en el derecho medieval ya la vigilancia administrativa instaurada por Carlo Magno sobre ciertos contratos, como sería la revisión sobre la venta de inmuebles de personas pobres. Como se observa, el trasfondo de la protección contra los abusos fue social, para proteger a las personas más débiles frente a la necesidad de un techo, pero si se analiza, el derecho contemporáneo, ello también se observa en materia de cláusulas abusivas en contratos financieros, en la compra incluso de inmuebles.

Como se ve, los contratos sobre la vivienda tienen aún hoy un trasfondo sensiblemente social. No es lo mismo comprar un vehículo costoso, que la vivienda propia, pues, aunque esta última puede que tenga un costo inferior, para la gente es más importante la casa que el carro. Puesto que se puede vivir sin carro, pero no sin casa; en efecto, cuando se envejece y la fuerza laboral disminuye, ¿dónde se viviría si no se logra comprar casa en la vida laboral?, ya que solo se pudo vivir en arriendo y ahora que ya a cierta edad ya no produce más que la pensión y esta no le alcanza, surge la preocupación del dónde envejecer y si tiene un sueño o la satisfacción de una casa propia. Muy a diferencia de un carro que a cierta edad se vende recibe un ingreso y además se vuelve un gasto menos. Como se observa, la necesidad de control a los abusos nace bajo aspectos económicos, pero hoy ello también se hace necesario desde el punto de vista de los derechos y obligaciones de las partes, generalmente en contratos celebrados entre consumidores y profesionales de una actividad.

Sin embargo, la ley colombiana vigente deja un vacío frente a la necesidad de implantar o no algún tipo de protección en derecho comercial. Ello con respecto a los empresarios pequeños, que frente a los contratos que celebran con la gran empresa, pues al parecer las PYMES necesitan de cierta protección por parte del juez. Si bien es cierto que no parecería que esa protección sea como la de un consumidor, al ser contratos meramente mercantiles, sí es cierto que pueden haber abusos entre las partes como sería la cláusula de pago a 90 o 120 días, donde la PYME surte a un gran empresario de un producto que le suministra con frecuencia y se le dice que se pagará contra factura a 90 o 120 días y sin intereses, ni corrección monetaria, es decir, sin una cláusula de salvaguarda contra los pagos tardíos, e incluso con cláusulas restrictivas de responsabilidad por incumplimiento, lo cual con claridad muestra una cláusula abusiva por ser desequilibrada, no solo por el aspecto económico, si no también, desde el punto de vista jurídico, toda vez que, si el suministrador PYME incumple, ahí sí se activaría todo tipo de responsabilidad por incumplimiento esencial, incluso agravado, si se pacta una cláusula penal de apremio, pues la protección del comercio es necesaria para desarrollar la economía, así se ha visto con ocasión de los regímenes inglés, alemán, portugués y francés contra cláusulas abusivas entre empresarios de diferente nivel.

Si bien las fuerzas de la economía se autoregulan, la eficiencia contractual económica lograda mediante la contratación por adhesión no coincide con la eficiencia normativa, pues no es un secreto que la contratación masiva actual por adhesión puede generar desequilibrios y la idea es generar mecanismos que garanticen el equilibrio.

Ahora, si uno observa algo de historia y a manera de anécdota en mi época de niño, en los años 80 cuando uno compraba unos zapatos o incluso para no ir muy lejos en la década de los 90, usted iba a un supermercado,

o a un almacén donde vendían zapatos sin un manual de instrucciones o información alguna y si la traían era en lengua extranjera, los compraba y luego de salir del almacén con ellos puestos al caer un aguacero, a los tres (3) días los zapatos se les despegaba la suela, y al volver al almacén ante el reclamo de que el producto salió de mala calidad, le respondían: «Eso es su culpa por “chapalear” en el agua y no usar botas o tenis, de manera que acá no se hacen cambios, ni devoluciones de dinero y menos sin factura, por tanto, la única solución es que se compre otro par nuevo», lo cual resulta abusivo, y tampoco es hoy un actuar legal, ya que bajo la nueva Ley de consumo de 2011 es claro que ello sería abusivo.

Entonces en aquel momento histórico, pensar en protegernos de estos abusos contractuales, generados por los defectos del producto o faltas de garantías, no parecía muy claro en la mentalidad del consumidor ni del empresario y menos de la cadena de distribución. Hoy en día, con la protección de los contratos de consumo con la Ley 1480 de 2011, las cosas parecen ser menos difíciles. Sin embargo, es ello lo que impulsa su posible reforma, pues es un buen avance, pero no su protección, no es perfecta.

Precisamente es eso lo que impulsa al Representante a la Cámara Jose Luis Pinedo Campo, con el apoyo de la Academia, al estudio de la Ley 1480 de 2011, con el fin de mejorar el régimen de protección y su posible ampliación. De manera que se le han detectado varias fallas, como lo son la necesidad de precisar la noción de consumidor, su nivel efectivo de protección, la revisión y ajuste de los listados de las cláusulas abusivas, que se han ampliado incluso para el manejo de la información digital y la contratación virtual, además de la creación del daño punitivo como nueva figura en los contratos de consumo y algunos ajustes procesales, buscando la eficacia de la norma.

Entonces se viene trabajando en un nuevo proyecto que se radicará en la Cámara este año, bajo esas nuevas perspectivas, con el que se pretenden corregir los vacíos a los que antes hice mención.

Sobre las cláusulas abusivas y el equilibrio contractual como tema central de mi charla, si bien estamos de acuerdo en que la economía tiene que desarrollarse, ello debe ser sin abusos contractuales, es decir, hay que crear un sistema contractual eficiente no sólo en lo económico, sino también, en lo normativo; es decir, donde se garantice un equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. En donde incluso se protejan derechos fundamentales mínimos como la salud e integridad de la persona, así como el acceso a la educación básica adecuada, en contra de las banderas de desequilibrio que en el mundo lidera nuestro país.

