

# ANUARIO JUSTICIA Y RAZÓN 2010

## COORDINADORES:

Omar Andrés Rodríguez Alba

Mateo Sánchez García

Bibiana Teresa Mahecha Garzón



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ  
JORGE TADEO LOZANO

PROGRAMA DE DERECHO  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

ANUARIO  
**JUSTICIA Y RAZÓN**  
PROGRAMA DE DERECHO  
2010



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ  
JORGE TADEO LOZANO

Anuario justicia y razón: programa de derecho 2010 / coordinadores Omar Andrés Rodríguez Alba, Mateo Sánchez García, Bibiana Teresa Mahecha Garzón. – Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Facultad de Ciencias Sociales. Programa de Derecho, 2013. 200 páginas.

1. CONTRATOS DE FRANQUICIA. 2. INVESTIGACIÓN CRIMINAL. 3. GENÉTICA HUMANA. 4. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. I. Rodríguez Alba, Omar Andrés, coord. II. Sánchez García, Mateo, coord.. III. Mahecha Garzón, Bibiana Teresa, coord.

CDD340.02"A636"

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

### ***Anuario Justicia y Razón 2010***

Primera edición: 2013

Rectora: CECILIA MARÍA VÉLEZ WHITE

Vicerrector académico: DIÓGENES CAMPOS ROMERO

Decano de la Facultad de Ciencias Sociales: JORGE ORLANDO MELO GONZÁLEZ

Decano del Programa de Derecho: CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GONZÁLEZ

Director editorial: FABIO LOZANO URIBE

Coordinación editorial: HENRY COLMENARES MELGAREJO

Revisión de textos: HENRY COLMENARES MELGAREJO

Diseño de portada y diagramación: OSCAR JOAN RODRÍGUEZ

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

IMPRESO EN COLOMBIA - PRINTED IN COLOMBIA

ANUARIO  
**JUSTICIA Y RAZÓN**  
PROGRAMA DE DERECHO  
2010

COORDINADORES:

Omar Andrés Rodríguez Alba  
Mateo Sánchez García  
Bibiana Teresa Mahecha Garzón



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ  
**JORGE TADEO LOZANO**

---

PROGRAMA DE DERECHO  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES



# CONTENIDO

	Pág.
<b>PRÓLOGO</b>	7
<b>Tratamiento fiscal de las regalías en el contrato de franquicia y otros contratos atípicos</b> <i>María Mercedes Hoyos Castro</i>	13
<b>El uso de mapas de evidencia en desarrollo del razonamiento probatorio durante la etapa de investigación criminal</b> <i>Cristhian Mauricio Baquero Cañas</i>	49
<b>Los límites constitucionales a la investigación genética en humanos – estudio jurisprudencial Corte Constitucional: 1992-2009</b> <i>Luz Mary Bermúdez Llanos y Diego Mauricio Téllez Guevara</i>	91
<b>La vulneración de los principios de trato nacional y nación más favorecida a raíz de la implementación de la norma técnica agrícola japonesa de productos orgánicos</b> <i>Mónica Agreda B.</i>	125
<b>Aproximación comparativa entre el sistema anglosajón, el de la Unión Europea y el colombiano sobre el régimen de responsabilidad del productor</b> <i>Lina María Aguirre Castaño</i>	143
<b>El arte de la administración de justicia: análisis crítico de la implementación de la oralidad en el sistema procesal civil</b> <i>Semillero de Investigación: “Justicia y Razón”.</i>	169



# PRESENTACIÓN

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

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

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

**CARLOS ANDRÉS GÓMEZ G.**

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

**ÉDGAR HERNÁN FUENTES C.**

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



# PRÓLOGO

La presente publicación es una interesante recopilación de escritos destacados, producidos por estudiantes y egresados del Programa de Derecho, los cuales fueron debidamente escogidos y revisados, con el propósito de que el lector pueda encontrar distintas formas de abordar temas trascendentales para el mundo del derecho y para la sociedad en general. Es importante dar a conocer la interesante producción intelectual de nuestros egresados y alumnos, y qué mejor que a través de un medio de divulgación como el presente anuario.

Esta idea surge luego de evaluar las posibilidades de publicar los escritos en desarrollo de asistencias de investigación, monografías de grado y ponencias; consolidando así un texto que pueda servir de consulta y análisis para las futuras generaciones de estudiantes del Programa de Derecho y el público en general, quienes encontrarán en este espacio un valioso apoyo jurídico de calidad y una interesante y útil lectura. Es una obra muy bien lograda, no subestimable por su origen y más aún cuando hoy en día cualquier escrito encuentra un editor y un prologuista laudatorio.

En esta primera edición se compilan seis textos, el primero de ellos, titulado “Tratamiento fiscal de las regalías en el contrato de franquicia y otros contratos atípicos” escrito por María Mercedes Hoyos, pretende resaltar aspectos como el significado, la importancia y la utilidad de los contratos de franquicia, sus características, la legislación aplicable, sus diferencias y similitudes con otra serie de contratos atípicos, haciendo un recorrido por aspectos como el derecho aplicable a los mismos en sus distintas facetas, siendo la tributaria una de las que más entraña estudio y análisis, concluyendo con una aproximación al tema de las regalías especialmente en los contratos de franquicia, al tratamiento fiscal de las mismas según lo dispuesto por las normas nacionales e internacionales sobre la materia.

Enseguida encontramos el artículo de Cristhian Mauricio Baquero Cañas, titulado: “El uso de mapas de evidencia en desarrollo del razonamiento probatorio durante la etapa de investigación criminal”, que desarrolla una interesante propuesta encaminada a mejorar la eficiencia, y la calidad de las actividades relacionadas con la investigación criminal, mediante la utilización de los mapas de evidencia provenientes de la teoría del razonamiento de la lógica abductiva. Para lograr tal finalidad se observan los lineamientos generales que postula la Fiscalía General de la Nación en sus manuales operativos en cuanto a la recau-

dación, extracción y manejo de evidencias como fundamento para determinar la posible comisión de una actividad delictiva, luego se mostrará el desarrollo teórico sobre los mapas de evidencia en el campo del desarrollo de los procesos de razonamiento de carácter jurídico y probatorio, demostrando la eficiencia de ellos para organizar, analizar y extraer información vital para la consolidación de una investigación sólida.

El artículo de Luz Mary Bermúdez Llanos y Diego Mauricio Téllez Guevara titulado: “los límites constitucionales a la investigación genética en humanos – estudio jurisprudencial Corte Constitucional: 1992-2009”, hace un interesante recorrido histórico sobre el tema de la investigación genética en humanos, desde los descubrimientos del monje agustino Gregor Joham Mendel, de nacionalidad austríaca, considerado el “padre de la genética”, quien descubrió que las características físicas de un ser vivo se transmitían a través de unidades hereditarias (genes), luego de cruzar siete variedades distintas de guisantes; concluyendo con un tema actual como es la puesta en marcha del denominado “Proyecto Genoma Humano” así como el desarrollo de múltiples formas de intervenir en la genética del ser humano, como por ejemplo la manipulación genética, la clonación, las células madre, la eugenesia, la terapia génica, la farmacogenética, la reproducción asistida, y la criogenia, entre otras. De allí se parte para iniciar un recorrido jurisprudencial con pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional colombiana, además de normas nacionales e internacionales sobre el tema, en donde se llega a establecer la importancia de la existencia de una “Ley de Genética” para Colombia.

También encontramos el artículo titulado “La vulneración de los principios de trato nacional y nación más favorecida a raíz de la implementación de la norma técnica agrícola japonesa de productos orgánicos” escrito por la egresada Mónica Agreda Bastidas, que se desarrolla a través de cuatro ejes fundamentales; en el primero se realiza un breve recuento de la evolución de la economía japonesa, en el segundo se mencionan algunos conceptos importantes para entender la normatividad JAS, como lo son: el concepto de alimento orgánico, la Ley 175 de 1950, considerada como la ley marco del sistema JAS y otras normatividades que la complementan como: la Ley de Sanidad Alimentaria en Japón entre otras. En el tercer eje, se analiza la vulneración de los principios rectores del comercio internacional por la implementación de esta normatividad, desde una óptica jurídica en el contexto del derecho internacional, y en cuarto lugar, se incluyen los resultados del análisis con tendencia lineal de la información periódica de las exportaciones colombianas con destino a Japón entre los años 2000 y 2009.

El artículo de la egresada Lina María Aguirre Castaño titulado “Aproximación comparativa entre el sistema anglosajón, el de la Unión Europea y el colombiano sobre el régimen de responsabilidad del productor”, inicia con la importancia de establecer la responsabilidad civil como sustento universal de cualquier tipo de responsabilidad, para intentar determinar la responsabilidad del productor, haciendo un recorrido histórico y comparativo entre el sistema anglosajón, el de la Unión Europea y el colombiano para finalmente establecer que no existe claridad en la legislación colombiana sobre el régimen aplicable a la responsabilidad del productor, motivo por el cual se presentan comúnmente controversias, que ocasionan un fuerte impacto en el consumidor.

El último aporte de esta edición es un artículo titulado “El arte de la administración de justicia: análisis crítico de la implementación de la oralidad en el sistema procesal civil”, que se desarrolla en ocasión a la ponencia presentada al XI Concurso Internacional para estudiantes de pregrado del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, que se llevó a cabo en el marco del XXXI Congreso de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Cartagena de Indias los días 8, 9 y 10 de septiembre del año 2010. La misma fue dirigida por los profesores Beatriz Eugenia Suárez López, Édgar Hernán Fuentes Contreras y Mateo Sánchez García. La ponencia obtuvo el reconocimiento del Quinto Puesto por parte del Instituto, entre más de 90 universidades nacionales y extranjeras. El artículo resalta la importancia de establecer la oralidad en el proceso civil, y de profundizar en el sentido de que el tema no puede quedarse solamente en si su implementación es o no favorable, sino que se deben revisar los componentes o mecanismos que la acompañan para que las expectativas que promete la oralidad sean efectivas en los procesos.

Con esta recopilación de artículos, realizada por el profesor Mateo Sánchez García y los egresados Bibiana Mahecha Garzón y Omar Andrés Rodríguez Alba quienes se encargaron de la corrección y organización de los artículos de los egresados plasmados en el presente anuario, se consigue un texto en el que la multiplicidad de temáticas y la forma como las mismas han sido abordadas, hace evidenciar que la producción intelectual de nuestros egresados será cada vez más productiva y valiosa en su beneficio como profesionales y como personas, y para la comunidad académica que tomará como ejemplos sus valiosos aportes académicos.

MATEO SÁNCHEZ GARCÍA  
Director Área de Derecho Privado  
Programa de Derecho  
Facultad de Ciencias Sociales  
Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano



# TRATAMIENTO FISCAL DE LAS REGALÍAS EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA Y OTROS CONTRATOS ATÍPICOS\*

*María Mercedes Hoyos Castro\*\**

**Sumario:** INTRODUCCIÓN. I.- La transferencia de tecnología, II.- El contrato de franquicia. III.- Aspectos tributarios de los contratos de transferencia de tecnología. IV.- Regalías en los contratos de franquicia. V.- Importación de tecnología y exportación de servicios. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

En un sistema económico como el actual, globalizado, en constante evolución y con tendencia a desechar los bienes o servicios que dejan de ser eficientes para las exigencias modernas, las empresas buscan mantenerse en este mercado tan riguroso y además maximizar sus ganancias o utilidades marginales. Por estas razones los comerciantes buscan métodos alternativos e innovadores para llamar la atención del público.

El contrato de franquicia nace como una solución para estas personas, presentando un producto o servicio que, además de haber sido probado por su creador y demostrar que tiene un gran potencial, presenta un proyecto de cooperación transfronteriza que genera una imagen y una fuerza comercial de gran importancia.

El contrato de franquicia es un contrato atípico que, a pesar de tener una carga impositiva tan alta (como se verá dentro del artículo), genera una inversión

---

\* El presente artículo se estructura a partir de la monografía titulada “Tratamiento fiscal a las regalías derivadas del uso o derecho de uso de intangibles en el contrato de franquicia” presentada para obtener el título de abogado en la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, dirigida por el profesor Diego Galán y evaluada por los jurados Mateo Jaramillo y Mateo Sánchez García.

\*\* Abogada de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, candidata a especialista en Derecho Tributario Internacional en la Universidad Externado de Colombia, con experiencia en el campo de consultoría privada y litigios en derecho tributario, comercio exterior, aduanero, cambiario y precios de transferencia; con publicación en la revista 167 de 2011 de Impuestos de la Editorial Legis: “Regalías en los contratos de licenciamiento de Software”. Actualmente desempeñándose como Abogada Junior en la firma consultora Deloitte Asesores y Consultores Ltda. Correo electrónico: mhoyos@deloitte.com

extranjera, una apertura económica y potencializa el nivel competitivo de nuestro mercado. Se verá la importancia de realizar acuerdos o tratados bilaterales o multilaterales con diferentes países donde se contemple un tratamiento tributario regulado basándose en los modelos internacionales para evitar la doble imposición y la evasión fiscal, para así aumentar la inversión extranjera, la cooperación transfronteriza y los ingresos para los Estados.

La agilización del tráfico comercial, el ensanchamiento de mercados, la exigencia que la economía impone de contar con una colaboración empresarial para llevar a cabo las metas de colocación de productos y satisfacción de necesidades, ha hecho del contrato de franquicia uno de los instrumentos de mayor utilización y de más creciente aplicación, lo cual conlleva complejidades derivadas de su naturaleza jurídica, que se aprecian no solo al momento de redactar los textos contractuales sino también en cuanto tiene que ver con un aspecto tan vital como lo es el derecho aplicable a los mismos en sus distintas facetas, siendo la tributaria una de las que más entraña estudio y análisis, debido, precisamente, al apremio que los receptores de regalías reclaman para derivar mayores ganancias, pero también de las autoridades tributarias para reportar un incremento en el ingreso por esa particular exacción.

## I. LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

Antes de adentrarnos al tema de los contratos de transferencia de tecnología, de manera académica vale la pena recordar qué se entiende por bienes intangibles. Para el autor Luis Guillermo Velásquez Jaramillo se entiende por bienes inmuebles o incorpóreos *“aquellos que no tienen un ser corpóreo y no admiten una percepción por los sentidos, como los derechos reales y personales”*,<sup>1</sup> clasificación dada originalmente por el Código Civil.<sup>2</sup>

Ahora bien, volviendo a la actualidad a medida que se realizaban nuevas invenciones y creaciones tecnológicas, comenzó a establecerse una protección al bien intangible, proveniente del trabajo intelectual de una o varias personas. Es necesario entender por tecnología no solo el resultado de un código fuente que al momento de incluirlo en un sistema electrónico genera un programa, sino también como todo proceso que se realiza por medio del seguimiento de una serie de pasos desarrollados gracias a la experiencia y especialización en un área determinada.

---

1 VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Bienes*. Quinta Edición. Bogotá D. C., Editorial Temis, 1995. Pág. 5.

2 CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 664. República de Colombia.

Al mismo tiempo en que se desarrollaba el fenómeno de la globalización, fue necesario para las empresas manejar un alto rango de competitividad que se podía lograr por medio de la colaboración empresarial y comercialización de tecnología. El fin de esta colaboración y desarrollo empresarial sería maximizar el potencial económico de las empresas.<sup>3</sup>

Según el Diccionario de la Real Academia Española se puede definir como tecnología el “conjunto de conocimientos propios de un oficio mecánico o arte industria” y “El conjunto de teorías y técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico”.<sup>4</sup>

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI– a su vez brindó varias definiciones de tecnología, tales como:

“El conocimiento sistemático para la fabricación de un producto, la aplicación de un proceso o el suministro de un servicio”,<sup>5</sup> “Conjunto de conocimientos e información propios de una actividad, que pueden ser utilizados de forma sistemática para el diseño, desarrollo, fabricación y comercialización de productos o la prestación de servicios incluyendo la aplicación adecuada de las técnicas asociadas a la gestión global”.<sup>6</sup>

De las definiciones expuestas podemos extraer un concepto de tecnología como el conjunto de pasos que generan un procedimiento aplicable a un área del conocimiento determinada, que desarrolla un avance o beneficio no incluido antes por otra persona, y que dada su naturaleza es protegido dentro de la disciplina de la propiedad intelectual.<sup>7</sup>

---

3 Es tan así que desde la revolución intelectual y el desarrollo tecnológico se dio un mayor valor a los intangibles, pasando del simple concepto contenido en el Código Civil a un estudio (todavía inconcluso) donde se puede definir intangible como cualquier producto del conocimiento intelectual, sea o no consecuencia de un proceso, que no puede ser directamente percibido a menos que con anterioridad se realice un proceso de digitalización, transcripción, materialización, etc.

4 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA: [HTTP://BUSCON.RAE.ES/DRAE/SLVLTCONSULTA?TIPO\\_BUS=3&LEMA=TECNOLOG%EDA](http://buscon.rae.es/DRAE/SLVLTCONSULTA?TIPO_BUS=3&LEMA=TECNOLOG%EDA) (consultado: 29 jul., 2010).

5 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – OMPI. *Guía de las Licencias para los Países en Desarrollo*. OMPI, 1977. Pág. 620.

6 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial y el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. *Taller Internacional Sobre Administración y Comercialización de Invenciones y Tecnología* WIPO/INV/MTY/02/14, 2002. Pág. 6 y 7.

7 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el Derecho Privado*. Buenos Aires: Heliasta, Segunda Edición, 1994, pág. 21.

Ahora bien, ya definido lo que es tecnología, nos centraremos en el concepto y alcance de la definición de “Transferencia de Tecnología”. La Unión Europea en su Reglamento de Transferencia de Tecnología, R772/04 del 27 de abril de 2004, aunque sin proveer una definición específica, sí enuncia la clase de acuerdos que llevan consigo involucrada dicha transferencia:

Un acuerdo de licencia de patentes, un acuerdo de licencia de conocimientos técnicos, un acuerdo de licencia de los derechos de autor de programas de ordenador o un acuerdo mixto de licencia de patentes, de conocimientos técnicos o de los derechos de autor de programas informáticos, incluidos los acuerdos que contengan disposiciones referentes a la venta y compra de productos o referentes a la concesión de licencias sobre otros derechos de propiedad intelectual o a la cesión de derechos de propiedad intelectual, siempre que estas disposiciones no constituyan el objeto fundamental del acuerdo y estén directamente relacionadas con la producción de los productos contractuales; también se considerarán acuerdos de transferencia de tecnología las cesiones de patentes, de conocimientos técnicos, de derechos de autor de programas informáticos o de una combinación de estos siempre que una parte del riesgo asociado con la explotación de la tecnología sea asumido por el cedente, en especial cuando el importe adeudado en concepto de la cesión dependa del volumen de negocios realizado por el cesionario correspondiente a los productos producidos con la tecnología cedida, de la cantidad de los productos de dicha índole fabricados o del número de operaciones realizadas empleando la tecnología.<sup>8</sup>

De la anterior definición del Acuerdo de Transferencia de Tecnología que suministra la Unión Europea, podemos identificar como tales las licencias, concesiones y/o cesión de patentes, conocimientos técnicos, derechos de autor y programas informáticos. Sin embargo esta definición dada por la Unión Europea es bastante restringida; existen unas definiciones más amplias brindadas por la doctrina en las cuales se determina como Transferencia de Tecnología la “*transmisión o creación de tecnología, con la consiguiente transmisión simultánea de bienes y servicios o sin ella*”.<sup>9</sup>

---

8 COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, “Reglamento (CE) N° 772/2004: Relativo a la Aplicación del Apartado 3 del Artículo 81 del Tratado a Determinadas Categorías de Acuerdos de Transferencia de Tecnología”, publicado en el Diario Oficial N° 27.4.04, L123/13, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:123:0011:0017:ES:PDF>. (Consultado: 29 ago., 2010).

9 GUERRERO GAITÁN, Manuel. En: Revista de Propiedad Inmaterial de la Universidad Externado de Colombia N° 13-09, citando a Echarri y Pendás (*La Transferencia de Tecnología, Aplicación Práctica y jurídica*). Bogotá D.C., pág. 199.

## II. EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Hoy en día, con el fenómeno de la globalización se puede observar cómo es necesario acudir a figuras jurídicas para agilizar el tráfico comercial y obtener desarrollo y progreso. El contrato de franquicia surge entonces en respuesta a este fenómeno que, como se verá más adelante, reviste una relevancia muy significativa en tratándose de establecer nuevas posibilidades de inversión en un país y en la creación de pequeñas y medianas empresas.

Debido al ensanchamiento de los mercados, del fomento a la integración (no solo con los países vecinos sino con países de otros continentes) y del interés del empresario por la apertura de nuevos mercados, en la actualidad hay un incremento al volumen de negocios y por tanto a las transacciones entre comerciantes de distintos países. Con el fin de ampliar los ingresos de empresas de distintos sectores económicos, los mismos buscaron ampliar sus sectores de cobertura con el fin de llegar a un número mayor de potenciales consumidores. Uno de los métodos más sencillos para lograr estos objetivos consistía en la penetración en mercados externos por medio de terceras personas que estuvieran interesadas en participar activa pero independientemente de su negocio. Estas personas debían tener el capital suficiente para garantizarle al dueño de la empresa, que las calidades y cualidades de su servicio serían iguales o similares a las que él presta en los sectores que tiene desarrollados. Es así, como a pesar de no estar específicamente regulado en la normatividad de la mayoría de los países, el contrato de franquicia se volvió uno de los más importantes en mercados internacionales, dada la versatilidad y los beneficios que traen tanto al franquiciador que desea otorgar la franquicia, como al franquiciado que desea obtenerla.

En consecuencia, el contrato de franquicia es un contrato que ha sido desarrollado con dos fines posibles: uno de ellos es el económico, en donde su primer interés es el de obtener en otro país o ciudad el aumento de ventas del producto o servicio prestado y, por otra parte, existe un fin personal de llevar sus servicios a otro país o ciudad con el propósito de acreditar el producto, el servicio, la marca y su propio prestigio empresarial.

### A. CONCEPTO

La franquicia es un contrato por medio del cual “(...) se otorga un derecho o un privilegio a una persona o corporación, para ejercer ciertos derechos (...)”<sup>10</sup> estos derechos pueden ser: la distribución y venta de bienes y servicios sujetos

---

10 PEREIRA. Jorge. <http://www.mercadeo.com/archivos/T-Franquicias.pdf>, (Consultado: 10 abr., 2010).

a condiciones por parte del otorgante; el uso de una marca, insignias, patentes, signos distintivos, *know-how*, *good will*, etc.; con una contraprestación por el uso, venta o distribución de los mismos.<sup>11</sup> La franquicia viene a ser entonces: “(...) el derecho legal de uso con transferencia de conocimientos técnicos o asistencia técnica, para que el adquirente pueda “fabricar” un bien o un servicio, con métodos administrativos, comerciales y operativos especificados, con el fin de mantener unos estándares, de producción, calidad, servicio e imagen determinados (...)”.<sup>12</sup>

Es así como se puede observar que en el contrato de franquicia intervienen dos partes: una de ellas llamada franquiciador quien es el dueño de la marca, patente, bien o servicio susceptible de ser cedido para su explotación en otro lugar; y por otra parte está el franquiciado quien es el que obtiene el derecho a explotar económicamente la marca, la patente, el bien o el servicio, bajo unas condiciones que impone el otorgante de la franquicia. Es importante tener en cuenta que el negocio jurídico de franquicia no lleva inmersa la subordinación al franquiciador, pues existe autonomía e independencia para desarrollar el negocio, sin embargo debe estar sujeta a condiciones en estándares de calidad y procedimientos.

El Reglamento 4087 del 30 de noviembre de 1988 de la Comisión define el contrato de franquicia como “Un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimientos, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, “know-how” o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a usuarios finales”.<sup>13</sup>

## B. KNOW-HOW

Es necesario tener en cuenta que el *know-how* es conocido también en un contexto comercial y de propiedad intelectual como secreto empresarial o el *savoir faire*, que constituyen un conocimiento no patentado, susceptible de valoración

---

11 NUÑEZ, García. Raquel. *El contrato de Franquicia: algunos aspectos esenciales y/o problemáticos*, Caracas, 2002, [http://www.desolapate.com/publicaciones/EL%20CONTRATO%20DE%20FRANQUICIA\\_RNunez.pdf](http://www.desolapate.com/publicaciones/EL%20CONTRATO%20DE%20FRANQUICIA_RNunez.pdf). (Consultado: 10 abr., 2010).

12 MEJÍA, Carlos Alberto. *Las Marcas y Las Franquicias*. Editorial Plannings S.A, Medellín, 2004. Pág. 34.

13 COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Reglamento (CEE) núm. 4087/88 de la comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del tratado a categorías de acuerdos de franquicia, [http://www.uclm.es/postgrado.derecho/\\_02/web/materiales/administrativo/LEGISLACION/docu4\\_4.pdf](http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/administrativo/LEGISLACION/docu4_4.pdf), (Consultado: 7 jun., 2010).

económica, el cual le reporta a su dueño una ventaja competitiva en el mercado.<sup>14</sup> La característica principal del *know-how* es el ser un secreto o información confidencial que es solo manejada por aquellas personas vinculadas con la empresa directa (empleado o contratista) o indirectamente (contrato de franquicia donde se hace entrega/licencia de este conocimiento).

En el literal f) del punto tercero del artículo primero del Reglamento de la 4087 del 88 se define el *know-how* como un conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por este, que es secreto, substancial e identificado. Se puede inferir, por consiguiente, como el resultado obtenido por el franquiciante de una experiencia obtenida al desarrollar su producto o servicio, que genera una ventaja frente a otros competidores.

Existen dos tipos de *know-how*: el primero se centra en el sector industrial en el cual se transmite un secreto empresarial por medio del cual se dan las etapas de producción o fabricación del producto/servicio que se pretende franquiciar. El segundo es el encaminado al sector comercial, fundado en el mercadeo, donde se enseñan las técnicas de venta del producto o servicio.<sup>15</sup>

Sin embargo, existen unos elementos indispensables dentro del *know-how* establecidos internacionalmente por la Corte de Apelaciones de Colmar en el fallo del 9 de junio de 1982, los cuales son: originalidad, practicidad, especificidad, que sean de permanente desarrollo y fácilmente transmisible. Características incluidas dentro de la definición dada para el *know-how* en el Reglamento 4087 de 1988 y reiterada por la norma que lo modificó, el Reglamento 2790 de 1999.

Entiéndase por original, un producto/servicio/obra que no se ha visto antes y que del mismo pueden derivarse copias para su producción.

Práctico y probado, según el fallo citado, consiste en que el producto o servicio técnico del *know-how* debe haber sido sometido a pruebas y haber demostrado unos resultados comerciales óptimos. Sobre su practicidad, se hace referencia a “su administración, mercadeo y organización”.<sup>16</sup>

Es específico en cuanto a que su aplicación es sobre un sector económico, una etapa o proceso productivo determinado.

---

14 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. *El Contrato de Franquicia Internacional*. Bogotá: 2ª Edición Temis, 2008. Pág. 349.

15 *Ibid.*, pág. 123.

16 *Ibid.*, pág. 124.

El *know-how* no puede ser patentado dada la naturaleza de su propia definición, la cual es: conocimientos técnicos no patentados. La principal razón para no patentarlos es que no resulta beneficioso, dado que implica una “inversión adicional no recuperable” que no genera un beneficio.<sup>17</sup>

La Decisión 486 de 2000 de la CAN define el secreto empresarial en su artículo 260 de la siguiente forma:

Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

1. Secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
2. Tenga un valor comercial por ser secreta; y
3. Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.<sup>18</sup>

El *know-how* está en una evolución constante que se genera a partir de la experiencia, además se va adaptando al cambio del mercado y de la economía, toda vez que por razones de competencia es necesario mantener un conocimiento técnico confidencial y en constante desarrollo para generar una ventaja en el mercado.

La facilidad de su transmisión no es un elemento esencial del *know-how*, pero sí un aspecto importante al momento de comercializar con él. Se puede transmitir de manera verbal (por medio de capacitaciones y asistencia técnica) o escrita (por medio de manuales).

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, pág. 125.

<sup>18</sup> COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, artículo 260, Decisión 486 de 2000.

Según la doctrina internacional, citada por López Guzmán, los conocimientos técnicos de los cuales se compone el *know-how* son esencialmente tres:<sup>19</sup>

1. Objetos: herramientas, equipos, laboratorios, aparatos, instrumentos, inventos no patentados, modelos sin registrar; que tienen como función desarrollar una tecnología o *software* entre otros.
2. Datos y antecedentes técnicos: ilustraciones que pueden ser plasmadas en un documento, carta, programa, fórmulas y en general información adquirida mediante un proceso de investigación, que tiene como objetivo el crear un producto o servicio nuevo.
3. Instrucciones: son un conjunto de pasos simultáneos o consecutivos que son sugeridos por una persona con la experiencia en el campo. Se pueden transmitir de manera oral o escrita (inducciones, preparaciones, manuales). Por lo general es necesario en este punto, que la persona que va a licenciar o comprar el *know-how*, tenga una asesoría permanente que será brindada por un contrato de asistencia técnica.

Las normas encargadas de regular el tema de los secretos empresariales son aquellas destinadas al tema de competencia desleal, inclusive algunas normas penales y laborales encaminadas a sancionar su utilización o uso sin la debida licencia o cesión.

En el campo comercial las normas relativas a la sanción del uso indebido del *know-how* están contempladas en el artículo 262 de la Decisión 486 de 2000 que reza de la siguiente manera:

Quien lícitamente tenga control de un secreto empresarial, estará protegido contra la divulgación, adquisición o uso de tal secreto de manera contraria a las prácticas leales de comercio por parte de terceros. Constituirán competencia desleal los siguientes actos realizados respecto a un secreto empresarial:

- a. explotar, sin autorización de su poseedor legítimo, un secreto empresarial al que se ha tenido acceso con sujeción a una obligación de reserva resultante de una relación contractual o laboral;
- b. comunicar o divulgar, sin autorización de su poseedor legítimo, el secreto empresarial referido en el inciso a) con ánimo de obtener provecho propio o de un tercero o de perjudicar a dicho poseedor;

---

19 López Guzmán, *op. cit.*, pág. 355.

- c. adquirir un secreto empresarial por medios ilícitos o contrarios a los usos comerciales honestos;
- d. explotar, comunicar o divulgar un secreto empresarial que se ha adquirido por los medios referidos en el inciso c);
- e. explotar un secreto empresarial que se ha obtenido de otra persona sabiendo, o debiendo saber, que la persona que lo comunicó adquirió el secreto por los medios referidos en el inciso c), o que no tenía autorización de su poseedor legítimo para comunicarlo;
- f. comunicar o divulgar el secreto empresarial obtenido conforme al inciso e), en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar al poseedor legítimo del secreto empresarial;

Un secreto empresarial se considerará adquirido por medios contrarios a los usos comerciales honestos cuando la adquisición resultara, entre otros, del espionaje industrial, el incumplimiento de un contrato u otra obligación, el abuso de confianza, la infidencia, el incumplimiento de un deber de lealtad, o la instigación a realizar cualquiera de estos actos.

El tiempo o término establecido para la protección del *know-how* reposa en el artículo subsiguiente de la Decisión, el cual establece que su protección se extenderá hasta que perduren las condiciones mencionadas en el artículo 260 de la Decisión 486 de 2000.

El artículo 654 de la Decisión faculta a las partes intervinientes en los contratos en los que se transmita conocimientos técnicos, asistencia técnica o provisión de ingeniería básica o de detalle para que se realicen acuerdos de confidencialidad y exclusividad sobre la información transferida a favor de ellos.

En el ámbito laboral, la protección del *know-how* se ve reflejada en el artículo 265 de la Decisión 486 de 2000 y en el artículo 58 inciso 2º del Código Sustantivo de Trabajo y la Seguridad Social. En este último se determina como obligación del trabajador, no comunicar a terceros, salvo autorización expresa, las informaciones que tenga sobre elementos que por su naturaleza constituyan reserva o cuya divulgación podría generar un perjuicio al patrono.

El artículo 265, en su lugar establece algo similar, donde *“toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto empresarial sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido, deberá abstenerse de usarlo o divulgarlo, o de re-*

*velarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que posea dicho secreto o de su usuario autorizado". (Subrayado fuera de texto original).*

De los anteriores artículos se puede deducir que es totalmente válido el realizar acuerdos de confidencialidad y no competencia, que en Colombia son de tanta controversia por considerarse que pueden llegar a violentar el derecho al trabajo de los ciudadanos. En la sentencia C-535 de 1997 se puntualizó que no habría lugar a una violación al derecho fundamental del trabajo en contratos de no competencia en los cuales se tenga en cuenta factores como el mercado, la participación de competidores y la existencia de monopolios u oligopolios.<sup>20</sup>

### C. CARACTERÍSTICAS

Del contrato de franquicia se desligan las siguientes características fundamentales:

- **Bilateral:** supone la existencia de dos partes obligadas, es decir, cada una de las partes adquiere obligaciones dentro de la relación contractual. Algunas de las obligaciones principales son:
- **Franquiciador:** al ser el dueño del bien objeto de franquicia, es el único que puede disponer de ella, por lo que debe otorgarle al franquiciado la facultad de uso de la misma.
- **Franquiciado:** una vez recibido el otorgamiento del uso del bien objeto de franquicia se obliga a cumplir todas las condiciones a las que está sujeto el bien en el contrato como consecuencia del pacto para su uso; por lo que esta debe velar por el mantenimiento de los estándares y calidad del producto o servicio.
- **Oneroso:** por regla general, este tipo de contratos se entiende como oneroso, esto porque supone una contraprestación por el bien dado en franquicia y su naturaleza es comercial que por presunción es de carácter oneroso.
- **De adhesión:** en principio se dice que en este tipo de contratos la parte que otorga la franquicia establece una serie de condiciones inmodificables, que la parte que obtiene la franquicia (franquiciado) decide si acepta o no.
- **Atípico:** en Colombia no existe regulación positiva sobre este contrato; por lo que se rige a través de principios como la buena fe y las buenas costum-

---

<sup>20</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-535 de 1997. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, República de Colombia, Bogotá D.C., enero 13 de 2011.

bres. Sin embargo, al momento de existir una controversia se le aplicarán las normas especializadas en el tema de la *litis*: laboral, derechos de autor, comercial, competencia desleal, etc.

#### **D. LICENCIAMIENTO DE LA MARCA ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO SEGÚN LA DECISIÓN 486 DE 2000 DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES**

Es requisito de procedibilidad que al momento de firmar un contrato donde se esté cediendo el uso de una marca, este debe ser registrado ante la entidad competente del país en el que se va hacer uso de ella.<sup>21</sup> En Colombia la entidad competente es la Superintendencia de Industria y Comercio.

##### **i. Registro de la marca en Colombia**

El licenciamiento de la marca depende de si esta se encuentra previamente registrada en el país. La protección de una marca se limita al territorio nacional, es por esto que para poder utilizar una marca en un contrato de franquicia, es necesario que la misma esté registrada en Colombia. No se puede licenciar una marca que no existe en nuestro país.

#### **E. LEGISLACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

El contrato de franquicia es un contrato atípico, es decir que no esta regulado directamente por la legislación colombiana. En países como Estados Unidos decidieron no regular el tema de contratos de franquicias dada su naturaleza, cuyo fin último es dejar que las partes decidan el alcance del contrato. Es de entender que el contrato de franquicia se basa en el principio de la autonomía de la voluntad,<sup>22</sup> siempre que no vaya en contra del orden público y las buenas costumbres.

---

21 COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, Decisión 486 de 2000, artículo161, “Un registro de marca concedido o en trámite de registro podrá ser transferido por acto entre vivos o por vía sucesoria, con o sin la empresa a la cual pertenece.

Deberá registrarse ante la oficina nacional competente toda transferencia del registro de marca. La falta de registro ocasionará que la transferencia no surta efectos frente a terceros.

A efectos del registro, la transferencia deberá constar por escrito.

Cualquier persona interesada podrá solicitar el registro de una transferencia. No obstante, la oficina nacional competente podrá denegar dicho registro, si la transferencia acarrea riesgo de confusión”.

22 Al igual que todo contrato atípico, el principal fundamento de su existencia es la voluntad de las partes en realizar este negocio jurídico.

Al ser parámetros tan abstractos los que terminan regulando el contrato de franquicia, este termina siendo regulado por normas generales de nuestro sistema jurídico como lo es la libre competencia, la prohibición de la competencia desleal, y normas que regulan temas conexos o subsidiarios al contrato.

### **i. Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones**

Nos referimos en primera instancia a la Decisión 486 de 2000, dada la importancia que tiene el licenciamiento marcario en los contratos de franquicia.

En su artículo 134 de la Decisión se define la marca como un signo distintivo de un producto o servicio, susceptible de representación gráfica, abriendo paso a clasificar la marca dependiendo de la representación visual que genere:

- Marca nominativa: es un conjunto, juego o combinación de palabras que identifican el producto o el servicio.
- Marca gráfica: es una imagen, figura, símbolo gráfico, logotipo o monografía, que identifique un servicio o producto.
- Marca mixta: hace referencia a la combinación de los dos tipos de marca anterior.

Uno de los primeros factores al momento de realizar una franquicia es verificar si dentro del país en el que se va a desarrollar, el franquiciado tiene registrada la marca del producto o servicio que se va a franquiciar.

Dado caso que no exista un registro de la marca, nos debemos remitir al Capítulo II de la Decisión, que hace referencia al proceso de registro.

Si ya se posee una marca previamente registrada en el territorio nacional, la Decisión seguirá siendo de suma importancia para el contrato de franquicia dado que uno de los elementos indispensables en este contrato es la cesión que se dará de la marca franquiciada al franquiciante sobre un determinado territorio.

Este registro de licencia básicamente consiste en un trámite donde la marca podrá ser transferida por pacto entre vivos o causa sucesoral.<sup>23</sup>

---

23 COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, Decisión 486 de 2000, artículos 161 y siguientes.

## F. DIFERENCIAS CON OTROS CONTRATOS

### i. Contrato de Asistencia Técnica

El Decreto 2123 de 1975 define la asistencia técnica en su artículo 2º, como una asesoría dada mediante un contrato de prestación de servicios incorporales, para la utilización de un conocimiento técnico aplicado por medio de un procedimiento.

La diferencia con el contrato de franquicia radica en que el primero es subsidiario del segundo; es decir, el contrato de franquicia tiene como uno de sus elementos la asistencia técnica sobre el producto o servicio franquiciado. La franquicia se puede componer de un solo contrato o de varios (contrato de licencia marcaría, contrato de asistencia técnica, contrato de licencia o venta del *know-how*, acuerdo de exclusividad, acuerdo de confidencialidad, acuerdo de no competencia, etc.).

El artículo 2º del Decreto 2123 de 1975 define la asistencia técnica en los siguientes términos: *“Entiéndase por asistencia técnica la asesoría dada mediante contrato de prestación de servicios incorporales, para la utilización de conocimientos tecnológicos aplicados por medio del ejercicio de un arte o técnica. Dicha asistencia comprende también el adiestramiento de personas para la aplicación de los expresados conocimientos”*.

El Consejo de Estado mediante auto del 26 de julio de 1984, Expediente 0154 señaló

No es tan obvia, como lo afirma el demandante, la diferencia entre la noción de “servicios técnicos” y “servicios de asistencia técnica”. De esos documentos resulta palmario que para los efectos fiscales no es lo mismo la “asistencia técnica”, que los “servicios técnicos” pues la primera se supone que se caracteriza por la transmisión de conocimientos a terceros y la segunda comprende tan solo la aplicación directa de la técnica por un operario sin transmisión de conocimientos

En consecuencia, para este despacho se debe entender como “servicios técnicos” la asesoría dada mediante contrato de prestación de servicios incorporales, para la utilización de conocimientos tecnológicos aplicados directamente por medio del ejercicio de un arte o técnica, sin que la misma conlleve la transmisión de conocimientos.

### III. ASPECTOS TRIBUTARIOS DE LOS CONTRATOS DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

#### A. MODELOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

##### i. Modelo de la Comunidad Andina de Naciones – MCAN

El MCAN se plasma por primera vez en la Decisión 40 del 16 de noviembre de 1971, siendo remplazada más adelante por la Decisión 578 de 2004 denominada “Régimen para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal”.

El objeto principal de la Decisión es evitar la doble tributación de una misma **renta** o **patrimonio**, devengada por un mismo sujeto pasivo, por medio de la determinación del elemento **fuelle** de producción del ingreso, esto significa que el gravamen solo se cobra donde la renta o capital tuvo su origen; diferencia fundamental con los otros dos modelos cuyo elemento para determinar el país que realiza el gravamen es la **residencia**. Sin embargo existen excepciones no incluidas en el Tratado como las utilidades o beneficios a empresas de transporte, a ganancias de capital y rentas provenientes de prestación de servicios personales, que se rigen bajo el criterio de domicilio.

##### a. Países miembros

Debido a que es una norma supranacional y de régimen de aplicación automática en Colombia, es decir, de obligatorio cumplimiento y aplicación automática, los países donde se aplica el MCAN son los actuales miembros de la Comunidad: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Respecto de Venezuela, el MCAN deja de aplicarse desde el momento en que la este país decide retirarse del acuerdo subregional.

##### b. Renta

Se entiende por renta en Colombia un ingreso susceptible de constituir un incremento al patrimonio, hecho que también es susceptible de impuesto y que se grava tomando como base la renta líquida (ingresos, costos, gastos, deducciones).

El Capítulo II de la Decisión 578 de la CAN,<sup>24</sup> se dedica a tratar el tema de renta, determinando la jurisdicción para gravarla, el país miembro en el que se tenga la fuente productora; y para el otro país miembro se considerará renta exonerada.

<sup>24</sup> COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, Decisión 578 de 2004, artículo 3°.

Las rentas que se mencionan en el MCAN son las provenientes de bienes inmuebles, del derecho de explotar recursos naturales, de prestaciones de servicio personales, los beneficios empresariales, las regalías, intereses, pensiones, participaciones y dividendos, y ganancias de capital.

### **c. Beneficios empresariales**

Se gravará la renta en el país miembro donde se efectúe el beneficio,<sup>25</sup> sin embargo existen situaciones donde una empresa tiene actividades en otro país miembro, las cuales serán gravadas en el país donde se genera la renta:

Se considerará que se realizan actividades en el territorio de un país miembro cuando tiene en este:

- a. “Una oficina o lugar de administración o dirección de negocios;
- b. Una fabrica, planta o taller industrial o de montaje;
- c. Una obra de construcción;
- d. Un lugar o instalación donde se extraen o explotan recursos naturales, tales como una mina, pozo, cantera, plantación o barco pesquero;
- e. Una agencia o local de ventas;
- f. Una agencia o local de compras;
- g. Un depósito, almacén, bodega o establecimiento similar destinado a la recepción, almacenamiento o entrega de productos;
- h. Cualquier otro local, oficina o instalación cuyo objeto sea preparatorio o auxiliar de las actividades de la empresa;
- i. Un agente o representante”.<sup>26</sup>

## **B. MODELO DE LA ORGANIZACIÓN DE DESARROLLO ECONÓMICO – MC OCDE**

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) ha creado una serie de modelos para evitar la doble imposición tributaria, con el fin de agilizar el tráfico comercial, fomentar la inversión extranjera y aumentar la cooperación internacional, como un mecanismo efectivo de progreso. Es así que hoy en día la OCDE reúne treinta países que hacen parte de esta organización para fomentar el desarrollo en conjunto de todos ellos, ofreciendo mayores garantías.

---

<sup>25</sup> *Ibid.* , Decisión 578 de 2004, artículo 14°.

<sup>26</sup> COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, Decisión 578 de 2004, artículo 6°.

El modelo adoptado por la OCDE, en adelante MC OCDE para evitar la doble imposición tributaria, tiene como base el concepto de residencia, esto como se verá enseguida, pone de manifiesto los intereses y condiciones de los países que lo adoptan, en razón al nivel de desarrollo de sus economías, pues es un modelo que favorece a los países desarrollados, a diferencia de otros modelos que tienen como base la fuente del impuesto y que por lo tanto favorece a economías de menor tamaño o en vía de desarrollo.

### **i. Países miembros**

Algunos de los países que integran hoy en día esta organización son: Canadá, Estados Unidos, México, Francia, Alemania, Bélgica, Austria, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Dinamarca, España, Grecia, Finlandia, Irlanda, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Suiza, Suecia, Turquía, Japón, República de Corea, Australia y Nueva Zelanda.

Es importante tener en cuenta que la Convención OCDE no tiene efectos vinculantes, simplemente son recomendaciones que los Estados miembros deciden firmar con otros países, sin embargo estos modelos son de gran utilidad.

### **ii. Cánones**

El modelo OCDE no tiene una definición de regalías pero si define cánones como su semejante para este modelo el cual según el artículo 12 en su numeral 2 lo define como “las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o la concesión de uso, de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas”.<sup>27</sup>

### **iii. Modelo de la Organización de las Naciones Unidas – MC ONU**

La Organización de las Naciones Unidas, en el año 2001 planteó un modelo de convención para evitar la doble imposición tributaria, en adelante MC ONU, este tiene como base del mismo el criterio de fuente que será explicado más adelante, sin embargo es importante entender que este modelo mezcla conceptos del MC OCDE, dado que entre 1969 y 1980 la ONU publicó ocho reportes sobre los convenios de doble tributación entre los países desarrollados y subdesarrollados, en los cuales concluyó que a pesar de ser el MC OCDE un modelo útil en las

---

27 Artículo 12.2 Modelo OCDE – 2003.

negociaciones tributarias de países desarrollados, era necesario modificarlo, para efectuar las mismas negociaciones, para aquellos países en vía de desarrollo.

Este modelo enfatiza en el lugar de origen de la renta, esto con el fin de evitar que las empresas que tienen operaciones no paguen impuestos en el lugar donde realmente se origina la renta y deja a discreción de las partes contratantes, el aumento de la retención sobre intereses, dividendos y regalías.<sup>28</sup> Al ser el modelo MC ONU similar al MC OCDE, se mencionarán únicamente las diferencias con el mismo, para en el punto cuarto, profundizar en el tema de regalías.

Respecto al elemento que determina el país en el que será gravada la renta, no se limita a la residencia, sino por el contrario amplia en ciertas situaciones a la fuente, esto con el fin de promover el flujo de capital y la inversión extranjera directa en los países en vía de desarrollo. Además favorece los descuentos y condonaciones de impuestos y se establece como un derecho de inclusión en el tratado para los países adoptantes. Respecto de la retención en la fuente, no se provee un límite de tasa máxima.

Este modelo no ha sido adoptado de manera formal por los países que integran hoy en día la Organización de las Naciones Unidas, esto en razón a que (al igual que en el MC OCDE) no es un tratado vinculante para los países, es decir, no es obligatorio, sus efectos están a discreción de las partes en caso de quieran adoptar o no el tratado para efecto de sus negociaciones.

Este modelo establece una mayor asignación de impuestos al Estado de la fuente, un ejemplo de ello es “(...) *el umbral de actividad de menor bajo la regla de establecimiento permanente; una limitada fuerza de atracción respecto de las actividades atribuibles a un establecimiento permanente; una retención en la fuente sobre regalías (subrayado fuera de texto); y unos derechos no exclusivos al recaudo de impuestos sobre otros ingresos no específicamente considerados dentro del tratado, para el país de la fuente (...)*”.<sup>29</sup>

El artículo 5 le da el derecho al Estado de la fuente sobre recaudos de impuestos diferentes en actividades de construcción que perduren por más de seis meses; suministro de servicios de duración prolongada mínimo a seis meses; agentes de bienes; actividades de seguros diferentes a las de reaseguro y las actividades

---

28 ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), *Modelos de convenios existentes en la experiencia mundial*. En: preguntas frecuentes. Sobre los convenios para evitar la doble tributación para promover la inversión y evitar la evasión fiscal internacional, <http://transparenciaeconomica.mef.gov.pe/faq/conveniosdobletributacion/conveniosdobletributacion5.php>, (consultado: 29 jul., 2010).

29 ROHATGI, Roy. *Principios básicos de tributación internacional*. Bogotá: Legis, 2008. Pág.188.

de un agente independiente que actúe total o parcialmente para una empresa a menos que se trate de operaciones en las que tenga aplicación el principio de Mera Competencia.<sup>30</sup>

En el artículo 7 de la convención de la ONU del año 2001 se establece:

Una regalía limitada de fuerza de atracción extiende las actividades atribuibles a un establecimiento permanente a los ingresos derivados de otras ventas y actividades empresariales iguales o similares a aquellas llevadas a cabo por el establecimiento permanente. Varios gastos pagados por el establecimiento permanente (EP) a su casa principal, y viceversa, son ignorados para el cómputo de las actividades atribuibles. El párrafo que excluye las utilidades atribuibles a la función de “compra” llevada a cabo por el EP es omitido.<sup>31</sup>

El artículo 12 establece un derecho compartido sobre el recaudo de regalías para el Estado miembro donde estas se generan e incluye como definición de regalía “(...) cualquier pago efectuado para el uso de, o el derecho a usar, (i) películas o cintas para radio o teledifusión, y (ii) equipos industriales, comerciales y científicos (...)”.<sup>32</sup>

## IV. REGALÍAS EN LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA

### A. Clases de regalías

El contrato de franquicia se compone de distintas clases de regalías y he ahí su particularidad frente a otro tipo de contratos de transferencia de tecnología. Podemos encontrar un canon de entrada o *royalty* de entrada; unos cánones mensuales, un *royalty* por publicidad y un *royalty* de recompra.

#### i. *Royalty* de entrada

El franquiciante para otorgar la licencia sobre su *know-how* y realizar las capacitaciones, asistencia técnica y demás obligaciones que se derivan del contrato de

---

30 *Ibid.*, pág. 190.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*, pág.192.

franquicia, requiere del franquiciado, un pago inicial en contraprestación al obtener el privilegio de franquiciar el producto o servicio que se ofrece.

El cálculo de esta regalía depende del prestigio del bien objeto de franquicia, del riesgo en el éxito que represente para el franquiciado realizar la inversión, la dificultad de adquirir el *know-how* por sí mismo mediante experiencia en el mercado, la situación del mercado en el que se pretenda realizar la franquicia e incluso de la relación comercial y personal entre las partes involucradas. Muchas veces antes de fijarle un precio se hace un *Due diligence* sobre la empresa y/o el bien objeto del contrato de franquicia.

Esta regalía solo se cobra por el derecho a conocer y tener una inducción inicial sobre la técnica empleada por el franquiciante es su producto o servicio. Se enseña de forma oral o escrita el procedimiento operacional de producción o asistencia (que depende del objeto franquiciado).

Además de los factores mencionados, es necesario ver las características de la franquicia de manera particular, si se está ofreciendo exclusividad en un territorio determinado, si se está dando la posibilidad de abrir más de un establecimiento de comercio u oficina. Es decir, en este punto es indispensable saber la clase de franquicia que se va a manejar (teniendo en cuenta las clases mencionadas en el acápite segundo de este trabajo).

## **ii. Royalty o canon mensual**

Ahora bien, dado que en un contrato de franquicia es necesaria una asistencia técnica permanente, una asesoría o consultoría sobre la forma en que se esta operando el negocio, dudas que puedan surgir, e incluso la posibilidad de preguntar si un acto o hecho que se pretenda realizar utilizando la franquicia no va en contra de las políticas pactadas dentro de los distintos documentos que hacen parte integral del contrato; todo lo anterior requiere una asistencia por parte del franquiciante que deberá realizarse de manera periódica y oportuna, según lo pactado entre las partes.

Igualmente como se mencionó unas páginas atrás, los secretos industriales suministrados al franquiciado deben estar en constante desarrollo, por lo que a medida que se van mejorando las tácticas y procedimientos empleados, es necesario volver a capacitar al franquiciante y actualizar sus manuales e informar de los progresos que ha tenido la franquicia.

Para poder hacerse acreedor de la información y de la asistencia técnica, es necesario que el franquiciante pacte con el franquiciado un pago o *fee* mensual

que, de conformidad con lo establecido por las partes en el contrato, puede ser fijo o variable.

Cuando se pacta un pago variable, se acostumbra a determinar un porcentaje sobre las ventas o ingresos obtenidos por el franquiciante.

### **iii. *Royalty* de publicidad**

Puede darse el caso que, si se trata de una franquicia grande, sea necesario cancelar un *fee* por la publicidad realizada por el franquiciante. El ejemplo clásico son los restaurantes de Mc Donald's, los Subway, y cualquier restaurante de comida rápida; las marcas deportivas como Nike, Adidas; o de ropa como Levi's. Todas y cada una de las empresas dueñas de las franquicias mencionadas, acostumbran a realizar publicidades internacionales o de gran magnitud que benefician a sus franquiciados. Pueden ser pautas publicitarias en televisión, prensa, o hasta el patrocinio de un equipo deportivo.

Todos estos actos publicitarios tienen un costo elevado dada su magnitud y cobertura de mercado, es por esto que en algunos casos se cobra un canon de forma periódica (de acuerdo con el contrato o contratos firmados entre el franquiciante y el franquiciado).

### **iv. *Royalty* de recompra**

Los contratos de franquicias, como por lo general todos los contratos, tienen un término de duración o vigencia. Al momento de cumplir con el tiempo establecido en el contrato, es necesario, para poder seguir utilizando la información suministrada por el franquiciante, ampliar la licencia del *know-how*, de las marcas, slogan, etc., que se hayan establecido dentro del contrato.

Lo que esto significa es que el *Royalty* de entrada que se canceló al inicio del contrato de franquicia ya no es suficiente o no genera una utilidad para el franquiciante; por lo que es necesario realizar otro pago por el derecho a continuar utilizando las licencias otorgadas a su favor.

## **B. TRATAMIENTO FISCAL**

El tratamiento fiscal que se le da a las regalías depende del origen de las mismas, es decir, del tipo del contrato que las generan. Para las regalías provenientes del contrato de franquicia la normatividad ha dado un tratamiento que se evidencia en los artículos 321, 321-1, 408, 420, 437-1, 437-2, 513 del Estatuto Tributario; El artículo 556 del Código de Comercio; y el artículo 1º del Decreto 2123 de 1975.

Sin embargo la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN – el 6 de mayo de 2002 emitió el concepto número 026737 en el cual establece lo siguiente sobre la retención en la fuente aplicable a las regalías generadas en el contrato de franquicia:

- A los pagos o abonos derivados de un contrato de franquicia deben aplicarse las retenciones en la fuente a título de impuesto de renta, ventas, timbre nacional y a título del impuesto complementario de remesas si el pago implica transferencia de rentas al exterior.
- “El contrato de Franquicia es en palabras generales la explotación económica de su marca, de sus métodos comerciales y de organización corporativa, como conjunto de conocimientos obtenidos a través de su experiencia en la producción y distribución de ciertos bienes y/o servicios (bienes intangibles)”.<sup>33</sup>

### C. IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

Sobre el impuesto sobre las ventas – IVA, el concepto de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales identificó los elementos del tributo de la siguiente forma;

- i. Hecho generador: el literal a del punto 3 del parágrafo 3º del artículo 420 del Estatuto Tributario determina que el impuesto sobre las ventas recaerá sobre las licencias y autorizaciones para uso y explotación, a cualquier título, de bienes incorporales o intangibles dado que se entiende como un servicio prestado en Colombia, por expresa disposición legal.

El Decreto 1107 de 1992 en su artículo 2º determina que, siempre que el contrato tenga como objeto bienes o servicios intangibles, se causará un impuesto a una tarifa del 16 % sobre el total de la remuneración percibida por el responsable del servicio.

- ii. Tarifa: la tarifa aplicable será la tarifa general del 16 %.
- iii. Base gravable: su base gravable será constituida por el valor total de la remuneración percibida por el franquiciador o quien debe prestar el servicio. Es decir el total de la regalía de entrada y más tarde el total de las regalías mensuales que deben ser canceladas.

---

<sup>33</sup> DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN), República de Colombia, concepto 026737 del 6 de mayo de 2002.

## **D. RETENCIÓN A TÍTULO DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS**

Si una parte del contrato de franquicia es un agente de retención en la fuente del impuesto sobre las ventas previsto en el artículo 437-2 del Estatuto Tributario, deberá retener en la fuente el setenta y cinco por ciento (75 %) y deberá ser declarado y consignado conjuntamente con las demás retenciones en la fuente que a título de impuesto sobre la renta se haya causado y practicado en el respectivo período mensual.

Es importante señalar que la retención del impuesto sobre las ventas no se practicará en el caso en el que el franquiciante sea gran contribuyente, o responsable del régimen común autorizado como retenedor del impuesto de conformidad con el artículo 437-2 del Estatuto Tributario.

Ahora bien, según lo señalado por los artículos 437-1 y 437-2 se debe retener el 100 % del valor del impuesto sobre las ventas causado por las operaciones realizadas por personas o entidades sin residencia o domicilio en el país, sobre prestación de servicios gravados en el territorio nacional.

Mediante el concepto N° 00001 de 2003, la DIAN afirma lo siguiente:

Algunos servicios, aun cuando se ejecuten desde el exterior a favor de usuarios o destinatarios ubicados en el territorio nacional, se entienden prestados en Colombia, y por consiguiente causan el gravamen según las reglas generales". Lo que, según el análisis del concepto 101326 del 30 de noviembre de 2006, crea una "ficción de localización del servicio en la sede del destinatario o del usuario" en varios casos que se mencionan en el artículo 420 E.T., dentro de los cuales se encuentra: a) Las licencias y autorizaciones para el uso y explotación, a cualquier título, de bienes incorporeales o intangibles.

El mismo concepto 101326 de la DIAN, reitera que la retención en la fuente se debe practicar "en el momento en que se realice el pago o abono en cuenta, lo que ocurra primero", lo anterior de conformidad con el artículo 437-1 del Estatuto Tributario.

El artículo 12, del Decreto 1165 de 1996, establece que la retención en la fuente por concepto del impuesto sobre las ventas se debe efectuar en el momento de realizar cada pago (que por costumbre mercantil suele ser mensualmente), sin importar que no se pueda conocer el valor total del impuesto que se generará en su ejecución.

## **E. RETENCIÓN EN LA FUENTE A TÍTULO DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS**

Las regalías generadas en virtud de un contrato de franquicia, pagadas por un nacional a favor de otro nacional, constituye un ingreso gravado con el impuesto sobre la renta y complementarios (siempre que el objeto se desarrolle en el país), dada su naturaleza de generar un incremento patrimonial al beneficiario (artículos 24 y 26 del E.T.).

En el evento en el que las regalías sean pagadas o abonadas en cuenta por la sociedad nacional en favor de una sociedad extranjera sin domicilio en el país, el impuesto sobre la renta tendrá una tarifa del treinta y tres por ciento (33 %) aplicable sobre el valor nominal del pago (artículo 408 E.T.).

En el evento en el que el valor pagado implique transferir esos recursos al exterior, adicionalmente se deberá practicar la retención en la fuente a título del impuesto de remesa, según los parámetros establecidos por los artículos 321 y 321-1 del Estatuto Tributario. La tarifa establecida para esta clase de impuesto es del siete por ciento (7 %) aplicable a la diferencia resultante del valor del pago sobre la renta correspondiente.

## **V. IMPORTACIÓN DE TECNOLOGÍA Y EXPORTACIÓN DE SERVICIOS**

### **A. DE LA IMPORTACIÓN DE TECNOLOGÍA**

En noviembre de 1990 en la ciudad de Cartagena de Indias tuvo lugar una convención de la Comunidad Andina de Naciones, de la que tuvo origen la Decisión 291 de 1992.<sup>34</sup> Esta decisión determinó entre otras cosas, en su Capítulo IV, la obligación de registrar los contratos de importación de tecnología. El artículo 12 que establece la obligación antes mencionada reza de la siguiente forma:

“Artículo 12.- Los contratos de licencia de tecnología, de asistencia técnica, de servicios técnicos, de ingeniería básica y de detalle y demás contratos tecnológicos de acuerdo con las respectivas legislaciones de los Países Miembros, serán registrados ante el organismo nacional competente del

---

<sup>34</sup> MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, [http://www.mic.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=169%3Adecision-291-de-la-comunidad-andina&catid=60%3A-normas-y-decisiones&Itemid=66](http://www.mic.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=169%3Adecision-291-de-la-comunidad-andina&catid=60%3A-normas-y-decisiones&Itemid=66), (Consultado: 1 ago., 2010).

respectivo País Miembro, el cual deberá evaluar la contribución efectiva de la tecnología importada mediante la estimación de sus utilidades probables, el precio de los bienes que incorporen tecnología, u otras formas específicas de cuantificación del efecto de la tecnología importada”.

El Gobierno Nacional, en desarrollo de la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, emitió el Decreto 259 el 12 de febrero de 1992 mediante el cual determina que la entidad competente para realizar el registro de estos contratos es el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Este sería el encargado de regular el tema del trámite del registro y los requisitos que deben cumplir los distintos contratos que se pretendan registrar.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por medio de la Dirección de Comercio Exterior, emitió el 13 de julio de 2009 la Circular 027 sobre el Registro de los Contratos de Importación de Tecnología, Forma 03, Trámite Electrónico a través de la Ventanilla Única de Comercio Exterior.

La Circular 027 informa el trámite de registro de los contratos de importación de tecnología y dentro de los requisitos mencionados se determina en el punto 3 lo siguiente:

El contrato de importación de tecnología para el cual se solicita el registro se debe escanear y presentar como archivo adjunto a la Forma 03 diligenciada a través de la VUCE, de manera previa al pago de regalías correspondientes.

(...) Cuando se trate del registro de contratos de licencia la explotación de Derechos de Propiedad Industrial, también debe adjuntarse a la Forma 03, certificación expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en donde conste la vigilancia, titularidad y clase de la(s) Marca(s) o Patentes objeto del contrato y relacionadas en la casilla 7 de la Forma 03”. (Subrayado fuera de texto original).

## **B. REGISTRO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

La pregunta que surge en este momento es si existe la necesidad de registrar el contrato de franquicia. Para responder esta inquietud es necesario recordar el concepto del contrato de franquicia y los elementos esenciales del mismo, mencionados en el acápite II del trabajo.

En cuanto al concepto de franquicia se puede afirmar que es un contrato que comprende tanto al *know-how* como a la asistencia técnica.<sup>35</sup> La esencia del contrato de franquicia es precisamente el impartir un conocimiento o secreto industrial adquirido por el franquiciante a lo largo de su experiencia profesional, al igual que servir de apoyo al franquiciado a lo largo de una relación comercial, por medio de la asistencia técnica, e incluso financiera y de provisión de bienes si es necesario.

Es de la naturaleza del contrato de franquicia el transmitir una técnica o tecnología al franquiciado y (dependiendo de las cláusulas establecidas dentro del(los) contrato(s)) licenciar por un tiempo determinado su uso o derecho a su uso.

Al analizar las características básicas del contrato de franquicia, se concluye si se realiza entre personas (naturales y/o jurídicas) de diferente residencia, y si el franquiciado es de residencia colombiana, sería necesario el correspondiente registro del contrato ante la Ventanilla Única de Comercio Exterior de conformidad con la normatividad legal vigente, dado que se trataría de una importación de tecnología.

### C. DE LA EXPORTACIÓN DE SERVICIOS

Ya vimos la obligación de registrar todo contrato de importación de tecnología y que dentro de los estos se encuentra el contrato de franquicia siempre que el franquiciado sea un residente colombiano. Pero, ¿qué pasa cuando el franquiciante es el residente colombiano y el franquiciado es un residente de otro país?

### D. ARTÍCULO 408 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO

El Estatuto Tributario, en el artículo 408 contempla una serie de bienes exentos del impuesto sobre las ventas y con derecho a devolución de estos. Por disposición de la Ley 1111 de 2006 en el artículo 62 se incluye dentro del listado taxativo del artículo 481 E.T. el literal e) que contempla lo siguiente: *“También son exentos del impuesto sobre las ventas los servicios que sean prestados en el país en desarrollo de un contrato escrito y se utilicen exclusivamente en el exterior por empresas o personas sin negocios o actividades en Colombia, de acuerdo con los requisitos que señale el reglamento (...)”*. (Subrayado fuera de texto).

---

35 CORASANITI. Giuseppe. *Manual de Derecho Tributario Internacional*. Bogotá: Temis, 2010. Págs. 156-157.

## E. REGISTRO DE DECLARACIÓN DE EXPORTACIÓN DE SERVICIOS<sup>36</sup>

### i. Antecedentes normativos

El 28 de diciembre de 1999 el Ministerio de Comercio Exterior emitió el Decreto 2681, dentro del cual en su artículo 6º reglamenta la exportación de servicios. Más tarde, para el año 2003, mediante el Decreto 210 el Gobierno Nacional cede esta función a un nuevo Ministerio denominado Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

El artículo 6º del Decreto 2681 quedó así:

Los exportadores de servicios, con el fin de obtener la exención del Impuesto sobre las Ventas de que trata el literal e) del artículo 481 del Estatuto Tributario modificado por el artículo 58 de la Ley 488 de 1998, y el beneficio de no aplicación de la retención en la fuente por ingresos de exportaciones señalado en el párrafo 1º del artículo 366-1 del Estatuto Tributario, además de la inscripción en el Registro Nacional de Exportadores de Servicios vigente, deberán radicar en la Dirección General de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Exterior, declaración escrita sobre los contratos de exportación de servicios que se efectúen, para su correspondiente registro, previamente al reintegro de las divisas. Parágrafo 1º. La declaración escrita sobre los contratos de exportación de servicios de que trata el presente artículo deberá contener, entre otras, la información que certifique bajo la gravedad de juramento que el servicio contratado es utilizado total y exclusivamente fuera de Colombia; el valor del contrato o valor a reintegrar; que la empresa contratante no tiene negocios ni actividades en Colombia; que el servicio prestado está exento del impuesto sobre las ventas de conformidad con el literal e) del artículo 481 del Estatuto Tributario; que opera la no aplicación de la retención en la fuente por ingresos de exportaciones señalado en el párrafo 1º del artículo 366-1 del Estatuto Tributario; y la declaración dado el caso, sobre el pago del impuesto de timbre<sup>37</sup> que se genere por el contrato. El exportador conservará certificación del país de destino del servicio, sobre la existencia y representación legal del contratante extranjero. La Dirección General de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Exterior establecerá la forma como se efectúe tal declaración.

---

36 MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, República de Colombia <http://www.mincomercio.gov.co/econtent/NewsDetail.asp?ID=2305&IDCompany=1> (Consultado: 19 ago., 2010).

37 Cabe recordar que el impuesto de timbre desde el año 2010 en adelante queda a la tarifa del 0 %. Por lo que puede decirse que este requisito quedaría eliminado del artículo.

El registro de la declaración escrita sobre los contratos de exportación de servicios está reglamentado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo<sup>38</sup> en las siguientes Circulares Externas: a) CEX0011 de 2006, b) CEX0014 de 2007, c) CEX0015 de 2007, d) CEX0012 de 2009 y e) CEX0027 de 2009.

## ii. Decreto 1805 de 2010

Para el 24 de mayo del año en curso el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió el Decreto número 1805 de 2010 por medio del cual, se reglamenta el literal e) del artículo 481 del Estatuto Tributario, que trata de la exención del impuesto sobre unos servicios en específico y el beneficio de la no aplicación de la retención en la fuente del artículo 366-1 del Estatuto Tributario.

Para que proceda la exención, el Decreto incluyó dos nuevos requisitos:

- No puede haber desplazamiento del prestador o proveedor del servicio.
- No puede haber beneficiario, en todo o en parte, en el territorio colombiano.

Sobre el primer nuevo requisito suscita una gran controversia, dado que este no contempla la Ley sino el Decreto, no tiene un fundamento legal para realizarse y es así que es fácilmente demandable por ilegalidad.

Para tener derecho a la devolución y/o compensación del saldo, además de cumplir con los requisitos ya establecidos por las normas vigentes, debe cumplir los siguientes:

- Incluir dentro del contrato una cláusula en la que consten los servicios que se van a consumir o utilizar exclusivamente en el exterior.
- El prestador del servicio o su representante legal debe manifestar bajo la gravedad de juramento que el servicio será utilizado o consumido exclusivamente en el exterior por una empresa o persona sin domicilio en Colombia.

En caso que se compruebe que el servicio se utilizó en todo o en parte en Colombia, se podría configurar el delito de exportación ficticia. Esto implica una responsabilidad tanto de la persona o sociedad que haya sido parte en el contrato como de su (s) administrador (es) por la responsabilidad solidaria contenida en la Ley 222 de 1995.

---

38 Facultad que pasará a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

Para obtener la exención del IVA de que trata el artículo 481 literal e) y la no aplicación de la retención en la fuente del artículo 366-1 del Estatuto Tributario, se deben cumplir los siguientes requisitos:

- a. Inscribirse en el Registro Único Tributario como exportador.
- b. Hacer registro de declaración escrita sobre los contratos de prestación de servicios, **previo a la prestación del servicio**.
- c. El exportador debe conservar un certificado del país del contratante, sobre la existencia y representación legal del mismo.

Esta declaración debe contener la siguiente información:

- a. Certificar bajo la gravedad de juramento que el servicio es utilizado o consumido total y exclusivamente en el exterior.
- b. El valor del contrato o valor a reintegrar.
- c. Que el contratante no desarrolla directamente actividades en Colombia.
- d. Que el servicio prestado esta exento del impuesto sobre las ventas.
- e. Que opera la no aplicación de la retención en la fuente por los ingresos de este contrato.

El no cumplir con alguno de estos requisitos implica no obtener la exención del IVA ni el beneficio de la no aplicación de la retención en la fuente. De igual manera dar información errónea dentro de esta declaración genera las sanciones establecidas en el Código Penal.

### iii. Registro previo

Con el concepto de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN – del 31 de agosto de 2009 radicado bajo el número 72297, se entendía que no era necesario cumplir con la obligación de hacer el registro de la declaración de los contratos de exportación de servicio de manera previa al respectivo reintegro cambiario, como lo establecía el artículo 6º del Decreto 2681. La razón dada por la DIAN se basaba en la modificación hecha por la Ley 1111 de 2006 en la cual se determinaba como requisitos únicamente los señalados por el reglamento. Dado que el régimen cambiario solo establece la obligación para la exportación de bienes, se entendía que había una derogación tácita sobre el requisito de registro previo en cuanto a la exportación de servicios se refiere.<sup>39</sup>

---

39 Dentro del concepto emitido por la DIAN, los extractos más importantes son los siguientes:

Sin embargo, con el Decreto 1805 de 2010 en su artículo 3º modifica el artículo 6º del Decreto 2681 de 1999 y establece como requisito el realizar el registro de la declaración de manera previa a la prestación del servicio, quedando así sin efecto alguno el concepto emitido por la DIAN.

## F. REGISTRO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Ya conociendo la normatividad vigente sobre la obligación de registrar los contratos de exportación de servicios, podemos responder si es necesario registrar el contrato de franquicia.

El Grupo de Tecnología y Comercio de Servicios, Subdirección de Diseño y Administración de Operaciones de la Dirección de Comercio Exterior, del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, en el año 2007 publicó una Cartilla de Comercio denominada *Explotación de Servicios y Contratos de Importación de Tecnología*. Dentro de la cartilla da la definición de comercio de servicios como el suministro de un servicio:

- a. Del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro;
- b. En el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro:

---

“(…) es preciso advertir que el régimen cambiario colombiano nunca ha exigido el reintegro de divisas por exportación de servicios. En efecto, el Decreto 1735 de 1993, en su artículo 4º, establece que son obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario únicamente las exportaciones de bienes. En el mismo sentido, el artículo 7º de la Resolución Externa 8 de 2000, de la Junta Directiva del Banco de la República, sólo obliga a efectuar el reintegro de las divisas por exportaciones de bienes y el artículo 8º, al referirse al plazo para el reintegro, sólo contempla las divisas provenientes de operaciones de cambio del mercado cambiario y no las divisas provenientes de operaciones de cambio del mercado libre, las cuales no deben canalizarse ni reintegrarse obligatoriamente”.

Después la DIAN trae a colisión la reforma al literal e) del artículo 481 E.T. hecha por la Ley 1111 de 2006 diciendo lo siguiente: (....) la ley suprimió el requisito del reintegro cambiario como condición para acceder a la exención del impuesto sobre las ventas del literal e) del artículo 481 del Estatuto Tributario, con el fin de armonizar la norma tributaria con el régimen de cambios, toda vez que, como hemos señalado, las disposiciones en materia cambiaria no exigen que este tipo de operaciones se canalicen obligatoriamente a través del mercado cambiario. Ahora bien, al suprimirse en la ley el requisito que sirvió de fundamento a la previsión del artículo 6º del Decreto Reglamentario 2681 de 1999, consistente en el reintegro de divisas, se configura una derogatoria tácita de la condición temporal prevista en la disposición reglamentaria, es decir, de la condición que obliga a que dicho registro sea anterior al reintegro cambiario. Es claro que no pueden subsistir en el ordenamiento jurídico ni ser exigibles disposiciones expedidas al amparo de normas legales derogadas o modificadas, so pena de hacer nugatoria la intención del legislador expresada en tales modificaciones o derogatorias.

- c. Por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro;
- d. Por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia de personas físicas en un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro.<sup>40</sup>

Aparte de la definición dada, la Cartilla en su numeral 1.2 habla de la clasificación de los servicios que se deben registrar y hace referencia a la Clasificación Central Provisional de Productos – CPC – elaborada y publicada por la Organización de las Naciones Unidas bajo el Título *Nomenclature of services, Central Product Classification*, Revisión 1.1 de 2003. Dentro de esta calificación no se puede incluir el contrato de franquicia; por lo que a pesar de necesitar registrar muchos contratos de servicios, el de franquicia no cumple con los requisitos para necesitar su registro.

La exención al impuesto sobre las ventas tampoco es fácilmente aplicable a un contrato de franquicia dada la definición que establece el literal e) del artículo 481 del Estatuto Tributario, el cual habla de servicios prestados en Colombia.

El concepto emitido por la DIAN en mayo de 2000, con número de radicado 44283, diferenció los conceptos servicios prestados “en” y “desde” el exterior para lo cual dijo que se entiende por servicios prestados desde el exterior aquellos que se ejecutan en el exterior pero que son completados en el territorio colombiano; en este caso el ingreso sería de fuente nacional y estaría sujeto a retención en la fuente dependiendo del concepto.

Cuando se trata de un servicio prestado en el exterior, se hace referencia a aquellos servicios que se ejecutan, desarrollan y se completan en su totalidad en el exterior. El ingreso obtenido de esta segunda forma si son de fuente extranjera y no están sujetos a la retención en la fuente.

En los contratos de franquicia es casi imposible realizar la totalidad del contrato en el exterior, dada la complejidad de los servicios y bienes objeto del contrato. Incluso al comparar los servicios que se registran según el listado de la ONU no se puede ubicar dentro de ninguna clase de servicio el contrato de franquicia.

Es así como, aunque dentro de los elementos del contrato de franquicia se encuentre la prestación de un servicio que, de encontrarse como un contrato

---

<sup>40</sup> La definición dada en la Cartilla del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, es sacada del Anexo 1B, del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios – AGCS –, de la Organización Mundial de Comercio – OMC –.

principal y no accesorio debería registrarse y someterse al tratamiento mencionado, no es necesario registrarlo y tampoco será beneficiario de la exención del IVA y no aplicación de la retención en la fuente.

## CONCLUSIONES

Es entonces evidente que la carga impositiva que se genera sobre el contrato de franquicia es elevado (un 49 %) sobre el total de la regalía, sin embargo, gracias a los distintos modelos para evitar la doble tributación esta carga se realizará una sola vez, dependiendo de la fuente o residencia de la persona (el cual varía de conformidad con el modelo que se aplique). Llama la atención que aunque existen contratos donde la transferencia de tecnología se regula tributariamente de forma distinta (como lo son el Contrato de Franquicia y el Contrato de Licencia de Software), dado que dependiendo de si se ha reglamentado jurídicamente nacional (artículo 480 E.T.) o internacionalmente (implementación de alguno de los modelos), se da un tratamiento de beneficio empresarial o regalía como tal (artículos 12 o 9 E.T.).

## BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. 1994. Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el Derecho Privado. Buenos Aires: Heliasta, 2ª Edición. Pág. 21.
- CORASANITI, Giuseppe. 2010. Manual de Derecho Tributario Internacional. Bogotá: Temis. Págs. 156-157.
- LÓPEZ, Fabián. 2008. El Contrato de Franquicia Internacional. Bogotá: 2ª Edición Temis. Pág. 349.
- MEJÍA, Carlos Alberto. 2004. Las Marcas y Las Franquicias. Medellín: Editorial Plannings S.A. Pág. 34.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – OMPI. 1977. Guía de las Licencias para los Países en Desarrollo. Ginebra: OMPI. Pág. 620.
- . 2002. Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial y el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Taller Internacional

Sobre Administración y Comercialización de Invenciones y Tecnología  
WIPO/INV/MTY/02/14. Págs. 6 y 7.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 2010. Diccionario de la Lengua Española.  
Madrid (España): Editorial 22.

ROHATGI, Roy. 2008. Principios básicos de tributación internacional. Bogotá: Legis. Pág.188.

VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. 1995. Bienes. Quinta Edición. Bogotá D.C.:  
Editorial Temis. Pág. 5.

## **CIBERGRAFÍA**

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Reglamento (CEE) Nº 4087/88 de la  
comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado  
3 del artículo 85 del tratado a categorías de acuerdos de franquicia,  
En:[http://www.uclm.es/postgrado.derecho/\\_02/web/materiales/administrativo/LEGISLACION/docu4\\_4.pdf](http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/administrativo/LEGISLACION/docu4_4.pdf) (consultado: 7 jun., 2010).

COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. Reglamento (CE) Nº 772/2004: Relativo a la  
Aplicación del Apartado 3 del Artículo 81 del Tratado a Determinadas  
Categorías de Acuerdos de Transferencia de Tecnología, publicado en el  
Diario Oficial Nº 27.4.04, L123/13 [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/  
LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:123:0011:0017:ES:PDF](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:123:0011:0017:ES:PDF) (consultado: 29 ago.,  
2010).

GUERRERO GAITÁN, Manuel. 2009. En: Revista de Propiedad Inmaterial de la Uni-  
versidad Externado de Colombia Nº 13-09, citando a Echarri y Pendás (La  
Transferencia de Tecnología, Aplicación Práctica y jurídica). Bogotá D.C.,  
pág. 199.

NUÑEZ, García. Raquel. 2002. El contrato de Franquicia: algunos aspectos esen-  
ciales y/o problemáticos. Caracas, En: [http://www.desolapate.com/publi-  
caciones/EL%20CONTRATO%20DE%20FRANQUICIARNunez.pdf](http://www.desolapate.com/publicaciones/EL%20CONTRATO%20DE%20FRANQUICIARNunez.pdf) (consul-  
tado: 10 abr., 2010).

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), Mo-  
delos de convenios existentes en la experiencia mundial En: preguntas  
frecuentes. Sobre los convenios para evitar la doble tributación para pro-  
mover la inversión y evitar la evasión fiscal internacional, En: <http://trans->

parenciaeconomica.mef.gov.pe/faq/conveniosdobletributacion/conveniosdobletributacion5.php, (consultado: 29 jul., 2010).

PEREIRA, Jorge. En <http://www.mercadeo.com/archivos/T-Franquicias.pdf>, (consultado: 10 abr., 2010).

MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, En: [http://www.mic.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=169%3Adecision-291-de-la-comunidad-andina&catid=60%3Anormas-y-decisiones&Itemid=66](http://www.mic.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=169%3Adecision-291-de-la-comunidad-andina&catid=60%3Anormas-y-decisiones&Itemid=66), (consultado: 1 ago., 2010).

MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, República de Colombia, En: <http://www.mincomercio.gov.co/econtent/NewsDetail.asp?ID=2305&IDCompany=1>, (consultado: 19 ago., 2010).

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA: Tecnología, En: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=tecnolog%EDa](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=tecnolog%EDa) (consultado: 29 jul., 20).

## NORMATIVIDAD CITADA

- Convención OCDE -2003, Modelo para Evitar la Doble Imposición y la Evasión Fiscal.
- Decisiones 486 de 2000 y 578 de 2004 de la Comunidad Andina de Naciones.
- Reglamento 4087 de 1998 de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.
- Reglamento 2790 de 1999 de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.
- Reglamento de Transferencia de Tecnología R772 del 27 de abril de 2004, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.
- Estatuto Tributario.
- Decreto 2123 de 1975.
- Decreto 2153 de 1992.
- Decreto 1735 de 1993.
- Decreto 1165 de 1996.

- Decreto 1805 de 2010.
- Decreto Reglamentario 2681 de 1999.
- Ley 222 de 1995.
- Ley 256 de 1996.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Concepto de mayo de 2000 Radicado N° 44283.
- Concepto N° 026737 del 6 de mayo de 2002.
- Concepto N° 026737 del 6 de mayo de 2002.
- Concepto N° 00001 de 2003.
- Concepto N° 101326 del 30 de noviembre de 2006.
- Junta Directiva del Banco de la República. Resolución Externa 8 de 2000.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Circular 11 de 2002.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Circular Externa 10 de 2001.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 0207784 del 10 de octubre de 2002, emitido por la funcionaria Mariana Calderón Medina.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Proceso 45–IP–1998 Tribunal Andino, Comunidad Andina de Naciones.
- Proceso 42-IP-2007 del 3 de abril de 2007 Tribunal Andino, Comunidad Andina de Naciones.
- Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI, *Guía de las Licencias para los Países en Desarrollo*, OMPI, de 1977.
- Corte de Apelaciones de Colmar. Fallo del 9 de junio de 1982.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – (OMPI), Instituto

## ANUARIO JUSTICIA Y RAZÓN 2010

Mexicano de la Propiedad Industrial y el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, *Taller Internacional Sobre Administración y Comercialización de Inventiones y Tecnología*, WIPO/INV/MTY/02/14, realizada en el mes de abril de 2002, págs. 6 y 7.

# EL USO DE MAPAS DE EVIDENCIA EN DESARROLLO DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO DURANTE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL\*

*Cristhian Mauricio Baquero Cañas\*\**

**Sumario:** INTRODUCCIÓN. I.- La investigación criminal en el sistema acusatorio colombiano (Ley 906 de 2004). II.- Mapas de evidencia. III.- Implementación de la propuesta planteada. BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

La razón fundamental de la presente investigación radica en la posibilidad de analizar conjuntamente tanto el aspecto práctico (investigación criminal) como el teórico (mapas de evidencia) de la obtención, organización, extracción y el manejo de información relevante para la investigación. Lo anterior con el fin de mejorar la eficiencia del sistema de investigación criminal adoptado mediante la Ley 906 de 2004.

A partir de esos elementos se busca generar una propuesta para que los ideales de eficiencia plasmados en los manuales operativos del ente investigador, puedan satisfacerse utilizando una herramienta, los mapas de evidencia, que tiene sus orígenes en la teoría de la argumentación, mejorando el desempeño del fiscal en la recolección, el manejo y la extracción de información a partir de las evidencias obtenidas.

Curiosamente, aunque la relevancia de las evidencias durante un proceso que implique una persecución criminal es importante, los trabajos en la materia son escasos y la mayoría se refieren al manejo y la conducción de las evidencias durante las etapas posteriores a la investigación, tal y como lo es el juicio oral (Tiller

\* El presente artículo se estructura a partir de la monografía titulada “El Uso de Mapas de Evidencia en Desarrollo del Razonamiento Probatorio durante la Etapa de Investigación Criminal” presentada para obtener el título de abogado en la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, a partir de la asistencia de investigación desarrollada para el proyecto “Razonamiento y Argumentación en el Sistema Penal Acusatorio” dirigido por el Dr. Danny Marrero Avedaño y el Prof. Camilo Martínez y evaluada por los jurados Beatriz Eugenia Suárez y Carlos Alberto Suárez.

\*\* Abogado de la Universidad Jorge Tadeo Lozano; graduado en el año 2010. Especialista en Derecho Comercial y Especialista en Derecho de la Empresa de la Universidad del Rosario; graduado 2010. Correo electrónico: crisbaq@gmail.com.

& Schum, 1991). Por tanto, los estudios preliminares en materia de hechos o circunstancias son de vital importancia en un proceso de investigación, y más en uno que determine la libertad de una persona.

En lo anterior cabe recordar la apreciación de Twining (Twining & Anderson, 1991) al determinar que cada profesión cuya actividad puede verse en el análisis y manejo de información (como la del fiscal), deberá buscar alternativas que ayuden a organizarla de la mejor forma posible, para que su uso o análisis esté apoyado por una estructura sólida que implique un proceso básico de razonamiento. Con ello se establece que el operador jurídico debe obtener un sistema que le permita organizar y tener a la mano la información disponible en cualquier momento, para así conseguir el fin que desea frente a su investigación.

Como se puede observar, la aplicación que le da Twining a los diagramas argumentativos se ajusta perfectamente a las actividades que realiza el fiscal, ya que este, como operador jurídico, recolecta, procesa, maneja, contempla y utiliza información, que debe tener siempre disponible para determinar las actividades que realizará y llevará a cabo.

Algunas de las razones que defienden la utilización de mapas de evidencia son las siguientes. La primera de ellas hace referencia a que la utilización de mapas de evidencia permite identificar los diagramas de estructura en los cuales los procesos de razonamiento se ven reflejados, es decir, permite clasificarlos según su estructura. Así, identificando la estructura del proceso de razonamiento, se satisface la necesidad requerida por la Fiscalía General de la Nación –en adelante FGN– en sus manuales operativos, tal y como se expondrá más adelante.

La segunda razón es que los mapas de evidencia permiten identificar el papel de los hechos contenidos en cada una de las proposiciones del razonamiento: ¿cuáles de ellos son hechos probados y cuáles hechos por probar? De igual manera se pueden señalar aquellas proposiciones que no contienen hechos susceptibles de ser analizados bajo esos papeles, sino que solamente cumplen funciones complementarias para el proceso de razonamiento, es decir, son proposiciones que cumplen funciones de explicación y aclaración, entre otras.

Por último, acudir al método de los procesos de razonamiento a través de la utilización de los mapas de evidencia en una investigación permite establecer, por un lado, la estrategia ideal de cada uno de los participantes en el diálogo que se desarrolla en un determinado lapso de tiempo. Por otro lado, la utilización de los mapas de evidencia en una investigación permite desarrollar una autoevaluación o autogestión de cada una de las actividades que desarrolla el propio investigador.

Ahora bien, el artículo 207 del nuevo Código Procesal Penal (Ley 906 de 2004), asigna al ente investigador la función de autorregular su conducta durante la etapa de investigación, siguiendo los principios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección. Con base en este artículo se determinan para el fiscal las actividades que debe realizar para dar inicio a la investigación criminal. Lo anterior se complementa con los lineamientos de la FGN plasmados en los manuales operativos que determinan *la forma* en la cual dichas actividades deben efectuarse. Es a partir de este conjunto que la presente investigación asume la siguiente pregunta: *¿es justificable la utilización de un sistema de mapas de evidencia para mejorar la construcción, elaboración y evaluación de procesos de razonamiento durante la etapa de investigación por parte de la Fiscalía bajo el sistema procesal penal?*

## **I. LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO (LEY 906 DE 2004)**

### **A. LA NATURALEZA DEL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO IMPLANTADO MEDIANTE LA LEY 906 DE 2004**

Durante estos primeros años del siglo XXI la cultura jurídica colombiana se ha visto confrontada con una serie de reformas en algunos de sus procedimientos judiciales, una de las más relevantes ha sido el cambio del sistema penal en cuanto a su procedimiento, en razón de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004.

El orden jurídico procesal penal contenía un sistema mixto que contemplaba un procedimiento con características inquisitivas, pero sujeto a una carta de derechos fundamentales que se debían garantizar y respetar ante todo. Tal es así, que se podría considerar la carta de derechos que consagra la Constitución Política de 1991 como un margen de actuación que no se respetaba en la normatividad que contemplaba el antiguo procedimiento penal (Ley 600 de 2000), ya que la esencia misma de los sistemas mixtos con tendencias inquisitivas era contradictoria con el planteamiento de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política (CEJA, 2006).