Todo sin pretender tampoco que esos contratos sobre la salud y la educación, no obstante su fundamento social, sean económicos o gratuitos, pero sí que tengan unos precios razonables, que no sean abusivos, de manera que los costos mesuales no sean excesivos, que un estudiante para poder aspirar a tener una educación bilingüe necesite un contrato adicional al de su escuela privada, lo mismo ocurre en materia de salud, en donde hoy para aspirar a un servicio de calidad además del sistema social de la EPS se hace referencia al régimen contributivo, además deberá contratar una prepagada para aspirar a una atención decente en tema de salud, todo para permitir el acceso a todos, pues hoy en día, no es fácil aspirar a estos dos servicios y más si sus costos siguen aumentando de manera desproporcionada en más del 10% contra un IPC del 5% sobre cual proporcionalmente suben los salarios anualmente.

Otro problema que se pretende solucionar es el desequilibrio frente a la contratación entre la gran empresa y las PYMES. Necesidad que surge como quiera que las PYMES manejan el 40% de la economía mundial.

Pues las PYMES igual que los consumidores, pueden ser sujetos de abusos de la gran empresa. Con un ejemplo ello se puede ilustrar: si usted es una gran superficie y yo en cambio una microempresa, y le digo “oiga, gran superficie soy un agricultor y le quiero distribuir arroz”. Sin embargo, no podría en las cantidades de los grandes molinos industriales de arroz, pero si somos agricultores, estamos unidos y producimos cien toneladas semanales, es decir mil toneladas al mes, o sea que solo soy una PYME.

El punto es que yo a ustedes les surto arroz, pero la gran superficie me responde muy bien, yo le garantizo la venta del arroz durante cuatro meses, durante todo el año, pero yo pago cada cuatro meses contra factura, sin indexacion, ni intereses remuneratorios y mucho menos intereses moratorios, a lo que la PYME responde y ¿qué tal que se venga una crisis como la de Argentina?, en donde en un mes pasaron de la paridad un peso (\$1) por un dólar (US \$1) a cuatro pesos (\$4) por dólar (US \$1), y luego hoy a cuarenta (\$40) pesos por dólar en el último mes, ¿qué tal que me pase a mí lo mismo?, ¿quién va a pagar la depreciación del dinero?, ¿yo como PYME? Es un riesgo que no es lo mas justo frente a los supuestos beneficios, a lo que la gran empresa dice mire esto no se negocia, son las condiciones para que entre, o lo toma o lo deja, si no sigo con los grandes molinos y no pasa nada.

Si se observa, no parece ser solo un desequilibrio económico el que se genera, sino un desequilibrio incluso jurídico o normativo, de carácter importante, entre las empresas, que a veces como en este caso, coincide con el económico. Se trata de una problemática ya tratada en dos sentencias de la Casacion Civil en 2001 con ponencia de Carlos Ignacio Jaramillo y 2015 con ponencia de Jesús Vall de Ruten, no obstante, el vacío normativo.

Otro problema es el de delimitar el concepto de consumidor de la Ley 1480/11, según la cual, puede ser consumidor una persona natural o jurídica, en la medida que se trate de una actividad que no sea intrínseca a su actividad profesional. En Colombia, Avianca podría ser consumidor, si los contratos de ella no son inherentes a su actividad, por ejemplo, podría serlo de papel higiénico, en la medida que no está directamente relacionada con su actividad mercantil. Pero que esté relacionada de manera indirecta o directa, no está muy claro, ni para los jueces de la Casación o de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Con un caso, piénsese si en cambio para un editor que como tal produce libros y para producir los libros usted compra uniformes a sus empleados. En este evento, se pregunta ¿Usted como editor gozaría de la protección de consumidor de uniformes? Parecería que sí, porque usted no compra uniformes, sino que produce libros, o sea su actividad innata sería comprar papel para hacer libros, pero no la de comprar uniformes para que sus empleados hagan los libros. Pero si lo mira bien, en el fondo, esa compra de uniformes es una actividad muy relacionada con la producción de libros, porque si usted no tiene seguridad industrial con sus uniformes, no podría producir libros.

Un caso más claro en el que se debe excluir la protección a un empresario es, si por ejemplo, un constructor hace un centro comercial para arrendar los locales, y luego de haberlo terminado, y con los locales arrendados, decide hacerle una fuente para poder incrementar sus arriendos en el futuro con mayor facilidad; contrata a otro constructor, sin embargo, ante el incumplimiento en la hechura de la fuente alega que se le aplique el Código del Consumo, lo cual no parece muy acertado en la medida que ambos son profesionales de la construcción, siendo más fuerte el dueño del centro comercial y además el fin es intrínseco a su actividad de comercio para incrementar los cánones de arriendo con el

embellecimiento del centro comercial por él construido, no obstante, él no sea constructor de fuentes.

Entonces la idea es que con la reforma, al empresario se le proteja de manera residual, pues el consumidor es un sujeto de especial debilidad. Para superar la actual confusión que parece podría proteger incluso a quien transforma o quien vende bienes al mercado bajo lo impreciso del termino “inherente” a su actividad profesional.

Otros aspectos que se pretenden solucionar son el de la necesidad de reactualizar el sistema de listas de cláusulas abusivas, así como el de precisar la noción general. Pues si se observa el régimen de protección, para aplicar el test de abusividad, los parámetros para determinar el tipo y nivel de desequilibrio entre las partes, en la actual Ley no es claro, a diferencia de como las directivas europeas si lo hacen.

Tampoco parece que el control solo debe versar exclusivamente a contratos por adhesión, como ocurre en Colombia, como inclusive en muchos sistemas europeos tambien opera el régimen de control. Pero la tendencia es a ampliar el régimen, incluso a contratos negociados, que también pueden contener cláusulas abusivas, porque puede darse el caso en que una de las partes no entienda el contenido del contrato, o carezca de la pericia contractual y termine por firmar algo que no tenía claro o incluso por que carece de un poder de negociación real o sustancial, asi formalmente, con la firma del contrato, parezca negociado.

Otra situación que genera inquietud es cómo defender de manera eficaz al consumidor, pues si este no se queja sobre la cláusula o no demanda y pide que se anule o inaplique una cláusula, no se le protege y esto no

parece ser muy eficiente. Sin embargo, hay una tendencia italiana que recoge el proyecto y que se ha considerado uno de los grandes aportes de ese sistema sobre la figura de las cláusulas abusivas y es lo que se conoce como la *Nulidad de protección*. Figura novedosa bajo la cual, el juez puede anular de oficio una cláusula que considera abusiva, solo si su descición es benefica para el consumidor. Lo que asi se estableció en este nuevo proyecto.

También, para impulsar esa eficacia se pretende establecer el daño punitivo como una figura nueva en Colombia, figura que ya no es tan ajena a los sistemas de *Civil Law*, pues ya la poseen algunos eventos en Italia y como se plantea actualmente Argentina, con la finalidad de desestimular el uso de cláusulas abusivas. Piense, en un caso en el cual usted dice: «mire señor vendedor, se me dañó el zapato y usted me dice que no me responde». Su derecho es demandar, pero igual le dicen ¿usted demandaría por un par de zapatos? ¿Cuánto le cuesta un abogado para que se indemnice? Si sus zapatos valen mil dolares ¿usted va a demandar? ¿Qué clase de abogado experto en consumo le llevaria ese proceso? eso de pronto en un consultorio jurídico, sin tarjeta de abogado, como practicantes. De seguro el consumidor pierde el impulso y entonces dice «deje así» o demanda por orgullo o hace un acuerdo en el mejor de los eventos, lo cual hace la protección ineficaz. Pero si a usted le dicen que por esos zapatos de mil dólares, además del valor del daño le van a dar veintemil dólares con su equivalencia en pesos de manera adicional; seguro demandaría, pues con un ejercicio simple, si el abogado se queda con diez mil dólares y a usted como consumidor le queda el equivalente a doce mil dolares, entonces seguro que demanda. Esto garantiza la eficiencia efectiva de la norma. Creo que es algo novedoso que seguro generará mucha discusion a fin de desincentivar los abusos. Esto sería aplicable tanto a contratos entre grandes empresas con las PYME, o sea contratos B2b, o contratos celebrados entre cualquier empresa con los consumidores, esto es, contratos B2C

El proyecto del representante José Pinedo, por otra parte, pretende mediante una normativa contemporánea armonizar, de manera integral, un régimen por el cual se pueda restablecer el equilibrio normativo contractual en desarrollo del principio de la buena fe. Para cumplir con este fin, define y aclara el régimen general del test de abusividad al que se someten las cláusulas contractuales, bajo parámetros de unilateralismo contractual y negación de derechos, a fin de determinar la abusividad. Además de que establece un doble sistema guía de carácter actualizado de listas negras con cláusulas irrefutablemente abusivas y grises de cláusulas presuntamente abusivas entre las partes de un negocio que, sin embargo, para este último listado, admite prueba en contrario por parte del sujeto beneficiario de las mismas.

Por demás, aclara que solo será abusiva, la cláusula que contra la buena fe genere un desequilibrio de carácter excesivo, en la medida que no cualquier desequilibrio genera abuso, y que este además deberá ser normativo. Se insiste en que no todo tipo de desequilibrio es abusivo, así como que no toda cláusula potencialmente abusiva debe estar en una lista negra, pues a veces se justificará su equilibrio y otras veces, carecerá de sentido. Todo depende del contexto del contrato, de manera que permitirá velar por un control real y no solo formal.

El proyecto, de manera novedosa, consagra dentro de las cláusulas prohibidas aquellas por las que la parte fuerte pretende manejar o disponer de los contenidos digitales, lo que protege todas las formas digitales de información, como serían las fotos y archivos, por solo mencionar algunos, entre otros. También, con relación a la contratación digital, prescribe que se modifiquen o retengan tales contenidos, pues todo eso sería abusivo. Lo que me parece vanguardista desde el punto de vista sustancial y procesal.

Incluye un aspecto que no deja de ser discutible como lo es el de establecer un régimen de control sobre los precios a fin de que estos no sean abusivos. Pues si bien la tendencia es que no se controlen los elementos esenciales de los contratos, como en gran parte podrían ser los precios, como sería en la compraventa, a condición de que sean claros, en la medida que podría haber medidas de control de precios regulados para productos como los de la canasta familiar y que mediante una sana competencia los precios se autorregularían en el mercado, también es cierto que existen precios que pueden ser abusivos. Basta pensar en los precios de los boletos aéreos de las aerolíneas de bajo costo, que en Colombia distan mucho de los precios tan bajos que el mismo segmento ofrece en Europa frente a las aerolíneas de bandera. Pues en realidad se presencia que en Colombia para bajar los costos se eliminan los servicios a los viajeros, como el *catering*, equipaje a bordo y en bodega, o de asignación de sillas, impresión de pasabordo, servicios que se cobrarían por aparte, con un incremento significativo que, en últimas, haría que los precios sean casi equiparables o superiores a los de las demás aerolíneas de bandera.

Dentro del listado negro vigente, el proyecto elimina del listado de las cláusulas abusivas aquella que prohíbe el traslado de responsabilidad, en la medida de que es ella, precisamente, uno de los grandes avances de la socialización de la responsabilidad, a fin de que alguien se encargue del resarcimiento, pues la víctima tiene que ser resarcida, así sea por un seguro, o por un tercero llamado papá, novio, amante, lo que se quiera y eso es apenas natural que así sea, con el fin de proteger a la víctima, en el sentido de que reciba efectivamente un resarcimiento, pues muchas veces el sujeto dañante no tiene para pagar.

Lo que importa es que la cláusula esté equilibrada de manera que no se declare abusiva, por ejemplo, y con esto voy a terminar. Si usted quiere tanto un teléfono como un computador nuevo y le dicen que el valor del

PC en el almacén de cadena es de cuatro millones (\$ 4.000.000) de pesos, pero se entera que existe un clausulado que le impone que, si lo compra por internet, el aparato valdría cincuenta por ciento menos del valor ofrecido, sin derecho a resolución por cumplimiento tardío que en este caso es esencial. Adicionalmente el contrato tiene cláusulas del siguiente tenor:

Cláusula 1, si el equipo se retarda cinco (5) días a la fecha de entrega, no habrá derecho mas que a la entrega del equipo. Pero si se retarda de 5 a 10 días además se hará entrega de un estuche nuevo gratis,

Cláusula 2: Si la entrega demora de 10 a 15 le daré un protector irrompible.

Cláusula 3: Si se hace la entrega del día 15 al 20 además entregaré unos cargadores adicionales.

Cláusula 4: Si el retardo en la entrega es de 20 a 30 dias, además se le dará un bono por el mismo precio del teléfono, redimible en cualquier sitio de la marca a nivel local, por los cinco años próximos.