El proceso de reforma se debió al surgimiento de la incomodidad jurídica que se dio en la comunidad, acerca de los poderes ilimitados que tenía el fiscal durante el proceso penal. Así, los procesos de reforma se dirigieron a limitar las facultades que el fiscal poseía y a garantizar, mediante controles jurídicos como los

que ejerce el juez de control de garantías sobre cada una de las actuaciones del fiscal, los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Política.

Por consiguiente, se contempló el modelo de un sistema acusatorio, caracterizado por una delimitación clara y precisa acerca de las personas que investigan y juzgan. Es decir, en este modelo se encuentra una separación del ente investigador y del ente de juzgamiento.

De igual manera se contempló un sistema adversarial, en el que tanto el fiscal como la defensa exponen sus argumentos, cuya evaluación depende de la concepción que hace el juez de conocimiento acerca del caso. Así, una de las reformas más relevantes de este sistema es la formulación de los roles específicos que cada uno de los intervinientes en el proceso penal deben ejecutar (Langer, 2009).

No obstante, las diferencias entre los sistemas no radican solamente en aspectos externos, referentes simplemente a que el modelo inquisitivo pertenece en mayoría a sistemas políticos absolutistas, autoritarios o dictatoriales y que en el modelo acusatorio, por el contrario, se ha implantado en la mayoría de sociedades basadas en una política liberal que garantiza una gama de derechos fundamentales y libertades políticas de las personas; sino que sus diferencias van más allá: radican esencialmente en su origen común. En términos de Ferrajoli, ambos modelos son *“específicas ordenaciones de procedimientos y medios destinados a alcanzar el conocimiento o la demostración de la verdad sobre la existencia o no de responsabilidad penal en cabeza de un individuo”* (Ferrajoli, 2001: 37).

Lo que se debe entender de la anterior apreciación es que cualquier que sea el sistema de procedimiento penal adoptado, provienen de un mismo método epistemológico, que busca organizar los medios destinados a obtener un resultado determinado.

A partir del origen común de cada uno de los sistemas, se le ha atribuido a un modelo inquisitivo un corte decisionista, mientras que al acusatorio le han brindado un corte de naturaleza cognitivista. Para el primero se establece la aplicación de la subjetividad en cada uno de los presupuestos jurídicos, sin ningún tipo de herramientas empíricas u objetivas. De tal modo, *“el decisionismo se representa como la falta de anclajes empíricos precisos y de la consiguiente subjetividad de los presupuestos de la sanción en las aproximaciones sustancialistas y en las técnicas conexas de prevención y defensa social”*.<sup>1</sup>

Al contrario, cuando se hace referencia al corte cognitivista del modelo acusatorio, se hace referencia a la eliminación de tales concepciones subjetivas

---

1 *Ibid.*, pág.43.

del orden moral, cultural, extrajurídico y se adopta la posición en la cual el conocimiento de la verdad sobre un hecho punible se adquiere con base en los medios idóneos necesarios que permitan proferir una decisión acertada. De tal manera, *“se concibe a los sistemas cognitivistas como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar el máximo grado de racionalidad y fiabilidad respecto a la persecución penal”*.<sup>2</sup>

A partir de lo anterior, parece conveniente establecer la diferencia entre el sistema inquisitivo y el acusatorio de la misma manera en que la presentó Ferrajoli; *“la diferencia radica en el enfoque metodológico que cada uno de los sistemas asume para su configuración epistemológica”* (Ibid.; 47). Ahora bien, en la medida en que el sistema penal colombiano sigue el modelo acusatorio, tal como lo determina la Ley 906 de 2004, y tomando las observaciones de Ferrajoli a propósito del corte cognitivista del mismo, se puede inferir que en dicho sistema *“se establece un procedimiento probatorio de tipo inductivo, que excluye las valoraciones subjetivas en lo más posible y admite solo, aserciones o negaciones (de hecho o de derecho) de las que sea predicable la verdad o la falsedad”*.<sup>3</sup>

Lo anterior obligó a la FGN a abandonar cualquier tipo de valoración subjetiva, atribuyéndole un rol específico y convirtiéndolo así en un órgano capaz de realizar actividades que le permitan efectuar un procedimiento racional que lo conducirá a la toma de una decisión, basándose en la información que haya obtenido siguiendo el modelo epistemológico propio del sistema de procesamiento penal adoptado.

## **B. LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y EL PROGRAMA METODOLÓGICO**

En el ordenamiento procesal que sirve de base para la presente investigación no se encuentra una definición exacta de lo que es la investigación criminal; solamente suelen encontrarse parámetros que sirven de lineamientos fundamentales para determinar la naturaleza de esta etapa procesal, mediante la definición de su titularidad y de las actividades que se efectúan durante la misma.

El artículo 66<sup>4</sup> del Código de Procedimiento Penal determina que es el Estado

---

2 Ibid., pag 34.

3 Ibid., pag 37.

4 Artículo 66. Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la FGN, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.

quien está obligado, a través de la FGN, a ejercer la acción penal y desarrollar la investigación de la conducta punible que llegue a su conocimiento mediante cualquier medio. De igual manera, en el artículo 114<sup>5</sup> de la misma codificación se establece que una de las principales atribuciones que tiene la FGN es la función de investigar y luego acusar a los presuntos responsables de la realización de una conducta que atente contra los tipos penales señalados por el Estado.

Siguiendo con lo anterior, el artículo 200<sup>6</sup> del Código de Procedimiento Penal, complementa lo dispuesto en los artículos anteriores y especifica a su vez, las labores que tiene por obligación desarrollar la FGN en virtud del mandato constitucional y legal.

Así se verifica la afirmación con la que inició esta sección: el articulado que rige el procedimiento penal a partir del año 2004 no contempla una definición de la investigación criminal. Por tal motivo, y con el objeto de desarrollar de mejor manera el presente trabajo, se acudirá a la doctrina para delinear una posición al respecto, ya que la ley tampoco expresa ningún tipo de asignaciones obligatorias ni parámetros de conducta para la manera en la cual el fiscal deba comportarse a lo largo de la investigación.

Partiendo de una interpretación del artículo 200 antes citado, algunos tratadistas definen la investigación criminal como una disciplina jurídica que hace referencia a ciertas actividades de gerenciamiento, en las cuales se indaga la realización de una conducta delictiva. Dicho gerenciamiento *“supone la conse-*

---

No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías.

5 Artículo 114. Atribuciones. La FGN, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones:

1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito.
2. Asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando su cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. (...).

6 Artículo 200. Órganos. Corresponde a la FGN realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo.

En desarrollo de la función prevista en el inciso anterior a la FGN, por conducto del fiscal director de la investigación, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, en los términos previstos en este código.

Por policía judicial se entiende la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal y, en ejercicio de las mismas, dependen del Fiscal General de la Nación y sus delegados.

*cución y administración racional de los recursos humanos, técnicos, financieros y físicos con los que cuenta el investigador para cumplir determinados objetivos”* (Martínez, 2005: 84).

Después de realizar un análisis sobre la aplicación de procesos lógicos a la investigación criminal y de contraponer aspectos tales como la existencia del conocimiento en la misma, Martínez establece que en el nivel del *deber ser* la investigación criminal debería lanzar parámetros que demuestren la verdad de lo sucedido y así contemplar a la investigación criminal como un medio de coerción y control social por parte del Estado.

Por consiguiente, la investigación criminal es un mecanismo para autenticar las hipótesis que utiliza el Estado para legitimar el uso de su poder y atribuir valor de verdad a las proposiciones que utiliza para este fin, basándose no en la lógica *formal*, toda vez que esta no ha podido brindar soluciones satisfactorias en relación con investigaciones sobre materias que no admiten demostraciones empíricas (como la moral, la economía, el derecho, y la ciencia política), sino en la lógica abductiva, en donde la probabilidad de la ocurrencia de un hecho se determina según las evidencias que se recojan.

De tal modo, la investigación criminal es un mecanismo de coerción y control social dirigido, no a la búsqueda de conocimiento, sino a la búsqueda de información relacionada y orientada a unos fines específicos; en este caso, a la determinación del hecho configurado por la ley como delito. Esta determinación se fundamenta en el material físico que se recauda a través de la construcción de un proceso de razonamiento inductivo, que refleja las afirmaciones o negaciones que proveen las hipótesis que se adoptarán partiendo de la probabilidad, teniendo en cuenta que esta se encontrará desprovista de cualquier valoración subjetiva sobre la persona del imputado y sobre la investigación misma.

### **C. EL PROGRAMA METODOLÓGICO EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL**

Acorde a los manuales operativos de la FGN y entre ellos al Módulo de Formación para Fiscales en Programa Metodológico (FGN, “Módulo de Formación para Fiscales”), se desarrolla el contenido del artículo 207<sup>7</sup> de la Ley 906 de

---

7 Artículo 207. Programa Metodológico. Recibido el informe de que trata el artículo 204, el fiscal encargado de coordinar la investigación dispondrá, si fuere el caso, la ratificación de los actos de investigación y la realización de reunión de trabajo con los miembros de la policía judicial. Si la complejidad del asunto lo amerita, el fiscal dispondrá, previa autorización del jefe de la unidad a que se encuentre adscrito, la ampliación del equipo investigativo. Durante la sesión de trabajo, el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial, se trazará

2004 a propósito del programa metodológico desde la perspectiva del fiscal.

El programa metodológico puede verse desde dos puntos de vista. El primero concibe el programa metodológico como una herramienta de trabajo que permite organizar y explicar la investigación, con el fin de identificar y asegurar los medios cognoscitivos necesarios para demostrar, más allá de cualquier duda razonable, la ocurrencia del delito y de su autor o partícipe. Este punto de vista muestra la importancia del programa metodológico para planear y preparar la investigación criminal.

Desde un segundo punto de vista, el programa metodológico permite conocer a cabalidad lo necesario para ejecutar las actividades que requieren autorización previa (Arts. 246 a 250, Ley 906 de 2004) o, incluso, las actividades que no la requieren (Arts. 213 a 245, Ley 906 de 2004). Bajo este punto de vista, el programa metodológico cobra importancia en la ejecución y el desarrollo de la investigación criminal.

Tal y como se observa, mediante el programa metodológico el fiscal desarrolla todo un proceso de razonamiento probatorio según el estadio procesal en el cual se encuentre. Lo que efectúa el fiscal junto con su equipo de trabajo es la construcción de un razonamiento que le permita sostener cada una de sus pretensiones durante el proceso penal. Esto lo realiza a través de la relación que existe entre los diferentes elementos de los distintos niveles del razonamiento probatorio; por ejemplo, desde las evidencias recaudadas (ubicadas estas en el primer nivel del razonamiento), hasta la imputación a una o varias personas de la comisión de una conducta delictuosa (ubicada en el último nivel del proceso de razonamiento, como tesis final).

Siguiendo los postulados generales expuestos en el Módulo de Formación para Fiscales del Programa Metodológico de la FGN, se establece que la utilidad de la

---

un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos. En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas. Los actos de investigación de campo y de estudio y análisis de laboratorio serán ejercidos directamente por la policía judicial.

herramienta consagrada en el artículo 207 de la Ley 906 de 2004 se basa en la facilidad que otorga a los investigadores para identificar y abordar los problemas fácticos, probatorios y jurídicos en cada investigación, teniendo en cuenta los principios básicos de la misma: efectividad, procesamiento lógico y persuasividad.

De igual manera, la consolidación de un programa metodológico debe estar amparada bajo un sistema que permita dar una explicación razonable a cada uno de los hechos de la investigación, soportados por un conjunto de evidencias legalmente obtenidas en la misma, solo entonces el programa metodológico será útil para una investigación criminal.

Entonces, una vez se ha planeado y organizado la investigación, el programa metodológico constituye un modo de representar cada uno de los componentes que se requieren para formular una hipótesis delictiva, mediante la determinación de cada uno de sus elementos (que van desde la adecuación típica de la conducta hasta los materiales físicos recaudados durante la respectiva investigación), pasando por las actividades necesarias con el fin de asegurar los medios cognoscitivos que representen evidencias, dependiendo de si estas requieren para su ejecución una autorización judicial previa.

#### **D. ASPECTOS QUE DEBE RESPONDER EL PROGRAMA METODOLÓGICO**

El programa metodológico se ancla en un proceso de razonamiento que debe responder las siguientes cuestiones para que cumpla con la utilidad planteada: ¿hay delito? ¿Quién lo cometió? ¿Quién participó? ¿Cuáles son los medios cognoscitivos que demostrarán la comisión por parte del sujeto activo de la conducta punible?

**¿Hay delito?** A partir de la noticia criminal recibida a través de cualquier medio de información capaz de hacerle saber a la FGN de la posible comisión de una conducta delictuosa, esta ha de determinar el material fáctico y probatorio para iniciar la correspondiente persecución criminal. El fiscal quedará capacitado para dirigir la información recibida a sus actividades frente a la investigación de la comisión de una conducta delictiva y descartar las conductas que, a pesar de agredir y violentar a las personas en el campo moral, no son constitutivas de un delito ni mucho menos requieren la intervención del ente investigador, como el adulterio y la brujería, por ejemplo.

Para poder determinar si la información proveniente de los medios pertinentes constituye un delito, el fiscal deberá realizar un proceso de razonamiento

con el que pueda determinar si los hechos contemplados en la información recibida podrán ser sustentados mediante el material recaudado. En relación a lo anterior, la Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia C-1154 de 2005 estableció los requisitos mínimos que el fiscal debe contemplar para definir si la conducta conocida constituye un delito:

Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo.

Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado. Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal.

Para esto, el fiscal ha de verificar la presencia de los criterios determinados por la Corte Constitucional en la sentencia citada: el sujeto activo y la acción típica, cuando menos. Por lo tanto, el programa metodológico de la investigación está llamado a responder, en primer orden, la cuestión de si existió una conducta y si la misma es constitutiva de un delito.

**¿Quién cometió el delito?** ¿Quién participó? Establecido que se está ante un delito, el proceso de razonamiento deberá indicar la responsabilidad y el grado de la misma de cada uno de los autores y partícipes de la conducta delictiva. Así, el programa metodológico permitirá determinar los actos de investigación tendientes a obtener la evidencia que permita demostrar la precisa individualización o identificación de todas aquellas personas que participaron en la realización de la conducta delictual, ya sea autor o partícipe.

**¿Cuáles son los medios cognoscitivos que demostrarán la comisión de la conducta punible por parte del sujeto activo?** Una vez establecido si hay delito y

de sus posibles autores y/o partícipes, el fiscal deberá indagar por los medios congnotivos que aseguren la relación entre estos y aquellos.

Así, los medios de conocimiento son el material que se recauda a lo largo de la investigación y que acredita cada una de las hipótesis delictivas que sostiene el ente investigador.

La función principal del programa metodológico es, entonces, tratar de responder las tres cuestiones presentadas anteriormente, mediante el desarrollo de un proceso de razonamiento en la base del mismo. La FGN expone esto de la siguiente manera:

El programa metodológico permitirá precisar los requerimientos sustanciales, que determinen inferencia en grado de probabilidad de verdad respecto de la existencia de la conducta delictiva y de la autoría o participación del imputado, para proceder con formulación de la acusación, pero además para poder presentar adecuadamente ante el juez de conocimiento la teoría del caso, demostrando la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, en nivel de conocimiento más allá de duda razonable. (FGN, “Módulo de Formación para Fiscales”, 2006: 21).

## E. ELEMENTOS DEL PROGRAMA METODOLÓGICO

Aunque se ha dicho que el programa metodológico no está sujeto a una formalidad estándar (y de ahí la razón de la propuesta de este trabajo), según se extrae del artículo 207 de la Ley 906 de 2004 es de la propia naturaleza del mismo garantizar la existencia de tres elementos que aseguren el desarrollo de la investigación criminal. Es así como el programa metodológico ha de satisfacer un componente jurídico, uno fáctico y uno probatorio.

**i. El componente fáctico.** Abarca todas aquellas circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se desarrollaron los hechos que son considerados como una conducta punible. De igual manera, este componente señala los autores de cada uno de los hechos. Lo que hacen el fiscal y su equipo de trabajo es evaluar las proposiciones fácticas que presenta el componente fáctico (Baytelman & Duce, 2006) y optar por las que le brinden mayor fuerza inductiva a las hipótesis planteadas. Al momento de realizar un mapa de evidencia como herramienta de un proceso de razonamiento, este componente fáctico se denomina *factum probans* (hecho probado), y está dirigido a la acreditación de un hecho en torno al cual versa un debate.

Para el presente documento, el componente fáctico se comenzará a satisfacer a partir de la recepción de la noticia criminal, elemento fundamental para la construcción del programa metodológico y primer paso del proceso de razonamiento investigativo. Para la FGN se desprende que; “*de la forma como se reciba la noticia criminal dependerá entonces la cantidad y la calidad de los datos que ayudan a construir las hipótesis criminales, que sirven de base para la elaboración y desarrollo de un programa de investigación eficaz y bien definido en sus objetivos y los recursos a utilizar*” (FGN, “Módulo de Formación para Fiscales”, 2006: 33).

**ii. El componente jurídico.** El componente jurídico es la adecuación típica de los hechos probados que tiene el fiscal en su programa metodológico para determinar la responsabilidad de una persona (o varias, según sea el caso) en la comisión de una conducta punible. El fiscal asigna una calificación penal a la conducta conocida por él, asignación fundada en el material probatorio recaudado (componente fáctico) y las hipótesis que ha generado como resultado de la investigación.<sup>8</sup>

Siguiendo con lo anterior, se debe considerar el componente jurídico como el motor para producir una de las principales hipótesis que se manejan en desarrollo del programa metodológico. En el campo de los mapas de evidencia esta hipótesis se denomina *penultimun probandum*, y corresponde a la adecuación típica de la conducta conocida, adecuación que va a ser probada mediante la investigación.

**iii. El componente probatorio.** El programa metodológico permite al fiscal y a su equipo de trabajo establecer las evidencias requeridas a lo largo de la investigación, ya que el artículo 207 de la Ley 906 de 2004 obliga a tener en cuenta la relevancia, pertinencia, y necesidad de cada una de ellas, para acreditar o demostrar los componentes fácticos y jurídicos alegados por el fiscal en la investigación.<sup>9</sup> De igual manera que los otros componentes, el componente probatorio encuentra su expresión en los mapas de evidencia, siendo este considerado, al igual que el componente fáctico, entre los hechos probados (*factum probans*). Recuérdese que estos, en el proceso de razonamiento propio de la investigación criminal, le servirán al fiscal para acreditar la hipótesis delictiva (*penultimun probandum*).

---

8 Esta calificación penal debe contemplarse tanto desde los ámbitos sustanciales como desde los procesales del Derecho Penal; abarcar tanto los elementos normativos del tipo penal como el procedimiento a seguir en materia de la persecución criminal.

9 Las evidencias recaudadas en la investigación deben soportar la evaluación de pertinencia y conducencia frente a las proposiciones fácticas que tratan Baytelman & Duce.

## F. PASOS PARA TRAZAR UN PROGRAMA METODOLÓGICO

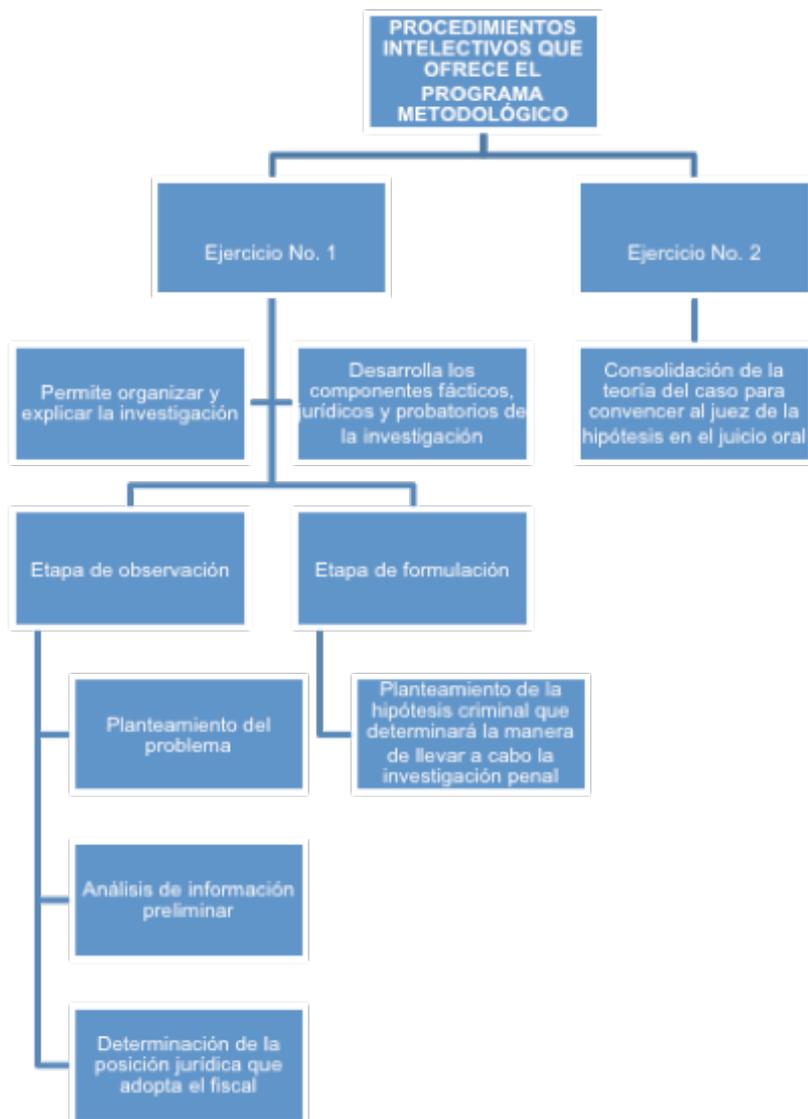
Una vez analizado lo referente a las cuestiones que debe responder el programa metodológico junto con sus componentes esenciales, se debe ilustrar la manera en que dichos componentes confluyen para la elaboración del programa metodológico.

El programa metodológico se desarrolla mediante la realización de dos procedimientos intelectivos diferentes, ambos determinantes para que logre cumplir su función, tal y como se muestra en la figura 1. El primer ejercicio es organizar y explicar la investigación, con el fin de identificar y asegurar los medios cognoscitivos necesarios para demostrar, más allá de cualquier duda razonable, la ocurrencia del delito y su autor o partícipe. El segundo ejercicio permite establecer la mejor forma de llevar dicha información al juez con el propósito de convencerlo de que su tesis es la más razonable, acorde al estadio argumentativo en el que se encuentre.

Para desarrollar el primer ejercicio ilustrado, el fiscal debe asegurar dos etapas que le permitan consolidar la base fundamental de su actuación. La primera etapa es de observación, en la cual es necesario el planteamiento de problemas de investigación junto con el análisis de información preliminar, esta se encuentra contextualizada por el artículo 207 ya citado.

Una segunda etapa es la formulación de la hipótesis que representa la tesis según la cual el fiscal desarrollará cualquier tipo de actividad en busca de la sanción a la infracción penal. La formulación de la hipótesis del fiscal proviene exclusivamente del análisis de verificación y de los actos complementarios de la investigación desarrollados en la etapa de observación. Esta hipótesis no constituye una exigencia legal para la realización del programa metodológico ni para la construcción de la teoría del caso, simplemente es una hipótesis que sustentada en las evidencias se constituye en el fundamento del razonamiento que el fiscal efectuará en la etapa de investigación misma y de la argumentación que presentará en el juicio oral. Lo referido anteriormente, se encuentra diagramado como sigue;

FIGURA 1



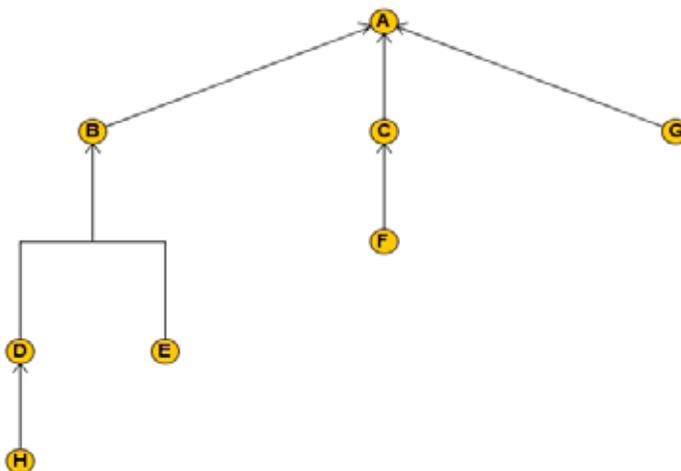
Fuente: elaboración propia

## II. MAPAS DE EVIDENCIA

Los mapas de evidencia representan un proceso de razonamiento de manejo y organización de información, mediante la utilización de un diagrama previamente establecido que permite la visualización en conjunto de los patrones provenientes del razonamiento humano. Los mapas de evidencia son una serie de cadenas concatenadas de inferencias que representan la constitución de un proceso de razonamiento, dirigido por los intereses del desarrollo de una investigación (Walton, 2005a). Un mapa de evidencia permite responder a preguntas como ¿qué hacer con la información obtenida en determinado caso? ¿Cómo se organiza la información? ¿Qué busco con dicha información y su consecuente organización?

La anterior explicación puede ser ejemplificada en la figura 2, que representa el proceso de razonamiento que a partir de una información recaudada, llámese evidencia o cualquier tipo de información que represente materia prima para ser analizada (puntos H, E, F, G), surge una colección de inferencias (simbolizadas por las flechas) que conectan estas con una serie de proposiciones que representan niveles de información superior, que deben ser acreditados bajo los lineamientos de la información que se extrae del primer nivel; las evidencias (puntos D, B, C). Con ello se dirige todo el andamiaje de hechos probados (evidencias), hechos por probar e inferencias hacia la construcción de un proceso de razonamiento que implique el desarrollo de una investigación y la realización y acreditación de la tesis principal a la que se dirige el proceso de razonamiento (punto A).

**FIGURA 2**



Fuente: elaboración propia

Así, un mapa de evidencia expresa la estructura de cualquier tipo de razonamiento, permitiendo visualizar la información obtenida (el punto de partida del razonamiento: evidencias o hechos probados) y las inferencias a partir de este; así, la información que se extraiga de lo que se ha recaudado será el punto de llegada (hechos por probar) del razonamiento. En un mapa de evidencia, esas inferencias trabajan con dos elementos que le son connaturales: el *factum probans* y el *factum probandum* (Wigmore, 1937), tal y como se explicará más adelante.

## A. ANTECEDENTES DE LOS MAPAS DE EVIDENCIA

Para hacer una reseña histórica de la implementación de los mapas de evidencia en materia de investigación, se debe establecer que los estudios basados en ellos parten del análisis de procesos de razonamiento y sus correspondientes diagramas estructurales (como el de la figura 2). Este análisis estructural apoyado en diagramas, en el caso de los mapas de evidencia, implica resolver la manera en la cual la evidencia es enlazada con un hecho probado o un hecho por probar. Así, debe atenderse a la manera como los elementos físicos de la información recaudada son vinculados a la manifestación de hechos por probar en una determinada teoría del caso.

Algunos de los trabajos más destacados en la teoría de la evidencia son los realizados por John Henry Wigmore.<sup>10</sup> De acuerdo con este, el material obtenido a lo largo de cualquier tipo de investigación debe estructurarse mediante un proceso de razonamiento que permita relacionar dicha información con una serie de hechos a corroborar (Twining, 1985). Siguiendo lo anterior, William Twining<sup>11</sup> ha hecho referencia al proceso de razonamiento planteado por Wigmore, estableciendo los parámetros fundamentales para que este pueda configurar

---

10 Jurista norteamericano nacido en California en 1863. Egresado de la Universidad de Harvard en 1887. Profesor destacado en el área de argumentación jurídica. Publicó un sinnúmero de documentos en áreas relacionadas con las ciencias jurídicas, tales como criminología, instituciones legales, derecho internacional comparado y técnicas de argumentación. Precisamente acerca de esta última, en 1904 publicó el *“Tratado de la Evidencia*, siendo esta su obra más representativa, considerada como un trabajo fundamental para el desarrollo contemporáneo de las teorías de recaudación y análisis de las evidencias en las ciencias jurídicas. Para conocer más al respecto, <http://www.library.northwestern.edu/archives/findingaids/wigmore.pdf>.

11 Catedrático emérito en el University College of London. Actualmente, sus áreas de investigación preferentes son teoría del derecho, narración y razonamiento en contextos jurídicos y, por último, análisis de pruebas. Dentro de sus obras representativas en el análisis de evidencias se encuentran el texto publicado en 1985 *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore* y el publicado en 1991 con Terence Anderson *Analysis of Evidence. How to do things with facts based on Wigmore’s Science of Proof*, material de obligatoria consulta en lo referente a estos temas. Para conocer más al respecto, <http://www.ucl.ac.uk/laws/academics/profiles/index.shtml?twining>.

la corroboración de una hipótesis a partir de la información recaudada por el investigador. Twining considera que la estructura del razonamiento basado en evidencias se debe establecer a través del planteamiento de la relación de un *factum probans* (hecho probado) y un *factum probandum* (hecho por probar).

Así, el planteamiento conjunto de Wigmore y Twining ha servido para desarrollar teorías contemporáneas de razonamiento jurídico basado en la evidencia. Tanto así, que Douglas Walton<sup>12</sup> desarrolló sistemas de diagramas que ampliarían la teoría de Wigmore con los elementos aportados por Twining (Walton, 2005b). Walton estableció que el diagrama que representaría el razonamiento jurídico contendría un hecho por probar (*factum probandum*) como su tesis principal, apoyado por una cadena de hechos probados (*factum probans*). De tal manera, se consideró que las evidencias corroborarían el *factum probandum*, siendo estas parte del *factum probans* (Reed & Walton, 2009).

Las teorías de Wigmore, Walton y Twining también han servido para el desarrollo de sistemas operativos aplicados al estudio del derecho. Basados en los trabajos sobre razonamiento y argumentación con base en la evidencia (particularmente en los mencionados más arriba), Chris Reed y Glenn Rowe<sup>13</sup> han desarrollado un sistema que permite la adecuación de un proceso de razonamiento en un programa de computador (Reed & Rowe, 2004). Este programa permite al usuario desarrollar un proceso de razonamiento basado en la evidencia recaudada, utilizando la paleta de símbolos de Wigmore y los esquemas de razonamiento de Walton. De tal manera, mediante un mapa de evidencia, el usuario organiza toda la información recaudada para corroborar un hecho por probar, apoyado en una serie de hechos entrelazados mediante una cadena de inferencias.

Es necesario señalar que, a partir de lo desarrollado por Wigmore y Twining, se han generado teorías sobre el análisis, manejo y estudio de la evidencia: entre

---

12 Profesor canadiense conocido por sus publicaciones, trabajos e investigaciones acerca de la teoría de la argumentación, falacias de la lógica inductiva y lógica informal. Actualmente es uno de los directores del Centro de Investigación de razonamiento, argumentación y retórica de la Universidad de Winsor, Canadá. Uno de sus principales aportes a la ciencia de estudio, es lo relacionado con el desarrollo de la argumentación en temas jurídicos en la inteligencia artificial. Entre sus principales obras se encuentran: *Argumentation Schemes* de 2008, *Argumentation Methods for Artificial Intelligence in Law* de 2005 y *Legal Argumentation and Evidence* de 2002.

13 Profesores en la Universidad de Dundee (Escocia). Han desarrollado modelos basados en la lógica para formular una teoría de la argumentación en las ciencias jurídicas y especialmente para el análisis de las evidencias. Uno de sus trabajos más representativos es: *Araucaria: Software For Argument Analysis, Diagramming And Representation* publicado en el año 2004 en el que desarrollaron el sistema operativo el cual se utiliza en la presente investigación. Para ver más: [http://www.computing.dundee.ac.uk/ac\\_staff/staffdetails.asp?24](http://www.computing.dundee.ac.uk/ac_staff/staffdetails.asp?24)

las más destacadas se encuentra la denominada Nueva Teoría de la Evidencia, que cuenta con Twining, Tiller y Schum entre sus más grandes expositores, y que fue desarrollada en la práctica por Toulmin, Reed, Rowe y Walton quienes le brindaron una connotación práctica a la evidencia,<sup>14</sup> a partir de la lógica informal, mediante la implementación de diagramas que permiten visualizar el razonamiento, y la utilización de inteligencia artificial que desarrolla dichos diagramas mediante un programa diseñado para ello (*Araucaria*), que se presentará más adelante. A continuación se abordará el estudio de la Nueva Teoría de la Evidencia.

## B. LA NUEVA TEORÍA DE LA EVIDENCIA

Durante los años 80 y 90 surgió una nueva tendencia en el manejo de la evidencia en el campo de la litigación, tendencia que revolucionó el concepto que se tenía acerca de esta y desencadenó un sinnúmero de estudios desde cada una de las diferentes ciencias, tales como semiótica, lenguaje, lógica, matemáticas y filosofía (MacCrimmon & Tiller, 2002).

Pero es solo hasta finales del siglo XX, cuando se discute sí las diferentes disciplinas que apoyaban independientemente a la teoría de la evidencia podían integrarse bajo una misma teoría, sin perder la naturaleza propia de cada una de ellas. Esta teoría fue ofrecida por Twining, quien estableció que bajo un sistema de mapas (diagramas) podría desarrollarse una teoría basada en la evidencia y así resolver las confrontaciones que se presentaban entre las disciplinas al momento del estudio sobre la evidencia en derecho.

Así nació la Nueva Teoría de la Evidencia (NTE),<sup>15</sup> que involucró un proceso de razonamiento al estudio de la evidencia, sin importar la disciplina que se encuentre bajo estudio. MacCrimmon y Tiller se aventuran a responder la pregunta “¿qué es la NTE?” diciendo que se trata de “*un sistema que le permite al operador entender la estructura de inferencias concatenadas, las cuales se basan en aspectos fácticos que son arrojados de acuerdo a una investigación determinada*” (MacCrimmon y Tiller, 2002: 34).

En el mismo sentido se pronuncia Twining, refiriéndose a la gran necesidad de un sistema que permitiera ejemplificar una relación entre las nuevas ciencias

---

14 La evidencia puede verse en este tema como la información obtenida o recaudada en la misma investigación. Es el punto de partida que constituirá los pilares de la investigación, no necesariamente en materia penal.

15 Esta es la traducción al español del inglés *New Evidence Scholarship* (NES) que asume este trabajo.

con las que la ciencia jurídica abordaba sus diferentes métodos de investigación, aspecto satisfecho por la NTE, la cual proporciona avances significativos a la hora de desarrollar una investigación, ya que a través de ella se incide en la utilización de los mapas (diagramas) basados en la formulación de la NTE, que permite identificar nuevas preguntas o un nuevo tratamiento al desarrollo de la búsqueda de información que se esté adelantando (Twining, 1994).

Además del desarrollo de los estudios acerca de la evidencia a partir de la naturaleza propia de las diferentes ciencias, pueden señalarse algunos beneficios comunes que trajo la aplicación de la NTE. A continuación se indican algunos de los expuestos por el profesor Twining (Twining, 1994: 354):

- Se pudieron relacionar puntos de conexión entre diferentes niveles de investigación.
- El tema de la investigación pudo ser objeto de un análisis estructural, en el cual se evaluaba la calidad de la misma y así poder descifrar la relevancia del material.

En *The dynamics of judicial proof* (MacCrimmon & Tiller, 2002: 43), se advierte que en materia de investigación legal o jurídica establecida en el desarrollo de procesos de razonamiento basados en la evidencia, se recomienda adoptar la tesis de los razonamientos abductivos, dejando atrás los razonamientos deductivos e inductivos; justificándose en lo que sigue.

Los razonamientos abductivos, como elementos de la NTE en la medida en que permiten organizar información, han recibido gran acogida en el campo de la inteligencia artificial y, con ello, en el manejo de las evidencias. Empero, pocos se han detenido para ver las necesidades que en materia legal, desde el punto de vista de la investigación, se han generado, hasta el punto de entender que en materia jurídica, su análisis y estudio, proviene de un razonamiento estructurado. Esto, sin embargo, se puede observar en los trabajos destacados de Anderson y Twining. Ellos definen los razonamientos abductivos como un “*proceso creativo del uso del conocimiento para generar una tesis que tendrá que ser contrastada a lo largo de la correspondiente investigación*” (MacCrimmon & Tiller, 2002: 314).

De tal modo, para el presente trabajo se puede considerar la posibilidad de desarrollar una investigación a partir de lo expuesto por la NTE, ya que permite la conformación, en un mismo estadio, de todos los elementos necesarios dirigidos a la verificación de una hipótesis determinada. Pero esto también se justifica en la naturaleza propia de los razonamientos del tipo abductivo, ya que estos son considerados como organizadores del material que sustenta la tesis en cuestión.

De tal manera, frente a un escenario donde se busca la determinación de un evento efectuado en el pasado, lo mejor es la utilización de los razonamientos de tipo abductivo.

### C. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LOS MAPAS DE EVIDENCIA Y LA RELACIÓN ENTRE ELLOS

Los mapas de evidencia están conformados por ciertos elementos que son los requisitos esenciales con los cuales se puede construir un razonamiento para el desarrollo de una investigación específica. El primero de ellos, el *factum probans* o hecho probado, y el segundo, el *factum probandum* o hechos por probar.

El *factum probans* constituye el material orientador del investigador, ya que es la información obtenida a raíz de sus actividades. Esta evidencia puede ser de dos clases: circunstancial o testimonial. La primera reúne todos los elementos materiales que pueden servir de prueba, que describen el estado de las cosas en el mundo; de tal manera, se pueden considerar como evidencias circunstanciales el arma de fuego, la sangre derramada en el tapete, el vidrio roto, etc. La evidencia testimonial se refiere a las narraciones que realizan las personas acerca de determinado hecho. (Marrero, 2006).

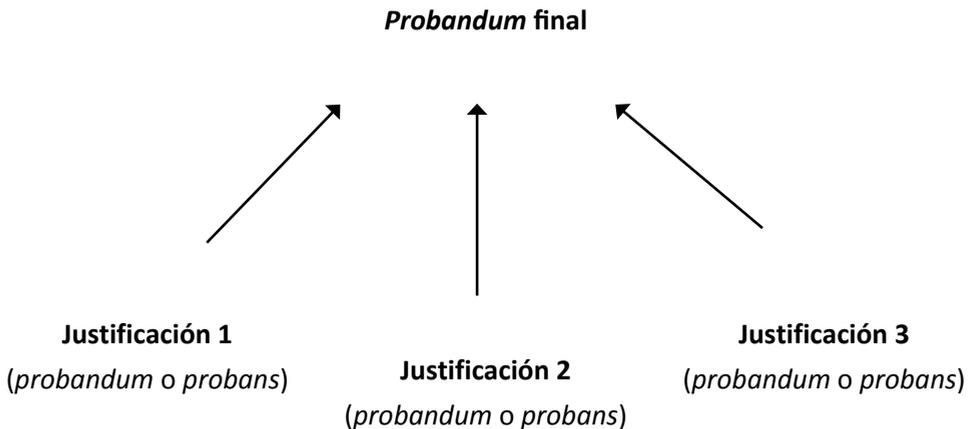
El segundo elemento de los mapas de evidencia es el *factum probandum*: todas aquellas inferencias que se pueden extraer del material obtenido (*factum probans*). El *factum probandum* implica una serie de hechos por probar, que son el punto de llegada de la información recaudada. Estas inferencias deben ser corroboradas mediante la investigación y evaluadas según su pertinencia y relevancia en el transcurso de la misma.

Como se ve, el mapa de evidencia contiene la relación entre el conjunto de *factum probans* y el de *factum probandum*, para configurar una tesis adoptada: el *probandum* final, que no es más que la hipótesis hacia la que se dirige este gran proceso de razonamiento.

Tal y como se observa, analizar y evaluar sistemáticamente (desde los criterios que se tienen para ello) cualquier reconstrucción a partir de información que haya ocurrido en el pasado, requiere los siguientes elementos (Marrero, 2006):

- a. La elección de las evidencias que darán fundamento fáctico a la narrativa (*factum probans*).
- b. Las diferentes relaciones que el argumentador atribuye a las evidencias seleccionadas.

- c. Las inferencias que cada argumentador piensa que puede extraer de las evidencias que seleccionó (*factum probandum*).
- d. Los significados histórica o jurídicamente relevantes que cada argumentador atribuye a las evidencias seleccionadas.
- e. La tesis final a defender (*probandum final*).
- f. De acuerdo con lo anterior, se puede establecer que la relación entre el *probandum final* y sus correspondientes *factum probans* o *factum probandum*, resulta del grado de suficiencia que cada uno de los *factum* tiene para apoyar el *probandum final*. Es así como en un determinado razonamiento, las diferentes justificaciones (*factum*) pueden tener una firmeza tal, que cada una de ellas pueda apoyar independientemente la tesis (*probandum final*) que el razonamiento predica. Esto se ve reflejado en la siguiente figura, en la cual se muestra un razonamiento de carácter múltiple, en el que cada una de las justificaciones defiende, sin necesidad de acudir a las demás, la tesis principal del razonamiento (Walton, 1996):



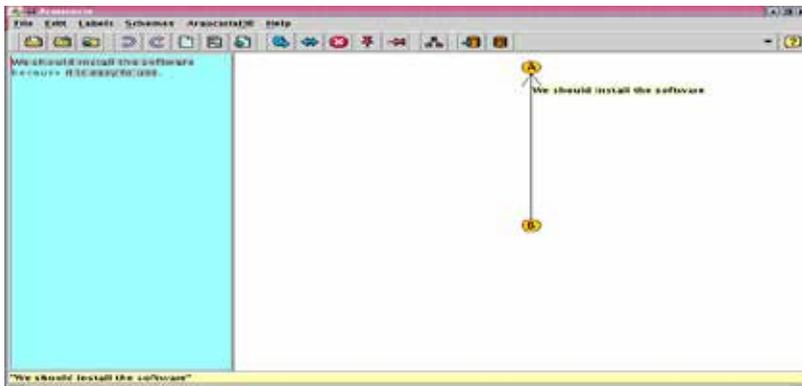
Pero existen ocasiones en que cada uno de los *factum* no es suficiente para apoyar independientemente la tesis principal, sino que debe apoyarse en las demás justificaciones para brindar apoyo ideal a la tesis (*probandum final*). Esto se puede ver en el siguiente diagrama, el cual representa un razonamiento compuesto, en donde cada una de las justificaciones, junto con las demás, apoya la tesis:



### D. ARAUCARIA: UNA HERRAMIENTA SENCILLA QUE FACILITA EL TRABAJO CON MAPAS DE EVIDENCIA

Como se ha sostenido desde la introducción de este trabajo, se utilizará un programa llamado *Araucaria*, que facilita al usuario reconstruir un proceso de razonamiento, mediante la organización y el manejo de la información que se recaude en el ejercicio de una actividad que implique una investigación. En razón de esta organización y de este manejo, *Araucaria* permite representar la relación entre diferentes niveles producto de la búsqueda de información, niveles que constituyen el desarrollo de un razonamiento común.<sup>16</sup>

FIGURA 3



Fuente: Reed, Chris & Rowe, Glenn, 2004.

*Araucaria* fue diseñado para diagramar estructuras (como la de la figura 3). *Araucaria* trabaja a partir de la estructura básica de la teoría de la argumentación: la diagramación de un argumento destinado a justificar una tesis debe ser evaluada a partir de la naturaleza propia de las proposiciones que la defienden, junto con la fuerza (deductiva o inductiva, según sea el caso) de las inferencias que relacionan los hechos probados con los hechos por probar, haciendo posible las respectivas críticas o refutaciones argumentativas (Reed & Rowe, 2004).

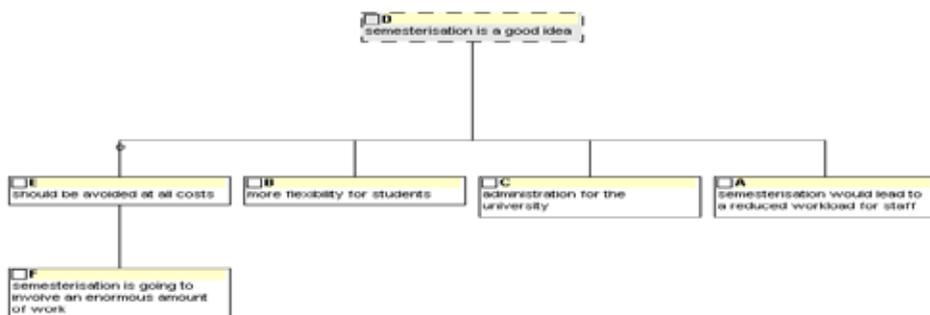
Entonces, *Araucaria* es un sistema de diagramación de argumentos y procesos de razonamiento que se expresa mediante un lenguaje especializado que permite al usuario contemplar un diagrama racional a partir de un texto cargado en

<sup>16</sup> *Araucaria* se puede descargar sin ningún costo de la página de internet <http://Araucaria.computing.dundee.ac.uk>.

el programa mismo. Por lo demás, *Araucaria* es de muy fácil manejo. El usuario que quiere diagramar un proceso de razonamiento que representa el desarrollo de una investigación utilizando las herramientas que este programa ofrece, carga el archivo de texto (.txt) que contiene la normalización dentro de una caja que se encuentra en la interfase del programa (lado izquierdo de la figura 4) y luego organiza el diagrama arrastrando cada uno de los elementos que comprenden el proceso de razonamiento reflejado en el mapa de evidencia que se quiere consolidar (*probandum final*, *penúltimo probandum*, hechos probados y hechos por probar) a la pantalla central (donde se creará el diagrama, lado derecho de la figura 3). Según las necesidades del usuario a medida que adquiere cada uno de los elementos que componen el mapa de evidencia y desarrolla su proceso de investigación, ellos se pueden interconectar arrastrando el cursor desde cada uno hasta cualquier otro, estableciendo una relación entre ellos.

Con lo anterior se puede visualizar la relación que existe entre dos proposiciones que, por ejemplo, contengan una evidencia (hecho probado) y un hecho por probar. Las líneas conectoras se generan a medida que se organizan y se relacionan cada una de las evidencias con los hechos que se quieren acreditar. En la estructura del razonamiento dichas líneas representan las inferencias que se extraen de la relación entre las evidencias recaudadas y cada uno de los hechos que quieren ser acreditados mediante el proceso de investigación. *Araucaria* permite al usuario utilizar un sistema de diagramación acorde a los elementos de la teoría de la argumentación, en el cual el proceso de razonamiento analizado puede ser visualizado mediante un mapa de evidencia que refleja los postulados de Wigmore, a los cuales se hizo referencia más arriba.

FIGURA 4



Fuente: Douglas Walton y otros, 2009

En la figura 4 se observa la tesis principal del proceso de razonamiento, sostenida por cada una de las proposiciones. De la misma manera, en el modelo de Wigmore utilizado por *Araucaria* se pueden identificar los diagramas que componen el proceso de razonamiento; es decir, los diagramas para razonamientos simples, múltiples y compuestos a los que se hizo mención más arriba. Pero el valor agregado del modelo de Wigmore, es que permite la utilización de una paleta de símbolos que determina la naturaleza de cada proposición en el transcurso de la investigación. Cada uno de los elementos de la paleta es utilizado para brindarle al mapa de evidencia una mayor claridad en cuanto a la explicación de cada uno de sus elementos, logrando con ello una aceptación de la tesis a la cual proporcionan credibilidad.

A continuación se expondrán los símbolos utilizados en el modelo de Wigmore de *Araucaria* (Twining, 1991: 112, la traducción es del autor de esta monografía).

Símbolo	Significado
	Evidencia Testimonial Afirmativa. Ej.: “M testifica que el acusado tenía un cuchillo”.
	Evidencia Testimonial Negativa: Ej.: “M testifica que el acusado no tenía un cuchillo”.
	Evidencia Circunstancial Afirmativa: Ej.: “El cuchillo fue obtenido en el lugar donde se encontraba el acusado, entonces este lo tenía”. Describe una situación que representa un estado de cosas en el mundo. Debe ser acreditada.
	Evidencia Circunstancial Negativa: Ej.: “El cuchillo fue obtenido en el lugar donde se encontraba el acusado, pero este no lo tenía”.
	Cualquier tipo de hecho judicialmente aceptado, una noticia o conocimiento común, no hay necesidad de introducirle evidencia para acreditarla.
	Todo lo que se le puede presentar a los tribunales apelando a sus sentidos.
	Evidencia que cumple función de explicación ante las autoridades de otro tipo de evidencia. Aplica principalmente para las evidencias circunstanciales.
	Evidencia de Comprobación: es la evidencia que sirve para brindarle fuerza y relevancia a otra evidencia, ya sea circunstancial o testimonial.

Por todo lo anterior, *Araucaria* es una sólida herramienta para el trabajo con los mapas de evidencia que ayudan a guiar el razonamiento propio del proceso investigativo, así como a determinar sus carencias. Es decir, tras determinar la relación entre hechos constitutivos de hechos probados y hechos constitutivos de hechos por probar (*factum probans* y *factum probandum*, respectivamente, incluyendo el *probandum final*), mediante las inferencias correspondientes, resulta ahora más sencillo identificar e incorporar en el diagrama la información faltante. Para el fiscal se convierte en una herramienta importante por que puede ofrecer a los investigadores criminales en el desarrollo del programa metodológico la utilización de los diagramas de los mapas de evidencia, como instrumentos para la identificación, elaboración, corroboración, organización, evaluación de información y su correspondiente análisis.

Por lo tanto, la consecuencia fundamental de la utilización de los mapas de evidencia es la mejora en el desempeño de la labor del investigador en cuanto a su eficiencia investigativa. ¡Qué mejor avance que utilizar *Araucaria*, un programa que utiliza los mapas de evidencia para diagramar un proceso argumentativo basado en las evidencias recaudadas durante la investigación!

### III. IMPLEMENTACIÓN DE LA PROPUESTA PLANTEADA

Hasta el momento se han trabajado, por un lado, la investigación criminal bajo los lineamientos de la Ley 906 de 2004 y el desarrollo académico de los mapas de evidencia, vistos como una herramienta metodológica que permite visualizar un proceso de razonamiento a través de diagramas alcanzados con el programa *Araucaria*. Es hora de probar la propuesta de este documento, analizando la investigación criminal realizada por la Corte Suprema de Justicia mediante la cual se definió la situación jurídica de un grupo de congresistas por el establecimiento de pactos políticos con los grupos paramilitares.

La razón por la cual se acude a la investigación desarrollada por el Alto Tribunal se debe a las similitudes que presenta con las actividades que desarrolla la FGN en desarrollo de sus funciones.

#### A. RELACIÓN ENTRE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y LOS MAPAS DE EVIDENCIA

Se reitera, que ni la ley ni la FGN determinan la manera en la cual los fiscales deben comportarse en desarrollo de una investigación criminal, por ello cabe

la posibilidad de implantar nuevas herramientas para que el ente investigador cumpla a cabalidad su función y por ende este pueda hacer uso de los mapas de evidencia.

Lo anterior en dirección a lo apoyado por la tesis de Perelman quien determina que cualquier proceso de investigación penal debe abandonar los métodos tradicionales de indagación y preponderar las estrategias que le brinden al proponente del razonamiento ciertos mecanismos capaces de refutar la idea de que la ciencia es la única fuente de conocimiento humano (Perelman, 1989).

Por consiguiente, aunque la investigación criminal no busca establecer en un universo específico la verdad de lo sucedido (como ya se explicó en su momento), sino mecanismos mediante los cuales se crean buenas razones para actuar con mediana convicción de que tal verdad existe, es posible utilizar los mapas de evidencia para, a través de sus capacidades en materia de la creación y posterior defensa de un razonamiento, no identificar la verdad de los hechos, sino organizar la información en diferentes niveles.

#### **i. Utilización de los mapas de evidencia y *Araucaria* en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia**

A continuación se mostrará la manera en la que el programa *Araucaria* despliega las funciones de los mapas de evidencia aplicados a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, fechada el día 14 de mayo de 2007. En ella, esa corporación resuelve la situación jurídica de los congresistas Miguel Alfonso De la Espriella Burgos, Juan Miguel López Cabrales, Reginaldo Enrique Montes Álvarez, William Alfonso Montes Medina y José De Los Santos Negrete Flores.

La primera cuestión que tenía que resolver el ente investigador en la presente providencia era si se cumplían los presupuestos para la definición de la situación jurídica de cada uno de los implicados. Cabe aclarar que la situación jurídica debe ser definida en aquellos casos en que sea procedente dictar medida de aseguramiento, siendo la única detención preventiva que nuestro ordenamiento procesal penal acepta. Este, entonces, es el *probandum final* (A) que se representa en el mapa de evidencia: proceden las medidas de aseguramiento.

Para satisfacer la procedencia de la medida de aseguramiento, como medida preventiva y así definir la situación jurídica de los implicados, deberán acreditarse dos circunstancias que dan lugar al establecimiento de esas medidas, circunstancias que se representan en el mapa de evidencia como tesis subordinadas al *probandum final* (A). La primera de esas tesis subordinadas (el penúltimo *pro-*

*bandum* B) hace referencia a la ocurrencia de un delito. La segunda circunstancia que deberá acreditarse tiene relación con la detención preventiva, lo cual se mostrará más adelante, pero por ahora basta señalar que esta circunstancia es representada en el mapa de evidencia como la otra tesis subordinada al *probandum* final (A): el penúltimo *probandum* C.

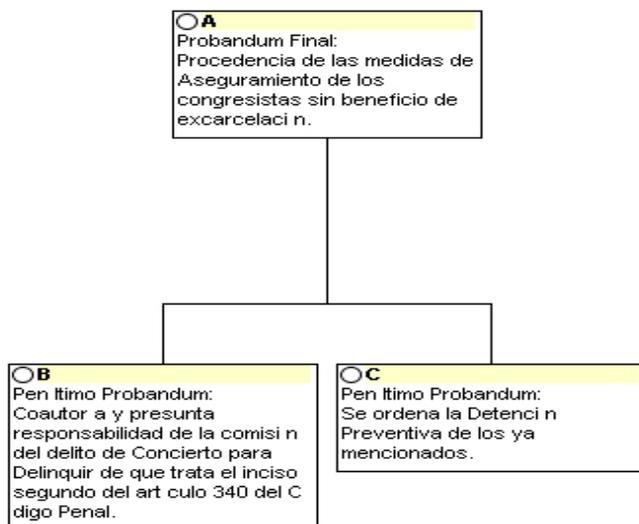
Así, las tesis subordinadas (penúltimo *probandum*) que apoyan al *probandum* final (A) son, respectivamente, las siguientes:

**B. Penúltimo *Probandum*:** está demostrada la coautoría y presunta responsabilidad de los congresistas en la comisión del delito de concierto para delinquir de que trata el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal.

**C. Penúltimo *Probandum*:** procede la detención preventiva de los congresistas.

Lo anterior puede evidenciarse en la figura 5, diagrama que estructura la definición de la situación jurídica de cada uno de los congresistas implicados en el proceso.

FIGURA 5

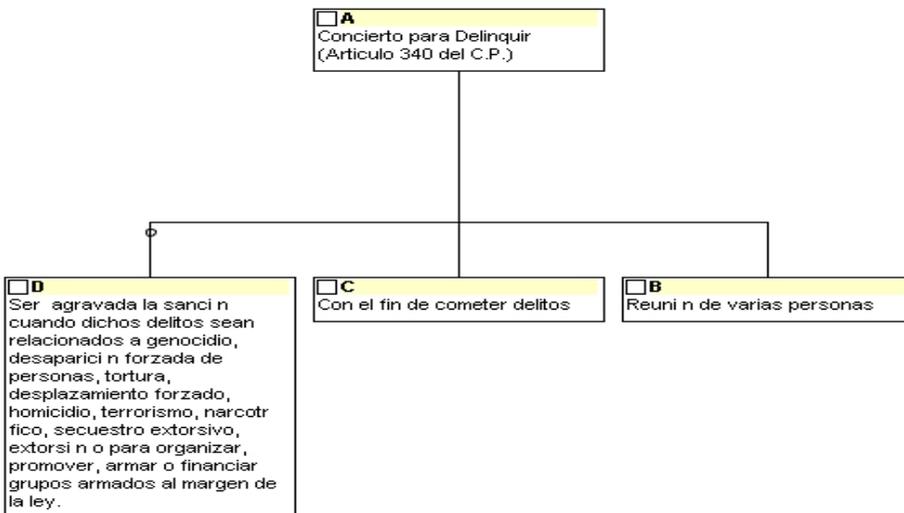


Fuente: elaboración propia a través de *Araucaria*.

Ahora bien, el concierto para delinquir tiene fijado los elementos de su tipo penal en el artículo 340 del Código Penal que establece para su configuración; a) la reunión de varias personas y b) con el fin de cometer delitos. Como agravante del tipo penal se encuentra que sí el concierto para delinquir esté relacionado con los delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o el concierto para delinquir esté encaminado a organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena se incrementará.

Usando *Araucaria* pueden representarse los diagramas de los mapas de evidencia correspondientes al proceso de razonamiento necesario para determinar la ocurrencia de la comisión de una conducta delictiva a partir de las evidencias recaudadas. Las letras B y C del diagrama en la figura 5 representan los hechos por probar dentro de la investigación criminal que deben ser acreditados para demostrar la configuración del supuesto típico del concierto para delinquir, consagrado en el artículo 340 del Código Penal, ya citado. La letra D configura la situación de agravación punitiva que, del mismo modo que el tipo penal, debe ser acreditada a partir de otras evidencias.

**FIGURA 6**

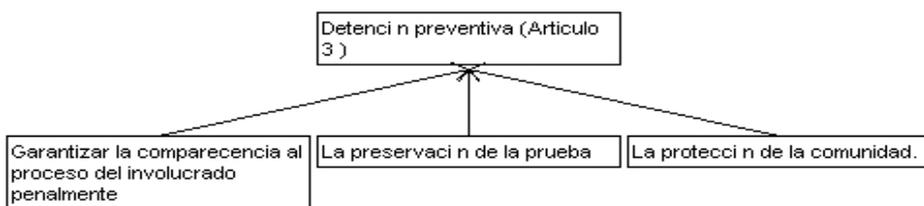


Fuente: Elaboración propia a través de *Araucaria*.

De este modo, si se quiere defender la tesis principal de la procedencia de las medidas de aseguramiento, tiene que acreditarse la ocurrencia de una actividad delictiva, como el concierto para delinquir (tesis subordinada B en la figura 5). A su vez, esta tesis tendrá que ser probada mediante el material recaudado, con la relación de hechos probados y hechos por probar. Este esfuerzo se lleva a cabo complementando el diagrama presentado en la figura 6.

Habiendo agotado el examen preliminar de la tesis B en la figura 5, llega el momento de realizar un examen similar para la tesis C contenida en ese mismo diagrama. Según el artículo 3 de la Ley 600 de 2000, la detención preventiva opera con el propósito de garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la preservación de las pruebas y la protección de la comunidad. *Araucaria* permite diagramar el proceso de razonamiento a través del cual se verifican estos supuestos jurídicos mediante el siguiente mapa de evidencias:

**FIGURA 7**



Fuente: elaboración propia

En este momento es conveniente aclarar que los diagramas elaborados en el presente punto, referentes al sostenimiento del *probandum* final (A en la figura 5) y de la comisión de la conducta típica del concierto para delinquir (A en la figura 6 y en la figura 7), operan con un proceso de razonamiento de carácter compuesto, el cual exige la satisfacción de todos y cada uno de los presupuestos que hacen parte del mismo para sostener la tesis adoptada en la investigación. Por su parte, para la demostración de la procedencia de la detención preventiva (en la figura 7) basta demostrar uno de sus presupuestos, ya que la relación entre ellos y la tesis que apoyan se da dentro de un proceso de razonamiento de carácter múltiple, en el cual cada una de las evidencias apoya completamente la necesidad de que se decrete la detención preventiva.

Una vez establecida la estructura fundamental del proceso de razonamiento que el ente investigador acreditará para dictar las medidas de aseguramiento correspondientes, habrá que establecer las evidencias relacionadas con cada una de las tesis subordinadas, construyendo el razonamiento a partir de las inferencias que se extraigan de los hechos probados y que conduzcan a los hechos por probar. Es por esto que a continuación se presentará una lista de cada uno de los hechos probados y los hechos por probar dentro del proceso de investigación criminal de los congresistas envueltos en nexos con los grupos paramilitares, explicitando a qué clase de evidencia corresponde cada uno según la paleta de símbolos de Wigmore expuesta en el segundo punto de este trabajo. Esta lista se conoce, dentro de la teoría wigmoriana, como una lista de entrada.

### Lista de entrada

- **Probandum final:** procedencia de las medidas de aseguramiento de los congresistas sin beneficio de excarcelación.
- **Penúltimo probandum:** está demostrada la coautoría y presunta responsabilidad de los congresistas en la comisión del delito de concierto para delinquir de que trata el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal.
- **Penúltimo probandum:** Procede la detención preventiva de los congresistas.
- Según los voceros más reconocidos de las fuerzas ilegales, en julio de 2001 Salvatore Mancuso, Roberto Tovar Pupo, Edgard Cobos Téllez y Diego Fernando Bejarano, convocaron a congresistas de ese entonces, entre quienes se destacan Miguel De la Espriella, Juan Manuel López Cabrales, Reginaldo y William Montes, y Alfonso Antonio Campo Escobar, a la reunión que se realizaría el 23 de ese mismo mes bajo la coordinación de los paramilitares de Santafé de Ralito, a la cual también asistió José de los Santos Negrete. (Hecho probado). Evidencia testimonial.
- Los congresistas asistieron a la reunión convocada por los miembros más relevantes de las organizaciones paramilitares para el 23 de julio de 2001 en Santafé de Ralito. (Hecho por probar).
- Se suscribió un acuerdo en el que los políticos, empresarios, funcionarios públicos y paramilitares se comprometían a refundar la patria, firmar un nuevo pacto social y conformar comisiones de trabajo cuyos resultados serían objeto de evaluación posterior. (Hecho por probar).
- Rodrigo García Caicedo dijo que después de un período de penetración en

el que, gracias a la voluntaria o forzada colaboración de algunos sectores de la comunidad, especialmente el ganadero, el proyecto paramilitar se expandió por las regiones del país. (Hecho probado). Evidencia testimonial.

- Rodrigo García Caicedo es un importante ganadero de la región y quien estableció los primeros contactos entre el gobierno del presidente Pastrana y las autodefensas. (Hecho probado). Evidencia explicativa.
- Según declaraciones de Salvatore Mancuso del 16 de enero de 2007 ante la Fiscalía de Justicia y Paz, y del 21 de marzo del mismo año en el proceso de la Corte (radicado 26.625), los grupos paramilitares lograron un inicial apoderamiento de vastos territorios en los que impusieron sus reglas. (Hecho probado). Evidencia testimonial y judicialmente aceptado.
- Según las mismas declaraciones mencionadas, los grupos paramilitares asumieron el control absoluto de las relaciones sociales: dirimían controversias civiles, solucionaban conflictos familiares, en fin, ejercían un control territorial, político, social y económico pleno. (Hecho probado). Evidencia testimonial y judicialmente aceptado.
- El proyecto paramilitar se expandió por grandes zonas del país, apoderándose no solo de vastas zonas territoriales, sino ejerciendo control absoluto de todas las relaciones sociales, políticas y económicas de las comunidades en las que hacían presencia gracias a la colaboración de la misma comunidad. (Hecho por probar).
- Los senadores De la Espriella Burgos y Montes Álvarez dijeron que en el período de la expansión militar de los paramilitares se produjeron numerosas muertes de candidatos a cargos de elección popular y alcaldes en ejercicio que se negaron a contemporizar con los jefes paramilitares, como sucedió con Pedro Montiel y Mauricio Garnica Díaz. (Hecho probado). Evidencia testimonial.
- El apoderamiento público de los grupos paramilitares en las zonas descritas, se realizó de manera gradual y violenta. (Hecho por probar).
- Cristian Moreno Panezo, testigo dentro del proceso radicado 26.470, expuso la forma como se realizó dicho apoderamiento gradual. Dijo que “en cada uno de los municipios fueron situados jefes urbanos y rurales que, acompañados de sus escuadras de hombres, eran encargados de ejercer presencia continua en la dinámica cotidiana de sus respectivos territorios. De tal forma se empezaron a ejecutar acciones de sicariato contra las

organizaciones delincuenciales de la región, y así empezaron a ser reconocidos no solo en las zonas rurales sino en las urbanas e incluso fueron incluidos dentro de los círculos sociales y económicos de cada localidad. La progresiva penetración que alcanzaron estas estructuras del paramilitarismo los acercaron al quehacer de lo público, explícitamente en la dinámica propia de las entidades públicas, empresas de servicios públicos descentralizadas, hospitales y demás entes del Estado social”. (Hecho probado). Evidencia testimonial.

- Alfonso Palacio Niño, testigo en el mismo proceso del señor Moreno Páez, dijo que: “después de las acciones violentas que comenzaron a desarrollarse, que se reflejan en centenares de muertos que fueron dejando en todo el departamento, se pudo ir observando cómo también fueron copando procesos de tipo político donde se comenzaron a reflejar acciones de intimidación hacia candidatos, personas que estaban en el ambiente político (...). Dado esto, se originó, gracias a la complicidad de los dirigentes y líderes políticos, el control y la dominación por parte de los paramilitares de las alcaldías, los concejos, y los espacios en el Congreso en diferentes elecciones”. (Hecho probado). Evidencia testimonial.
- Los mismos congresistas vinculados a este proceso han declarado que la razón por la cual asistieron a la mencionada reunión de Santafé de Ralito era “el temor generalizado que se vivía en la región, producto de la constante y pública injerencia de las autodefensas en todas las esferas de la vida cotidiana en sus zonas de influencia”. (Hecho probado). Evidencia testimonial.
- Los congresistas asistieron a la reunión convocada por los jefes paramilitares, por el miedo, la intimidación e influencia del grupo ilegal en las zonas a que ellos pertenecían. (Hecho por probar).
- Esmeralda Enith González Bechara dijo que la presencia de las autodefensas en la zona de Canalete y en toda la geografía del departamento de Córdoba era pública, nadie se atrevía a denunciar por temor, se tenían dificultades para hacer política, las autodefensas citaban a la gente, manejaban puestos, cobraban porcentaje sobre los contratos de obras, solo podían aspirar los candidatos que permitían, convocaban a reuniones con los que se inscribían y los que asistían eran los que “alineaban”. (Hecho probado). Evidencia testimonial.
- Esmeralda Enith González Bechara es una líder política de la época, en el municipio de Canalete y afín con el movimiento del senador Reginaldo

Montes. (Hecho probado). Evidencia explicativa.

- Luis Carlos González Flores dijo que “para las elecciones de 2002 las autodefensas obligaron a la gente a votar, pues iban a las casas y les decían por quién debían hacerlo, señalando que este tipo de coacción solo se dio en relación con los candidatos a concejos municipales, alcaldías municipales y Asamblea Departamental, pues para el Congreso de la República se ejercía prohibiendo el proselitismo en determinados municipios”. (Hecho probado). Evidencia testimonial.
- Luis Carlos González es un dirigente político local del movimiento del senador Reginaldo Montes. (Hecho probado). Evidencia explicativa.
- Joaquín José Vives dijo en su declaración del 16 de abril, rendida en el proceso 26.470 y trasladada al presente proceso, que “para el año 2001 aparecen documentados unos acuerdos que fueron celebrados con la participación de los jefes paramilitares, en los que se convenía la distribución territorial del electorado con la finalidad de acceder al Congreso de la República, se establecían pactos de apoyo a algunos aspirantes o simplemente se autorizaba el ejercicio de la actividad proselitista a determinados candidatos en territorios específicos”. (Hecho probado). Evidencia testimonial.
- Miguel De la Espriella Burgos, a raíz de la entrevista dada al periódico *El Tiempo*, publicada el 26 de noviembre de 2006, dijo que se había celebrado un encuentro entre jefes paramilitares y congresistas de la república, entrevista en la cual no reveló la identidad de los concurrentes. (Hecho probado). Evidencia testimonial.
- Solamente se conocieron los nombres de los concurrentes a la reunión que el Senador De la Espriella había expresado, cuando el 16 de enero de 2007, Salvatore Mancuso entregó el documento suscrito por los congresistas a la Fiscalía de Justicia y Paz. (Hecho probado). Evidencia circunstancial.
- Los congresistas Juan Manuel López Cabrales, Reginaldo Montes, William Montes y Miguel Alfonso De la Espriella, en declaraciones de marzo 16 de 2007, diciembre 18 de 2006 y marzo 20 de 2007 respectivamente, admitieron su presencia en la reunión del 23 de julio en Santafé de Ralito, pero que fueron intimidados por el grupo ilegal para su asistencia. (Hecho probado). Evidencia testimonial.
- El doctor López Cabrales declaró que su asistencia el 23 de julio de 2001

a Santafé de Ralito se debió a que tenía que explicarle al señor Salvatore Mancuso un allanamiento que realizó la FGN a una de sus propiedad en la región, y así demostrarle su ajenuidad con el hecho referente y así conseguir que se le perdonara la vida. “Después el señor Mancuso me pidió que me quedara a la reunión que había ese día, con el fin de que terminara de explicarle la situación del allanamiento que no le había quedado claro”. (Hecho probado). Evidencia testimonial.

- Reginaldo Montes dijo que su segundo renglón a la Cámara de Representantes, Luis Álvarez, le manifestó que la citación que le había hecho “Sebastián” había que cumplirla y a ella asistió en su compañía; totalmente conculcada su voluntad, según dijo. (Hecho probado). Evidencia testimonial.
- William Montes adujo dos razones para asistir a la reunión con los jefes paramilitares: la primera, el temor a su integridad física y la de su familia; y la segunda, que cuando lo citaron le dijeron que unos profesores extranjeros iban a dictar una conferencia sobre la política de paz. (Hecho probado). Evidencia testimonial.
- Miguel Alfonso De la Espriella dijo: “asistí a la reunión bajo la intimidación, no solamente por el carácter y la entonación que le puso el llamado “Sebastián” cuando me llamó a mi teléfono a decirme que la asistencia a dicha reunión era de carácter obligatorio y que si no iba tenía que asumir las consecuencias, sino también por esa coacción insuperable que operaba en las mentes de todos los cordobeses debido al control total que los ilegales tenía en la zona”. (Hecho Probado). Evidencia Testimonial.
- Los congresistas guardaron silencio de la ocurrencia de esa reunión, desde el 23 de julio de 2001, fecha en la cual se efectuó dicho encuentro en Santafé de Ralito, hasta la entrega, el 16 de enero de 2007, por parte del jefe paramilitar Salvatore Mancuso del documento que reflejaba el acuerdo. Es decir, los congresistas guardaron silencio por más de seis años. (Hecho por probar).
- Los congresistas indagados, excepto el señor De la Espriella Burgos, dijeron que desconocían el documento que firmaron, e insisten que lo que firmaron fue un registro de asistencia a la reunión. (Hecho probado). Evidencia testimonial.
- El congresista De la Espriella, Antonio Burgos De la Espriella, Jaime Augus-

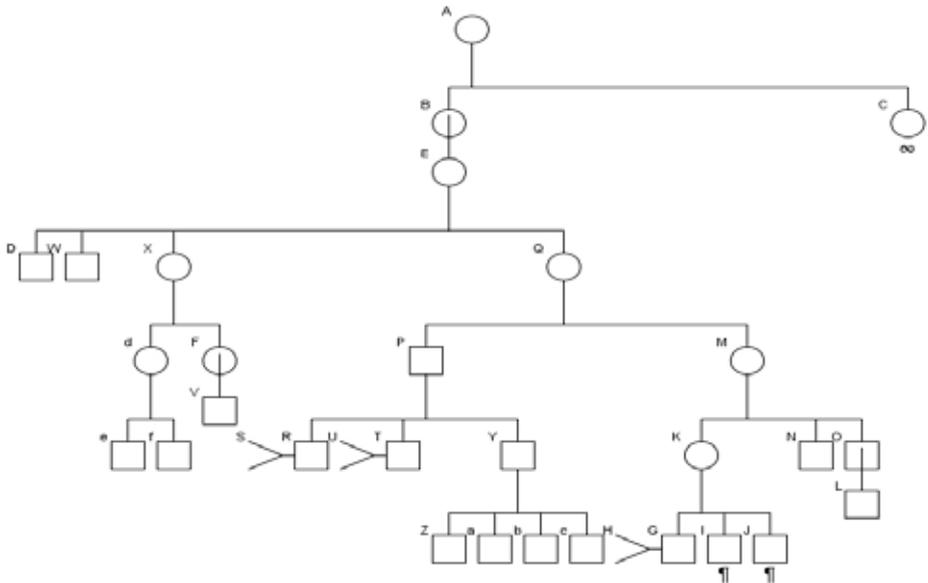
to García y el jefe paramilitar Salvatore Mancuso, expresaron que el documento fue leído ante todos los asistentes a la reunión antes de firmarse. (Hecho probado). Evidencia testimonial.

Con base en los elementos de esta lista de entrada, el trabajo del ente investigador fue clave para determinar la decisión que la Corte Suprema tomó mediante la providencia referida. Las inferencias que se lograron obtener a partir de las evidencias recaudadas dieron lugar a la justificación de la situación jurídica de cada uno de los implicados: su correspondiente medida de aseguramiento. Hay que tener en cuenta que la estructura lógica de la narrativa construida por parte de los investigadores es una combinación entre procesos de razonamiento simple, compuesto y subordinado, tal y como se muestra a continuación en los mapas de evidencia elaborados con *Araucaria* y presentados en la figura 8 y en la figura 9:

**FIGURA 8**



FIGURA 9



Como se observa al examinar la relación de los hechos probados, hechos por probar y el correspondiente proceso de investigación (todo ello plasmado en los mapas de evidencia contruidos con apoyo de *Araucaria*, figura 8 y figura 9), este arrojó varias posibilidades que le corresponde al investigador depurar, con el fin precisar su propio proceso de razonamiento, tendiente a la defensa de una tesis determinada.

Del análisis del proceso de razonamiento plasmado en los mapas de evidencia contenidos en la figura 8 y en la figura 9 se extrae la importancia que dentro del proceso de investigación toma el análisis de las evidencias tendientes a demostrar la marcada influencia de los grupos al margen de la ley, especialmente de los grupos paramilitares, en ciertas zonas de fervor político de los congresistas involucrados. Cabe anotar que la estrategia argumentativa del ente investigador fue determinante a la hora de establecer los nexos de los congresistas con los paramilitares a partir de las declaraciones de estos últimos, por un lado, y de los textos de los acuerdos en los cuales se vieron involucradas las voluntades tanto de congresistas como de los grupos paramilitares, por el otro.

La utilización de los mapas de evidencia que *Araucaria* facilita ha permitido la planificación de las actividades que el fiscal tuvo que realizar para poder determinar la defensa de su punto de vista (A), junto con la posibilidad de visualizar el

diagrama que representa la amplitud del proceso de razonamiento que se debe tener en cuenta para formalizar la tesis pretendida.

Los *factum probans* se determinaron mediante cada una de las indagaciones que realizó el ente investigador a la hora de desempeñar su labor. Se recogieron a través de todas y cada una de las entrevistas con las personas que acreditaban la posible firma de un pacto entre políticos y paramilitares, junto con las evidencias que reflejaban tal conducta por parte de los primeros. Luego, por medio de los *factum probandum*, se obtuvieron todas las inferencias que conectaban los diferentes niveles del razonamiento, tal y como lo fue la reunión que se llevó a cabo en el municipio de Santafé de Ralito por parte de los jefes paramilitares de la época junto con los políticos distinguidos, con el fin de firmar un acuerdo que les permitiese “*refundar la patria*” (proposición F).

Una vez visto lo relacionado con la aplicación de *Araucaria* a un caso determinado, se puede establecer que el objetivo de la investigación criminal no es conocer la verdad, sino recrear, mediante un análisis, la información que respalda una hipótesis.

A la investigación criminal en Colombia, actividad que desarrolla la FGN a través de sus funcionarios, se le puede brindar elementos que le permitan sintetizar, organizar y manejar de una manera más adecuada la información que recauda en el proceso investigativo de una conducta punible, ya que no existe un mandato obligatorio que le indique cómo proceder a cumplir su labor constitucional y legal.

Así, en el desarrollo del programa metodológico de una investigación criminal se encuentran las respuestas de las cuestiones que se han formulado para iniciar la investigación desde la etapa de observación.

El uso de los mapas de evidencia, permite la satisfacción de los elementos esenciales del programa metodológico, al igual que el planteamiento de la tesis que ha sido adoptada por el fiscal en la etapa de formulación, de acuerdo al análisis del material que ha recaudado en la etapa de observación. Esto es así ya que el programa metodológico, siendo una herramienta metodológica, procura la consolidación de una estructura de razonamiento que permita al fiscal determinar, a partir de las evidencias recaudadas, las actividades para llevar a cabo su labor investigativa, su análisis, y la hipótesis que delinearé la investigación criminal que posteriormente será llevada a corroboración ante el juez de conocimiento.

La eficiencia en los procesos investigativos está relacionada con la calidad de la investigación. De tal modo, a partir de la implementación de los mapas de evidencia a la hora de construir el Plan Metodológico que ordena el artículo 207 de

la Ley 906 de 2004, el fiscal podrá inferir qué tipo de actividades requiere, o qué tipo de información necesita para desarrollar la investigación y para prepararla antes de los embates de la contraparte. El mapa de evidencia permite examinar detenidamente y por anticipado estos aspectos, lo que se reflejará en la eficiencia de las actividades investigativas.

De tal modo, en el desarrollo del mapa de evidencia se puede identificar claramente la información necesaria que se requiere para apoyar la tesis adoptada, junto con la posibilidad de anticipar las debilidades que se le pueden presentar al desarrollo de los proceso de razonamiento y así consolidar la solidez del mismo.

Por lo tanto, la consecuencia fundamental de la utilización de los mapas de evidencia es la mejora en el desempeño de la labor del investigador en cuanto a su eficiencia y calidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. 2006. Litigación penal, juicio oral y prueba. Concordancia con la legislación colombiana; HARTMANN, Mildred. Bogota: Grupo Editorial Ibáñez.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 600 de 2000.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 906 de 2004.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 2000. Décima Cuarta Edición. Compilada, Concordada y Anotada. Bogotá D.C.: Editorial Leyer.
- FERRAJOLI, Luigi. 2001. Derecho y Razón, teoría del garantismo penal. Quinta Edición. Madrid: Ediciones Trotta.
- LANGER, Máximo. 2009. “Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de Ideas Legales desde la Periferia”. En Revista de Derecho Procesal Penal. Número Extraordinario. El proceso Penal Adversarial – Tomo II. Página 53. Rubinzal Culzoni Editores.
- MACCRIMMON, Marilyn & TILLER, Peter. 2002. The dynamics of judicial proof: computation, logic, and common sense. New York: Physica-Verlag.
- MARRERO AVENDAÑO, Danny. 2006. “¿Cómo son posibles los argumentos entorno a Auschwitz?: o sobre el uso de las narrativas fácticas en la Historia y el

- Derecho". En *Vniversitas*, ISSN 0041-9060, N° 112. Págs. 215-263.
- MARTÍNEZ, Wilson Alejandro. 2005. "Problemática de la Metodología de la Investigación Criminal". En *Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- PERELMAN, Chaim. 1989. *Tratado de la Argumentación*. Madrid: Editorial Gredos.
- TILLER, Peter y SHUM, David. 1991. "A Theory of Preliminary Fact Investigation" *U.C. Davis L. Rev.* 931 July 1991. La investigación reportada en este artículo fue avalada por la Fundación Grants de Ciencias Nacionales.
- TWINING, William y ANDERSON, Terence. 1991. *Analysis of Evidence. How to do things with facts based on Wigmore's Science of Proof*. Northwestern University Press.
- TWINING, William. 1985. *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*. London: Jurists-Profiles in Legal Theory Weidenfeld & Nicolson.
- . 1994. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. Cap 11. Illinois: NorthWestern University Press Evanston.
- WALTON, Douglas. 1996. *Argumentation Schemes for Presumptive Reasoning*. Mahwah, N.J.: L. Erlbaum Associates.
- . 2005a. *Argumentation Methods for Artificial Intelligence of Law*. Berlin: Springer.
- . 2005b. "Begging the Question in Arguments Based on Testimony". *Argumentation* 19, 85-113.
- WIGMORE, John. 1937. *The science of judicial Prof: As given by logic, psychology and general experience, and illustrated in judicial trials*. Boston: Little. Brown. 1937.

## CIBERGRAFÍA

- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). 2006. "La Reforma Procesal Penal en Colombia". Informe elaborado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas en colaboración del Centro de Excelencia en la Justicia. Fueron redactores del mismo, Mildred Hartmann, Carolina Villadiego y Cristián Riego. Ubicado en: <http://www.cejamericas.org/cejacomunity/?id=369&item2=4256> (consultado noviembre de 2009).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Constitucionalidad, C-1154 de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. República de Colombia, Bogotá D.C.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Módulo de Formación para Fiscales En: “Programa Metodológico”. Versión Preliminar. 2006. Documento realizado por la FGN para los módulos de formación de sus fiscales de acuerdo a la entrada en vigencia del Sistema Acusatorio. Ubicado en: [www.fiscalia.gov.co/moduloseiccf/Programa%20Metodologico.pdf](http://www.fiscalia.gov.co/moduloseiccf/Programa%20Metodologico.pdf) (consultado noviembre de 2009).

REED, Chris & ROWE, Glenn. “Araucaria: Software For Argument Analysis, Diagramming And Representation”. Division of Applied Computing. University of Dundee. 2004. Ubicado en <http://babbage.computing.dundee.ac.uk/chris/publications/2004/ijait.pdf> (consultado noviembre de 2009).

———. “Evaluating Corroborative Evidence”, en Proceedings of the Conference of the International Society for the Study of argumentation (ISSA), SicSat, Amsterdam, pp. 881-885. 2006. Ubicado en; [http://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/06issa\\_walton\\_reed.pdf](http://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/06issa_walton_reed.pdf) (consultado noviembre de 2009).

## LISTA DE FIGURAS

**Figura 1.** Esquema que ejemplifica los ejercicios intelectuales que el programa metodológico ofrece a los investigadores. Elaboración propia del autor.

**Figura 2.** Diagrama que refleja un proceso de razonamiento. Este fue realizado a través del programa *Araucaria*. Elaboración propia del autor.

**Figura 3.** Tomado de Reed, Chris & Rowe, Glenn. “Araucaria: Software For Argument Analysis, Diagramming And Representation”. Division of Applied Computing. University of Dundee. 2004. Ubicado en <http://babbage.computing.dundee.ac.uk/chris/publications/2004/ijait.pdf> (consultado noviembre de 2009).

**Figura 4.** Estructura reflejada por las teorías de Wigmore. Tomado de Douglas Walton y otros. *Araucaria as a Tool for Diagramming Arguments in Teaching and Studying Philosophy*. Teaching Philosophy, 29:2, June 2006. Ubicado en: <http://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/06AraucariaTeachingPhil.pdf> (consultado noviembre de 2009).

**Figura 5.** Modelo a escala del proyectado por el programa *Araucaria* basándose en los modelos de proyección de Jonh Wigmore, referente a las necesidades que deben ser acreditadas para la definición de las medidas de aseguramiento dictadas contra los implicados en el caso bajo examen sin beneficio de excarcelación. Elaboración propia del autor.

**Figura 6.** Modelo de la adecuación típica del delito de Concierto para delinquir, proyectado por *Araucaria* basado en el modelo de Wigmore. Elaboración propia del autor.

**Figura 7.** Tomado de *Araucaria*, referente a los requisitos que deberán acreditarse para dictaminar por parte de las autoridades la correspondiente detención preventiva, vista bajo el modelo estándar que el programa ofrece. Elaboración propia del autor.

**Figura 8.** Una vez realizado todo el proceso de construcción y posterior evaluación del razonamiento extraído a partir de la información recaudada en la investigación de la parapolítica, se proyecta el modelo de mapas de evidencia del caso en estudio. Elaboración propia del autor.

**Figura 9.** Mismo modelo de la figura 8, pero presentado mediante la naturaleza de cada hecho por probar. Elaboración propia del autor.

# LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA INVESTIGACIÓN GENÉTICA EN HUMANOS ESTUDIO JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL: 1992-2009\*

*Luz Mary Bermúdez Llanos\*\**  
*Diego Mauricio Téllez Guevara\*\*\**

**Sumario:** INTRODUCCIÓN. I. Panorama de la investigación genética en humanos. II. Normatividad sobre la investigación genética en humanos. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

Hace apenas un par de décadas hablar de genética humana era un tema de ciencia ficción, el ser humano solo alcanzaba a imaginar lo que las películas mostraban con la creación de clones; ya para alimentar el ego de quienes se creían los dueños del mundo y querían multiplicar y fortalecer sus ejércitos, o por ejemplo para aliviar el dolor de un hijo enfermo, entonces se acudía a la clonación de células madre; pero el individuo común nunca pensó en que este tipo de avance científico pudiera llegar a ser real. Era un hecho tan increíble como lo fue en su momento la invención del telégrafo, el teléfono, el avión, la llegada del hombre a la luna y todos los avances tecnológicos que sorprenden en la actualidad.

En el tema de la investigación genética en humanos, es imprescindible conocer desde los inicios del descubrimiento de las características hereditarias, como las leyes de Mendel y otros aportes científicos, pasando por los acontecimientos

---

\* El presente artículo es parte integral del trabajo de investigación titulado "Los Límites Constitucionales a la Investigación Genética en Humanos - Estudio Jurisprudencial Corte Constitucional: 1992 -2009", presentado para obtener el título de abogado de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Dirigido por el Dr. Edgar Hernán Fuentes Contreras y evaluado por los jurados Carolina Sáchica Moreno y Beatriz Eugenia Suárez López.

\*\* Abogada de la Universidad Jorge Tadeo Lozano; graduada en el año 2010. Actualmente ocupa el cargo de Asistente Administrativo de la Vicerrectoría Académica de la misma Institución. Correo electrónico: luzmary.bermudez@utadeo.edu.co

\*\*\* Abogado de la Universidad Jorge Tadeo Lozano; graduado en el año 2010. Actualmente ocupa el cargo de Abogado Junior en la Sección de Contratación y Trámites de la Subgerencia Cultural del Banco de la República. Correo electrónico: maestromusk@gmail.com

históricos que rodearon la Segunda Guerra Mundial con la llamada “raza aria”, hasta llegar a lo que hoy se conoce como Proyecto Genoma Humano, con el que realmente toma fuerza el avance científico y tecnológico en materia de genética.

Algunos países de la Unión Europea como Alemania, España, Francia, Holanda y Suecia entre otros, Estados Unidos, Panamá, Ecuador, Argentina, Chile, Perú y por supuesto Colombia, ya cuentan con una normatividad que regula la investigación genética en seres humanos, mientras que otros apenas están dando tímidos pasos en uno u otro sentido de los tantos temas que pueden ser materia de investigación. Sin embargo, en algunos de estos países, esos pronunciamientos han sido de carácter administrativo más no de rango constitucional.

Se puede establecer si deben existir o no límites a la investigación genética en humanos y cuáles son los límites constitucionales, según la Corte Constitucional colombiana entre los años 1992-2009, respetando por supuesto la libertad de investigación, que si bien es cierto, es un derecho fundamental de creación constitucional,<sup>1</sup> no debemos olvidar que todo derecho aunque sea fundamental también está sometido a ciertos límites. Así, gracias a los avances de la ciencia y sus implicaciones jurídicas, el legislador se ha visto en una tarea difícil para adaptar el derecho vigente a las necesidades de la sociedad contemporánea, puesto que estos avances tocan de manera directa derechos fundamentales e inalienables del ser humano definidos en la Constitución Política de Colombia, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en los pactos internacionales, como son la dignidad humana, la igualdad y la libertad, entre otros.