Entonces ¿qué quiere en realidad el consumidor?, como ustedes lo manifiestan de seguro que se demore o que llegue rápido, siempre y cuando se renuncie al derecho de demandar la resolución por incumplimiento tardío. Sin embargo, en Colombia está prohibida dicha cláusula, lo cual en mi parecer carece de sentido, pues los plazos se pueden establecer de manera equilibrada. En este caso, el usuario no tiene afán de que la mercancía llegue rápido, pues ya tiene teléfono y computador, pero sí le interesan los accesorios y el bono, sin importar renunciar a su derecho a resolución por cumplimiento tardío de la obligación esencial.

Sin embargo, en Colombia, a pesar del interés mayoritario del auditorio, esta cláusula de exoneración y limitación de responsabilidad por retardo está prohibida, al figurar dentro de la lista negra de la norma actualmente vigente, no obstante, lo equilibrado que ella resulta a las partes desde el punto de vista normativo y económico, lo cual carece de sentido tal y como se considera en las Directivas UE 13/93 y 83/11.





## LA TENDENCIA CONSTITUCIONALIZANTE EN EL DERECHO DE LOS NEGOCIOS

Joaquín Emilio Acosta Rodríguez<sup>9</sup>

Amigos, muy buenas tardes. La buena noticia es que gran parte de los contenidos que tenía para compartir, mis ilustres colegas los han esbozado con un rigor muy superior al que yo podría. Así que, brevemente atendiendo ya la densidad de contenidos, la hora y el natural agotamiento de los presentes, que se me permita agradecerle a las autoridades organizadoras de este magnífico evento, en especial a la profesora Mónica Fernández esta invitación.

Básicamente lo que me resta a mí por complementar con respecto a todos estos valiosos contenidos que se han expuesto, es que estamos en una era en que el concepto de Derecho ha cambiado: mis estudiantes estarán aburridos de oírme hablar de la posguerra y del nuevo concepto de Derecho; resulta que esta nueva concepción de lo jurídico ha sido plasmada en las denominadas constituciones de posguerra. En nuestro contexto subcontinental hablamos de un nuevo constitucionalismo

<sup>9</sup> Abogado de la Universidad Santo Tomás. Doctor en Derecho de los Negocios por la Universidad de Burdeos (Francia). Especialista en Derecho Comercial y Máster en Derecho Privado por la Universidad Paris II (Panthéon-Assas). Se ha desempeñado como consultor de la Agencia de Cooperación Alemana (GIZ). Tratadista, investigador y docente del Politécnico Grancolombiano.

latinoamericano, el cual como es bien sabido, una vez más Chile ha sido pionero, cuando a comienzos de la década de los 80 hizo el tránsito a la democracia, marcando al resto de países hispanoamericanos la senda a seguir. Si hacemos una pequeña labor de genética, de ADN de este nuevo constitucionalismo latinoamericano, tendremos que ubicarnos en las constituciones europeas de posguerra. En este contexto autores como Manuel Atienza o Ruiz Manero en el ámbito hispano nos hablan de una era post-positivista.

Cuando mi generación cursaba el pregrado de Derecho, nuestro libro de cabecera era la *Teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen; y no faltaba el profesor que se basara en la primera edición de tal obra. Por supuesto, hoy en los espacios donde el mismo Kelsen se cultivó como docente –Harvard, o las universidades germánicas de Europa continental, particularmente aquellas influenciadas por la denominada escuela de Viena– ya se tiene presente el debate Hart-Dworkin\*, la escuela del análisis económico del derecho, los estudios críticos del derecho, las teorías de Robert Alexy\* y en general lo que se denomina hoy *La tercera vía*.

Resulta que tales doctrinas no son solamente elaboraciones teóricas ni mucho menos propuestas bizantinas que se desprenden de una torre de marfil elaborada por académicos alejados de la realidad, sino que todo este debate tiene que ver con la necesidad de prevenir tragedias políticas y jurídicas, a su turno consecuencia del ascenso de los totalitarismos (p. e. las denominadas repúblicas bananeras). Tales cuitas no solamente se verificaron en nuestro continente sino también en Europa, como lo atestiguan los casos paradigmáticos de Mussolini y Hitler. Es importante tener presente que tales sujetos llegaron al poder total través de las vías legales. Esta constatación determinó que se repensara el mito heredado –cuando menos– desde la filosofía de las luces, (podríamos remontarnos al antiguo Derecho Romano), de que la ley es la expresión

de la voluntad popular. Como ya lo había atisbado el constitucionalismo norteamericano en la época de la elaboración de la carta de Filadelfia, la ley es la expresión de la voluntad de los representantes del pueblo, la cual no siempre coincide con la voluntad del pueblo mismo, en virtud de la antigua constatación según la cual el representante puede traicionar los legítimos intereses de su representado. Eso es una realidad que ya era conocida por el derecho romano del contrato de mandato: no olvidemos que al presidente se le llama primer mandatario de la nación; esta realidad igualmente fue atisbada por personalidades estadounidenses como Alexander Hamilton, corrigiendo como hoy se acepta, las teorías de Juan Jacobo Rousseau quien diera origen -junto con Montesquieu- al legicentrismo moderno. De ahí que el artículo 27 de nuestro Código Civil -tan influenciado por su homólogo francés- prohíba al juez -so pretexto de interpretar la ley clara- buscar el espíritu de la norma, alejándose del tenor literal. No obstante, ello, la historia ha enseñado dos grandes realidades: en primer lugar, el parlamento democrático perfectamente puede proferir leyes antidemocráticas y atentatorias de los derechos humanos; en segundo lugar el juez (particularmente el juez supremo) al apearse fielmente al tenor literal de una norma antidemocrática atenta contra la seguridad jurídica. Por ello un estudioso del derecho del siglo XXI no puede ver la ley como una sacralidad intangible a ser aplicada literalmente para respetar el régimen republicano. Tal concepción antiformalista ya hace parte de la cultura contemporánea del derecho.

De ahí que sentencias como la C-224 de 1994, (por supuesto para las personas que no han podido profundizar en derecho constitucional, todas las sentencias C en Colombia vienen de la corte constitucional), hayan aclarado que “habrá casos en que el juez deba aplicar los principios generales del derecho, que el inciso segundo [del art. 230 de la CP] llama criterios auxiliares, haciendo a un lado el texto de la ley, para no incurrir en el pecado que señala el aforismo latino: derecho estricto, injusticia suprema. Se dice esto para indicar que no puede considerarse al juez como un autómatas, esclavo de la norma estricta”. La honorable

Corte Constitucional, porque no tiene la misión de ser docente, no nos aclara que esa frase ya fue formulada por Marco Tulio Cicerón, *summum ius summa iniuria*.

Por esa misma razón, y repito, no es por ser cortés, buena parte del contenido de mi conferencia ha sido magistralmente demostrado: yo creo que una de las constataciones y de los consensos que hay entre los conferencistas y entre buena parte de la comunidad académica, es que un código civil promulgado a finales del siglo XIX, que tiene como modelo angular no solamente el proyecto de Andrés Bello -uno de los más grandes juristas que haya parido la América Latina-, sino además el celeberrimo Código de Napoleón promulgado en 1804, obedece a un contexto para nada análogo con las realidades económicas actuales, pues hay un desfase histórico que hay que corregir.

Académicos como el profesor Gual, que ha aprovechado el prestigio y ha cosechado en el Congreso de la República, ya está dando una batalla en aras de actualizar nuestro Código a las nuevas realidades. Sin embargo, nuestro contexto observa una agenda legislativa copada por el posconflicto o la corrupción. Estas realidades aumentan la dificultad de readecuar el denominado derecho común a las nuevas realidades económicas, culturales, políticas y de todo orden. Sin embargo, la nueva concepción del derecho hace parte del espíritu de nuestra Constitución Política. En efecto, la sentencia T-406 de 1992, con ponencia del profesor Ciro Angarita (uno de los magistrados de la corte constitucional colombiana más respetados, con justicia en la historia reciente de las letras jurídicas de nuestro país), explica en qué consiste el Estado Social de Derecho, o la diferencia que jurídicamente existe entre valores y principios; también nos enseña que hay una nueva concepción no solo del derecho sino de la labor del Juez. En uno de sus momentos magistrales de inspiración, nos explica que la función del juez contemporáneo es servir de instrumento de presión política al legislador: si éste se abstiene de materializar los principios y valores

constitucionales, es un deber del juez -no solamente del juez supremo, también del juez ordinario- incorporarlos al marco jurídico a través de la labor interpretativa y jurisdiccional. Esta concepción también se inscribe en la evolución del derecho, particularmente en la posguerra. Específicamente en el contexto germánico se le denomina “interpretación correctiva”. No sobra recordar que la Constitución Política de Austria de 1945, y especialmente la Ley Fundamental de Bonn de 1949, inspiró la constitución española de finales de los años 70, que no es indiferente a la elaboración del constitucionalismo chileno, que a su turno explica el espíritu de la Constitución colombiana. De esta manera se constata que corresponde al juez el corregir al legislador a través de la interpretación.

Por lo anterior acostumbro a decirle a mis estudiantes que las leyes suelen envejecer más rápido que los seres humanos en nuestros días: con las nuevas tecnologías se habla de nuevos valores; no sé si sea correcto hablar solamente de nuevos ejes axiológicos en el plano jurídico, o si también se deba entender el redimensionamiento de valores antiquísimos.

Los profesores de derecho privado -me parece a mí, con perdón de mis colegas- suelen ser los más conservadores de la disciplina jurídica, sobre todo los profesores que cultivamos el derecho civil. Si fuera por rendirle culto a los valores de la antigua Roma, pues todos deberíamos salirnos de este salón: la antigua Roma no fue exactamente el paraíso que nos han recreado (planteamiento que quizás no sea histórico) pues se trataba de una sociedad esclavista, que también discriminaba a la mujer, al extranjero, e incluso al ciudadano romano plebeyo (de ahí las rebeliones de las provincias, los esclavos, e incluso las guerras civiles que asolaron a ese imperio). Aceptando que es inadecuado condenar el pasado con los valores actuales, resulta igualmente pertinente enfatizar que los valores y las convicciones del pasado no son exactamente los nuestros (el concepto de violencia como vicio del consentimiento en una

sociedad que legitimaba los juegos de gladiadores o el espectáculo de fieras no corresponde al concepto de violencia de hoy, que como lo decía de forma muy valiente la profesora de Adriana, quiere fundamentalizar, llevar al máximo nivel jurídico el ideario de la paz, y abre el debate sobre los derechos de los animales).

En este contexto cuando se consulta a Gayo o a Ulpiano en el *Digesto*, con cierta facilidad se entiende que el contenido y alcance del término “convivencia” no es el mismo que señaló la profesora Mónica, ya que conceptos contemporáneos como libertad, dignidad o paz, no corresponden a los valores de una sociedad que legitimaba la esclavitud o guerras de conquista de nuevos territorios. Evidentemente una sociedad que quiere hacer de la justicia material un valor debe tener presente que en la antigüedad el ideario de justicia era más propio del léxico de los filósofos que de los juristas. No estoy diciendo con esto que los juristas de la era clásica fueran ajenos al ideario filosófico; pero obviamente las aspiraciones de una sociedad como la espartana, la romana o incluso la ateniense, estaban más enfocadas al ámbito de la supervivencia y el poderío, que la calidad de vida de sus asociados más humildes, no hablemos ya de los sujetos carentes de derechos políticos o jurídicos. Evidentemente, la idea de justicia de aquellos días es muy distinta a la de la actualidad, con las evidentes implicaciones jurídicas que se pueden constatar.

Un aserto similar corresponde a la época de promulgación de los códigos civiles. En tales días se consideraba, cuando menos de manera inconsciente, que el único principio que debía irrigar la construcción e interpretación del derecho comercial así como el derecho de contratos, era el principio de libertad. Hoy tenemos otro tipo de idearios: en una era de reivindicaciones sociales, movimientos obreros, agremiación de los artesanos y en general los pequeños comerciantes o consumidores,

de emancipación de la mujer, o reivindicación de los derechos de la comunidad LGBTI, se entiende que no solamente hay sujetos vulnerables en el contexto cultural, en el contexto de género, sino también en el contexto económico.