En la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, por ejemplo, la UNESCO parte de un objetivo básico como lo es “*el respeto por los principios democráticos de dignidad, igualdad y respeto de los hombres*”.<sup>2</sup> Así mismo, determina, entre otras cosas, que el objetivo de la investigación genética debe ser la mejoría y el bienestar del individuo y de toda la humanidad, estableciendo ciertas obligaciones y responsabilidades a quienes la realizan.<sup>3</sup>

---

1 Art. 27: “El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra; artículo 70, el Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación; igualmente el artículo 71, dispone que el Estado deberá crear incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología”. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. En: <http://www.lexbasecolombia.info/>; (consultado: 21 sep., 2010).

2 Preámbulo. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. 11 de noviembre de 1997. En: [http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL\\_ID=13177&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html); (consultado: 21 sep., 2010).

3 *Ibidem*. Artículos 12 y 13.

No se puede negar que lo que se pretende con este tipo de investigación genética es contribuir a mejorar la calidad de vida del ser humano, pero también se debe aceptar que este avance trae consigo un sinnúmero de efectos y consecuencias, dado que puede percibirse que el riesgo no está en la técnica que se emplea sino en lo que se persigue y en lo que desencadena. Si a ello se le suma la posibilidad de predicción del futuro de vida de los seres humanos, como por ejemplo, conocer de enfermedades hereditarias y/o congénitas, y la cantidad de información sobre las diferencias entre los individuos, que por su contenido, los hace diferentes a todos los seres vivos, resulta evidente la necesidad de establecer unos límites a la investigación genética en seres humanos.

De ahí que los efectos de la investigación genética en humanos tiene implicaciones tanto sociales como jurídicas: las sociales pueden manifestarse en el plano laboral, pues ciertas características genotípicas (como propensión a ciertas enfermedades) pueden no ser de buen recibo de quien contrata. Asimismo, en el campo de los seguros, se puede caer en que las compañías que prestan dichos servicios impidan el acceso a las personas que pueden ser genéticamente propensas en sus condiciones de salud. Y así sucesivamente en los diferentes campos sociales, convirtiendo una información privada en pública. Es por esto que ya en la Comunidad Europea, por ejemplo, se han expedido disposiciones legislativas en las que se protege la información sensible.<sup>4</sup> Por otra parte, en el espacio jurídico, con la investigación genética se pone en evidencia la individualidad del ser humano, que en el derecho se ha consagrado a la privacidad o a la intimidad del mismo.<sup>5</sup> Sin embargo, desde el punto de vista de la aplicación práctica, la investigación genética en humanos en Colombia ha tenido un desarrollo particular, pues se han dado unos escasos pasos en torno a la manipulación genética, la clonación, la terapia génica, y en otros casos, se han utilizado ciertas técnicas para la solución de conflictos penales o civiles, especialmente en el reconocimiento de la paternidad, como por ejemplo, la huella digital genética, la cual fue utilizada por primera vez para una investigación criminal en 1985.

---

4 Convenio Nº 108 del Consejo de Europa, del 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. En: [http://www.ifai.gob.mx/pdf/ciudadanos/sitios\\_de\\_interes/datos\\_personales/Convenio108.pdf](http://www.ifai.gob.mx/pdf/ciudadanos/sitios_de_interes/datos_personales/Convenio108.pdf); (consultado: 21 sep. 2010).

5 Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, 1789. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>; (consultado: 21 sep., 2010).

## I. PANORAMA DE LA INVESTIGACIÓN GENÉTICA EN HUMANOS

En toda época el ser humano ha perseguido descubrir la técnica o el procedimiento que le permita modificar o mejorar algún aspecto de su condición física o intelectual, es lo que a la luz de los avances científicos se conoce con el nombre de eugenesia o mejoramiento genético, también se puede hablar de la terapia génica, bien sea en células genéticas o en células somáticas, con el fin de buscar la cura a muchas enfermedades de origen genético, y así sucesivamente se encuentran diversos procedimientos, todos ellos enmarcados en la genética del ser humano.

### A. ANTECEDENTES

Hacia el año 1865 el monje agustino Gregor Joham Mendel, de nacionalidad austríaca, considerado el “Padre de la Genética”, descubrió que las características físicas de un ser vivo se transmitían a través de unidades hereditarias (en la actualidad reciben el nombre de genes). Llegó a esta conclusión luego de cruzar siete variedades distintas de guisantes, pues al unir una de tallo alto con otra de tallo bajo el resultado era un híbrido más parecido al de tallo alto, lo que lo llevó a formular su primer principio (la ley de la segregación), al determinar la existencia de caracteres dominantes y recesivos agrupados en pares de tipo AA, Aa y aa, donde (A) es dominante y (a) recesivo. Luego quiso comprobar su hipótesis y experimentó cruzando los híbridos y se da cuenta que en esta segunda generación, si el cruce se da entre (AA) se producen plantas de tallo alto y si se cruza (aa) las plantas son de tallo bajo, igualmente confirma que en las generaciones sucesivas no se alteran las características hereditarias; surgen aquí, el segundo principio (la ley de la segregación independiente) y el tercer principio (la ley de transmisión independiente de caracteres). Estas tres leyes son la base para la genética y la biología en la actualidad.<sup>6</sup>

La palabra ‘genética’ fue usada por primera vez y “acuñada por William Bateson”<sup>7</sup>

---

6 BAUTE ACOSTA, Aura María y OÑATE ROSADO, Laura Cristina. *El genoma Humano y sus implicaciones socio jurídicas*. Editorial Leyer. Bogotá. 2007. Pág.23. Véase también: VALEGA, Orlando. *Las Leyes de Gregor Mendel de la Herencia Genética - Teoría Mendeliana*. En: [http://www.beekeeping.org/articulos/leyes\\_de\\_mendel.pdf](http://www.beekeeping.org/articulos/leyes_de_mendel.pdf); (consultado: 23 sep., 2010).

7 Biólogo y genetista inglés, uno de los redescubridores del trabajo de Mendel, razón por la que es considerado uno de los fundadores de la genética moderna. Fue quien dio las primeras noticias en Inglaterra sobre las investigaciones de Mendel, siendo un gran defensor de este con sus trabajos y publicaciones. Sugirió por primera vez el término genética para la ciencia de la herencia y de la variación. Véase: [http://es.encyclopedia.msn.com/encyclopedia\\_761551589/William\\_Bateson.html](http://es.encyclopedia.msn.com/encyclopedia_761551589/William_Bateson.html). (Consultado: 23 mar., 2010).

en 1906, para designar la rama de la ciencia que se ocupa de las causas determinantes de las similitudes y diferencias entre los individuos”.<sup>8</sup> En otras palabras, consiste en la identificación del gen o factor biológico responsable de los mecanismos hereditarios. También se conoce como una rama de la biología que se encarga de investigar la trasmisión de genes hereditarios entre padres e hijos, las diferencias y semejanzas entre los individuos, en fin, el estudio de la herencia. Otra acepción de ‘genética’ se refiere a la “ciencia que estudia los principios y mecanismos de la herencia especialmente aquellos mediante los cuales se transmiten unos determinados caracteres desde los progenitores a su descendencia y las causas de las similitudes y diferencias entre organismos emparentados”.<sup>9</sup>

Una vez reconocida esta ciencia como genética, se inicia una cadena de descubrimientos relacionados, como el realizado por el embriólogo Thomas Hunt Morgan (1908), que experimentando con la mosca del vinagre descubre que el factor hereditario no es una entidad abstracta sino una realidad física ubicada en los cromosomas. Y en 1909 Wilhelm Johannsen le dio el nombre de *gen*, al factor hereditario formulado por Mendel. En 1928 Fred Griffith descubre “un principio transformador (material genético) que transmite el carácter de virulencia de células bacterianas muertas a vivas”,<sup>10</sup> principio que más adelante (1944) Oswal Avery demuestra que es el ADN.

En la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), la medicina florecía en Alemania y las teorías de Darwin estaban de moda y con ellas los conceptos de la evolución de la raza humana y la nueva ciencia, la eugenesia (el estudio de los cruces genéticos). La herencia y la eugenesia eran términos aplicados regularmente por la comunidad científica y eran la base del discurso de Adolf Hitler sobre la superioridad de la raza, y para que la “raza aria” se fortaleciera y pudiera gobernar el mundo, el III Reich por disposiciones del Führer, ordenaba la desaparición de toda persona con defectos genéticos y solo permitía la reproducción entre seres humanos perfectos. Prueba de ello, la “Ley de Esterilización Obligatoria para la prevención de las enfermedades hereditarias de 1933 y la ley que prohibía los matrimonios entre “arios” y judíos de 1935”.<sup>11</sup>

---

8 NARANJO RODRÍGUEZ, Gloria Patricia. *Investigación en Genética Humana y Derecho*. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín. 2006. Pág. 9.

9 DICCIONARIO MOSBY. Medicina, Enfermería y Ciencias de la Salud. Quinta Edición. Ediciones Harcaet España S.A.:2008, Madrid. Pág. 587.

10 RENGIFO García, Ernesto. *Implicaciones Jurídicas de la Investigación en el Genoma Humano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2002. Pág. 317.

11 FUENTES CONTRERAS, Edgar Hernán. *La Restricción Penal a la manipulación genética en el ordenamiento jurídico colombiano: Perspectivas de la Investigación Genética y la Protección del Bien*

A raíz de estos acontecimientos, en 1946, el Tribunal Internacional de Núremberg, recogiendo el resultado de las deliberaciones en los juicios que se siguieron contra la jerarquía nazi y cerca de 30 médicos alemanes<sup>12</sup> que participaron en las masacres y horribles experimentos con los prisioneros de los campos de concentración y como una medida desesperada por poner límites legales a los experimentos con seres humanos, expide el Código de Núremberg,<sup>13</sup> y establece algunos principios básicos que deben observarse en la experimentación con seres humanos, entre los que vale la pena destacar los siguientes: a) El consentimiento voluntario es esencial: capacidad legal para consentir, libre de fuerza, engaño, coacción o amenaza; conocimiento pleno del experimento, desde su naturaleza, duración y propósito, hasta los riesgos y efectos a los que se somete. b) Debe prometer resultados benéficos para la sociedad. c) Fundamentarse en la valoración científica. d) Realizarse solo por personal cualificado científicamente. e) El sujeto o el científico pueden desistir en cualquier momento del experimento si se percibe la existencia de un mínimo de riesgo.

Posteriormente, en los años 70, se descubre la técnica del ADN-recombinante o ingeniería genética, dándose así una sucesiva serie de descubrimientos científicos entre los que cabe destacar la hormona del crecimiento, la técnica de la huella de ADN y la investigación del cáncer. Desde entonces los avances de la ciencia y la tecnología han sido muchos, sin que se pueda definir si en contra del ser humano por la agresión que se pueda causar al mismo, o en pro, por los innumerables beneficios para mejorar su calidad de vida.

Este es quizás uno de los avances más importantes en genética humana, cuya finalidad fue descifrar los componentes genéticos dentro de los 23 pares de cromosomas humanos, que sirven para identificar el origen del mayor número posible de enfermedades genéticas como el síndrome de Down, la diabetes, el cáncer, el alzhéimer, la fibrosis quística, la distrofia muscular, entre otras, y así llegar a encontrar “una cura posible para estas enfermedades mediante la terapia génica”,<sup>14</sup> que consiste en la alteración del ADN del genoma humano para

---

*Jurídico Tutelado*. Pág. 17. (Utilizado con autorización del autor).

12 Entre los cuales se destaca Josef Mengele, conocido como “El Ángel de la Muerte”, por su interés macabro en experimentar con gemelos en el campo de concentración de Auschwitz, pero quien logró burlar a las fuerzas soviéticas cambiándose el nombre y refugiándose en diferentes países. Véase: Enciclopedia del Holocausto, Josef Mengele. En: <http://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007615>; (consultado: 24 sept., 2010).

13 CÓDIGO DE NÜREMBERG. En: <http://www.ms.gba.gov.ar/CCIS/Legislacion/7NormaseticasInternacionales/CodigoNuremberg/CODIGO NUREMBERG.pdf>; (consultado: 23 sep., 2010).

14 MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia. *Implicaciones Genéticas en el Derecho a la salud del menor*:

corregir el defecto genético que causa una enfermedad. Este proyecto ha aportado grandes beneficios al ser humano en su calidad de vida, por eso ha sido considerado patrimonio de la humanidad, porque su acceso debe ser procurado a todos los hombres y mujeres del planeta.

Genoma es una palabra compuesta por “gen” y “oma”, donde *gen* es una unidad de la herencia que fue invento lingüístico del genetista danés Johnhansenn en 1913 (antes del descubrimiento del gen), y *oma* es un sufijo griego que significa masa, tumor, conjunto. Entonces, “*genoma, es una masa de genes que contiene la información hereditaria completa de un organismo*”.<sup>15</sup> Esa información genética está organizada en dos juegos de 23 cromosomas cada uno. En un principio se estimó que el número total de genes en un juego cromosómico era de 100.000, sin embargo, al publicarse el mapa del genoma humano en el año 2001, se determinó que son unos 30.000 genes los responsables de la herencia.

El genoma humano es “*el concepto del material (genético) hereditario que todo ser vivo posee y que transmite a sus descendientes*”.<sup>16</sup> Está compuesto de dos filamentos de un metro de largo cada uno, conocido como ADN (ácido desoxirribonucleico), que el ser humano recibe de cada uno de sus padres. Esos filamentos están unidos en forma de hélice en cada célula del organismo, y cuando la célula se divide, esos filamentos se fraccionan en cromosomas, de los que el ser humano cuenta con 23 pares constituidos por los nucleótidos, los cuales están integrados por las bases (3 billones de pares en el ADN humano), ordenadas de forma precisa y determinada. Los nucleótidos son cuatro: Adenina, Guanina, Citosina y Timina, y la secuencia en la que se presentan estos eslabones es lo que determina las características biológicas de un individuo, es decir, su código genético, el que hace que los seres humanos sean como son, únicos e irrepetibles. Las anomalías cromosómicas se determinan por la pérdida o copia extra, por ejemplo, el síndrome de Down se determina cuando se detecta una tercera copia del par 21.

El Proyecto Genoma Humano, también conocido como HUGO, por sus siglas en inglés, tuvo como antecedentes históricos el proyecto físico-nuclear que condujo a la explosión de Hiroshima y el de ingeniería espacial con los viajes a la luna.

---

*Diagnóstico y propuestas*. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/981/14.pdf>; (consultado: 20 sep., 2010).

15 NARANJO RAMÍREZ, Gloria Patricia. *Investigación en Genética Humana y Derecho*. Universidad Pontificia Bolivariana. Primera Edición. Medellín-Colombia. 2006. ISBN 958-696-508-2. Pág. 117.

16 BAUTE ACOSTA, Aura María y Oñate Rosado, Laura Cristina. *El Genoma Humano y sus implicaciones Socio jurídicas*. Bogotá, D.C. Editorial Leyer. 2007. Pág. 15

Fue puesto en marcha en 1988 por Watson, científico que descubrió la estructura de doble hélice del ADN, pero formalmente fue fundado en 1990 por la Oficina del Departamento de Energía y el Instituto Nacional de Salud de los Estados Unidos, y finalmente, se concretó en el año 2003, dos años antes de lo previsto.

El objetivo primordial era secuenciar, localizar e identificar los genes humanos. El fin perseguido, la solución a un sinnúmero de enfermedades genéticas y encontrar las claves de la evolución de la especie humana. En materia farmacológica, determinar las diferentes reacciones de las personas a los mismos medicamentos.

Con esta información genética se puede identificar a una persona, revelar información desconocida, diagnosticar una enfermedad, propia o de otros parientes, es decir, revela información sobre familiares biológicos con consecuencias para los descendientes de esa persona. Aquí es donde entran en juego derechos como el derecho a ser informado, el derecho a la intimidad, el secreto médico y el derecho a no conocer. Lo anterior, pone en conflicto derechos fundamentales de igual valor, tanto de la persona con su familia, de la persona con terceros, como de la persona con la sociedad.

Con la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, se establecen límites a la intervención en la genética humana, de obligatorio cumplimiento de la comunidad internacional. Vale aclarar que esta Declaración, está fundamentada principalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como en un sinnúmero de instrumentos internacionales posteriores como por ejemplo las Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad del 20 de diciembre de 1993, la recomendación de la UNESCO relativa a la situación de los investigadores científicos del 20 de noviembre de 1974, entre otros, los cuales convergen en un mismo propósito como lo es la *"dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres"*. La Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, está cimentada en tres principios fundamentales: 1) El Genoma Humano es patrimonio de la humanidad; 2) El respeto por la dignidad y los derechos humanos de cada individuo, sin importar sus características genéticas, y 3) Respetar el carácter único de cada individuo y su diversidad. También reconoce derechos como el consentimiento libre e informado, el derecho a recibir información o no sobre los resultados, la confidencialidad de los datos genéticos, la protección contra la discriminación y el derecho a una reparación equitativa por daños y perjuicios.

## B. ACTUALIDAD

La investigación genética en humanos ha desarrollado una variedad extensa de maneras de intervenir en la genética del ser humano, entre ellas se pueden contar la manipulación genética, la clonación, las células madre, la eugenesia, la terapia génica, la farmacogenética, la reproducción asistida y la criogenia, entre otras.

Se entiende por manipulación genética humana *“cualquier tipo de intervención en el patrimonio genético de un individuo”*.<sup>17</sup> Esto lleva a conocer el mensaje genético que contiene la masa molecular de ADN, es decir, el genoma de un individuo, o transferir células de un individuo a otro, o de una célula a otra. En otras palabras, es la técnica que modifica la información y el caudal genético de la especie. Puede darse antes de nacer, durante la vida y aún después de la muerte. Esto hace aun más apremiante la necesidad de ajustar los avances científicos y desarrollos tecnológicos con la dignidad humana; pues encontrarse con que unos hombres pueden ser manipulados por otros, desencadenaría en una forma de discriminación para la sociedad.

Manipular el genotipo significa alterar la información genética hereditaria, acción que resulta justificable cuando se trata de disminuir o eliminar enfermedades graves o malformaciones, y por otro lado, se puede dar la manipulación sin que ello implique alteración del genotipo.

La mayoría de autores en Colombia, demandan un mayor control jurídico en la manipulación genética en la *línea germinal*, ya que con ella se modifican las células reproductoras como los espermatozoides y los óvulos, contrario a la manipulación genética en la *línea somática*, que persigue una corrección en los defectos genéticos de células somáticas como las que forman los tejidos y sistemas del cuerpo.

Esta línea ha sido considerada como el aspecto más lleno de promesas y esperanzas para la humanidad a raíz del desarrollo del genoma humano. Su fin primordial es *“corregir un defecto ligado a los genes, mediante la modificación, la escisión o la inserción de un gen. Sin embargo, en la actualidad también se aplica en la curación de enfermedades adquiridas de tipo tumoral o infeccioso”*.<sup>18</sup>

---

17 NARANJO RAMÍREZ, Gloria Patricia. “Implicaciones Jurídicas en la Investigación en Genética Humana”. En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 36 #105. Medellín-Colombia. Julio-diciembre de 2006. ISSN 0120-3886. P. 435

18 GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilsen. “Terapia Génica”. En: *Familia, tecnología y derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2002. Pág. 249.

Los procedimientos más conocidos tienen que ver con la inserción de material genético en células seleccionadas con el fin de modificar su funcionamiento para corregir una enfermedad o defecto diagnosticados. Puede darse o bien extrayendo células de un tejido escogido (*ex vivo*) o introduciéndolas directamente en los tejidos que se quieren intervenir (*in vivo*). Sin embargo, los científicos han señalado que aún no es posible garantizar que la extracción o el remplazo de los genes sea una alternativa 100 % efectiva, porque no hay un método que asegure que la inserción del ADN se ha hecho en la posición adecuada y no interferirá con su funcionamiento normal.

La manipulación genética en línea somática consiste en la corrección de defectos genéticos de células en pacientes, es una intervención estrictamente terapéutica en el ser humano. Este tipo de terapia es éticamente aceptable, ya que persigue básicamente la curación de enfermedades debidas a deficiencias cromosómicas, que pueden ser heredadas de los padres, producidas por errores imprevistos en la formación de las células, o congénitas, cuando ocurren en el desarrollo embrionario. Entre otras, se pueden mencionar: cáncer, Alzheimer, cardiopatías, fibrosis quística, distrofia muscular, diabetes, hemofilia, enfisema, enfermedades hepáticas, distrofia muscular y la corea de Huntington, pero con algunas limitaciones y solo si no existen otras alternativas de tratamiento que indiquen igual o mayor éxito.

En materia jurídica resulta de gran relevancia el manejo y control de la información resultante antes, durante y después de la intervención genética, pues está relacionada directamente con los derechos fundamentales a la integridad, a la intimidad individual y familiar, al derecho de ser informado o no.

Por otro lado, si ese procedimiento se hace en el período prenatal y el resultado es una enfermedad genética grave, se estaría en el conflicto de proteger la vida del feto o de interrumpir el embarazo. Entonces, se estaría configurando el aborto, penalizado en Colombia y según el artículo 124 del Código Penal colombiano, solo se consideran circunstancias de atenuación punitiva *“cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”*. Igualmente, mediante la sentencia histórica C-355 del 10 de mayo de 2006, la Corte Constitucional colombiana despenalizó el aborto sí y solo sí se presenta una de las siguientes tres (3) excepciones: cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, y cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto

sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

También se encuentra otro tipo de manipulación genética llamado de mejora o perfeccionamiento, orientado a mejorar ciertos rasgos o características del individuo como la talla o la estética corporal, entre otros; además, de otro tipo que ya se ha mencionado anteriormente, conocido como la eugenesia. En este campo la investigación con embriones tiene finalidades más allá del perfeccionamiento, es decir, se seleccionan los embriones porque poseen características determinadas perseguidas no para fines terapéuticos sino para mejorar la raza. Se alteran los rasgos de la personalidad humana mediante la intervención del código genético. Es negativa cuando se trata de eliminar defectos específicos, y es positiva, cuando se trata de obtener características específicas como rasgos característicos o una determinada estructura corporal.

Todo esto conduce a la necesidad de introducir en el sistema jurídico, códigos que exijan mayor control en la formación de los profesionales, tanto ética como científica y jurídicamente, que garanticen la comprensión responsable de esos logros biológicos y tecnológicos.

Esta clase de procedimiento puede ser realizado antes de la fecundación mediante el descarte, cultivo o tratamiento de gametos, por ejemplo la transgénesis. En la fecundación, mediante la clonación o duplicación de seres humanos, destrucción de embriones, comercio de gametos o de embriones con fines cosméticos o industriales. En la gestación, con la cesión de útero, gestación artificial o ectogénesis. Después del nacimiento a través de intervenciones del genoma con fines no terapéuticos. Y, después de la muerte, con la criogenia, con fines de conservación de órganos, tejidos o sustancias corporales.

Sobre las finalidades se debe precisar que estas pueden ser de diagnóstico, terapéuticas, productivas y de alteración. Las de diagnóstico, para verificar enfermedades de tipo genético (prenatal); comprobación de paternidad (ámbito civil); identificar el reo de un delito (ámbito penal); como pruebas de aptitud (ámbito laboral). Las terapéuticas, para el tratamiento de enfermedades, como por ejemplo del sistema linfático, la sangre o la médula ósea. Productivas, en el campo farmacológico para la producción de hormonas como la insulina humana, vacunas bacteriales, virales y parasitarias. Y de alteración o modificación no terapéutica sino de elección y selectiva. Ejemplo: creación de especies modificadas.

Realmente el peligro de la manipulación genética no está en la técnica misma sino en los fines que con ella se persiguen y en las consecuencias que pueda

traer. Según la doctrina, referida a lo largo de este escrito de investigación, la manipulación genética en la línea germinal goza de aceptación en la mayoría de los países, no así la manipulación genética en la línea somática, prueba de ello son los convenios internacionales y algunas legislaciones. En 1964 con la Declaración de Helsinki y sus diversas revisiones hasta el 2008,<sup>19</sup> se proponen 35 principios para toda investigación médica en humanos, entre los que cabe mencionar: a) El progreso de la medicina se basa en la investigación, incluyendo estudios en seres humanos (5º). b) El bienestar de la persona que participa en la investigación debe tener primacía sobre cualquier otro tipo de interés (6º). c) El propósito principal es comprender las causas, evolución y efectos de las enfermedades y mejorar los tratamientos (7º). d) En la investigación médica se debe proteger la vida, la salud, la dignidad, la integridad, el derecho a la autodeterminación y la confidencialidad de la información personal de quienes en ella participan (11). e) Debe ser llevada a cabo solo por personal calificado científicamente (16). f) Debe garantizar la intimidad de la persona y la confidencialidad de la información (23).

Otra línea de trascendental importancia e interés para la ciencia médica es la creación de células madre. Según la Organización Mundial de la Salud, las células madre son células primitivas e inmaduras que tienen la capacidad de replicarse a sí mismas y originar otros tipos celulares. Las fuentes de donde se sirven son: cordón umbilical, médula ósea, carcinoma embrionario, sangre periférica, blastómeros, masa celular interna, sangre fetal, cresta germinal de fetos y pulpa dentaria. Se llaman así (células madre) porque originan los 210 tejidos que componen el organismo humano. Los primeros avances en la obtención de estas fueron logrados por dos equipos y a través de fuentes distintas: uno en la Universidad de Wisconsin que trabajó con embriones sobrantes donados por clínicas de fertilización, y otro, en la Universidad John Hopkins, que lo hizo a partir de tejido fetal proveniente de abortos. Ambos avanzaron por caminos distintos, utilizaron células en estadios diferentes, pero llegaron a los mismos resultados. Aislaron y luego cultivaron las células germinales (las que resultan de la unión del espermatozoide y el óvulo).

Una de las fuentes de extracción de células madre, es el cordón umbilical. Lo que se hace es congelar este material biológico en lugar de desecharlo como se acostumbraba, pues las posibilidades de encontrar donantes compatibles en

---

19 DECLARACIÓN DE HELSINKI DE LA ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos. En: [http://www.wma.net/es/30publications/10policies/b3/17c\\_es.pdf](http://www.wma.net/es/30publications/10policies/b3/17c_es.pdf); (consultado: 27 sep., 2010)

un momento dado son mínimas. De esta forma se asegura la compatibilidad de las células con el dueño, y se aumenta la probabilidad de compatibilidad con el núcleo familiar. Este método es exitoso en la medida que el organismo produzca sangre nuevamente, el paciente no rechace el tratamiento y el sistema inmunológico nuevo ayude a destruir las pocas células malignas que queden después del tratamiento.

Así es que este tipo de investigación ha tenido como resultado pronunciamientos como los de la Convención Europea que prohíbe expresamente la creación de embriones humanos con fines de investigación. La ley alemana protege al embrión, su utilización en investigación es ilegal. En Francia se prohíbe la experimentación basada en embriones humanos, excepto si es útil para el embrión y es autorizado por sus progenitores. En el Reino Unido se permite el uso de embriones para investigación de enfermedades graves, pero solo hasta el día 14. Estados Unidos prohíbe la investigación sobre el embrión humano financiada con dineros públicos, sin embargo, el presidente Obama levantó esta restricción, para darle paso a estas investigaciones con fondos federales, con limitación a la clonación de seres humanos a partir de estas células. España solo permite la investigación con embriones no viables. Brasil permite la investigación con células madre embrionarias. En Colombia se prohíbe si la finalidad es diferente al tratamiento, diagnóstico o investigación científica, y sobre el particular ha dado una gran batalla el exsenador Jairo Clopatofsky, con su Proyecto de Ley #172 de 2006 por la cual se reglamentan las técnicas de reproducción humana asistida y la investigación con células madre, pues lo único que toca de alguna manera estos temas son los Decretos 1546 de 1998 y 2493 de 2004, pero realmente no existe legislación al respecto.

Finalmente, se plantea otra importante línea en la investigación genética en humanos como es la clonación, o esa forma de reproducción como lo son las técnicas *in vitro* o la concepción natural. La traducción literal de "clon" sería: copia fiel del original; se toma el material genético de un organismo para obtener otro igual o idéntico al original. Este procedimiento tiene dos objetivos: 1) La creación de un individuo idéntico al donante del material genético, y 2) Obtener embriones para trasplantes de órganos y obtención de células útiles para la curación de enfermedades degenerativas. Así se determinan dos clases de clonación, una reproductiva y la otra terapéutica.

El 23 de febrero de 1997 el mundo se sorprendió al conocer de la clonación de una oveja por un científico escocés, mediante la transferencia del núcleo de una célula somática al interior de un óvulo fecundado, el cual continuó su desarrollo

hasta convertirse en la famosa oveja “Dolly”. Ante tal hecho el primero en pronunciarse fue el presidente Clinton quien inmediatamente dictó medidas que prohibían el uso de fondos federales en la investigación para clonación de seres humanos, iniciativa que fue acogida por países como el Reino Unido, Alemania, Dinamarca, Francia, España, Australia, China, Japón, y la Unión Europea entre otros.

Por su parte algunos científicos sostienen que las técnicas para clonación de seres humanos son extremadamente difíciles de implementar y solo existe un número bien reducido de científicos en el mundo que podría alcanzarlas, pero también hay quienes aseguran que esta es una experimentación previsible en un futuro cercano. Independientemente de esta posibilidad, hay quienes creen que este procedimiento puede traer grandes beneficios a la humanidad, entre otros, permitir un mayor conocimiento de las causas de la infertilidad, evitar que los defectos genéticos sean transmitidos a su descendencia, obtener un mayor número de cigotos para implantación que permitan mayores probabilidades de embarazo y encontrar tratamientos para restaurar daños cerebrales.

Sin embargo, sus detractores, por supuesto en número mucho mayor, aseveran que este procedimiento pone en peligro la especie humana. Tanto la clonación reproductiva como la terapéutica requieren de la producción y eliminación de embriones humanos, lo que es ilícito desde el punto de vista moral, pues se considera que para combatir una sola enfermedad se requerirían un sinnúmero de embriones que deben sacrificar por cada paciente. Muchos países entre los que se cuentan Costa Rica, España, Estados Unidos y algunos de Europa, han pedido que se apruebe una convención que prohíba tanto la clonación reproductiva como la terapéutica, aunque otros pocos, sobre todo europeos, más Brasil, Sudáfrica y Japón, consideran que se debe prohibir la clonación reproductiva, pero se debe dejar a las legislaciones de cada país regular libremente sobre la clonación terapéutica.

Los pronunciamientos éticos y jurídicos no han dado espera. La UNESCO en la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos en su artículo 11 establece que *“las prácticas contrarias a la dignidad humana, como la clonación reproductiva de seres humanos, no deben permitirse”*. El Consejo de Europa en el protocolo adicional al convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, dispone en su artículo 1º: *“Se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto”*. Ambas declaraciones dejan abierta la posibilidad de una clonación “terapéutica”.

## II. NORMATIVIDAD SOBRE LA INVESTIGACIÓN GENÉTICA EN HUMANOS

Después de ver las atrocidades cometidas por el régimen del Führer durante casi más de una década, en la realización y experimentación médica en humanos, tratando de buscar su tan anhelada raza aria; una vez terminada la guerra y que el mundo conoció de estos atroces experimentos (entre muchos otros), la comunidad internacional tomó conciencia y es así como se empieza a producir normatividad en diferentes países, con el fin de proteger lo que algunos países han denominado el patrimonio genético del ser humano pero sin olvidar lo más importante y fundamental que es la dignidad humana.

### A. NORMATIVIDAD EXTRANJERA

Uno de los países que más leyes sobre genética ha promulgado es España, así pues una de las primeras leyes que se produce en materia genética es la Ley 11 del 20 de marzo de 1986, cuyo objeto es patentizar material biológico, siempre y cuando cumpla con los requisitos de novedad, actividad, inventiva y aplicación industrial. De igual manera, prohíbe tajante y taxativamente cuatro situaciones: procedimientos de clonación de seres humanos, modificación de la identidad genética germinal del ser humano, utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales y los procedimientos de identificación de la identidad genética de los animales que supongan para estos sufrimientos sin utilidad médica sustancial para el hombre o el animal, así como los animales resultantes de tales procedimientos.

En esa misma dirección, el país de la península ibérica promulgó la Ley 42 del 28 de diciembre de 1988, cuyo objeto es la regulación de la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Es de resaltar que una parte de dicha ley habla de las garantías a la libertad científica e investigadora pero poniendo como límites o condicionándola a la no vulneración de la protección del cuerpo y de la vida, la capacidad de decisión del afectado y la dignidad humana.

Mediante la Ley Orgánica 10 del 23 de noviembre de 1995, se modifica el Código Penal español en el título V, artículo 159 y siguientes, que regula los delitos relativos a la manipulación genética, alteración del genoma humano, fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana, clonación de seres humanos dirigida a la selección de raza y la práctica de reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento.

En 1997 fue promulgado el Real Decreto 415 del 21 de marzo de 1997, que se encargó de crear la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, y la finalidad de dicha Comisión es la definición de los límites éticos en la investigación, aplicación y adecuación de estas técnicas (reproducción asistida) en la sociedad; equilibrando, como lo dice su parte motiva, por un lado, el desarrollo y la inquietud científica, y por el otro, el derecho y la dignidad de los individuos.

La tendencia española en materia genética dados los avances científicos, los logros y deficiencias alcanzadas con las leyes y reales decretos antes expuestos, no se detiene y mediante Real Decreto 223 del 6 de febrero de 2004, regula los ensayos clínicos con medicamentos, pero teniendo en cuenta la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano (salvaguardar la integridad física y mental del individuo, así como la integridad y protección de su información personal) en lo relativo a la aplicación de la medicina y la biología, fundamentado en la Declaración de Helsinki y el Convenio de Oviedo sobre los derechos humanos y la biomedicina.

Para concluir este recorrido histórico legal por España, en el año 2006 se promulga la Ley 14 del 26 de mayo de 2006, la cual se encarga de regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, acreditadas científicamente y clínicamente indicadas. Adicional a ello, reglamenta la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético y también la de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y pre-embiones humanos criopreservados; pero ante todo, deja expresamente estipulado que se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

Aunque si bien es cierto que presentan un catálogo extenso sobre el tema genético, no más lo es, que dicho catálogo en su gran parte es de carácter administrativo, es decir, crea organismos, mecanismos y procedimientos para la investigación genética en humanos partiendo básicamente de dos postulados importantes: la dignidad humana y evitar a toda costa que dicha investigación y avance científico sea para la selección de raza. Por último, cabe resaltar que España es uno de los pocos países que tipifica como delito, la clonación de seres humanos y la alteración del genoma humano.

Otro país europeo que ha regulado sobre la materia es Alemania, que por ser el país donde se desarrolló todo el programa de investigación médica en humanos durante la Segunda Guerra Mundial, sin importar las consecuencias o secuelas que pudiera producir en las personas que abusivamente fueron sometidas a dicho tratamiento, es uno de los pocos países que tipifica de manera clara, expresa y taxativa dicha práctica, y al igual que el Reino Unido en 1990 promulga la

primera ley sobre el tema genético, esta fue la Ley sobre protección de embriones, del 13 de diciembre de 1990, que a diferencia de las leyes antes descritas, sanciona de manera penal o económica las siguientes prácticas: aplicación abusiva de técnicas de reproducción, utilización abusiva de embriones humanos, prohibición de elección de sexo, fecundación arbitraria, transferencia arbitraria de embriones y fecundación artificial después de la muerte, modificación artificial de células de la vía germinal humana, la clonación, la formación de híbridos y la formación de quimeras e híbridos.

Doce años después (28 de junio de 2002) promulga la Ley de Garantía de la Protección del Embrión, que prohíbe la importación y la utilización de células troncales embrionarias de origen humano, su obtención o la generación de embriones para obtenerlas y fija los límites y requisitos para, de manera excepcional, permitir su importación y utilización con fines de investigación.

En Austria, solamente se ha creado una ley al respecto y fue la Ley Federal del 12 de julio de 1994, por la que se regulan las actividades, la liberación y la puesta en circulación de organismos modificados genéticamente por medio de técnicas genéticas y la aplicación del análisis genético y la terapia génica en el ser humano. Su finalidad, es la de preservar la salud del ser humano incluyendo a su descendencia frente a daños que puedan producirse, por ejemplo, por la intervención en el genoma humano, por análisis genéticos, o por efectos en el ser humano producidos por organismos modificados genéticamente. En lo relativo a la terapia génica, establece prohibiciones de intervención en el material genético de la vía germinal humana; frente a la práctica de análisis genéticos en el ser humano con fines médicos, se hace solamente por indicación expresa de un médico con formación en genética humana y será con fines de constatación de una determinada enfermedad con predisposición hacia una enfermedad hereditaria que con alto grado de probabilidad se pueda manifestar en el futuro. Así mismo, establece prohibiciones relativas a la obtención y al uso de datos derivados de análisis genéticos para ciertas finalidades.

Por último, se encuentra Suiza que vale resaltar, es el único país europeo que mediante la Constitución Federal de la Confederación Suiza, del 18 de abril de 1999, prohíbe la clonación y es así como el texto constitucional expresa en su artículo 119: Medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano. 1. Todo ser humano es protegido del abuso de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética. 2. La Confederación prescribe el derecho al patrimonio germinal y genético humano. En tal ámbito prevé una tutela a la dignidad humana, la persona y la familia y se rige en particular por los siguientes principios:

a) Todo tipo de clonación e intervención genética de las células germinales y del embrión humano son inadmisibles. b) El patrimonio germinal y genético no humano no puede ser transferido al patrimonio genético humano, no a la inversa. c) Las técnicas de procreación asistida pueden ser aplicadas solo para suplir problemas de infertilidad o para evitar la transmisibilidad de enfermedades de mal grave o hereditarias, no pueden ser utilizadas para predeterminar las características del concebido o para fines de investigación; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer es permitida solo por las condiciones establecidas por la ley; fuera del cuerpo de la mujer puede permitirse el desarrollo del embrión solo si el ovocito humano es trasplantado a la mujer inmediatamente. d) La donación de embrión y toda otra forma de maternidad sustituida son inadmisibles. e) No se permite el comercio del patrimonio germinal humano ni de los productos del embrión. f) El patrimonio genético de una persona puede ser analizado, registrado o revelado solo con el consentimiento y en base a la prescripción legal. g) Cada persona tiene acceso a sus datos genéticos.

Así pues, Suiza es el único país en el mundo, a excepción de Ecuador, que ha introducido en su Constitución lineamientos expresos y amplios que regulan los avances científicos y tecnológicos en el tema de la investigación científica en humanos basados como lo dice el texto constitucional en el respeto por la dignidad humana, la persona y la familia.

Entre los países del continente americano, el primero que se destaca es Canadá que mediante acta de identificación del 10 de diciembre de 1998, estableció el banco nacional de datos de DNA con el fin de ayudar a reforzar las agencias de investigación de personas, pero ante todo con la debida protección y reserva de la identidad de los individuos. En Estados Unidos, bajo el gobierno Bush el Congreso norteamericano promulgó el "*human cloning prohibition act*" o "Ley de Prohibición de Clonación Humana" del 2 de febrero de 2003, en líneas generales, esta ley es de carácter restrictivo y prohíbe la clonación humana bien sea directamente o que participe en ella; también el de importar o recibir embriones derivados de clonación, estableciendo de esta manera sanciones tanto penales como civiles.

Por otro lado, como representante de los países centroamericanos se encuentra Panamá que mediante Ley 3 del 15 de enero de 2004, prohíbe toda forma de clonación humana y dicta otras disposiciones. Prohíbe toda forma de promoción, financiamiento y/o donación, así como el uso de fondos públicos o privados con fines bien sea de experimentación, investigación y/o desarrollo de alguna forma de clonación humana. Aunque permite la reproducción de tejidos para la pre-

vección y cura de enfermedades a partir del cordón umbilical del recién nacido, esto se permite siempre y cuando no implique la reproducción de seres humanos y no exista de por medio interés económico.

Suramérica no ha sido ajena a la evolución y alcance que ha tenido la ingeniería genética a pasos agigantados en los últimos veinte años, y así como algunos países han promulgado una serie de leyes alrededor de este tema, por ejemplo, se encuentra Chile quien creó la Ley Nº 20.210 sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana, y cuyo objeto es proteger la vida de los seres humanos desde su nacimiento, respetando la integridad física y psíquica, así como la diversidad e identidad genética. De igual manera permite la libertad de investigación científica biomédica en seres humanos enmarcada dentro del respeto a los derechos y libertades esenciales que emanan de la naturaleza humana, y es así como extiende un catálogo de prohibiciones dentro de las cuales se encuentra la práctica de la eugenesia, salvo la consejería genética, toda forma de discriminación arbitraria basada en el patrimonio genético de las personas, la clonación de seres humanos cualesquiera que sean el fin perseguido y la técnica utilizada, la destrucción de embriones humanos para obtener las células troncales que den origen a dichos tejidos y órganos, solicitar, recibir, indagar, poseer y utilizar información sobre el genoma relativa a una persona.

Es interesante ver la mentalidad del legislador chileno que al igual que Panamá prohíbe tajantemente la clonación y sus prácticas derivadas, aunque deja abierta la puerta a la investigación genética pero sin sobrepasar o violentar las prohibiciones antes descritas.

Ecuador por su parte es un país de resaltar al igual que Suiza, puesto que es el único, por lo menos en el continente americano, que regula el tema genético con rango constitucional y fue así como en el Decreto Legislativo 000.RO/1 del 11 de agosto de 1998, Constitución ecuatoriana, se establece el derecho a la integridad personal, y así mismo, hace alusión a la no aplicación y utilización indebida de material genético humano. Igualmente en su artículo 44 formula políticas nacionales de salud y dentro de ellas impulsa el ejercicio del avance científico tecnológico en el área de la salud con sujeción a principios bioéticos.

## **B. NORMATIVIDAD NACIONAL**

Los antecedentes legales en Colombia en materia de genética en una sana comparación con la legislación de otros países, es más que precaria, dado que no existe un marco normativo claro y preciso y o una conciencia que hable del tema

genético. Es así como en investigación genética en humanos, Colombia solamente cuenta con algunas leyes (que hacen mención del tema), algunos artículos del Código Penal, una serie de decretos y resoluciones administrativas del Ministerio de la Salud hoy Ministerio de la Protección Social.

De la primera ley colombiana que se tiene conocimiento es la Ley 9 de 1979 que regula las medidas sanitarias. Dentro de su articulado en líneas generales regula los aspectos relacionados con el manejo de restos y los eventuales riesgos para la salud colectiva y el medio ambiente. Esta norma también contempló las situaciones de donación, traspaso y recepción de órganos, tejidos o líquidos orgánicos utilizables con fines terapéuticos, y el sistema de manejo de los subproductos del parto y de intervenciones quirúrgicas. El Congreso de Colombia profirió la Ley 73 de 1988, por la cual se regula lo referente a la donación de órganos y/o componentes anatómicos y líquidos orgánicos, aclarando que para ello es necesario el consentimiento del donante, del receptor y de los deudos. De igual manera prohíbe expresamente que dicha donación de órganos se haga con fines lucrativos.

En la década de los 90 se profirieron una serie de decretos y resoluciones que de una u otra manera mencionan muy someramente el tema genético, el primero de ellos fue el Decreto 786 de 1990 que establece los procedimientos para autopsia o necropsia, así como de viscerotomía o recolección de órganos; también incorpora y regula lo concerniente a la extracción de órganos o componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos. Después de este Decreto, vino en el año de 1993 la Resolución 8430, en la que se establecen las normas técnicas y administrativas para la investigación en salud y la investigación en seres humanos, pero prevaleciendo ante todo el respeto a la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y el bienestar de los individuos.

Por otro lado con el cambio de Código Penal en el país suramericano adicionaron una serie de artículos relacionados con la materia, así pues mediante la Ley 599 de 2000, Código Penal de Colombia, siguiendo la línea punitiva de Alemania y Australia (directa o indirectamente), establece una serie de prohibiciones en materia genética y de igual manera crea un catálogo de penas para quien viole la norma. Dentro de dichas prohibiciones se encuentran: manipulación genética, repetibilidad del ser humano, fecundación y tráfico de seres humanos, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Por último se encuentra la Ley 919 de 2004 por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se

tipifica como delito su tráfico, esta corta ley se encarga de prohibir la venta y comercialización de componentes anatómicos para trasplante, de igual manera obliga al donante que de hacer dicha donación debe hacerlo a título gratuito. Además en uno de sus artículos establece que quien realice cualquier tipo de actividad comercial o ilicitud incurrirá en prisión.