Ya voces cualificadas como las que citaba la profesora Lourdes me hacen acordar de grandes gurúes económicos que analizan la globalización con sentido crítico hacia esta, así como al neoliberalismo. Tal es el caso de los profesores Joseph Stiglitz, Paul Krugman -quien ha venido regularmente a nuestro país para explicar que la crisis financiera de 2008 tiene causas estructurales comunes con la crisis de Wall Street de 1929- o el profesor A. Senn y sus tesis relativas a la economía del bienestar. Estas autoridades nos recuerdan que la misión de las ciencias y de otras disciplinas es proporcionar a las personas calidad de vida. ¿Será que las viejas estructuras decimonónicas lo están logrando? Ya el profesor Gual, mi ilustre predecesor, nos estaba sintetizando una serie de valores que responden a problemáticas sociales que la profesora Carolina Blanco nos estaba recordando: las concentraciones de riqueza confirmadas en la economía globalizada, y sus correlativos abusos.

El hecho de que el capitalismo haya vencido al comunismo para nada determina que sea un sistema sociopolítico perfecto: por supuesto que podemos repensarlo y mejorarlo, en aras de proteger los legítimos intereses de aquellos que son más vulnerables en la economía de mercado. No sólo las PYMES o el consumidor, sino todos aquellos que por la vía de la contratación han sido víctimas de los paradigmas tradicionales.

Henri Lacordaire, el párroco de la catedral de Notre Dame, en París, en el siglo XIX pronunció una frase que caló en la doctrina francesa de contratos. Dijo este brillante religioso que entre el rico y el pobre, entre el fuerte y el débil, el contrato es el que esclaviza y la ley es la

que libera; hoy podríamos decir “el derecho”. Antes de Lacordaire en la misma Francia revolucionaria Madame Roland, una de las más célebres víctimas del régimen del terror de Robespierre, cuando estaba de camino a la guillotina pronunció sus últimas palabras, que también deben ser tenidas en cuenta en nuestros días: “Libertad, Libertad, ¡cuántos crímenes se han cometido en tu nombre!”. Esta gran verdad también aplica para la libertad contractual. Por ello la doctrina francesa se ha hecho eco de estas voces. El profesor Gual explicaba el papel de la doctrina germánica en el repensamiento del derecho de los negocios: por supuesto que la reforma al BGB de 2001 trata de adaptar las viejas tradiciones romanas a los nuevos valores constitucionales, legalizando reglas que ya la jurisprudencia alemana había establecido. También es pertinente recordar que en el año 2016 el parlamento francés, teniendo en cuenta todos estos desarrollos, promulgó la ordenanza de reforma al Código Civil del país galo, en donde estos nuevos valores han inspirado un repensamiento del derecho de los negocios.

No se trata de esfuerzos nuevos. Ya los proyectos de crear un Código Civil para toda Europa o de un Código Europeo de contratos, a pesar de su fracaso político aparente, no dejan de influenciar la iusteoría contemporánea de contratos. En efecto estas elaboraciones, efectuadas por las voces doctrinarias más respetadas de Europa, ejercen una poderosa incidencia en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas. Instrumentos como los principios del derecho europeo de contratos, el anteproyecto del Código Europeo de Contratos, el anteproyecto del Código Civil Europeo que fracasaron en la esfera política, han tenido un fuerte impacto en la jurisprudencia y la enseñanza del derecho de contratos a las nuevas generaciones de juristas.

Traigo a colación estas elaboraciones por cuanto los valores que están tratando de desarrollar son los mismos que consagra nuestra constitución. Libertad, buena fe, prohibición de abuso del derecho o prohibición de abuso de la posición dominante. En un barrido que tiene

que ver con viejos debates que hemos sostenido con muchos amigos aquí presentes, me he dedicado a establecer una línea directriz que se pueda verificar para armonizar valores constitucionales con el viejo código civil. Resulta que la corte constitucional en sentencia C-491 de 2000, retomando la dogmática alemana, le impone al juez el deber de reinterpretar los principios o las normas legales a la luz de los principios y valores constitucionales. Esta idea no es una elucubración esotérica de la Corte Constitucional colombiana, sino que corresponde a la reformulación de una técnica que ya señalara la jurisprudencia constitucional alemana, particularmente en el fallo Lüth (Sentencia BVerfGE 7, 198), el cual versa sobre un litigio relativo a responsabilidad civil extracontractual, proferido en 1958. En dicha providencia se señala el deber de armonizar la ley civil a las normas constitucionales por vía de interpretación jurídica. Tal directiva constituye un legado de la teoría de la interpretación jurídica de Savigny o la escuela pandectista, cuya evolución podemos apreciar en autores tales como Arthur Kaufmann o Robert Alexy.

Por ello, resulta fundamental tener presente que el espíritu de nuestra constitución entronca no solamente con el constitucionalismo chileno sino con su homólogo germánico de posguerra, en donde voces posteriores a la de Ronald Dworkin nos enseñan que el Derecho no se reduce a reglas precisas, sino que también tiene principios jerárquicamente superiores. En virtud de este debate se ha proferido una literatura que sería prolijo citar, pero que el tiempo y su nobleza me impiden hacerlo de manera exhaustiva, y nos recuerda que, si bien los principios son menos precisos, no por ello dejan de ser jerárquicamente superiores a las reglas jurídicas.

Por ejemplo el profesor Arthur Kaufmann, amigo de Alma Mater del profesor Gual, y por ello traducido al castellano por la Universidad Externado de Colombia, nos enseña que hoy en día hay bienes -hablando

de las nuevas tecnologías- como lavadoras o secadoras , que manejan el concepto de lógica difusa: hoy disponemos de máquinas -el profesor Mario podrá explicarlo mejor que yo- como las lentes de cámaras que enfocan automáticamente, sin manejar valores precisos; igualmente termostatos que reaccionan cuando la temperatura está “muy fría” (las lavadoras y secadoras están programadas para activarse cuando reciben “muchas cargas” de ropa). Nótese que estamos hablando de lenguaje de máquina, no de cerebros humanos: “cuando esté borroso enfoque mejor, etc.” Si las máquinas ya pueden manejar esta lógica difusa, lo que cuestionan muchos teóricos como el profesor Kaufmann, es la legitimidad de que los abogados sigamos renuentes a manejar conceptos imprecisos como los principios constitucionales, o las nociones indeterminadas a contenido variable (causa, buenas costumbres, etc.).

A los abogados no nos gusta manejar la lógica de principios: nos encantan las reglas porque son precisas y porque nos llevan a la anhelada seguridad jurídica. Sin embargo, la historia reciente nos enseña que cuando hay un claro abuso legitimado en una ley, resulta ilógico considerar que se está garantizando la seguridad jurídica. En este sentido, podemos remitirnos a los ejemplos que puso el profesor Gual. La seguridad más que precisión implica tranquilidad, y ello también exige renunciar a determinadas certezas normativas, o al cumplimiento de reglas precisas, al menos cuando ello implica vulneración de valores superiores. En consecuencia se ha verificado que instituciones como la lesión enorme son insuficientes para materializar unidad de justicia al interior del derecho comercial y del derecho de contratos. De ahí que se esté masificando el empleo de normas indeterminadas y de contenido variable, así como se están resucitando nociones olvidadas como las buenas costumbres, el orden público y la buena fe o la causa para materializar desde lo legislativo, la interpretación jurídica contemporánea, conforme a valores supralegales. Fíjense que se trata de un tema menos complejo que el planteado por la profesora Carolina: el problema de la supraconstitucionalidad; y

es menos complejo porque esta problemática versa únicamente sobre constitucionalidad e infraconstitucionalidad. Si es posible enfrentar el problema de la supranconstitucionalidad, es innegable que podemos enfrentar el problema de la infraconstitucionalidad (el que puede lo más, puede lo menos).

Si la doctrina contemporánea puede armonizar normas supraconstitucionales con normas legales, el ejercicio de armonizar constitución y ley al menos en el ámbito del derecho de contratos y del derecho comercial -que no toca fibras sensibles de la sociedad, sino que se dedica a un tema un poco más “banal”: cómo hacer circular la riqueza en un contexto de legítima justicia- nos permite materializar esos valores. Lo que en la dogmática alemana se llama las *cláusulas generales* (noción como la buena fe, las buenas costumbres), pueden desarrollar e interpretar finalmente esas funciones.

Y ya para terminar y agradeciendo de antemano su paciencia, quisiera citar una serie de hitos jurisprudenciales colombianos que se entroncan en toda esta herencia de posguerra y que han permitido repensar las viejas categorías del derecho de tradición romanista: ese individualismo que serviría de soporte a la lógica del “sálvese quien pueda” que defienden actualmente las corrientes neoliberales, a su turno criticadas (no olvidemos que nuestra Constitución tiene un capítulo económico, que no solamente promueve la buena fe y la responsabilidad social de la empresa sino que prohíbe el abuso de posición dominante). En el Alma Mater del profesor Gual autores como Ernesto Rengifo nos han hablado de la relación existente entre abuso del derecho y abuso de posición dominante. Yo recomendaría la lectura de estas normas y el debate que el profesor Gual plantea a los profesores Rengifo o Juan Pablo Cárdenas, de la Universidad del Rosario.

Básicamente para ilustrar la manera en que esos valores han venido enriqueciendo el derecho de los negocios, podríamos evocar la sentencia T375 de 1997, que nos habla del abuso de posición dominante en la fase precontractual. Una gran empresa a modo de retaliación, utilizando una lógica de retaliación (si me denuncias te quiebro, no desde el punto de vista biológico sino desde el punto de vista económico, llevándote a la ruina), negándose a contratar, es sancionada por la Corte Constitucional en sede de tutela, indicando al tiempo que por los cauces procesales pertinentes daría lugar a resarcir daños y perjuicios por esta negativa abusiva.

Ya el tema de las cláusulas abusivas mi predecesor que es la autoridad en el tema tiene en sus obras un barrido jurisprudencial exhaustivo. Personalmente me parece muy indicativa la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 2 de febrero de 2001, con ponencia del profesor Carlos Ignacio Jaramillo, ex decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana (radicado 5670), que haciéndose eco de las denuncias que hacía el profesor Gual de la falta de precisión en la sanción a este tipo de acuerdos en el contexto nacional, cita el derecho europeo, especialmente las directivas comunitarias europeas sobre todo del año 93, donde se caracteriza a la cláusula abusiva como un desequilibrio significativo, con todas las implicaciones que el profesor Gual sintéticamente expuso con mayor rigor del que yo podría.

Igualmente quiero evocar la sentencia C332 del año 2001, que de manera consonante con los principios europeos del derecho de contratos, los principios Unidroit y todos los instrumentos que evocados (las guías legislativas o las leyes modelo de la CNUDMI, el Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos, las reformas al BGB o al Code Francés...), establece que la buena fe es la protección a la legítima confianza que todo contratante necesita depositar en su contraparte. Va

más allá de la enseñanza tradicional que se da aquí en Colombia acerca de la buena fe como instrumento del cumplimiento estricto del contrato. Ello es una falsedad histórica como suelo explicar a mis estudiantes de pregrado y de posgrado: tal mito tiene que ver con toda una serie de concepciones positivistas que son ajenas al auténtico espíritu de un código sensible al iusnaturalismo racionalista, así como a una constitución de posguerra que es también postpositivista.

También vale la pena evocar la sentencia T1021 del año 2003, en donde se enseña que la buena fe exige brindar un mínimo de información suficiente y veraz. De esta manera se desplaza esa lógica según la cual “desde que no mientas obras de buena fe”. Aquí la racionalidad subyacente nos indica: “no solamente no dirás mentiras, sino que te abstendrás de ocultar información determinante e importante para los legítimos intereses de la parte vulnerable”. De la jurisprudencia constitucional podemos pasar a la Sala Civil de la Corte Suprema, que como ya lo decía la profesora Mónica, ha venido influenciando la jurisdicción ordinaria. Así tenemos una sentencia del 2 de Agosto de 2001, expediente 3561, en donde una vez más el magistrado ponente es el profesor Carlos Ignacio Jaramillo, que va en la misma línea, por las razones de valores constitucionales, especialmente la buena fe. Es de resaltar que el deber de brindar un mínimo de información es independiente al hecho de que la relación sea de consumo. Puede ser un contrato entre profesionales, pero el que más sepa del objeto contratado tiene que brindar información a su contraparte, so pena de incurrir en mala fe.