En este recorrido legal, se puede observar a todas luces el atraso legislativo que existe en la investigación genética en Colombia, dado que si bien es cierto que hay algunas normas de carácter punitivo como lo son los artículos del Código Penal, estas hacen parte de cuerpo o unidad el cual es el Código Penal pero de ahí no se infiere que exista como lo hay en otros países o bien sea un tendencia legislativa al tema genético (caso español), o la creación de una o dos leyes que regulen de manera amplia y expresa el tema genético, ejemplo de ello es Alemania, que presenta dos leyes, en la primera, tipifica las conductas punibles que se pueden derivar de la investigación genética, y en la segunda, establece límites a la investigación con las células madres; un poco más importante y en una escala más dominante se encuentra Suiza, que prohíbe toda practica en la ingeniería genética que pueda ir en contra de la dignidad humana, pero estas prohibiciones las hace desde el texto constitucional, es decir, desde la Constitución de la Confederación.

Una posible excusa al caso colombiano, a su falta de pronunciamientos legales, sería que Colombia por ser un país de economía emergente, no está al alcance ni a los límites de la investigación, excusa esta errónea y carente de todo fundamento si se compara con la legislación panameña o ecuatoriana; la primera de ellas, en una ley de no más de cinco artículos prohíbe la clonación de seres humanos y aunque deja abierta la puerta a la investigación, esta no puede violentar la dignidad y el respeto humano. La segunda, la ecuatoriana, que mediante la modificación a su carta magna establece que, basados en la integridad de la persona, prohíbe toda práctica que manipule o tenga que ver con el material genético humano.

Así pues, es inadmisibile la falta de pronunciamientos de orden legal por parte del legislativo colombiano, para crear una ley general de genética, teniendo en cuenta que existe una constitución que respeta la vida y la dignidad humana. Por lo anterior, Colombia está en un atraso legislativo en comparación con los demás países tanto del continente americano como europeo, lo único que podría probablemente salvar esta cuestión, serían los pronunciamientos que haya al respecto por parte de la máxima corporación constitucional en Colombia, la cual es, la Corte Constitucional.

La primera sentencia de la Corte Constitucional relacionada con el tema, es la C-505 de 2001.<sup>20</sup> El asunto que en esa oportunidad entró a revisar la Corte, es el marco jurídico y legal del derecho a escoger libremente profesión u oficio, específicamente, el ejercicio sobre la profesión de biólogo.

En ese mismo año se pronunció esta institución con la sentencia C-243 de 2001,<sup>21</sup> en la que entró a revisar la constitucionalidad de la Ley 75 de 1968 que según criterio del accionante la norma antes mencionada, *“desconoce el derecho a la personalidad jurídica del hijo que reclama la declaración de paternidad”*. En esta sentencia, se observa cómo la Corte Constitucional, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia,<sup>22</sup> aunque si bien es cierto que el estudio de la Corte se centró en la constitucionalidad de la norma, de una u otra forma, hace una muy somera apreciación del tema de la investigación genética, referido en este caso la prueba de ADN en los procesos de filiación. Ahora bien, dentro de dichas apreciaciones lo único que se puede extraer es lo referente a los avances tecnológicos en materia genética, que han hecho de ellos una herramienta útil para el juez principalmente en los casos y procesos de filiación.

Un año más tarde, en sentencia C-807 de 2002,<sup>23</sup> la Corte Constitucional entra a estudiar y fallar la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 721 de 2001, por la cual se modificó la Ley 75 de 1968, que según el demandante *“va en contra del ordenamiento jurídico dado que quebranta uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”*. Es así, que aunque en la sentencia, el grosor de su estudio es sobre proceso de filiación y pruebas de paternidad, por primera vez la Corte Constitucional expone el tema del genoma humano y así lo comenta:

(...) De esta prueba científica podemos decir que en cuanto tiene que ver con el genoma humano, este no es otra cosa que una información sobre cada persona, sobre su familia biológica y sobre la especie a la que

---

20 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-505 2001. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy. República de Colombia. 16 de mayo de 2001.

21 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-243 2001. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Gil Escobar. República de Colombia. 27 de febrero de 2001.

22 Como por ejemplo, la sentencia C-2001-00005-01 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado Dr. Jaime Alberto Arrubla, que revisa el tema de la filiación y la prueba de ADN (huella genética) con base en la jurisprudencia existente y la Ley 721 de 2001, entre muchas más sentencias de la mencionada Sala.

23 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-807-2002. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. República de Colombia 3 de octubre de 2002.

pertenece; esta información genética está contenida en el ADN (ácido desoxirribonucleico) que se copia a sí mismo para poder conservarse y se transmite al ARN (ácido ribonucleico) dando lugar a la síntesis de proteínas. (Subrayado fuera de texto).

Siguiendo una misma tendencia académica, más no técnica, la Corte expone el tema del genoma humano desde un punto de vista científico, pero sin darle las dimensiones que en verdad merece dicho asunto en cuanto a la importancia jurídica, como lo han hecho países como Suiza, Ecuador, Panamá y Australia, entre otros. La Corte Constitucional simplemente se limita a resaltar el avance de la ciencia y la tecnología y los recursos genéticos que han ayudado en los últimos años a los jueces en los procesos de filiación y no establece unos límites o principios generales para su implementación.

En el año 2004 se produce un pronunciamiento interesante por parte de la Corte Constitucional y es la sentencia C-464 de 2004,<sup>24</sup> que aunque no trata en lo más mínimo el tema de la investigación genética, dado que la discusión jurídica es sobre la constitucionalidad de determinados decretos en lo que tiene que ver con la carrera militar y demás normas concordantes, es interesante cómo esta Corte acepta la siguiente realidad:

(...) En realidad en el mundo del derecho pueden presentarse dos situaciones que es necesario diferenciar y que tienen relación con el fallo de inexequibilidad. La primera se presenta cuando no existe previamente regulación jurídica, **por ejemplo no existe regulación jurídica para la manipulación genética, eso lo que quiere decir es que esa conducta es libre.** Si después aparece la ley A que regula la manipulación genética y esa ley A es declarada inconstitucional, la consecuencia, (y aquí aparece claramente el fenómeno) es que esa materia, la manipulación genética queda otra vez libre, sin regulación. (...). (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Es preocupante cómo, en un ligero haz de lucidez por parte de la Corte Constitucional, al mencionar que no existe en Colombia regulación sobre la manipulación genética, concluye que dicha práctica es libre, si la Corte hiciera un estudio

---

<sup>24</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-464-2004 Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy. República de Colombia 11 de mayo de 2004.

más concienzudo sobre el tema, y viera un poco más allá de los riesgos existentes de dicha actividad, de la vulneración y violación de derechos fundamentales que se puede llegar a presentar con dicha práctica, muy seguramente ya existiría en Colombia por lo menos un fallo ejemplar o una sentencia punto arquimédico en lo relacionado con la investigación genética en humanos.

Por último, en los años 2005 y 2006, la Corte se pronunció en dos sentencias: C-555 de 2005<sup>25</sup> y C-775 de 2006.<sup>26</sup> En ellas, pese a que hubiera sido muy plausible generar sentencias fundacionales en el tema de la regulación de asuntos genéticos, no hubo un pronunciamiento de fondo, ya que la Corte Constitucional se declaró inhibida para pronunciarse al respecto, pues a juicio de esta Alta Corporación, el accionante no cumplió con los requisitos exigidos por la ley. Las sentencias versaban sobre la inconstitucionalidad de la Ley 599 de 2000, artículos 132, 133 y 134, que hablan respectivamente de la manipulación genética, repetibilidad del ser humano y de la fecundación y tráfico de embriones humanos.

Esta corta y truncada línea jurisprudencial, muestra la realidad de Colombia en cuanto a pronunciamientos de orden legal y jurisprudencial que tengan que ver con la investigación genética en humanos y o similares, y es así como al existir un vacío, se puede prestar para prácticas que pueden llegar a atentar contra la dignidad humana, violentar los derechos humanos, o la violación de la declaración del genoma humano o más aún la violación de la vida, dado que como lo menciona la Corte en alguna de las sentencias aquí referidas, al no existir una normatividad que regule dicha práctica, la misma se puede considerar libre, es decir, no existen límites en la ciencia y en la investigación.

Sin embargo, la anterior afirmación no puede desconocer que los límites a la investigación genética en humanos, se deben formular a partir de las normas constitucionales, tanto en sentido restringido como en sentido amplio, es decir, incluye los tratados internacionales que Colombia haya suscrito en este tema y que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Para el tema que nos ocupa, vale la pena detenerse un poco en el concepto de algunos de los más relevantes principios susceptibles de ser tocados por la investigación genética en humanos. Uno es el de la *confidencialidad*, que por ser un principio básico de la investigación, adquiere rango constitucional. En la

---

25 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-555-2005. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas. República de Colombia. 26 de mayo de 2005.

26 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-775-2006. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. República de Colombia 13 de septiembre de 2006.

práctica médica es base fundamental relacionada directamente con el secreto profesional. La Declaración de Helsinki en su artículo 11 establece que: *“En la investigación médica, es deber del médico proteger la vida, la salud, la dignidad, la integridad, el derecho a la autodeterminación, la intimidad y la confidencialidad de la información personal de las personas que participan en investigación”*. (Subrayado fuera de texto). Por otro lado, el de la *intimidad*, que es un derecho reconocido por el artículo 15 de la Constitución Política, el artículo 1º del Pacto de Costa Rica, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la *“esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico”*.<sup>27</sup> En otras palabras ha dicho esa Corporación que:

Lo íntimo, lo realmente privado y personalísimo de las personas es, como lo ha señalado en múltiples oportunidades esta Corte, un derecho fundamental del ser humano, y debe mantener esa condición, es decir, pertenecer a una esfera o a un ámbito reservado, no conocido, no sabido, no promulgado, a menos que los hechos o circunstancias relevantes concernientes a dicha intimidad sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o por que han trascendido al dominio de la opinión pública.<sup>28</sup>

Para la doctrina este derecho se refiere al control que cada individuo ejerce sobre lo que le concierne o sobre cuándo y quién puede conocer diferentes aspectos sobre la persona, lo que implica la facultad que cada quien tiene para exigir de los demás el respeto de su ámbito exclusivo que corresponde a su fuero personal.

No menos importante es el principio de *libertad de investigación*, consagrado en varios artículos de la Constitución Política (27, 70 y 71), garantizándolo como una libertad de ejercicio, un deber de promoción y la creación de incentivos para quienes realicen estas actividades. Sin embargo, esta libertad no es absoluta, va acompañada de unos límites que no pueden contrariar otros derechos u otras

---

27 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 517 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. República de Colombia. Bogotá. 21 de septiembre de 1998.

28 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación 056 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. República de Colombia. Bogotá. 16 de febrero de 1995.

libertades. De ahí que en el artículo 10 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, se establece que *“Ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos”*.

El fundamento de todos los derechos humanos es la *defensa de la vida*, desde el inicio hasta el final de ella. Este es un principio de rango constitucional, proclamado en el preámbulo y en los artículos 11 y 44, como bien jurídico protegido por la Constitución. También proclamado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1992, que en su artículo 4º numeral 1 establece que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*. La vida se encuentra protegida con normas que castigan el aborto y la eutanasia, inclusive al más débil, el *nasciturus*; igualmente se protege la vida de los discapacitados físicos y mentales y de los ancianos.

El derecho a la vida alcanza un carácter objetivo en el Estado Social de Derecho lo cual implica que la fuerza vinculante de este derecho, como la de los demás derechos fundamentales, se hace extensiva a las relaciones privadas, aunque es el Estado el principal responsable de su protección, garantía, respeto y desarrollo. De ahí que no solo es el Estado el responsable de proteger la vida de los asociados sino que el derecho a la vida, como todos los derechos fundamentales, es también responsabilidad constitucional de los particulares.

Y por último, y quizás el más relevante de todos y la base sobre la cual se debe desarrollar la norma jurídica que regule la investigación genética en humanos, es el principio de la *dignidad humana*, consagrado en la Constitución Política en el artículo 1º como base sobre la cual se funda la República de Colombia, *“lo cual determina, no solo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna”*<sup>29</sup> y en concordancia con ese deber de protección, la Corte ha determinado tres lineamientos claros y diferenciables:

- (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir

---

29 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 596 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón. República de Colombia. Bogotá. 10 de diciembre de 1992.

como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)<sup>30</sup>.

El concepto de dignidad humana implica que el hombre, por su naturaleza, no admite ser tratado como un medio sino que es fin en sí mismo. Por ello su dignidad es *“presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución”, “razón de ser, principio y fin último de la organización estatal”*.<sup>31</sup> Tanto así que en Colombia se prohíbe la esclavitud, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, al igual que la discriminación, la imparcialidad, según lo establece la Carta Magna en los artículos 12, 13 y 17.

Así mismo, el artículo 1º de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano reconoce que *“el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas”*, y en el literal a) del artículo 2º determina que *“cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas”*, mientras que en el b) establece que *“esa dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad”*. Disponiendo en el artículo 6º que *“nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto sería atentar contra sus derechos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad”*.

Con lo anterior se pretende dejar esbozado el esquema sobre el cual deben reposar las normas que regulen la investigación genética en humanos. Como se hizo referencia anteriormente, algunos de estos principios están enmarcados en la Constitución Política de Colombia, y es a partir de ellos que se deben crear nuevos ordenamientos jurídicos que armonicen con el desarrollo de las ciencias y las tecnologías, sin que estas atenten contra la vida desde sus inicios y aún después de la muerte, la dignidad humana, y por supuesto, con el debido respeto por la libertad de investigación.

---

30 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 881 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. República de Colombia. Bogotá. 17 de octubre de 2002.

31 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 401 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. República de Colombia. Bogotá. 3 de junio de 1992.

Así pues, las investigaciones en materia genética que pretendan intervenir sobre el ser humano deben y tienen que estar limitadas por el respeto a los principios y derechos que establece la Constitución Política, como una herramienta que supla la falta de límites constitucionales a la investigación genética en humanos.

## CONCLUSIONES

Aunque se ha establecido que la investigación genética en humanos no es un tema de reciente desarrollo, ya que desde los albores del siglo XIX se estaban poniendo en evidencia algunos avances importantes como el descubrimiento del gen, el ADN, el genoma humano, al igual que el desarrollo de la tecnología necesaria para poner en funcionamiento los procedimientos que llevaron a tan grandes descubrimientos, si lo es la aplicación en una forma abierta y pública, de todas las formas en que estos avances científicos pueden intervenir en la vida, la salud y hasta en la muerte del ser humano.

Encontrarse con temas como manipulación genética, clonación o células madre, ya no es cosa de ciencia ficción. Aquellas personas que cuentan con las condiciones económicas ya piensan en los bancos genéticos para asegurar, en un futuro, la cura para la enfermedad de un miembro de su familia, depositando, por ejemplo, el cordón umbilical del recién nacido en el banco de órganos, que más adelante les servirá para la creación de las células madre que sean compatibles para la cura de una enfermedad como la leucemia, por ejemplo. Todos estos avances favorecerán el progreso de la medicina, el desarrollo de nuevas técnicas de diagnóstico y terapia, la prevención y curación de enfermedades hereditarias. Sin embargo, no es menos cierto que tienen grandes costos económicos, graves interrogantes éticos, el hombre será más vulnerable ante la ciencia y por ende su intimidad más susceptible de ser violada. Aparte de esto se crea la posibilidad o más bien el peligro que genera la terapia perfecta o eugenesia.

Si bien es cierto muchos países han empezado a legislar sobre la investigación genética en humanos, prohibiendo o permitiendo las diferentes técnicas, también lo es que otros aún no se han dado cuenta que están en mora de hacerlo. Es urgente que se trabaje en la unificación de criterios que permitan establecer un orden jurídico nacional e internacional. En el caso colombiano, aunque el constituyente de 1991 no introdujo ninguna disposición en materia genética, este tema sí fue considerado en proyecto de la Asamblea Nacional Constituyente, como lo anota la Gaceta Constitucional N° 78, en un artículo del siguiente tenor:

*“Todo residente del país tendrá el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad. Prohíbese la manipulación genética y la experimentación biológica que pongan en peligro la vida, la integridad física o la dignidad de las personas a partir de su concepción”.* Sin embargo, por recomendaciones básicamente académicas decidieron no tenerlo en cuenta en su totalidad y únicamente se incluyó en el artículo 49, lo que sigue: *“Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud”.*

A cambio de la exclusión de la prohibición, la Carta Magna integra en su articulado un abanico de garantías a los derechos fundamentales tanto en lo material como en lo procesal. Podemos hacer un recorrido, iniciando con el artículo 1º que transforma el estado colombiano en un “Estado social de derecho... fundado en el respeto por la dignidad humana...”. Luego encontramos en los artículos 11 a 82 derechos individuales, colectivos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, protegidos mediante las acciones y garantías procesales tan eficientes como las establecidas en los artículos 86 a 88. Y finalmente, el artículo 93 establece la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Aunque aún no se han presentado conflictos jurídicos en materia de investigación genética en humanos, la forma de solucionar cualquiera de ellos, sería mediante la interpretación y aplicación de todas estas garantías, en especial las normas internacionales sobre la materia, como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana, y por supuesto la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la Unesco.

Sin embargo, como en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una norma que regule de manera particular la investigación genética en humanos, se requiere de un marco jurídico que delimite el accionar científico, pues el derecho vigente no es suficiente y se requiere adaptarlo a la sociedad contemporánea, dando lugar al bio-derecho o a la bio-jurídica, como en los casos de otros países que han tenido una fuerte tendencia a la regulación de la genética, ejemplo de ello, son España, Alemania, Australia, Japón, Chile, Suiza y Ecuador, entre muchos otros, estos últimos dos países cuyos pronunciamientos de orden legal son de jerarquía constitucional, es decir, se encuentran estipulados dentro de la Carta Constitucional, lo que les permite hablar abiertamente de bio-derecho o en estructuras legales más amplias como es el caso español que se habla de bio-jurídica.

Por su parte, Colombia ha sido tímida al tema genético, puesto que si bien es cierto que existen algunos pronunciamientos de orden legal, los mismos han

sido muy particulares de acuerdo al tema a regular, así pues no existe una ley general de genética que establezca los parámetros en los cuales deba desarrollarse la investigación genética en humanos.

Siguiendo esta línea argumentativa y de conformidad con lo que quedó expuesto a lo largo de este escrito, es necesario y oportuno que el Congreso de la República de Colombia regule un marco legal *in extenso* en materia genética, desarrollando así, todos los componentes técnicos, científicos y jurídicos que sean necesarios para generar una verdadera ley sobre la investigación genética en humanos.

Por otro lado, se considera que la Corte Constitucional en uso de sus facultades debería pronunciarse o por lo menos tener un criterio más claro acerca de la investigación genética en humanos; si bien es cierto, que la Corte no puede pronunciarse de oficio si podría hacer pronunciamientos a partir de los diferentes tratados internacionales existentes en esta materia<sup>32</sup> y que vale aclarar, hasta el momento la Corte Constitucional, no lo ha hecho. Así pues, se deja un inquietante sinsabor al concluir que en Colombia, no existe una verdadera norma que regule la materia, sin desconocer los avances jurídicos que han desarrollado otras instancias tanto de la rama ejecutiva como legislativa, pero únicamente en temas relacionados con la investigación genética en humanos, más no con ella en particular.

Por lo anterior, es de reiterar, que el Congreso de la República de Colombia, está en la obligación de entrar a regular el tema de la investigación genética en humanos, porque de lo contrario al no existir reglamentación ni pronunciamiento judicial alguno, esta práctica (la investigación genética) es una práctica libre, por tanto no tiene límites y esto podría presentar una violación de principios y derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, le corresponde ora al Congreso de Colombia, ora a la Corte Constitucional en uso de las facultades que le profiere la Carta Magna, pronunciarse al respecto, eso sí teniendo en cuenta los límites, derechos y principios que quedaron expuestos a lo largo de este escrito y así evitar prácticas en

---

<sup>32</sup> Como lo son, entre otros: la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio del 9 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial del 21 de diciembre de 1965, los dos Pactos Internacionales de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Impedidos del 9 de diciembre de 1975 y la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del Retrasado Mental del 20 de diciembre de 1971.

procura de la ciencia que puedan llegar a pasar por encima de lo máspreciado y valioso que redescubrió la sociedad humana, una vez tuvo conocimiento de las prácticas médicas realizadas durante el holocausto nazi, como lo fueron las intervenciones con la pigmentación de la piel a personas de color, la experimentación con gemelos, el cambio en el color de los ojos, y el exterminio de judíos con deformidades, dementes, o con enfermedades congénitas entre muchas otras, buscando el perfeccionamiento de la raza aria; y ese redescubrimiento no es más que el respeto por la dignidad humana, sustento de la norma de normas.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAUTE ACOSTA, Aura María y OÑATE ROSADO, Laura Cristina. 2007. *El Genoma Humano y sus implicaciones Socio jurídicas*. Bogotá, D.C. Editorial Leyer.
- DICCIONARIO MOSBY. 2008. *Medicina, Enfermería y Ciencias de la Salud*. Quinta Edición. Madrid: Ediciones Harcaet España S.A. Pág. 587.
- FUENTES CONTRERAS, Edgar Hernán. *La Restricción Penal a la manipulación genética en el ordenamiento jurídico colombiano: Perspectivas de la Investigación Genética y la Protección del Bien Jurídico Tutelado*. Pág. 17. (Utilizado con autorización del autor).
- GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. 2002. “Terapia Génica”. En: *Familia, tecnología y derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia. Págs. 249-271.
- NARANJO RAMÍREZ, Gloria Patricia. 2006. “Implicaciones Jurídicas de la investigación en genética humana”. En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 36, Nº 105. Medellín-Colombia. Julio-diciembre de 2006, ISSN 0120-3886. Págs. 431-446.
- . 2006. *Investigación en Genética Humana y Derecho*. Universidad Pontificia Bolivariana. Primera Edición. Medellín-Colombia. 2006. ISBN 958-696-508-2.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto. 2002. *Implicaciones Jurídicas de la Investigación en el Genoma Humano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Pág. 317.
- YUNIS, Emilio. 2001. *Evolución o Creación: Genomas y clonación*. Planeta Colombia. Primera Edición. Bogotá.

## CIBERGRAFÍA

CÓDIGO DE NÜREMBERG. En: [http://www.ms.gba.gov.ar/CCIS/Legislacion/7NormasEticasInternacionales/CodigoNuremberg/CODIGO\\_NUREMBERG.pdf](http://www.ms.gba.gov.ar/CCIS/Legislacion/7NormasEticasInternacionales/CodigoNuremberg/CODIGO_NUREMBERG.pdf); (consultado: 23 sep., 2010).

CÓDIGO PENAL COLOMBIANO. Ley 599 de 2000. En: <http://www.lexbasecolombia.info/>; (consultado: 27 sep., 2010).

CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. Ley Orgánica 10/1995. Art. 159. En: <http://abogadospenal.fullblog.com.ar/post/codigo-penal-espanol---texto-integro-actualizado-2-121244071996/>; (consultado: 27 sep., 2010).

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. En: <http://www.lexbasecolombia.info/>.

CONVENIO Nº 108 DEL CONSEJO DE EUROPA, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. En: [http://www.ifai.gob.mx/pdf/ciudadanos/sitios\\_de\\_interes/datos\\_personales/Convenio108.pdf](http://www.ifai.gob.mx/pdf/ciudadanos/sitios_de_interes/datos_personales/Convenio108.pdf).

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO 1789. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>.

DECLARACION DE HELSINKI DE LA ASOCIACION MÉDICA MUNDIAL. Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos En: [http://www.wma.net/es/30publications/10policies/b3/17c\\_es.pdf](http://www.wma.net/es/30publications/10policies/b3/17c_es.pdf); (consultado: 27 sep., 2010).

DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE EL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS. Noviembre 11 de 1997. En: [http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL\\_ID=13177&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html); (consultado: 21 sep., 2010).

MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia. *Implicaciones Genéticas en el Derecho a la salud del menor: Diagnóstico y propuestas*. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/981/14.pdf>; (consultado: 20 sep., 2010).

## JURISPRUDENCIA ANALIZADA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-505-2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy. República de Colombia. 16 de mayo de 2001.

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-243 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Gil Escobar. República de Colombia. 27 de febrero de 2001.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-807 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. República de Colombia 3 de octubre de 2002.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-464 2004. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy. República de Colombia 11 de mayo de 2004.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-555 2005. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas. República de Colombia. 26 de mayo de 2005.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-775 2006. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. República de Colombia 13 de septiembre de 2006.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia Constitucional 579 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. República de Colombia, Bogotá. 8 de octubre de 1992.
- . Sentencia Constitucional 479 de 1992. Magistrados Ponentes: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. República de Colombia. Bogotá. 13 de agosto de 1992.
- . Sentencia de Tutela 401 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. República de Colombia. Bogotá. 3 de junio de 1992.
- . Sentencia de Unificación 039 de 1998. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. República de Colombia. Bogotá. 19 de febrero de 1998.
- . Sentencia de Tutela 517 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. República de Colombia. Bogotá. 21 de septiembre de 1998.
- . Sentencia Constitucional 243 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. República de Colombia. Bogotá. 27 de febrero de 2001.
- . Sentencia Constitucional 505 de 2001. Magistrado Ponente: Marco

Gerardo Monroy Cabra. República de Colombia. Bogotá. 16 de mayo de 2001.

———. Sentencia Constitucional 807 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. República de Colombia. Bogotá. 3 de octubre de 2002.

———. Sentencia de Tutela 881 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. República de Colombia. Bogotá. 17 de octubre de 2002.

———. Sentencia de Tutela 729 de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. República de Colombia. Bogotá. 5 de septiembre de 2002.

## LEGISLACIÓN NACIONAL

LEY 73 DE 1988. *“Por la cual se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes y otros usos terapéuticos”.*

PROYECTO DE LEY Nº 172 DE 2006 CÁMARA. *“Por medio de la cual se reglamentan las técnicas de reproducción humana asistida, la investigación con células madre y se dictan otras disposiciones”.*

MINISTERIO DE SALUD, RESOLUCIÓN 8430 DE 1993. *“Por la cual se establecen las normas técnicas y administrativas para la investigación en salud”.*

LEY 919 DE 2004. *“Por medio la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico”*, Diario Oficial 45.771 de 23 del diciembre de 2004, (diciembre 22).

# LA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TRATO NACIONAL Y NACIÓN MÁS FAVORECIDA A RAÍZ DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA NORMA TÉCNICA AGRÍCOLA JAPONESA DE PRODUCTOS ORGÁNICOS

*Mónica Agreda B. \**

**Sumario:** INTRODUCCIÓN. I.- Evolución de la economía japonesa. II.- Conceptos necesarios para comprender la norma técnica JAS. III.- La vulneración de los principios de Trato Nacional y Nación más favorecida por la norma técnica JAS. IV.- Resultados. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

Este es el primer estudio de la norma técnica japonesa y su impacto en países en vía de desarrollo como Colombia, desde una perspectiva netamente jurídica en el contexto multilateral, que además contiene un análisis de las exportaciones colombianas con destino al Japón, desde el año 2000 hasta el año 2009.

El artículo se desarrolla a través de cuatro (4) ejes fundamentales, en el primero se realiza un breve recuento de la evolución de la economía japonesa, en el segundo, se mencionan algunos conceptos importantes para entender la normatividad JAS, como lo son: el concepto de alimento orgánico, la Ley 175 de 1950, considerada como la ley marco del sistema JAS y otras normatividades que la complementan como: la ley de sanidad alimentaria en Japón entre otras. En el tercer eje, se analiza la vulneración de los principios rectores del comercio internacional por la implementación de esta normatividad, desde una óptica jurídica en el contexto del derecho internacional. En cuarto lugar, se incluyen los resultados del análisis con tendencia lineal de la información periódica de las exportaciones colombianas con destino a Japón entre los años 2000 y 2009. Finalmente se incluyen las conclusiones.

\* Abogada de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano; graduada en el año 2010. Correo electrónico: monica.agreda@libero.it

## I. EVOLUCIÓN DE LA ECONOMÍA JAPONESA

Desde el punto de vista económico, los Tratados de **Shimonoseki y Liaotung** en el año 1895, aportaron a la economía japonesa un buen capital a título de indemnización con ocasión de la guerra con China, además restituyó su soberanía sobre algunas islas del Pacífico.<sup>1</sup> Como consecuencia de estos tratados, China y Japón ampliaron el comercio, la navegación marítima y fluvial, entre otras. La transformación de la economía japonesa, caracterizada por ser feudal y minifundista, afrontó un vertiginoso cambio con la era **Meiji**, entre los años 1868 y 1912; que según Jetro, implicó un cambio de modelo económico fundamentado en el modelo británico y el capitalismo americano, lo cual significó que el gobierno japonés, adoptara varias medidas entre ellas la contratación de personal extranjero para capacitar a los trabajadores nacionales y una serie de reformas, como: la **agraria** (supresión de los derechos de los señores sobre las tierras e indemnizaciones a los campesinos), la **monetaria** del año 1871 (creación de un sistema monetario nacional basado en el yen como única moneda, y del banco central, al igual que un sistema fiscal cimentado en los tributos de la tierra), la reforma **social** (libertad de oficio, abolición del sistema social de cuatro clases, e inversión estatal en obras públicas como carreteras y ferrocarriles), y finalmente la reforma **institucional**.<sup>2</sup> Gracias a la apertura económica de la era Meiji, la economía de Japón creció a un ritmo de 4,8 %, frente a un 1,7 %<sup>3</sup> reportado en el viejo sistema feudal. En los años de 1914 a 1918, Japón, Según Hardach, se vio enormemente favorecido por la Primera Guerra Mundial, por el incremento del 4 y 5 % de sus exportaciones, no solo por su relación económica con Estados Unidos, sino por su incursión, tanto en el mercado europeo, como en el asiático.<sup>4</sup> En el período entre guerras, la economía japonesa se consolidó implementando medidas en el sector público (disminuyendo los intereses, emitiendo bonos para impulsar el sector financiero y las exportaciones) y privado (impulsando varias industrias).<sup>5</sup> Según Milward, el crecimiento se vio estancado después de la Segunda Guerra Mundial, debido a circunstancias como: el embargo econó-

---

1 HOGAN, Michael J. *The Marshall Plan, America, Britain, and the reconstruction of Western Europe, 1917 – 1952*. United States of America: The press syndicate of the University of Cambridge, 1995. Págs 1-3, 89, 238, 239, 336, 337, 388.

2 JAPAN EXTERNAL TRADE ORGANIZATION. *Desde Japón hacia Colombia*. Bogotá: Jetro Japón, 1990. Pág. 89 -91.

3 *Idem*.

4 HARDACH, Gerd. *Historia Económica Mundial del Siglo XX. La Primera Guerra Mundial 1914-1918*. Barcelona; Grupo editorial Grijalbo. 1986. Pág. 300.

5 JAPAN, Op.cit., pág. 91.

mico y el bloqueo naval por parte de Estados Unidos, el decrecimiento de la importaciones desde China quien fue su mayor proveedor y la recesión mundial del año 1949.<sup>6</sup> Finalmente en los años de 1950 a 1952, con el plan de Asistencia Técnica Global, que formó parte del plan de reconstrucción económica europea (Plan Marshall), se proporcionó ayuda a Japón, Taiwán y Corea, con una donación de aproximadamente U\$195 millones de dólares, destinados en su mayoría a capacitaciones en el sector de negocios; de otro lado, la comunidad internacional contribuyó a la recuperación de Japón, brindando a este país tratamiento preferencial especialmente en el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio del año 1947 (*General Agreement on Tariffs and Trade*), en adelante **GATT**.<sup>7</sup> Todas las medidas implementadas, tanto por el gobierno japonés como por la comunidad internacional, dieron fruto desde la década de 1990, conocida como el “boom de la economía japonesa”, hasta hoy en día, a tal punto que Japón, ocupa el tercer lugar en la economía mundial, con relación al poder adquisitivo y el segundo lugar en la economía, según el cambio oficial de divisas, convirtiéndose en un país desarrollado.<sup>8</sup>

## II. CONCEPTOS NECESARIOS PARA COMPRENDER LA NORMA TÉCNICA JAS

La norma técnica japonesa en adelante JAS,<sup>9</sup> es una norma que versa sobre las exportaciones de alimentos orgánicos. Para contextualizar al lector, es preciso tener conocimiento de conceptos como: alimentos orgánicos JAS, la norma técnica JAS, y la Ley 175 de 1950 entre otras.

**A. Los alimentos orgánicos JAS.** En japonés, “*Yuki Shokuhin*”<sup>10</sup> es un producto alimentario, en cuyo proceso de producción no se han utilizado productos químicos durante un período comprendido entre seis (6) meses y tres (3) años o la utilización de fertilizantes químicos se reduce a menos del 50 % con respecto a

6 MILWARD, Alan S. *Historia Económica mundial del siglo XX. La Segunda Guerra Mundial 1939-1945*. Barcelona: grupo editorial Grijalbo, 1986. Pág. 346.

7 DE SILVA, Leelananda. *Ayuda al desarrollo, datos y problemas*. Madrid: Iepala Editorial, 1985. Versión electrónica disponible en: [www.books.google.com.co](http://www.books.google.com.co). Consultado: 12 Ago., 2009.

8 Extraído de la página web: <https://www.cia.gov/>. Fecha: 03 de mayo de 2009. Hora de inicio: 16:00h, hora de salida 16:45h.

9 Japanese Agricultural Standard.

10 Extraído de la página web: [www.fao.org](http://www.fao.org). Fecha: 12 de noviembre de 2008. Hora de inicio: 01:01h, hora de salida 02:05h.

la utilización media, además no tienen modificaciones genéticas, y cumplen con un control de calidad más estricto ya que deben contar con la calificación anual de un Organismo de Certificación Registrado, en adelante OCR.<sup>11</sup>

**B. La norma técnica JAS.** La Ley JAS, nace bajo el amparo de la ley sobre la estandarización y adecuado etiquetado de productos agrícolas y de silvicultura (Ley Nº 175, 1950) la cual tiene aplicación en todo lo relacionado con dichos productos exceptuando licores, medicamentos, y cosméticos. El sistema JAS, consiste en la combinación del “sistema de normas JAS” (*JAS Standard System*) y el “sistema estándar de calidad de etiquetado” (*Quality Labeling Standard System*); contiene algunas disposiciones sobre la normalización y adecuación de la calidad de los materiales agrícolas y forestales con base en las directrices del *Codex Alimentarius*. Es novedosa, porque introduce el status de “orgánico”, para los alimentos que cuenten con la certificación de los OCR. JAS, presta mayor énfasis en el control de los establecimientos, más no en que el método de cultivo sea orgánico. Los establecimientos, a lado de los OCR, juegan un papel importante en esta ley, debido a la obligación que tienen los primeros de adherir la marca JAS en sus productos y los segundos, por otorgar la certificación para determinar si los alimentos cumplen con las condiciones de producción, elaboración y tratamiento apropiado. La solicitud de certificación para adherir la marca JAS, se presenta ante un OCR, hasta junio de 2002 existían 68, se puede encontrar mayor información en las siguientes páginas web: [www.jasnet.or.jp/news/yuukininntei/n\\_list.htm](http://www.jasnet.or.jp/news/yuukininntei/n_list.htm) o [www.jasnet.or.jp/news/e-organization/e\\_n\\_list.htm](http://www.jasnet.or.jp/news/e-organization/e_n_list.htm). El procedimiento para adherir la marca JAS, se puede resumir de la siguiente manera: los establecimientos, seleccionan el OCR, presentan la solicitud de inspección y el cuestionario. El OCR evalúa los documentos y solicita una inspección ante los inspectores, que a su vez determinan la fecha de la misma, después elaboran el informe de inspección y lo presentan junto con la declaración de la visita ante el OCR. Luego, la comisión dictaminadora que forma parte del OCR evalúa el informe de inspección y comunica su decisión al solicitante o establecimiento quien estará autorizado para adherir la marca JAS a sus productos. La normatividad JAS, prevé la inspección de las diversas clases de establecimientos, como lo son: los responsables del proceso de producción, ellos son los que adhieren la marca JAS, los fabricantes, fraccionadores e importadores con el fin de brindar mayor protección al consumidor final. Los requisitos para obtener la certificación como establecimiento con certificación orgánica JAS, son: a.) cumplir con las normas

---

11 Organización de Comercio Exterior de Japón (JETRO). *Introducción a la certificación orgánica de las normas agrícolas japonesas (JAS)*. Bogotá. Jetro Bogotá: 2001. Pág. 8.

técnicas de certificación (normas de manejo de la organización del establecimiento certificado). La aclaración de los responsables y encargados, la elaboración de manuales sobre el método de producción y procedimiento de calificación (incluyendo la conservación de registros), el control del abonado, plagas, enfermedades, poscosecha y la identificación. b.) Cumplir con las normas JAS, establecer las condiciones de responsables y encargados en el campo agrícola, la elaboración de manuales sobre el método de producción y procedimiento de calificación, incluyendo la conservación de registros de las semillas y plantas.<sup>12</sup>

**C. Ley N° 175/1950 (JAS LAW).** El sistema JAS fue creado en el año 1950, como la Ley estándar de Agricultura y Silvicultura, pero en el año 1970, asumió su estatus actual con el aporte del sistema estándar de calidad de etiquetado. A continuación se realizará un breve resumen sobre esta normatividad. El objetivo de esta Ley, es mejorar la calidad de los productos, hacer eficiente el proceso de producción, contribuir a facilitar las transacciones y racionalizar el uso o consumo de productos estableciendo normas apropiadas y razonables para los productos agrícolas y de silvicultura, diseminándolos y ayudando a los consumidores a seleccionar los productos, brindando un adecuado etiquetado y de este modo contribuir en la promoción del bienestar público (Art. 1). Cobija a los productos agrícolas y pesqueros (Art. 2). Introduce conceptos como “estándar”, para referirse al criterio de calidad de productos agrícolas (incluyendo forma, tamaño, cantidad, condiciones de empaquetado u otros), y al criterio para el etiquetado de calidad (incluyendo la indicación del nombre y el lugar de origen, pero excluyendo la indicación de los componentes nutritivos). Se mencionan los Organismos de Certificación Registrados – OCR, en inglés *Registered Certifying Body* – RCB, que equivalen a los OCR, también hace referencia a los Organismos Extranjeros de Certificación Registrados, en inglés *Registered Overseas Certifying Body* – ROCB, entendidos como la corporación, que ha sido registrada por el Ministerio de Agricultura Silvicultura y Pesca de Japón, en adelante, MAFF. Se establece un proceso de calificación para los manufactureros (Art. 14), empaquetadores (Art. 15), importadores (Art. 15-2) y cualquier persona que desee obtener un registro como un OCR (Art. 16). Los requerimientos para obtener el registro deben estar acorde con el MAFF, en su calidad de corporación encargada de certificar los productos estipulados por la Organización Internacional de Estandarización y la Comisión Internacional Electrotécnica (Art. 17). El tiempo de caducidad del registro es de 3 años, si no se ha renovado (Art. 17-3). Establece una prohibición expresa,

---

<sup>12</sup> Extraído de la página web: [www.maff.go.jp](http://www.maff.go.jp). Fecha: 12 de febrero de 2010. Hora de inicio: 22:25h, hora de salida: 00:00h.

para adjuntar una etiqueta que se confunda con la etiqueta de calificación de cualquier producto agrícola o de silvicultura o de su empaque, contenedor o factura para el manufacturero nacional o extranjero, el gerente del proceso de producción de productos agrícolas nacional o extranjero, el gerente del proceso de distribución de productos agrícolas, el empacador nacional o extranjero y para el importador (Art. 18). Para estos últimos, también les está vedado colocar a un producto agrícola importado, una etiqueta que pueda confundirse con la etiqueta de calificación excepto: cuando la etiqueta ha sido adjuntada por una manufacturera extranjera certificada o por el gerente del proceso de producción extranjero certificado o por el gerente del proceso de distribución extranjero certificado o por cualquier reempacador extranjero certificado (Art. 19-11). Las etiquetas, serán eliminadas cuando no coincidan con JAS (Art. 19-12).<sup>13</sup>

**D. Ley de Sanidad Alimentaria en Japón - *Food and Sanitation Law in Japan.***

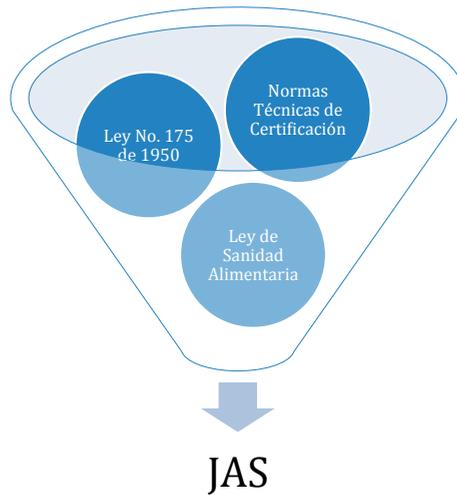
Esta ley contiene una prohibición para comercializar alimentos con aditivos, a menos que el Ministerio de Salud, Trabajo y Bienestar, en adelante MSTB, los designe como no perjudiciales para la salud humana con base en la opinión del Consulado (*Council*) de Asuntos Farmacéuticos y Sanidad Alimentaria, se exceptúan los agentes saborizantes naturales y cualquier sustancia que se use como un aditivo alimenticio (Art. 10). Tampoco se pueden comercializar alimentos con pesticidas (Parf. 1. Art. 1-2. Ley Nº 82-1948. Regulación Química Agrícola). El MSTB, tiene la facultad de establecer los estándares para el etiquetamiento de alimentos y aditivos para productos que se deseen comercializar, los estándares se diseñarán teniendo en cuenta la opinión del Consulado de Asuntos Farmacéuticos y Sanidad Alimentaria (Art. 19). Prohíbe la falsificación o alteración del etiquetamiento o publicidad (contraindicaciones y toda la información al respecto) de cualquier alimento, aditivos alimentarios, aparatos, paquetes o contenedores, en cualquier manera que pueda ser perjudicial para la salud. Además el MSTB, se encarga de compilar estos estándares (Art. 20). Los estándares deberán, tener un contenido legible antes de abrirlo, para los alimentos y aditivos alimentarios, que se deterioren rápidamente, se indicará la fecha (incluyendo el año), precedido de la leyenda “*use-by date*”, es decir la fecha hasta la cual, el alimento o aditivo no presenta ningún riesgo o se puede escribir “*best before date*”, para referirse al período durante el cual el producto conserva sus cualidades, también se indica la dirección de la planta de procesamiento y el nombre del manufacturero o productor, para preparar aditivos alimentarios, se deberá especificar el nombre y el porcentaje de peso por cada ingrediente, para deriva-

---

13 *Idem.*

dos de la vitamina A, el porcentaje por peso es como vitamina A, se exceptúan los saborizantes naturales (Art. 21).<sup>14</sup>

**E. El Sistema estándar de calidad de etiquetado.** Incluye todos los productores, distribuidores y otros grupos con facultad para realizar el etiquetado de acuerdo con los estándares de calidad de etiquetado, establecido por el MAFF. Todos los estándares de calidad de etiquetado son obligatorios, por lo cual todo alimento vendido al consumidor debe estar debidamente etiquetado de acuerdo a ellos.<sup>15</sup>



### III. LA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TRATO NACIONAL Y NACIÓN MÁS FAVORECIDA POR LA NORMA TÉCNICA JAS

#### A. CONCEPTOS PRELIMINARES

**i. Trato de Nación más Favorecida.** En la página de la OMC, se ofrece una explicación apropiada para el tema: “Trato de Nación más Favorecida, en adelante TNMF: es importante por ser el primer artículo del GATT, ocupa el segundo lugar en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios en adelante AGCS (Art. 2) y se ubica en cuarto lugar en el Acuerdo sobre los Aspectos de los

<sup>14</sup> Extraído de la página web: [www.jetro.go.jp](http://www.jetro.go.jp). Fecha: 15 de julio de 2009. Hora ingreso: 04:45h, hora de salida: 06:00h.