Pensemos en el Politécnico, que es como sujeto de derechos experto en brindar educación superior; y celebra un contrato con una entidad financiera a propósito del depósito de sumas dinerarias. Se podría alegar que es una relación de consumo, pero no hay unanimidad en el tema. Entonces para salir de esta situación y aun entendiendo que no

pudiéramos caracterizar una relación de consumo por tratarse de una persona jurídica, podríamos decir que con independencia de ello en todo caso sí hay un deber constitucional de obrar de buena fe. En consecuencia, la persona que más sabe -en este caso es la institución financiera- tiene que brindarle toda una serie de informaciones y garantías a la persona vulnerable (en este caso el Politécnico). Igualmente, quisiera referirles otra sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema del 16 de diciembre de 2010 con ponencia del profesor Arturo Solarte, el célebre magistrado que presentó su renuncia como protesta a una serie de crisis de legitimidad de la administración de justicia. Pues el profesor Solarte no solamente ha aportado esa renuncia para protestar por las crisis de legitimidad en la rama judicial, sino que nos legó una idea del derecho anglosajón, invocando la Constitución: la buena fe contractual también implica mitigar daños, corresponde a la víctima paliar el perjuicio derivado de un incumplimiento contractual, así el viejo Código Civil no lo diga. Desde luego, nuestra Constitución para nada impone semejante regla exegéticamente; sin embargo, su espíritu de justicia, articulado con los nuevos avances dogmáticos del derecho de los negocios permite entender que la buena fe exige mitigar el daño. Y esta regla, en virtud del fenómeno de la cosa juzgada constitucional, tiene también valor supralegal.

También la corte constitucional nos ha indicado en sentencias como la C-660 de 1996 que la autonomía de la voluntad privada -tan íntimamente ligada a la libertad contractual, al punto que se ha debatido si es la misma figura- en virtud de las exigencias sociales del orden público así como de las buenas costumbres se ha reducido. Autonomía hoy no es hacer lo que se nos antoje, y mucho menos en materia contractual: la autonomía tiene como fundamento constitucional el artículo 16 de la Constitución, que consagra el libre desarrollo de la personalidad. Y como se debe enseñar en las facultades de Derecho de hoy, la libertad, incluida la contractual y la comercial -como cualquier derecho- termina donde comienzan los

derechos de los demás. Por lo tanto, por razones constitucionales y desarrollando la técnica interpretativa, la libertad de los contratantes termina donde comienza el derecho del más vulnerable o de los terceros de buena fe.

Igualmente tenemos la sentencia C332 de 2001, en donde la Corte Constitucional en un tono muy diciente, mostrando hastío por la reiteración de doctrinas milenarias, señala que no es constitucionalmente de recibo invocar la libre empresa, la iniciativa privada o la libertad contractual como si se tratase de barreras infranqueables que impidan la efectiva protección del interés general. En efecto, la tradición librecambista decimonónica ya no es conforme con los valores de nuestras constituciones actuales: la promulgación del Estado Social de Derecho implica la protección especial al más vulnerable; no necesariamente es siempre el consumidor, no necesariamente es el más pobre: en consecuencia se puede caracterizar vulnerabilidad en los más ricos de la relación jurídica. Piensen ustedes en un contrato de servicios informáticos celebrado entre el profesor Mario y la banca más poderosa del país; el profesor Mario es un profesional exitoso, pero no creo que tenga los valores patrimoniales de la institución financiera más adinerada de nuestro contexto patrio. No obstante, quien tiene superioridad de conocimientos en materia informática es el profesor Mario; de esta manera el correcto entendimiento del Estado Social de Derecho indica que a quien corresponde proteger no es al menos adinerado, sino al más inexperto en materia de conocimientos, en este caso la adinerada -pero dentro del contexto del caso- vulnerable banca.

Se indica el anterior ejemplo en aras de prevenir lecturas descontextualizadas del constitucionalismo contemporáneo: no debe confundir Estado Social de Derecho con Estado Socialista. Ello también se aclara en la sentencia C332 de 2000. Básicamente hay toda una línea

de jurisprudencia que el tiempo me impide exponer en esta ocasión. Para no abusar de su bondad, el material evocado nos permite entender que hoy para todos los efectos pragmáticos como ya lo decía la profesora Mónica, la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, sobre todo en su ratio *decidendi* es vinculante; en virtud de la cosa juzgada constitucional, goza de valor supralegal, y por lo tanto cualquier choque que haya entre la lógica legal y la lógica jurisprudencial constitucional obliga al operador jurídico -árbitro o juez- a darle prevalencia jerárquica al bloque de constitucionalidad sobre las viejas visiones consagradas en el Código Civil, que no responde -como ya lo han demostrado magistralmente mis predecesores- a las nuevas necesidades.

Y, ¿Qué dicen los amigos del pasado, los amigos del meteorito que acabó con los dinosaurios? esas voces que alegan que todo tiempo pasado fue mejor, claman que todo este esquema es un atentado a la seguridad jurídica. Por ello resulta pertinente preguntar qué es seguridad jurídica. Los amigos del pasado nos dirán que es el estricto cumplimiento de la ley; con esa lógica, cuando había leyes de discriminación al hijo extramatrimonial, la seguridad jurídica consistía en garantizarle eficacia al testamento que excluyera al hijo habido por fuera del vínculo matrimonial. Hoy, bajo un concepto nuevo de Derecho, asistimos a un concepto nuevo de seguridad jurídica: este principio fundamental del Derecho implica entender que la ley también puede ser una amenaza a la misma seguridad jurídica: la seguridad jurídica es así la relativa tranquilidad que legítimamente se debe desprender a las personas que obran de acuerdo con valores fundamentales, ya que deben ser protegidas por el sistema jurídico.

Si antaño se enseñaba *dura lex, sed lex*; hoy debe inculcarse, retomando realidades y constataciones milenarias, *lex corrupta non Iuris est*, ley que vaya en contra de la Constitución no es Derecho. En consecuencia, la

mejor forma de materializar los valores de nuestra Constitución no es a través de las sentencias de la Corte Constitucional, sino a través de la interpretación que espero las nuevas tecnologías sensibilicen a los simpatizantes del profesor Ross y demás positivistas contemporáneos. Si la ley es dura, más dura es la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

Para garantizar el nuevo esquema se necesita una labor creativa, que no dudo que las más sofisticadas máquinas en breve tendrán, para hacer esa famosa interpretación sistemática: armonizar la norma suprema con normas inferiores. Estas son las ideas básicas.