<sup>15</sup> ORGANIZACIÓN DE COMERCIO, *Op. cit.*, pág. 20.

Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio en adelante ADPIC (Art. 4), en cada acuerdo este principio presenta una leve diferencia. En conjunto, esos tres acuerdos abarcan las tres esferas principales del comercio de las que se ocupa la OMC. Según este principio, se debe conceder **igual trato para todos los demás**, lo cual significa, que los países no pueden establecer discriminaciones entre los participantes comerciales. Si se concede a un país una ventaja especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos), se tiene que hacer lo mismo con todos los demás miembros de la OMC. Este principio, asegura la competencia entre los productos de diferentes países”.<sup>16</sup> El artículo prevé excepciones como: los sistemas de preferencias otorgados en 1947, las excepciones aprobadas (acuerdos de libre comercio, el acceso especial otorgado a los productos provenientes de países en desarrollo, al igual que establecer obstáculos a productos objetos de un comercio desleal), por las partes contratantes, en adelante PC y las zonas de libre comercio y uniones aduaneras; los acuerdos solo permiten estas excepciones con arreglo a condiciones estrictas. En general, el TNMF significa que cada vez que un país reduce un obstáculo al comercio o abre un mercado, tiene que hacer lo mismo para los mismos productos o servicios de todos sus interlocutores comerciales, sean ricos o pobres, débiles o fuertes. El TNMF, busca la no discriminación, con lo cual, pretende una distribución equitativa de cargas, cuando los miembros comparten todos los beneficios *verbi gratia*, las concesiones entre dos países, que se harán extensibles a los demás miembros. También, se comparten los perjuicios por ejemplo: cuando un país enfrenta problemas, cuya causa sean las importaciones, se distribuye la carga entre todos los miembros a través de las medidas de salvaguardia.<sup>17</sup>

**i. Trato Nacional:** en adelante TN, la explicación que proporciona la OMC al respecto es la siguiente: “TN significa, igual trato para nacionales y extranjeros. Las mercancías importadas y las producidas en el país deben recibir el mismo trato, al menos después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado. Lo mismo debe ocurrir en el caso de los servicios extranjeros y los nacionales y en el de las marcas de fábrica o de comercio, los derechos de autor y las patentes extranjeras y nacionales. Este principio de “TN” (dar a los demás el mismo trato que a los nacionales) figura también en los tres principales acuerdos de la OMC (artículo 3 del GATT, artículo 17 del AGCS y artículo

---

16 Extraído de la página web: [www.wto.org](http://www.wto.org). Fecha: 09 de marzo de 2009. Hora de ingreso: 02:45h, hora de salida: 04:00h.

17 *Idem*.

3 del ADPIC. El TN, solo se aplica una vez que el producto, el servicio o la obra de propiedad intelectual han entrado en el mercado. Por lo tanto, la aplicación de derechos de aduana a las importaciones no constituye una transgresión del TN, aunque a los productos fabricados en el país no se les aplique un impuesto equivalente”.<sup>18</sup>

## B. PERSPECTIVA JURÍDICA

i. **Aportes vulnerados de los artículos I y III del GATT.** El artículo I, permite conceder ventajas o privilegios, respecto a los reglamentos y demás formalidades de las importaciones y exportaciones. JAS, es un reglamento técnico, en adelante RT, que según la Revista Electrónica de Estudios Internacionales de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales es: “aquel en el cual se enuncian las características, propias a uno o varios productos identificables por contraposición a las características generales que podrían ser comunes a varios productos no definidos”. A pesar, que los RT son necesarios desde el punto de vista de “la protección ambiental, la seguridad personal, la seguridad nacional y la información del consumidor, además de contribuir al comercio”, no se pueden homogenizar, porque difieren de un país a otro, generando inestabilidad normativa y dificultades para productores y exportadores. Resulta más beneficioso para un país, regirse no por un RT, sino por un principio técnico (inocuidad, salubridad y sanidad) ya que estos son susceptibles de homogenizar y de esta manera no se lesionan ni los derechos de extraños, ni los propios cuando la norma deba retirarse del ordenamiento jurídico. Además con GATT, se buscó eliminar los OTC, incluidos los que se generan por una mala interpretación de los RT, por parte del país aplicante, *verbi gratia* la paradoja existente debido a la especificidad de los reglamentos, que dista de la generalidad establecida en el concepto de similitud, estipulado en el artículo: los productos del territorio de toda parte contratante, en adelante PC, importados en el territorio de cualquier otra PC, no deberán recibir un Trato Menos Favorable que el concedido a los productos “**similares**”, de origen nacional en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la venta. Además, según la jurisprudencia de la OMC, se realiza estableciendo criterios de comparabilidad como: “las propiedades físicas, el mismo uso, la percepción del consumidor, que puedan satisfacer una necesidad o demanda determinada y la clasificación internacional de los productos a efectos arancelarios”. Es decir, al referirnos a la categoría de frutas por ejem-

---

18 *Idem.*

plo, hay lugar, a una sustitución por un producto de la misma categoría (fruta por fruta), *verbi gratia*, peras por piñas, porque se encuentran en la categoría de frutas, o remplazar el arroz por la papa o el plátano, porque estos tres productos se encuentran en la categoría de los carbohidratos. De otro lado, el artículo III del GATT, en el aparte siguiente: “las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten la venta, la oferta para la venta, la compra... no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional”, es vulnerado porque, es un hecho notorio que Japón, protege excesivamente su agricultura, basándose en el concepto de multifuncionalidad de la agricultura, la cual no puede ser fruto del comercio, sino de las actividades sostenibles de cada país, por esta razón el gobierno crea políticas que hacen de la producción agropecuaria la base del suministro de productos alimenticios. No obstante, la creación de normatividades como la JAS, más allá de conseguir este propósito, constituye una medida discriminatoria de facto, puesto que no garantiza la igualdad efectiva entre las posibilidades ofrecidas a los productos orgánicos japoneses y las ofrecidas a los productos orgánicos importados de Colombia. Evidentemente, se trata de una mala interpretación del artículo, o por llamarlo de otra manera, de una interpretación demasiado laxa, porque el TN, es frente a los extranjeros, es decir Colombia; más no frente a los nacionales, es decir Japón. En la práctica, el gobierno japonés expidió la norma JAS, que a pesar de su objetivo “brindar mayor protección al consumidor final”, plausible indicando la calidad de los materiales agrícolas y forestales con base en el *Codex Alimentarius*, pero JAS, hace mayor énfasis en el control de los establecimientos, más no en que el cultivo sea orgánico, lo que se constituye en un sofisma, porque el control de los establecimientos se hace mediante la certificación que le hace un OCR, estos además de revisar la documentación, requieren la aclaración de los responsables y encargados y la elaboración de manuales sobre el método de producción y procedimiento de calificación (incluyendo la conservación de registros, el control del abonado, el control de pestes y enfermedades, el control poscosecha, el establecer las condiciones de responsables y encargados en el campo agrícola, la elaboración de manuales sobre el método de producción y procedimiento de calificación, incluyendo la conservación de registros de las semillas y plantas). En síntesis, JAS no solo se limita al control de los establecimientos, sino también a los productos orgánicos, su método de cultivo, el seguimiento de los productos orgánicos (suministrar información desde el momento de la producción, el cual comprende el período preproducción-semillas) y el control sobre la producción y venta del producto entre otros; por lo cual JAS se convierte en una norma rígida, que en

la práctica restringe el ingreso de productos colombianos a Japón y crea una situación más onerosa en el momento de exportar para el productor colombiano, quien deberá asumir el costo de las licencias y realizar una mayor inversión en el control de los cultivos para cumplir con el proceso de certificación, y el trámite ante los OCR, que por cierto no se encuentran en Colombia, sino en países como Japón, Austria y Australia, las exigencias de la ley JAS, agravan aun más la situación del exportador colombiano, quien además debe cumplir con ley de cuarentena, la ley de sanidad alimentaria, y los requisitos del *Codex Alimentarius* (el cual busca garantizar a los consumidores “la calidad y la inocuidad de los alimentos”; por ejemplo, para un alimento como el plátano, en cuanto a su calidad, estos deben cumplir con una serie de requisitos mínimos como: “**estar enteros** (tomando el dedo como referencia), **estar sanos**, deberán excluirse los productos afectados por podredumbre o deterioro que hagan que no sean aptos para el consumo, **estar limpios** y prácticamente exentos de cualquier materia extraña visible, estar prácticamente exentos de plagas, humedad externa anormal, cualquier olor y/o sabor extraños, daños causados por bajas temperaturas, magulladuras, malformaciones o curvaturas anormales de los dedos).<sup>19</sup>

Es importante destacar otros apartes de la normatividad internacional que también han sido vulnerados por la implementación de la normatividad JAS *verbi gratia* los artículos 1, 3, 8, 15, 16, 18 y 23 de la C.H., en virtud que con esta norma, no se asegura el ingreso real y la demanda efectiva, ni aumenta el intercambio de bienes, tampoco se reducen las “demás barreras comerciales”, al contrario se constituye en una barrera más, ni hay lugar a cumplir al propósito de reconstrucción de aquellas economías devastadas después de la SGM, puesto que algunas de esas economías, por ejemplo Japón, hoy en día ya han superado la crisis del contexto de la SGM. En síntesis, bajo el contexto de la C.H. Japón no debería implementar la norma técnica JAS, porque no está amparado en alguna de la excepciones que contempla la C.H., y sobre todo porque hoy en día ya es un país desarrollado. Frente al documento GATT, transgrede el artículo VIII, cuando exige un mayor número de requisitos para la importación y exportación, Japón por ser un PD, no puede argumentar en su favor que implementó la normatividad JAS, amparado en alguna excepción porque no hay lugar a esta afirmación, debido a su actual estatus de superpotencia. En la Ronda de Uruguay las PC, entre ellas Japón, se comprometieron

---

<sup>19</sup> Extraído de la página web: [www.codexalimentarius.net](http://www.codexalimentarius.net). Fecha: 3 de agosto de 2009. Hora de inicio: 01:37h, hora de salida 02:00h.

a que “los reglamentos técnicos no restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo”. El objetivo de la normatividad JAS, a pesar de ser legítimo crea mayores riesgos al comercio mundial, que los que brinda por alterar el equilibrio de la economía mundial, vulnerar los principios rectores del comercio internacional e incumplir lo ya ratificado en el documento GATT, proteger a un solo grupo en este caso los consumidores del país nipón frente a las economías de los países menos desarrollados, en adelante PMD (art. 2. Ronda de Uruguay). En el acuerdo de Blair House, las partes se comprometieron a disminuir las restricciones de acceso a los mercados, no obstante JAS, sigue creando obstáculos para el libre ingreso de los productos agrícolas orgánicos con las serie de requisitos que impone (Art. 4. Acuerdo de Blair House). En la Ronda de Tokio, al igual que los acuerdos anteriores se hace un llamado enfático de “no crear obstáculos técnicos al comercio, en adelante OTC a través de los reglamentos técnicos y las normas, además, se tiene especial consideración a los PMA cuando se trata de cumplir con un reglamento técnico, en adelante RT, “RT, normas, métodos de prueba o sistemas de certificación, tendrán en cuenta las necesidades especiales que en materia de desarrollo, finanzas y comercio tengan los países en desarrollo, con el fin de velar porque dichos RT, normas, métodos de prueba y sistemas de certificación y la determinación de la conformidad con los reglamentos técnicos y las normas, no creen obstáculos innecesarios para las exportaciones de los países en desarrollo”. Lo cual no se cumple en el desarrollo de las relaciones comerciales, porque si una parte contratante, en adelante PC que además es un país desarrollado, en adelante PD creó una norma (JAS), que antes de favorecer a un PMD como Colombia lo perjudica porque debe cumplir con mayores requisitos a la hora de exportar un producto orgánico y estos requisitos no tienen en cuenta las necesidades especiales de Colombia en materia de desarrollo, finanzas y comercio (art. 12. Ronda de Tokio). En la Declaración Ministerial de Doha, las cosas no han cambiado, al contrario, las PC han expuesto sus preocupaciones en temas sensibles como la agricultura y han proporcionado mayor relevancia al TN y TNMF presente en la mayoría de sus artículos, especialmente el 13 y 44, donde se establece mayor ayuda a los PMD y se reitera el TN y TNMF como parte integrante de los acuerdos de la OMC, sin embargo pese a todos los adelantos en la materia, Japón siendo una PC, se empeña en mantener esta normatividad que altera el equilibrio de mercado y distorsiona el comercio.

**Tabla 1. Clausulas y/o apartes vulnerados por la implementación de la normatividad JAS.**

ACUERDO	APARTE Y/O CLAUSULA
Carta de la Habana	Art. 3, 8, 9, 10,11, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 22, 23, 29, 31, 34, 46, y 54
GATT	Art. I, II, III, VIII, XIII, XVIII, XX, XXXVI
Ronda de Tokio 1973-1979	Art. 2, 7 y 12
Ronda de Uruguay 1982	Art. 2 y 4
Declaración DOHA 2001	Párrafo 13 y 44  Anexo A y F de la Declaración Ministerial del Programa de Trabajo DOHA, Celebrada en Hong Kong, los días 13 y 18 de diciembre de 2005

Fuente: elaboración propia a partir de: [www.wto.org](http://www.wto.org).

#### IV. RESULTADOS

Se estudió el impacto de la norma técnica JAS, con base en las estadísticas de las exportaciones colombianas con destino al país japonés desde el año 1992 hasta el año 2009. Se buscó información periódica de los productos desde el año 2000, cuando se implementó esta normatividad, hasta el año 2009; con estos datos se realizó un análisis con tendencia lineal de 13 productos de los cuales se tenía información periódica desde el año 2000 hasta el año 2009. Estos son: i) Bananos o plátanos frescos de tipo “*cavendish valery*”. ii) Para productos como papas (patatas), preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético) congeladas. iii) Mangos preparados o conservados de otra forma, incluso con adición de azúcar u otro edulcorante o alcohol. iv) Las demás frutas los demás frutos y partes comestibles de plantas, incluidas las mezclas, preparados o conservados de otro modo, incluso con adición de azúcar u otro edulcorante o alcohol, excepto las mezclas de la subpartida N° 2008.19. v) Pitahayas frescas. vi) Las demás hortalizas y las mezclas de hortalizas preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético. vii) El jugo de “maracuyá” (parchita) (*passiflora edulis*), sin fermentar y sin adición de alcohol, incluso con adición de azúcar u otro edulcorante. viii) Las raíces de mandioca (yuca), frescas, refrigeradas, congeladas o secas. ix) Hortalizas, frutas y demás partes comestibles de plantas preparadas o conservadas en vinagre o en ácido acético. x) Jugo de mango sin fermentar y sin adición de alcohol, incluso con adición de azúcar u otros. xi) Las papas (patatas) aunque estén cocidas en agua o vapor, congeladas. xii) Las papas

(patatas), preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético) sin congelar. xiii) La papaya preparada o conservada de otra forma, incluso con adición de azúcar u otro edulcorante o alcohol.

Se observó que la norma JAS, no afectó a productos como el banano tipo “*cavendish valery*”, las papas (patatas), los demás frutos y partes comestibles de plantas, incluidas las mezclas, preparados o conservados de otro modo, incluso con adición de azúcar u otro edulcorante o alcohol, excepto las mezclas de la subpartida N° 2008.19. y a los mangos preparados o conservados (excepto en vinagre o en ácido acético). Solo para un producto (banano tipo “*cavendish valery*”) existió un crecimiento significativo en las exportaciones. Sin embargo el crecimiento para los mangos preparados no es estadísticamente significativo. Mientras que para productos como las demás hortalizas y las mezclas de hortalizas preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético), las pitahayas frescas, el jugo de “maracuyá” (parchita) (*passiflora edulis*), sin fermentar y sin adición de alcohol, las raíces de mandioca (yuca), frescas, refrigeradas, congeladas o secas, las demás hortalizas, frutas y demás partes comestibles de plantas preparadas o conservadas en vinagre o en ácido acético y el jugo de mango sin fermentar y sin adición de alcohol, incluso con adición de azúcar u otros, se observó una tendencia decreciente estadísticamente significativa, es decir que la implementación de la norma técnica JAS, sí afectó las exportaciones de estos productos. También podemos concluir frente a productos como las papas (patatas) aunque estén cocidas en agua o vapor, congeladas, como las papas (patatas), preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético) sin congelar y la papaya preparada o conservada de otra forma, incluso con adición de azúcar u otro edulcorante o alcohol, que a pesar de existir una tendencia decreciente negativa en las exportaciones esta no fue estadísticamente significativa. Es decir, de los 13 productos estudiados la norma afectó a nueve (9), productos de manera negativa y de estos nueve (9) productos tres (3) productos, i) papas (patatas) aunque estén cocidas en agua o vapor, congeladas, ii) como las papas (patatas), preparadas o conservadas (excepto en vinagre o en ácido acético) sin congelar y iii) la papaya preparada o conservada de otra forma, incluso con adición de azúcar u otro edulcorante o alcohol), no son estadísticamente significativos, mientras que para seis (6) productos [i) las demás hortalizas y las mezclas de hortalizas preparadas o conservadas excepto en vinagre o en ácido acético, ii) las pitahayas frescas, iii) el jugo de “maracuyá” (parchita) (*passiflora edulis*), sin fermentar y sin adición de alcohol, iv) las raíces de mandioca (yuca), frescas, refrigeradas, congeladas o secas, v) las demás hortalizas, frutas y demás partes comestibles de plantas preparadas o conservadas en vinagre o en ácido

acético y vi) el jugo de mango sin fermentar y sin adición de alcohol]; sí existió un decrecimiento significativo en las exportaciones. Es decir que la norma afectó a nueve (9) de los trece productos estudiados y para los cuatro (4) restantes, en los que la norma no causó impacto negativo, tres (3), no son estadísticamente significativos es decir, que la norma no afectó de manera real y efectiva solo a un producto (banano) de los trece (13) estudiados, mientras que sí causó un impacto negativo para seis (6) productos estudiados.

## CONCLUSIONES

No se puede permitir que Japón siga implementando esta normatividad, que se convierte en un obstáculo técnico al comercio, en adelante OTC, desarrolla un proteccionismo desmedido y distorsiona el comercio internacional, al crear una ventaja que recae sobre los productos agrícolas japoneses, que genera un trato discriminatorio frente a los productos de las demás PC, como Colombia. Controversias como la que se plantean en este artículo, es decir la vulneración de los artículos I y III del GATT por la implementación de JAS, según Lal Das, puede tener una solución a través de un entendimiento sobre solución de diferencias; este es el paso final del procedimiento para solución de controversias<sup>20</sup> previsto por la OMC, ya que este inicia con las consultas formales a Japón, que de no arrojar una propuesta satisfactoria, faculta a Colombia, para poner en conocimiento de este hecho al órgano de solución de diferencias de la OMC, este establece un grupo de expertos para que estudie el caso y formule recomendaciones. Sin embargo, si Colombia considera que estas recomendaciones no son suficientes, entonces puede apelar ante el órgano de apelación de la OMC, este se encarga de estudiar los aspectos jurídicos del caso y ofrecer conclusiones y recomendaciones. Si este considera que la apelación carece de fundamentos el proceso concluye, pero si hay razones justificadas entonces Japón, deberá acatar la recomendación de lo contrario Colombia estará facultada para obtener una compensación mediante la figura de la represalia. Lastimosamente, existen otras economías que mantienen una serie de obstáculos al libre comercio, (por ejemplo Estados Unidos), como aparece publicado en la página [www.explored.com](http://www.explored.com), con sus “89.000 normas aplicables a productos destinados a sus jurisdicciones. Estas medidas, afectan el ingreso, la competitividad de los productos, se crean mayores obstáculos al comercio, se discriminan los productos, y aumentan el proteccionismo”. Por su

---

20 LAL DAS, Bhagirath. *La OMC y el sistema multilateral de Comercio. Pasado, Presente y futuro*. Barcelona: Icaria editorial, S.A. 2003. Pág. 73.

parte, la Unión Europea, en adelante UE, mediante su política agrícola común (PAC), mantiene subsidios que impiden la libre competencia y genera discriminación para los agricultores extranjeros no subsidiados, porque no pueden competir con los precios excesivamente bajos que resultan del subsidio. Mientras que Canadá, tiene establecido un “Sistema de Gestión de la Oferta” (*Supply-Managed Products*), para determinados productos agrícolas, como los productos lácteos, los huevos y la carne de ave. Además, implementa otras medidas como: subvenciones a la exportación, cuotas arancelarias, cuotas de importación y aranceles disuasorios que en la práctica logran restringir las importaciones de productos agrícolas. Como podemos observar, estas economías, al igual que Japón, mantienen obstáculos que afectan el equilibrio comercial y el libre cambio; ya sea, mediante subvenciones, proteccionismo u OTC; terminan discriminando la exportación de las demás PC y generan un desequilibrio general restrictivo del comercio internacional; además de transgredir los principios rectores del comercio mundial y causar un fuerte impacto en la balanza de pagos por el declive en las exportaciones. A pesar de que no exista una jurisdicción internacional obligatoria, el hacer cumplir las normas, según Hernán Valencia, radica en la sumisión previa y expresa de los Estados manifestada en los tratados constitutivos de una organización internacional. Por esta razón Japón, estaría vulnerando el principio de derecho internacional ***pacta sunt servanda***. Para Colombia, la aplicación de la Norma JAS, no solo vulnera los principios de TN y TNMF, sino que contraviene lo preceptuado en el artículo 9 de la Constitución Política, en términos de Marco Gerardo Monroy, “la vulneración por una ley de un tratado internacional vigente implica la violación del artículo 9, porque según este, Colombia respeta los principios de derecho internacional, entre ellos el ***pacta sunt servanda***”.

## BIBLIOGRAFÍA

- DE SILVA, Leelananda. 2009. *Ayuda al desarrollo, datos y problemas*. Madrid: Iepala Editorial, 1985. Versión electrónica disponible en: [www.books.google.com.co](http://www.books.google.com.co). (Consultado: 12 Ag., 2009).
- HARDACH, Gerd. 1986. *Historia Económica Mundial del Siglo XX. La Primera Guerra Mundial 1914-1918*. Barcelona: Grupo editorial Grijalbo. Pág. 300.
- HOGAN, Michael J. 1995. *The Marshall plan, America, Britain and the reconstruction of Western Europe, 1917-1952*. United States of America. The press syndicate of the University of Cambridge. Págs. 1-482.

- JAPAN EXTERNAL TRADE ORGANIZATION. 1990. Desde Japón hacia Colombia. Bogotá: Jetro Japón. Pág. 89.
- LAL DAS, Bhagirath. 2003. *La OMC y el sistema multilateral de Comercio. Pasado, Presente y futuro*. Barcelona: Icaria editorial, S.A. Págs.1-247.
- MILWARD, Alan S. 1986. *Historia Económica mundial del siglo XX. La Segunda Guerra Mundial 1939-1945*. Barcelona: grupo editorial Grijalbo. Pág. 346.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. 2002. *Derecho Internacional Público* (5ta. Edición). Bogotá: Editorial Temis S.A. Págs. 138, 139, 209, 210.
- ORGANIZACIÓN DE COMERCIO EXTERIOR DE JAPÓN (JETRO). 2001. *Introducción a la certificación orgánica de las normas agrícolas japonesas (JAS)*. Bogotá. Jetro. Págs. 1-30.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. 2003. *Derecho Internacional Público*. Medellín (Colombia): Editorial Universidad Pontificia Bolivariana. Pág. 211.

## CIBERGRAFÍA

- <http://www.brandsoftheworld.com>. (Consultado: 21 mar., 2012).
- <http://www.cia.gov>. (Consultado: 22 mar., 2012).
- <http://www.codexalimentarius.net>. (Consultado: 23 mar., 2012).
- <http://www.explored.com>. (Consultado: 24 mar., 2012).
- <http://www.fao.org>. (Consultado: 25 mar., 2012).
- <http://www.jetro.go.jp>. (Consultado: 26 mar., 2012).
- <http://www.maff.go.jp>. (Consultado: 27 mar., 2012).
- <http://www.wto.org>. (Consultado: 28 mar., 2012).
- <http://www.reei.org>. (Consultado: 28 mar., 2012).



# APROXIMACIÓN COMPARATIVA ENTRE EL SISTEMA ANGLOSAJÓN, EL DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL COLOMBIANO SOBRE EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR\*

Lina María Aguirre Castaño

**Sumario:** INTRODUCCIÓN. I.- Hacia una definición normativa de responsabilidad. II.- La doctrina del *Privity in Contract*. III.- La directiva de la Comunidad Europea de 1985. IV.- El caso colombiano. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

La determinación de la responsabilidad del productor, dentro de un sistema específico resulta en una labor compleja, en tanto la diversidad de regímenes, y la dispersión normativa impiden una adecuación conceptual prístina. El tema que nos ocupa en el presente artículo, y con el fin de lograr una aproximación adecuada a los elementos esenciales de la responsabilidad del productor, inicia con la responsabilidad civil como sustento universal de cualquier tipo de responsabilidad. Tal y como se plantea:

*(...) la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que con esa conducta ilícita ha producido a terceros (...).<sup>1</sup> Dentro de este contexto surge la siguiente cuestión: ¿qué es un acto o comportamiento ilícito? Un acto o un comportamiento ilícito es: “(...) consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia.<sup>2</sup>*

---

\* El presente artículo se estructura a partir de la monografía titulada “Aproximación comparativa entre el sistema anglosajón, el de la Unión Europea y el colombiano sobre el régimen de responsabilidad del productor” presentada para obtener el título de abogado en la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, dirigida por el profesor Mateo Jaramillo y evaluada por los jurados Nicolás Polanía y Mateo Sánchez.

1 TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la responsabilidad civil*. Bogotá: Editorial Temis, Tomo I, 1999, p 12.

2 *Ibidem*.

## I. HACIA UNA DEFINICIÓN NORMATIVA DE RESPONSABILIDAD

Definiendo la responsabilidad y lo que significa un acto o comportamiento ilícito existen entonces, dos tipos de responsabilidad civil, la primera de ellas es la contractual, la cual

“(…) resulta de la inejecución parcial o total, o de la ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. Presupone por lo tanto la existencia de un contrato válido<sup>3</sup> celebrado entre las partes y el incumplimiento o cumplimiento imperfecto<sup>4</sup> de alguna de las obligaciones estipuladas en él”.<sup>5</sup> Y una segunda que es llamada extracontractual la cual “(…) se da en ausencia de un contrato. Resulta de un hecho cualquiera: un automóvil arrolla a un peatón. El accidente pudo haber ocurrido por imprudencia, pero de todas maneras sin intención de ocasionar el daño. (...)”<sup>6</sup>

Esta responsabilidad está fundada en el daño, no supeditada a la existencia de un contrato, es así como “(…) *en su sentido jurídico más pleno, siempre implica la obligación de reparar un daño a otra persona, sin que medie relación contractual entre ambos. En este sentido la responsabilidad tiene como fundamento el principio neminen laedere, que proscribe que nadie puede causar un daño a otro (...)*”,<sup>7</sup> una vez causado el daño es necesario repararlo, por lo tanto en la respon-

---

3 Guillermo Ospina Fernández sostiene que un contrato es valido cuando: “(…) un acto existe cuando en él se dan la voluntad o el consentimiento, el objeto y la forma solemne prescrita por la ley. Sin embargo, puede suceder que dicho acto, existiendo jurídicamente, sea inválido por adolecer de un vicio que afecte su viabilidad y que lo condene a muerte (...)” “(…) los requisitos de validez de aquellos son la *capacidad* de los agentes, la *ausencia de vicios de la voluntad* (error, fuerza y dolo), la *ausencia de lesión enorme*, la *licitud del objeto*, la *realidad y la licitud de la causa*, y la *plenitud de las formalidades prescritas por la ley*”. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, Séptima edición, 2005, págs. 84-85.

4 El doctor Fernando Hinestroza establece que: “El deudor debe satisfacer el interés del acreedor, y es evidente la correspondencia entre la utilidad propia de la relación crediticia y el comportamiento debido por el deudor, de ahí la exigencia de que este se desempeñe adecuadamente, que corre en la normatividad general y con mas precisión delante de cada clase de prestación y, en ultimas, en la disciplina de cada figura contractual. Todo ello en respuesta a la pregunta de *cómo* ha de cumplir o pagar el deudor”. HINESTROZA DAZA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, Tomo I, 2002, pág. 550.

5 TAMAYO LOMBANA, Alberto. *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogota: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005, pág. 28.

6 *Ibidem*.

7 VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2009, págs. 12-13.

sabilidad extracontractual, independientemente de la existencia de un contrato, obliga o establece un deber de conducta, este es, no causar un daño a otro, si se incumple ocasionará un daño y en consecuencia una reparación. Estos dos son entonces, los tipos de responsabilidad que se plantean actualmente.

Otro punto importante a esclarecer, es el referente a los dos regímenes de responsabilidad planteados, esto con el fin de establecer dentro de cuál de ellos se puede ubicar la responsabilidad del productor. Por una parte se encuentra la responsabilidad subjetiva en la que intervienen dos personas dentro de una relación contractual, una que causa un daño y por otra parte la que sufre las consecuencias de este; esta responsabilidad es entendida como: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido en daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*.<sup>8</sup> Al unísono de lo antes citado este régimen de responsabilidad muestra la culpa como un elemento que de faltar no estructuraría la responsabilidad, es decir, que para estos efectos los elementos de la responsabilidad subjetiva serían: culpa, daño y nexo causal entre la primera y el segundo. Es así como: *“la culpa debe ser mantenida como requisito y fundamento de la responsabilidad civil. Tal es el principio: no hay responsabilidad civil sin una culpa”*.<sup>9</sup> Por ello, el centro de atracción de este régimen de responsabilidad es la culpa, pues si se carece de ella, como se explicó con antelación, la responsabilidad desaparecería,

“A diferencia del antecedente romano en el que la responsabilidad civil era típica, esto es, solo se daba en los casos expresamente contemplados, nuestro derecho contiene un principio general en que cualquier hipótesis de conducta imaginable que cause daño a terceros, por dolo o culpa, hace surgir la obligación de reparar, por lo que puede afirmarse que la culpa está consagrada en nuestro derecho como principio general de responsabilidad (...)”.<sup>10</sup>

Por otra parte, se encuentra la responsabilidad objetiva, entendida esta como:

(...) por oposición a la “subjetiva” describe hipótesis de imputabilidad sin culpa, donde la culpabilidad carece de relevancia para estructurarla remitiéndose a factores objetivos como el riesgo o el peligro, la capacidad de asumir los costos de evitación o de reparar la lesión, fundándose en la

8 Código Civil. Art. 2341.

9 MAZEAUD, Henri, Jean y León. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pág. 91.

10 VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Op.cit.* Pág. 80.

situación del sujeto respecto de las cosas, su posición o relación con sus congéneres o el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa<sup>11</sup> permitida por su utilidad social, *verbi gratia*, la custodia de una cosa, la propiedad sobre esta, el uso de un animal o el riesgo”.<sup>12</sup>

La responsabilidad objetiva se funda ya no en la culpa, por el contrario esta se establece con base en el riesgo o el peligro, por lo que “(...) *toda actividad que crea un riesgo debe estar a cargo del sujeto que lo origina*”,<sup>13</sup> el simple hecho de desarrollar una actividad riesgosa y que, en el transcurso de ella se cause un daño, obliga a indemnizar por los perjuicios derivados.

Ocupándonos del tema de la responsabilidad del productor, es importante establecer el concepto de consumidor, cuál es, “*Toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades*”.<sup>14</sup> Este, es entonces sujeto de protección jurídica al adquirir un bien proveniente de un productor, independiente de si esta adquisición se hizo de manera directa o indirecta con el mismo. En este sentido, es importante comprender que no ha sido una tarea sencilla,<sup>15</sup> establecer por parte, de los legisladores, en cabeza de quién recae la responsabilidad de los perjuicios derivados del daño al que hay lugar cuando el bien resulta defectuoso.

---

11 Cabe señalar que existe una diferencia entre la responsabilidad puramente objetiva y la teoría del riesgo como los sostiene el tratadista Javier Tamayo Jaramillo: “podemos englobar todas aquellas doctrinas que, en forma total o parcial quieren prescindir del concepto *culpa* como elemento integral de la responsabilidad. De todas maneras, es necesario distinguir entre la responsabilidad puramente objetiva y la responsabilidad por riesgo. La primera prescinde de cualquier elemento subjetivo que pueda estar en cabeza de quien causó el daño. Circunstancias psicológicas, económicas o externas de cualquier índole no tienen influencia para efectos de la responsabilidad civil. Probando el vínculo causal entre agente y daño, se produce la responsabilidad civil; simplemente se procura equilibrar los patrimonios de víctima y agente responsable. En cambio la Teoría del riesgo trata de prescindir de la idea de culpa, pero se acude al correctivo del riesgo creado o del riesgo-provecho, lo que en cierta forma es una limitación de la responsabilidad objetiva”. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá D.C.: Legis editores S.A, Tomo II, 2007, pág. 822.

12 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Sala Civil. Radicado 1054 de 2001 Magistrado Ponente: William Namen República de Colombia, Bogotá D.C. Agosto 24 de 2009, consultado junio 1 de 2010.

13 VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Op.cit.*, pág. 512.

14 Decreto 3466 de 1982. Art. 1 -A

15 En un principio, la protección del consumidor se vio opacada por los distintos intereses que tenían las industrias en sus procesos de expansión, el hecho de brindar garantías a los consumidores aumentaba los costos de producción, de tal forma que el problema de su protección ha sido no solo una tarea jurídica sino a su vez política.

De otro lado, encontramos que el productor es: “*Toda persona natural o jurídica, que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios destinados al consumo público. Los importadores se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional*”.<sup>16</sup> Por ende se tiene que el productor es el “primero” en la cadena de producción de un bien que en un futuro llegará a manos del consumidor.

En países como Francia, Inglaterra y Estados Unidos<sup>17</sup> el desarrollo de una teoría clara y concisa de la responsabilidad del productor ha tenido una evolución importante, esto en razón a la relevancia que tiene el consumidor en sus economías, las cuales exigen la perfección del bien que es vendido en el mercado.<sup>18</sup> No obstante, es necesario resaltar cómo el régimen que ha marcado un común denominador entre estos países es el propuesto por la legislación estadounidense,<sup>19</sup> que busca:

---

16 Decreto 3466. *Op.cit.* Art. 1-C.

17 Cabe advertir que la Unión Europea en su proceso de integración ha adelantado en la directiva del 25 de julio de 1985 normativa relativa a la protección del consumidor entre otras regulaciones.

18 El Estatuto del Consumidor establece en su artículo 1-E: idoneidad de un bien o servicio: su aptitud para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido, así como las condiciones bajo las cuales se debe utilizar en orden a la norma y adecuada satisfacción de la necesidad o necesidades para las cuales está destinado.

A su vez Nicholson sostiene en relación a la ley de la transitividad de preferencias del consumidor (planteada por Paul Samuelson) que el precio es un factor importante, como también lo son otros factores, en términos de preferencia, entonces, se puede decir que la preferencia es transitividad, es decir, que el consumidor siempre tiende a escoger el bien, que cumpla por así decirlo con la mayoría de requisitos: calidad, precio, tamaño, innovación, etc. NICHOLSON, Walter E. *Teoría microeconómica*, Madrid: Thompson Editores, 2004, págs.101-113, 137.

19 Según Richard Posner en cuanto a la responsabilidad extracontractual se deben minimizar los riesgos para que el daño no se produzca, es así que plantea el siguiente esquema: “El costo de evitar el accidente será menor que el costo esperado del accidente (...)”. “En caso el potencial causante del daño no tomase la precaución (tal vez porque no calculó el costo para la víctima de accidente del accidente como un costo para él) y el accidente ocurriese como resultado de su descuido, se le considerará debidamente como alguien en falta y se le hará pagar los daños a la víctima, de tal modo que otros causantes potenciales de daños a la víctima en su misma posición reciban un incentivo para tomar las precauciones justificadas por el costo (...)” “La fórmula es simple, pero su elaboración y su aplicación a doctrinas específicas en el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual ha generado una inmensa y esclarecedora literatura (...)”. Es decir, que es mejor que el productor prevea los riesgos y los minimice a tal punto que el daño no se produzca, si no es previsivo y el daño se produce, deberá invertir más en el pago de la indemnización que minimizando los riesgos. POSNER, Richard A. “El análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo”. En: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 2 Nº 7 University of Chicago Law School. 2005. Traducción de Enrique Pasquel R.

(...) brindar protección a las víctimas de daños causados por un *producto defectuoso*. El defecto de un producto (condición objetiva), reemplaza el criterio clásico subjetivo de la culpa”.<sup>20</sup> En este sentido, se aclara que se está frente a un esquema en el que se establece la responsabilidad objetiva, es decir, sin detenerse en la culpa; por lo cual existen condiciones como el peligro o el riesgo.<sup>21</sup>

Ahora al establecer que en países como Francia, Inglaterra y Estados Unidos opera un régimen objetivo de responsabilidad,<sup>22</sup> se hace indispensable acotar que la culpa no se manifiesta como un elemento esencial,<sup>23</sup> sino que por el con-

---

20 TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Op.cit.*, pág. 306.

21 En palabras del tratadista Alberto Tamayo Lombana: “(...) se prescinde de la culpa y solo se van a tener en cuenta los otros dos elementos de la responsabilidad civil: el perjuicio y la relación de causalidad (relación entre el perjuicio y la actividad del demandado)” “(...) se trata de atribuir el riesgo a quien lo ha creado y no a la víctima, que se *limitó a sufrirlo*. Ante la imposibilidad de establecer el origen, o mejor, la autoría del perjuicio en el llamado *accidente anónimo*, la víctima quedaría sin indemnización. Cuestión grave e inconveniente por cuanto se estaba ante un conflicto entre una parte fuerte (empresario, industrial, automovilista), y una parte débil (obrero, peatón...) (...)”. TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Op.cit.*

22 Como lo establece Jorge Mosset Iturraspe: “La culpa se constituyó como el mejor escudo de los dañadores. Y quienes declaraban la inexistencia de responsabilidad “sin culpa” (...), “ en el debate en que nos ocupa entre empresa y víctima, se opera la reiteración de esa cuestión doblemente centenaria, pero ahora bajo contornos mucho mas intensos: el dañador es un “profesional” y el dañado un “vulnerable”, la empresa conoce la tecnología y el consumidor la ignora; la primera tiene conciencia de las fallas y de las conductas equivocadas, mientras el segundo, ingenuamente, confía y espera, se cree protegido y a salvo de riesgos fuera de control”. MOSSET ITURRASPE, Jorge. “*La responsabilidad por daños*”. Tomo IX. Responsabilidad de la empresa. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007. Pág.18.

23 En otras palabras, en el régimen de responsabilidad objetiva, no es necesario ahondar en la culpa, pues esta no es un requisito indispensable para que se configure la responsabilidad, a diferencia del régimen de responsabilidad subjetiva en el que no existe la posibilidad de una responsabilidad sin culpa. Es así como el doctor Bustamante observa que: “la víctima debe tener un resarcimiento pleno cuyo límite esta dado razonablemente por la previsibilidad, cualquiera sea la causa del daño cuando este no es intencional. Es decir que ya sea que exista o no culpa, la indemnización no tiene porqué variar dado su carácter resarcitorio (...) “Es erróneo decir que la medida de la responsabilidad está dada por la culpabilidad. En responsabilidad subjetiva, la culpa es necesaria para que nazca la responsabilidad; pero admitida está, la medida o la extensión de la obligación de resarcir se rige por la relación de causalidad. En cuanto a la responsabilidad objetiva o sin culpa, es también la relación de causalidad la que rige la extensión del daño resarcible (...)”, “(...) aquella atiende a la normalidad de las consecuencias en sí mismas, esto es, en general mira a lo que esta era previsible para el agente en concreto, según sus conocimientos y aptitudes personales (...)”. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. En: “la responsabilidad civil. Jornadas Australes de derecho”. Colegio de Abogados de Comodoro de Rivadavia. Comodoro de Rivadavia Editor: Luis Moisset de Espanés. Pág. 126

trario se atiende al riesgo<sup>24</sup> como criterio para determinarla.

## II. LA DOCTRINA DEL *PRIVITY IN CONTRACT*

En países de tradición anglosajona como Inglaterra y Estados Unidos su desarrollo ha sido mayoritariamente jurisprudencial (*common law*), pues la legislación no puede cubrir la aparición de controversias que surgen a raíz de la expansión de la economía y la realidad mundial, motivo por el cual es evidente que se debe proteger al consumidor a través de mecanismos legales, en donde se acceda a la administración de justicia para que se tutelen sus derechos como actores importantes en la economía de mercado.

Los ingleses en un principio partieron de presunciones contractuales en las que se incluía la buena calidad del bien.<sup>25</sup> Se establecía una cláusula implícita<sup>26</sup> en el contrato realizado entre el productor y el comprador directo de la mercancía. Es así como surgieron las “*garantías implícitas de comerciabilidad y adecuación al fin para el cual el producto era creado*”,<sup>27</sup> como su nombre lo indica y reiterando lo antedicho, estas iban inmersas en el contrato, constituían una garantía al comprador de la mercancía, que consistía en asegurar que el bien que estaba adquiriendo podría ser utilizado conforme a su naturaleza; de esta forma se obligaba al productor o fabricante a que cumpliera con los estándares de calidad y se facultaba al comprador de la mercancía para iniciar una acción, en caso de que la mercancía resultara no cumplir con sus fines naturales.<sup>28</sup>

---

24 El tratadista Anteo E. Ramella establece que: “la responsabilidad por los daños originados en el riesgo de las cosas no es una responsabilidad que requiere como presupuesto una conducta ilícita. Esta responsabilidad se funda en la idea de que si una persona ha de ser beneficiaria de una cosa es equitativo que cargue con los riesgos que para los terceros trae aparejada esa cosa (...)”, “(...) resulte indiferente que el daño resarcible tenga su origen en un comportamiento ilícito y culpable del responsable del riesgo. Lo que interesa es que el daño esté en relación causal con el riesgo de la cosa del que se debe responder (...)”. RAMELLA, Anteo E. En: “*la responsabilidad civil. Jornadas Australes de derecho*”. Colegio de Abogados de Comodoro de Rivadavia. Comodoro de Rivadavia Editor: Luis Moisset de Espanés. Pág. 134.

25 WOOLCOTT, Olenka. “la responsabilidad del productor”. Bogotá D.C.: grupo Editorial Ibáñez, 2007. Pág. 27.

26 Se entendía que en un contrato a través del cual el productor vendía su mercancía a otro vendedor para que este la comercializara, estaba inmersa esta *cláusula* o *garantía* que garantizaba la buena calidad de la mercancía.

27 *Ibidem*. Pág. 28

28 Esta “*garantía implícita de comerciabilidad*” es el inicio de una protección real al consumidor, ya en el siglo XX, son estos los que inician acciones para proteger sus derechos con base en esta

En Estados Unidos se implementaron las “garantías implícitas de comerciabilidad” de manera paralela a Inglaterra. “*Esta Garantía de comerciabilidad se caracterizó por ser un remedio contractual. Era si, obviamente, conveniente para el comprador desde que implicaba una responsabilidad objetiva y cubría no solo los daños personales sino también el daño económico (...)*”.<sup>29</sup> Por lo tanto, se convertían en un alivio contractual, en la medida en que solo operaba para las partes del contrato; los terceros que resultaran perjudicados por la defectuosidad o la mala calidad de la mercancía, no tenían acceso a una acción para que se les reparase el daño.<sup>30</sup>

Uno de los casos de la doctrina del *privity* que tuvo mayor trascendencia fue el de *Winterbottom vs. Wright*,<sup>31</sup> sobre el particular *Winterbottom*, una compañía dedicada a producir y reparar carros de correo, es contratada para prestar dichos servicios por la empresa de mensajería; el problema surge cuando un empleado de la compañía sufre un accidente cuando operaba uno de estos carros. El accidente se presentó debido a un defecto de fabricación en el vehículo y como consecuencia de ello, el accidentado demandó a la empresa *Winterbottom*. Con la presentación de la demanda, *Wright* buscaba la reparación del daño causado por la compañía productora, pero por encontrarse bajo la doctrina del *privity*, acceder a tal pretensión se hacía imposible porque no existía un contrato entre ellos.

La parte motiva del fallo estableció que: “*un contratista, fabricante o vendedor no son responsables frente a terceros cuando no existe una relación contractual*

---

figura. Por otra parte se entiende que los fines naturales de la mercancía, son aquellos para los cuales el bien está diseñado, es decir, el bien debe satisfacer las necesidades del consumidor, es por esta razón que el consumidor lo adquiere, y por este motivo el bien debe suplir dichas necesidades. Según el estatuto del consumidor se establece que la idoneidad de un bien o servicio consiste en la:“(...) *aptitud para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido, así como las condiciones bajo las cuales se debe utilizar en orden a la norma y adecuada satisfacción de la necesidad o necesidades para las cuales está destinado*”. Decreto 3466 Op. cit. Art. 1-E.

29 WOOLCOTT, Olenka. *Op. cit.*, pág. 30.

30 Los ingleses y los norteamericanos estaban bajo la doctrina del *privity* que consistía en: “*The privity of contract doctrine dictates that only persons who are parties to a contract are entitled to take action to enforce it. A person who stands to gain a benefit from the contract (a third party beneficiary) is not entitled to take any enforcement action (...)*”. <http://www.usyd.edu.au/lec/subjects/contracts/winter05/Lecture%20Notes%20Week%205.doc>. Consultado julio 21 de 2010. “*la doctrina del privity establece que, solo las personas que hacen parte en un contrato, tienen derecho a interponer una acción para hacer cumplir el contrato. Una persona que busque obtener un beneficio de ese contrato (un tercero beneficiario) no tiene derecho a interponer una acción para su cumplimiento (...)*” traducción libre.

31 Otros casos relacionados son: *McPherson vs. Buick Motor Co* y *Escola vs. Coca-Cola*.

*entre ellos, cuando hay negligencia en la construcción, fabricación o venta de un artículo*".<sup>32</sup> Es decir, que como entre la empresa productora y la compradora no existía una relación contractual (doctrina del *privity in contract*), el empleado quedaba sin la opción de entablar una acción para reclamar al fabricante por responsabilidad alguna. De esto se deduce que la empresa *Winterbottom* solamente se hacía responsable en cuanto a daños causados de manera directa contra la empresa contratante de servicios.<sup>33</sup>

Sin embargo, la resolución de la controversia dejó en firme dos excepciones importantes en cuanto a la responsabilidad:

La primera de ellas es que una tercera persona en un contrato debe tener derecho a reclamar responsabilidad por los daños causados cuando fue negligentemente producido y no se brindan los elementos necesarios para salvar la vida; y una segunda excepción que alude a la responsabilidad de quien produce el bien a sabiendas de que este es defectuoso, es que un tercero pudiera demandar por los daños resultantes.<sup>34</sup>

Para ese entonces, la importancia que había tomado la doctrina del *Privity* era tal, que no permitía que un tercero pudiera intervenir en un contrato, es decir, no podía entablar una acción que protegiera sus derechos, siempre que no estuviera dentro de un contrato que se los cobijase.

---

32 "A contractor, manufacturer or vendor is not liable to third parties who have no contractual relations with him for negligence in the construction, manufacture or sale of the article he handles". <http://www.4lawnotes.com/showthread.php?t=1322> . Consultado junio 7 de 2010. Traducción libre.

33 Las razones del fallo establecen que: "The court reasoned that the driver was only a third party, and so Winterbottom did not owe any duty to him in negligence under the duty created by his contract with the Postmaster. To allow this recovery, they thought, would be to open the gates wide for too many law suits. They saw the action as grounded in contract. After the Winterbottom had done everything to satisfy his contractual obligation to the Postmaster, the third party Wright, who had no privity to the contract, should not be allowed to "rip" open the settlement of the contract by bringing a tort action". "El conductor era solo un tercero, por lo tanto Winterbottom no tenía ningún deber de negligencia para con él respecto de aquel creado por el contrato que este tenía con la compañía de correo (contrato laboral). Admitir esta indemnización, abriría las puertas a muchos problemas legales. La acción nace en el contrato. Si se tiene en cuenta que, la compañía Winterbottom realizó todo para satisfacer las obligaciones contractuales para con la compañía de correo, el tercero Wright, quien no tiene parte en el contrato, no le esta facultado para iniciar una acción de responsabilidad producto de un contrato en el que no es parte". <http://www.4lawnotes.com/showthread.php?t=1322>. Consultado junio 7 de 2010. Traducción libre.

34 <http://www.4lawnotes.com/showthread.php?t=1322> . Consultado junio 7 de 2010. Traducción libre.

Muy a pesar de que en este fallo se le negaron los derechos al demandante para reclamar los perjuicios derivados del producto defectuoso, porque este no hacía parte de la relación contractual, esta sentencia marcó una pauta para que en adelante se observaran todas las condiciones en las que se podía presentar un daño, sin tener en cuenta el contrato. Por otra parte se abrió también la puerta a la responsabilidad del productor, por la fabricación defectuosa del bien, pues anteriormente esta responsabilidad no recaía sobre el productor, por el contrario recaía sobre la cadena de vendedores que distribuían el bien.

Tal fue el alcance de estas garantías que a falta de ellas se hacía responsable al vendedor aun cuando este hubiese sido diligente,<sup>35</sup> es decir, se hubiera comportado de acuerdo a el *cuidado razonable*.<sup>36</sup> Este fue el primer avance respecto de las “garantías” así estas no recaían directamente sobre el productor del bien, sino por el contrario sobre el vendedor. Era común encontrar acciones entabladas por el consumidor final en contra del vendedor, o directamente del vendedor al productor.

En contraposición a estas garantías, se presentaron doctrinantes que quisieron adecuar lo correspondiente a la responsabilidad del productor a la teoría económica *laissez-faire*<sup>37</sup> y, por ende librar de todas las consecuencias derivadas de

---

35 Joanne Conaghan sostiene: “(...) *carelessness by itself does not provide grounds for liability in negligence, which requires not just carelessness but also a relationship where carelessness carries legal consequences. Duty defines the necessary relationship in this context and in its absence, carelessness gives rise to no cause of action regardless of the harm it inflicts*”, “La falta de cuidado por sí sola no provee los suficientes motivos para establecer la responsabilidad por negligencia, se requiere no solo la falta de cuidado sino también consecuencias legales derivadas de ella. Es necesaria esta relación, pues el simple descuido no da lugar a que se cause el daño que se pretende imputar”. Traducción libre. CONAGHAN, Joanne; Mansell, Wade. *Wrongs of Tort*. London, GBR: Pluto Press, 1999. Págs.11,12.  
<http://site.ebrary.com/lib/utadeo/Doc?id=2001180&ppg=28>. Consultado julio 14 de 2010.

36 OLENKA WOOLCOTT .*Op. cit.* Pág. 29.

37 Proviene del pensamiento económico clásico, representado por pensadores como Adam Smith (teoría de la mano invisible) y David Ricardo. Como sostiene Toufic Gaspard: “*Laissez-faire is a moral program, and the market is its instrument. A product of the Enlightenment, it was conceived as the way to unleash human potential through the restoration of a natural system, a system unhindered by the restrictions of government*”. “Es un programa moral, donde el mercado es un instrumento. Es una doctrina que surge de la Ilustración y es concebida como una forma de restaurar el sistema, para que de esta forma el gobierno no pudiese intervenir y no se obstaculizara el mercado”. Traducción libre. Realmente esta doctrina consistía en no restringir el mercado y una no intervención del gobierno en su funcionamiento. GASPARD, Toufic K. “*Political Economy of Lebanon, 1948-2002: The Limits of Laissez-Faire*. Leiden”, Koninklijke, Boekhandel en Drukkerij, 2003. Pág. 5. <http://site.ebrary.com/lib/utadeo/Doc?id=10089757&ppg=26>. Consultado julio 8 de 2010.

la mala calidad del bien al productor, dejando sin garantías al consumidor final del bien.

Hacia 1964, en Estados Unidos, fue adoptado un esquema de responsabilidad objetiva, para los vendedores de productos.<sup>38</sup> Es así como se inicia una nueva etapa de responsabilidad, al establecer la responsabilidad del productor con un régimen objetivo que giró en torno al daño y el producto defectuoso, también llamado “*product strict liability*”.<sup>39</sup> Esta nueva doctrina, deja a un lado la doctrina del *Privity*, donde la responsabilidad se manifiesta sin tener en cuenta la existencia de una relación contractual.

Incluso, antes de que fuera promulgado el segundo estatuto de responsabilidad, se presentó un primer caso<sup>40</sup> que marcó la pauta para que los jueces en adelante fallaran de acuerdo a la doctrina de “*Responsabilidad objetiva*”,<sup>41</sup> fue, *Greenman vs. Yuba Power Products*,<sup>42</sup> al respecto el demandante buscaba la reparación del

---

38 “*The American law Institute first recognize “privity-free strict liability for sellers of products” in 1964 when it adopted section 402A of the second restatement of torts*” STILWELL, Tom. “Warning: You May Possess Continuing Duties After the Sale of Your Product!”A. En: *The Review of Litigation*; 2007; 26, 4; Criminal Justice Periodicals. Pág. 1036.

39 El segundo estatuto de responsabilidad (*restatement (second) of torts 402A 1965*) establece que el *product strict liability* consiste en: “(1).*One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold*”, “(...) (1) *applies although (a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and (b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relationship with the seller*”. “(1) Aquel que venda cualquier producto defectuoso y dañino al usuario o consumidor, o a la propiedad de aquel, está sujeto a responder por el daño físico ocasionado al último usuario o consumidor o a su propiedad si: a) el vendedor es comerciante; b) se espera que el usuario o consumidor no tenga un cambio sustancial si el producto es vendido en ese estado”, “(...) la regla aplica para (a) el vendedor que haya tenido en cuenta todas las condiciones de cuidado en cuanto a la elaboración y venta del producto y (b) el usuario y consumidor que no haya comprado el producto dentro de cualquier relación contractual con el vendedor”. Traducción libre. MADDEN, M Stuart. “*Strict Products Liability Under Restatement (Second) of Torts 402A: Don’t Throw Out the Baby with the Bathwater*”. Pace Law Faculty Publications. 1993. Pág. 2, 3. En <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=lawfaculty> Consultado julio 23 de 2010.

40 *Ibidem*.

41 *Strict liability*.

42 Se pueden observar casos posteriores a la vigencia del segundo estatuto de responsabilidad como: *Phillips vs. Kimwood mach* en 1976, *Witte vs. Norfe* en 1984, *Kaiser Aluminum and Chen Corp. vs. Westinghouse Elec. Corp.* en 1992, *Indiana Harbor belt railroad Co. vs. American Cyanamid Co.* en 1990.

daño causado por una herramienta multiusos que traía unos tornillos que no eran los adecuados para este tipo de maquinaria (producto defectuoso) teniendo en cuenta que la valoración del perito arrojó como resultado la falta de precaución que tuvo el productor al escoger los materiales que se utilizaron para la producción del bien, el daño pudo haberse evitado si se hubiera llevado a cabo una escogencia juiciosa de ellos. A pesar de los reclamos que hizo Greenman tanto al vendedor minorista, como al productor del bien, no cumplieron con aquella garantía implícita<sup>43</sup> que tenía el bien, por lo que el demandante se vio obligado a iniciar un proceso de responsabilidad en el que solicitaba la indemnización de los perjuicios causados.<sup>44</sup>

De esta manera, la Corte estableció que: “(...) *Un productor es responsable cuando un artículo es puesto en el mercado sabiendo que este será usado o inspeccionado por inconvenientes, probándose que tendrá defectos que causan daños a un ser humano*”.<sup>45</sup> Es por esto que en este caso se estableció la responsabilidad del productor: teniendo este la obligación de verificar en el control de calidad del bien que se utilizaron los materiales óptimos para evitar daños al consumidor final y, no haciéndolo, estaba obligado a responder por los perjuicios derivados de este daño.<sup>46</sup>

Por consiguiente, solo importaba determinar la existencia del daño y el nexo causal entre este y el producto defectuoso. Es así como el segundo estatuto de responsabilidad, estableció a favor de los consumidores un régimen que renovaba el sistema de la responsabilidad en Estados Unidos, dando una mayor

---

43 Todos los productos que son puestos a circular en el mercado tienen una garantía implícita de seguridad, que protege a los consumidores y garantiza que el bien va ser utilizado para aquello para lo que se ha destinado. <http://www.4lawschool.com/torts/yuba.shtml>. Consultado julio 23 de 2010.

44 <http://www.4lawschool.com/torts/yuba.shtml>. Consultado julio 23 de 2010.

45 Regla de derecho: “*A manufacturer is strictly liable in tort when an article he places on the market, knowing that it is to be used w/o inspection for defects, proves to have a defect that causes an injury to a human being*”. Traducción libre. <http://www.4lawschool.com/torts/yuba.shtml>. Consultado julio 23 de 2010.

46 Es por esto que la parte motiva del fallo establece que: “(...) La presencia de la máquina en el mercado, lleva implícita la garantía de seguridad y que servirá para aquello por lo cual ha sido fabricada. No debería estar controlada por el demandante quien escoge la máquina de acuerdo a lo dispuesto en el catálogo de instrucciones y en la apariencia que tiene la mercancía en el mercado que esconde el defecto de la mercancía(...)”. “(...) Es suficiente para establecer la responsabilidad del productor, que el demandante pruebe el daño que ocasiono la mercancía, cuando estaba funcionando, como resultado de un defecto de la misma, del cual no fue informado para que se tomaran las respectivas medidas de seguridad”. <http://www.4lawschool.com/torts/yuba.shtml>. Consultado julio 23 de 2010.

importancia y relevancia al consumidor, porque se establece la responsabilidad objetiva (*strict liability*), dejando a un lado las dificultades que tenía la doctrina del *privity in contract*, en donde el consumidor debía estar dentro de una relación contractual, para poder siquiera iniciar un proceso de responsabilidad, bajo este nuevo estatuto como se establece anteriormente el consumidor debe probar el defecto en el producto y el daño que se manifestó como consecuencia del primero.

El tercer estatuto de responsabilidad,<sup>47</sup> en el cual se implementaron las garantías de posventa de la mercancía, sin dejar de lado el hecho de que el segundo estatuto de responsabilidad ya había realizado arduos trabajos en este olvidado aspecto.<sup>48</sup>

En el ya aludido estatuto, se estableció la diferencia entre la garantía que se otorgaba al consumidor en el punto de distribución, es decir, al momento de la venta, con una “garantía” que se otorgaba después, esto debido a que el productor al momento de la venta, no tenía el conocimiento de lo que podía presentarse después de otorgada aquella.<sup>49</sup> Es por esto que el antedicho estableció que este

---

47 El estatuto establece tres tipos de defectos en los productos a saber: defecto en la producción del bien, defectos de diseño y defecto en las instrucciones, además, garantías del producto.

El tercer estatuto de responsabilidad esta dividido en cuatro capítulos, el primer capítulo establece, la responsabilidad del vendedor comercial, en la venta de productos defectuosos, al momento de la compra, también tiene un aparte especial para productos de mayor protección como lo son la comida, los medicamentos y aquellos productos usados. El segundo capítulo trata de la responsabilidad de los vendedores o distribuidores, por los daños causados después de la compra, por la falta de representación o atención a estos daños. El tercer capítulo trata de la responsabilidad de aquel que le compra al vendedor comercial, para continuar con la comercialización del bien y la responsabilidad del productor aparente por el daño causado al vender un producto defectuoso. El capítulo cuarto está dividido a su vez en tres aspectos, el primero de ellos la relación de causalidad entre el producto defectuoso y el daño además el incremento del daño a causa del defecto, el segundo se ocupa de la distribución de la responsabilidad entre los demandados (vendedores y distribuidores) además de los eximentes de responsabilidad, el tercer y último aspecto se ocupa de la definición de los términos que atienden a la responsabilidad y del daño a las personas o a su propiedad. Traducción libre. [http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node\\_id=54](http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=54). Consultado julio 28 de 2010.

48 “*In particular cases, triers of facts could reasonably find that products sellers can practically and effectively discharged such an obligation and that the risk of harm are sufficiently great to justify what is typically a substantial post-sale undertaking*” “en casos muy particulares, en un proceso de responsabilidad es posible determinar la responsabilidad de los vendedores de productos y los factores de riesgo de daño suficientes, para justificar lo que es una obligación sustancial posventa”. Traducción libre. STILWELL, Tom. *Op. cit.* Pág. 1037.

49 “*The post-sale claim is separate from warning claim asserted with respect to the point of sale. A post-sale warning could not be given at the point of sale because of a manufacturer whould not have knowledge to give it*”. Traducción libre. *Ibidem.* Pág. 1037.

tipo de garantías surgían, no con base en la responsabilidad objetiva, sino por el contrario en la negligencia<sup>50</sup> y debía otorgarse en ciertos casos en particular.

De acuerdo con lo antes mencionado dicha normatividad se fundó en la responsabilidad objetiva; no se trataba de tener en cuenta la negligencia o falta de cuidado del productor, sino que únicamente era pertinente que el productor manejó siempre los más altos estándares de cuidado y calidad en un bien que iba a reproducirse en el mercado. La idea de sostener un régimen de responsabilidad objetiva era limitar los riesgos de que el producto ocasionara un daño al consumidor; era el productor quien tenía la opción de escoger entre un diseño u otro, y por tal motivo era quien escogía los materiales a utilizar en la producción de determinado bien, por eso se hacía referencia al producto defectuoso. Estaba en manos del productor, que el producto cuando llegara al mercado y fuera adquirido por el consumidor tuviera todo aquello que motivaba al comprador a adquirir ese bien y no otro, es decir, que el bien sirviera para cumplir los fines para los cuales había sido diseñado.

El régimen de responsabilidad objetiva se detuvo en los factores de riesgo que tenía la cosa (bien o mercancía) al causar un daño; ese peligro era moderado o maximizado por el productor dependiendo de los estándares de calidad que hubiera manejado durante el proceso de elaboración, por lo tanto se evaluaba la negligencia o falta de cuidado que se tuviera al momento de la fabricación y puesta en el mercado de un bien que causó un daño, por esto la responsabilidad debía reposar en él.<sup>51</sup> Bajo este régimen se indicó que se debía probar el daño, el producto defectuoso y el nexo causal.

---

50 Existe un debate acerca de la negligencia y la responsabilidad objetiva hoy en día en Estados Unidos, es decir, sobre en cuál de estos dos se establece la responsabilidad del productor, pues hay quienes sostienen que un régimen de negligencia elimina todos los riesgos u otros que persiguen la idea de que la responsabilidad objetiva sería más eficaz. Sin embargo el punto no radica en establecer sobre cuál de estos se debe fundar la responsabilidad: "(...) No se trata de escoger entre una u otra, pues en ambos casos los efectos serán iguales: la parte demandada deberá probar que tuvo el cuidado razonable para abolir el riesgo de accidente". *"The inquiry and its costs could have been avoided if the baseline had been strict liability rather than negligence. Cases might of course arise in which the negligence rule would eliminate all risk. But there is no need to choose between strict liability and negligence in such cases because both would produce identical deterrent effects: the defendant would invest in reasonable care to avoid all risk of accident"*. Traducción libre. ROSENBERG, David. "The judicial Posner on negligence versus strict liability: Indiana Harbor Belt Railroad Co. vs. American Cyanamid Co.". En: *Harvard law review* 2007. Tomo 120. Pág. 1217.

51 DONALD P., Blydenburgh. "Analyzing Inconsistent Verdicts in Products Liability Cases" En: *Defense Counsel Journal*; Jan. 2006; 73, 1; ABI/INFORM Global. Págs. 53-54.

### III. LA DIRECTIVA DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE 1985

En Europa la situación no había sido planteada de manera diversa, bajo este entendido es importante indagar sobre aspectos generales que formuló la Comunidad Europea, teniendo en cuenta que existe un régimen de responsabilidad objetiva de protección al consumidor, para todos los países miembros.<sup>52</sup>

La Unión Europea, formalizó su primer avance<sup>53</sup> comunitario en 1985 con una directiva del mismo año. Esta hacía referencia a los productos defectuosos, era necesario para Europa establecer pautas o estándares que marcaran la producción de las distintas mercancías en razón al libre tránsito de bienes.<sup>54</sup> A través de esta normatividad se establecían los estándares mínimos de calidad de bienes,<sup>55</sup> teniendo en cuenta que el régimen utilizado desde un principio fue el de responsabilidad objetiva.<sup>56</sup>

Esta fue una directiva que mostró su modernidad, tanto el productor como todos aquellos que hacían parte de la cadena de distribución de bien eran responsables. Es así como la directiva estableció:

---

52 Existen dos directivas importantes que rigen el tema de la responsabilidad a nivel europeo. La primera directiva que rigió a partir de 1985 y la directiva de 1999 que modificó la clasificación de los bienes, que se estudiará posteriormente.

53 Es el primer avance concreto, esto debido a que en 1974 se inician los esfuerzos de la Comunidad por establecer esta directiva, era necesario consagrar un régimen que rigiera la responsabilidad del productor, se inician los trámites pertinentes a establecer la directiva, sin embargo debido a múltiples presiones de grupos económicos importantes, la directiva salió avante solo hasta el año de 1985.

54 Richard A. Posner sostiene que: "(...) la función del Derecho es facilitar la operación de los mercados libres y, en áreas en donde los costos de transacción en el mercado son prohibitivos, 'imitar el mercado', estableciendo el resultado que podría esperarse si las transacciones en él fueran factibles (...)", "(...) el Derecho, en cuanto compete a la promoción de la eficiencia económica, debería procurar minimizar los costos de transacción. Por ejemplo definiendo claramente los derechos de propiedad, haciéndolos transferibles sin dificultad y creando soluciones baratas y efectivas (...)". POSNER, Richard A. *Op.cit.*

55 Es importante resaltar que la directiva de 1985 dejó por fuera los bienes muebles de producción agrícola y de caza, salvo el caso en que aquellos hayan sufrido una transformación industrial, también incluye los bienes muebles que se utilicen para ser adheridos a un inmueble, caso en el cual formarían parte del régimen de responsabilidad. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:ES:HTML> Consultado agosto 1 de 2010.

56 Los artículos 1 y 4 de la directiva establecen: "Artículo 1: El productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos (...). Artículo 4: El perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño (...)". <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:ES:HTML> Consultado agosto 1 de 2010.

Considerando que la protección del consumidor exige que todo aquel que participa en un proceso de producción, deba responder en caso de que el producto acabado o una de sus partes o bien las materias primas que hubiera suministrado fueran defectuosos; que, por la misma razón, la responsabilidad debiera extenderse a todo el que importe productos en la Comunidad y a aquellas personas que se presenten como productores poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo y a los que suministren un producto cuyo productor no pudiera ser identificado; Considerando que, en aquellos casos en que varias personas fueran responsables del mismo daño, la protección del consumidor exige que el perjudicado pueda reclamarle a cualquiera de ellas la reparación íntegra del daño causado(...).<sup>57</sup>

Se resalta la importancia que tenía desde un principio el consumidor para la Comunidad Europea; el hecho de establecer desde sus inicios la responsabilidad de todo aquel que hubiera tenido alguna conexión con el bien, no era más que una muestra de seguridad a los usuarios, los cuales tenían la facultad de demandar a cualquiera de ellos a fin de reclamar los perjuicios causados por el defecto del bien.<sup>58</sup>

Esta directiva en concordancia con la diversidad de legislaciones (proceso de integración: legislación nacional-legislación transnacional)<sup>59</sup> de los Estados miem-

---

57 Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:ES:HTML> Consultado agosto 1de 2010.

58 Es así como se establecía en el artículo 3 de la directiva la definición de productor, integrando a ella, no solo aquel que producía la materia prima, sino además a aquellos que importaran mercancías, los distribuidores y todos aquellos que formaban parte de la cadena de suministro, para con ello adjudicar la responsabilidad del productor en cualquiera de ellos. *Ibidem*.

59 A pesar de los distintos ordenamientos jurídicos existentes, la Comunidad Europea, esto debido al proceso de integración en el cual a pesar de consolidarse como uno solo, un todo, cada país miembro conserva legislación en distintos asuntos, sin embargo en pro de unificarse aun más se ha visto la posibilidad de establecer una Constitución de la Unión Europea: “el ordenamiento jurídico comunitario fue calificado por el Tribunal de Justicia, hace ya cuarenta años, como ordenamiento ‘propio’ y ‘autónomo’ respecto del ordenamiento jurídico internacional y del de los Estados miembros integrantes de las Comunidades Europeas (...)” , “(...) que se traduciría en su aptitud para generar normas jurídicas directamente aplicables en los Estados miembros, prevalentes en caso de contradicción con normas jurídicas nacionales”. GARCÍA ALONSO, Ricardo. *El proceso de constitucionalización de la integración europea*. En: Discurso de ingreso como Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina), leído el 18 de noviembre de 2003.

bros, sostenía la posibilidad de mantener las normativas<sup>60</sup> siempre y cuando se mantuvieran estándares superiores de protección al consumidor nunca inferiores a la que la normativa establecía.<sup>61</sup> Es menester resaltar de forma reiterada la importancia que tenía y tiene el consumidor en la economía de cualquier país y aun más en una comunidad económica, para ese entonces, como fuente de riqueza y desarrollo, si se establecen estándares altos de protección al consumidor. Así la industria tenía que aumentar sus costos para garantizar una excelente calidad del bien, esto no era más que un mecanismo indispensable para asegurar el tráfico libre de bienes dentro de la Unión Europea.

En 1999 se produjo una modificación a la directiva que se encontraba en aplicación, se realizaron cambios relativos al tema de los bienes incluidos, un ejemplo de ello, la electricidad.<sup>62</sup> A partir de este momento se vio la necesidad de un “libro verde” a fin de regular y garantizar la seguridad en la prestación del servicio de energía. Dicho libro fue adoptado por la Comunidad Europea en el año 2000.<sup>63</sup>

---

60 Guillermo Alcover Garau sostiene que: “Y es que si laboriosa fue la elaboración de la directiva, no menos lo esta siendo su efectiva aplicación por los diversos Estados a la vista del retraso producido en la misma, causado al parecer por lo novedoso de sus disposiciones y por sus indudables consecuencias económicas, por lo que las presiones de los diferentes ‘lobbys’ apuntan ahora cerca de los centros de decisión de cada uno de los Estados comunitarios (...)”. ALCOVER GARAU, Guillermo. *La responsabilidad civil del fabricante*. Madrid: Editorial Civitas S.A. 1990, pág. 42.

61 “(...) Considerando que , según los sistemas jurídicos de los Estados miembros, el perjudicado puede tener un derecho al resarcimiento, basándose en la responsabilidad contractual o en la responsabilidad extracontractual, distinto del que se contempla en esta Directiva; que, en la medida en que tales disposiciones van encaminadas igualmente a conseguir una protección efectiva de los consumidores, no deberían verse afectadas por la presente Directiva; que, en tanto que en un Estado miembro se haya logrado también la protección eficaz del consumidor en el sector de los productos farmacéuticos a través de un régimen especial de responsabilidad, deberían seguir siendo igualmente posibles las reclamaciones basadas en dicho régimen(...)”. Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:ES:HTML>. Consultado agosto 1 de 2010.

62 Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 10 de mayo de 1999. Artículo 1 modificadorio del artículo 2 de la directiva 85/374/CEE.

63 Teniendo en cuenta que la electricidad fue tomada como un “producto” a partir de la directiva modificatoria de 1999. Se incorpora este libro a la legislación de la Unión, con el fin de asegurar el abastecimiento de energía en todos los Estados miembros, porque Europa para ese entonces sufría una seria dependencia en el mercado energético, la demanda era superior a la cantidad de energía producida allí mismo. Por lo que a través de este libro se pretendía garantizar el acceso a este servicio por parte de los consumidores a precios asequibles. Consultado en: [http://www.cne.es/cne/doc/interes/Libro\\_Verde.pdf](http://www.cne.es/cne/doc/interes/Libro_Verde.pdf). Pág. 5. Consultado agosto 2 de 2010.

### III. EL CASO COLOMBIANO

La primera referencia que existió en Colombia respecto a la responsabilidad del productor, fue el Estatuto del Consumidor, que se promulgó en 1982,<sup>64</sup> en sus primeros artículos el estatuto proveía definiciones básicas de consumidor, productor, calidad del bien, entre otras. La relevancia de la normatividad antes mencionada, radicó en establecer la responsabilidad del productor.

En el artículo tercero, el Decreto instituyó “*el registro de calidad e idoneidad de los bienes y servicios*”,<sup>65</sup> este se constituyó con el fin de garantizar, como mecanismo previo que los bienes y servicios brindados a los consumidores cumplirían con estándares mínimos de calidad, en razón a ello se imponía una carga al productor e incluso al importador de registrar la “buena calidad” de los bienes ofrecidos al mercado. Sin embargo, esta era una figura jurídica que probablemente evitaría que el producto en un futuro ocasionara daños a los destinatarios de los bienes y, de ocasionarlos el responsable sería directamente el productor tal y como lo establecía el artículo ocho:

“El registro de calidad e idoneidad constituye el documento auténtico proveniente del productor de un bien o servicio, con base en el cual se podrá establecer la responsabilidad por la calidad e idoneidad del bien o servicio, por la garantía mínima presunta<sup>66</sup> del productor y por las marcas, las leyendas y la propaganda comercial de los bienes y servicios”.<sup>67</sup>

---

64 El decreto 3466 de 1982, es el encargado de regular todos los aspectos referentes al consumidor, la calidad, registro y precio de los bienes que son puestos en el mercado, el productor y su responsabilidad que será estudiada con posterioridad.

65 Como su nombre lo indica este registro tiene las características de calidad e idoneidad del bien y es otorgado por la Superintendencia de Industria y Comercio. Decreto 3466 *Op.cit.* Arts. 3-5.

66 El estatuto la define como: “Artículo 11o. Garantía mínima presunta: Se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios la obligación a cargo del productor de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia correspondiente, con las adecuaciones derivadas de la oficialización de normas técnicas o de la modificación del registro, así como las condiciones de calidad e idoneidad correspondientes a las normas técnicas oficializadas aunque el bien o servicio no haya sido objeto de registro”, “(...) es requisito obligatorio de todo registro indicar el término durante el cual se garantizan las condiciones de calidad e idoneidad que se ofrecen, cuando la autoridad competente no haya fijado mediante resolución el término de dicha garantía mínima presunta, según la naturaleza y clase de los bienes y servicios (...)”. *Ibidem.* Art.11.

67 *Ibidem.* Art. 8.

Reiterando, las garantías presuntas, establecidas en el antedicho eran indispensables para establecer la responsabilidad ante los consumidores porque podían entablar acciones contra los distribuidores o vendedores del bien, abriendo también la oportunidad para que aquellos repitieran en contra de los que habían intervenido en la cadena distribuidora, incluyendo entre ellos al productor.<sup>68</sup> Su fin no era más que garantizar que el bien en adquisición iba a servir para aquello para lo cual se había comprado: satisfacer al consumidor. Estas garantías se asimilan a las utilizadas en un principio por Inglaterra y Estados Unidos,<sup>69</sup> es decir, que estas también son presunciones contractuales, que brindan la tranquilidad al consumidor de que el bien que está comprando servirá para aquellos propósitos para los cuales se está adquiriendo.

Con respecto a la responsabilidad del productor, el Decreto establecía en su artículo 23: *“Cuando la calidad e idoneidad de los bienes y servicios no haya sido objeto de registro bastará para establecer la responsabilidad por la mala o deficiente calidad e idoneidad, la demostración del daño (...)”*, se podría abstraer de su lectura, que se enmarcaba dentro de un régimen de responsabilidad objetiva, el consumidor debía probar la mala calidad del bien (podría entenderse como producto defectuoso) y el daño, sin embargo el estatuto consagra en su artículo 26 causales exonerativas de responsabilidad, esto aproxima el concepto a un régimen objetivo de responsabilidad.

Con posterioridad al Decreto de 1982, la Constitución Política de 1991 (en adelante CP) a la luz del artículo 78, se establecía como un derecho colectivo la buena calidad e idoneidad de los bienes y servicios que circulan en el mercado, además determinaba la responsabilidad de los productores y demás agentes del mercado, cuando incurriesen en actos de tal magnitud que afectasen a los consumidores, como mecanismos de protección abrió la puerta a la creación de instituciones que velaran por el cumplimiento de la normatividad vigente y abogaran por sus derechos.

Se evidencia en la CP, que los derechos de los consumidores y usuarios son de rango constitucional y por lo tanto gozan de especial protección, para ello la misma carta establece no solo instituciones, sino además mecanismos judiciales como lo son las acciones grupales para la defensa de sus intereses.<sup>70</sup>

---

68 *Ibidem*. Art. 11.

69 Garantías implícitas de comerciabilidad y adecuación al fin para el cual el producto era creado. Estas fueron el primer paso hacia un régimen objetivo de responsabilidad, representaron la base de lo que hoy en día es denominado *strict liability*.

70 Los consumidores pueden optar por los mecanismos consagrados en el artículo 23 de la

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha desarrollado con mayor profundidad la responsabilidad del productor, es así que la Corte ha dicho:

La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas (...).<sup>71</sup>

Reiterando lo dicho por la Corte, el consumidor se encuentra en una posición de desventaja respecto del productor y por lo tanto es necesario restablecer ese equilibrio, dándole al consumidor herramientas eficaces para su protección.

Con respecto a la responsabilidad la Corte también ha establecido que:

La responsabilidad del productor y del distribuidor surge *ex constitutione* y puede por ello ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros. En este sentido, las garantías atinentes a la calidad o idoneidad de los bienes y los servicios, no se ofrecen exclusivamente al primer adquirente; ellas se disponen frente a la categoría de los consumidores y usuarios.<sup>72</sup>

Es decir, que la responsabilidad del productor es extracontractual, no exige la existencia de un contrato, como era el caso en Estados Unidos cuando estaba en vigencia la doctrina del *privity*, por el contrario se sostiene que no es necesario que exista una relación contractual, esta es una forma de igualar las cargas y proteger al consumidor.

Esta Corporación también se ha pronunciado respecto a la cadena de distribución del bien, tema que ha generado un sin número de controversias, porque como se sustentaba anteriormente al tenor del Estatuto del Consumidor, que la

---

Constitución colombiana, es decir, acciones populares y de grupo, con el fin de hacer valer sus derechos comunitarios, sin embargo cuando el daño que causa el producto defectuoso es económico e individual, se establecen mecanismos judiciales ordinarios.

71 CORTE CONSTITUCIONAL D-2830. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes. República de Colombia, Bogotá D.C. Agosto 20 de 2000.

72 *Ibidem*.

responsabilidad en principio recaía sobre el vendedor del bien, esto implicaba que el productor del bien se exoneraba de responsabilidad, en alusión a este punto se ha dicho:

El control del proceso de producción y el diseño del bien o del servicio, incumben de manera directa al productor profesional. El productor obtiene su ganancia por su papel en el proceso de producción y, como contrapartida, **asume los riesgos** derivados de la misma. En definitiva, suprimir al productor como sujeto pasivo de las acciones de garantía equivale a anular las garantías concedidas o presupuestas, sean estas de orden legal o convencional. La regulación procesal que produzca este efecto, en lugar de promover la realización del derecho sustancial, lo aniquila. Se puede afirmar, sin vacilación, que en lo que atañe a la conformación de los elementos reactivos del derecho del consumidor, el papel del legislador -por ende el campo de su libertad configurativa-, no consiste en eliminar la responsabilidad del productor en razón de la calidad de sus productos o servicios, sino en determinar los procedimientos más idóneos para hacerla efectiva.<sup>73</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Bajo este entendido, no es concebible contemplar una acción de responsabilidad sin tener en cuenta al productor. Caso similar a lo establecido en la Directiva de 1985 de la Unión Europea, donde se consagra que para dar una protección real al consumidor, es necesario detenerse en el proceso de producción del bien hasta que llega a su destino final, de esta forma extiende la responsabilidad a todos aquellos que intervienen en el proceso, para determinar con certeza dónde se ocasionó el defecto. Como consecuencia de ello, el consumidor tiene la facultad de demandar no solo al vendedor del bien, sino a su vez puede demandar al productor quien forma parte fundamental de la cadena de distribución del bien y funda su lucro en la venta del producto o servicio, motivo por el cual no puede ser exonerado de hacer parte de un proceso de responsabilidad.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> La Corte Suprema de Justicia ha advertido que el consumidor, puede demandar no solo al vendedor, es decir, a la persona con la cual tiene un vínculo contractual, sino que también puede demandar al productor y a todos aquellos que intervinieron de una u otra forma en la cadena de distribución del bien, sin detenerse en una relación contractual, de esta forma se logra un equilibrio real entre el consumidor y aquellos que intervienen en la cadena de producción y distribución. Ver sentencia: Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil. Radicado: 00097 de 1999. Magistrado Ponente: Cesar Julio Valencia. República de Colombia, Bogotá D.C., febrero 7 de 2007. Consultado agosto 15 de 2010.

Es así como, si nos detenemos en la normativa colombiana, es decir, en el Estatuto del Consumidor, se podría pensar que el régimen allí planteado es objetivo, como lo sostiene Javier Tamayo Jaramillo “(...) *Demostrado el nexo de causalidad entre el daño y el producto defectuoso, el productor y el distribuidor son responsables y no podrían exonerarse alegando y probando ausencia de culpa*”.

El Estatuto del Consumidor, regulado por el decreto 3466 de 1982, pareciera establecer, en el derecho colombiano, ese tipo de responsabilidad. Sin embargo los textos son tan confusos y contradictorios que pareciera ser que el Código de Comercio conserva la vigencia en esa materia.<sup>75</sup>

Es decir, que a pesar de lo que establece la normativa, la legislación colombiana sigue las pautas del artículo 934<sup>76</sup> del Código de Comercio, es decir, que se rige bajo el régimen de la culpa, es decir, un régimen con criterios subjetivos, que impone cargas al consumidor, que lo mantienen en una posición de desventaja, pues para que se logre la resolución del contrato y la posterior indemnización por los perjuicios derivados de el daño, es necesario que el vendedor al momento de la compra hubiese desconocido “*sin su culpa*” los vicios que tenía el bien. En muchas ocasiones, por no generalizar es muy difícil que el comprador logre probar la culpa del vendedor y aún más difícil la del productor, por lo tanto bajo este esquema es difícil que se presente una indemnización por los perjuicios derivados de un producto defectuoso.<sup>77</sup>

En concordancia con lo antedicho, y estudiando concienzudamente el Estatuto del Consumidor se encuentran las causales exonerativas de responsabilidad que son:

(...) la fuerza mayor, el caso fortuito no sobrevenido por su culpa, el uso indebido del bien o servicio por parte del afectado, o el hecho de un tercero ligado o no al productor mediante relación de trabajo o contractual de cualquier clase debidamente probados conforme al procedimiento in-

---

75 *Op. cit.* TAMAYO JARAMILLO, Javier. Pág. 234.

76 CÓDIGO DE COMERCIO. Art 934: “Vicios ocultos: Si la cosa vendida presenta, con posterioridad a su entrega vicios o defectos ocultos cuya causa sea anterior al contrato, ignorados sin culpa por el comprador, que hagan la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato, el comprador tendrá derecho a pedir la resolución del mismo o la rebaja del precio a justa tasación. Si el comprador opta por la resolución, deberá restituir la cosa al vendedor. En uno u otro caso habrá lugar a indemnización de perjuicios por parte del vendedor, si éste conocía o debía conocer al tiempo del contrato el vicio o el defecto de la cosa vendida”.

77 *Op.cit.* TAMAYO JARAMILLO, Javier. Pág. 233.

dicado en el artículo veintiocho. En todo caso deberá probarse también el nexo de causalidad entre el motivo de exoneración invocado y la falta de correspondencia entre la calidad e idoneidad registradas o las contenidas en la licencia o en la norma técnica oficializada, o con las que ordinaria y habitualmente se exijan en el mercado y las que efectivamente tenga el bien o servicio respectivo.<sup>78</sup>

Sin embargo, si aparentemente la legislación al respecto es objetiva, se debe remitir a los eximentes de responsabilidad para dicho régimen,<sup>79</sup> solo se encontraría la causa extraña<sup>80</sup> la única capaz de romper el nexo causal y así eximir de responsabilidad.

## CONCLUSIONES

Al unísono de lo citado anteriormente, no existe claridad en la legislación colombiana sobre el régimen aplicable a la responsabilidad del productor, motivo por el cual se presentan comúnmente controversias, que ocasionan un fuerte impacto en el consumidor, en la medida de que si se tiene un régimen subjetivo, este debería probar la culpa entre otros elementos, para que se pueda establecer la responsabilidad del productor. Si bien es cierto Colombia ha hecho importantes avances para estar a la par de otros países como Estados Unidos e incluso adoptar posturas como las de la Unión Europea, para nadie resulta novedoso conocer que es necesario adoptar posiciones mucho más beneficiosas para los consumidores.

---

78 *Op.cit.* Decreto 3466. Art. 26.

79 Al respecto Javier Tamayo expresa: “tratándose de responsabilidad objetiva, la culpa carece de importancia probatoria, pues el demandante no está obligado a establecer dicha culpa y al demandante no se le exonera si se limita a probar que no cometió culpa. Probado el hecho, el daño y el nexo causal, el demandado se presume responsable (no culpable). Ahora, en la mayoría de las responsabilidades objetivas, al demandado se le permite exonerarse si establece una causa extraña, cualquiera que ella sea. En casos excepcionales, solo algunas formas de causa extraña liberan de responsabilidad. Así, por ejemplo en materia de responsabilidad del transportador aéreo por lesiones o muerte a pasajeros, solo se libera probando el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima (C. de Co., art. 1880). La fuerza mayor y el caso fortuito no tienen poder exoneratorio”. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá D.C.: Legis Editores, Tomo II, 2007, págs. 2-3.

80 La definición de causa extraña según el Doctor Tamayo Jaramillo es: “(...) aquel evento irresistible y jurídicamente ajeno al demandado”. *Op.cit.* TAMAYO JARAMILLO, Javier. Pág. 10.

En concordancia con el doctor Javier Tamayo, es necesario establecer un régimen de responsabilidad objetiva del productor en Colombia, esto traería consigo consecuencias muy positivas, el consumidor gozaría de garantías reales de sus derechos como actor importante en la economía de un país; los procesos de integración económica verían con buenos ojos la protección a este y por lo tanto se atreverían a realizar tratados de libre tránsito de bienes y servicios.

No se debe olvidar, que el mundo atraviesa el fenómeno más importante de la historia, la globalización ha dejado de ser un simple movimiento que busca la integración de culturas y tecnologías, para convertirse en una necesidad económica. La grandes alianzas comerciales que realizan hoy en día los distintos países requieren de garantías eficaces a los consumidores, un ejemplo de ello es la Unión Europea que desde 1985 como consecuencia del tratado de *Maastricht* y para que este fuera fructífero impuso un régimen de responsabilidad objetiva del productor, para de esta forma facilitar la integración económica y así facilitar el desarrollo de la región y actualmente del continente. Estados Unidos, pionero en cuanto a la reparación de daños, día a día implementa nuevas garantías a los consumidores y esto en razón al rol que tienen en la economía.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, Guillermo. 1990. *La responsabilidad civil del fabricante*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- BLYDENBURGH, Donald P. 2006. "Analyzing Inconsistent Verdicts in Products Liability Cases". En: *Defense Counsel Journal*; Jan. 2006; 73, 1; ABI/INFORM Global. Pág. 53-54.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. En: *La responsabilidad civil. Jornadas Australes de derecho*". Colegio de Abogados de Comodoro de Rivadavia. Comodoro de Rivadavia Editor: Luis Moisset de Espanés.
- CONAGHAN, Joanne; MANSELL, Wade. 1999. *Wrongs of Tort*. London, GBR: Pluto Press, versión electrónica en: <http://site.ebrary.com/lib/utadeo/Doc?id=2001180&ppg=28>.
- GARCÍA ALONSO, Ricardo. 2003. "El proceso de constitucionalización de la integración europea". En: Discurso de ingreso como Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina), leído el 18 de noviembre de 2003.

- HINESTROSA DAZA, Fernando. 2002. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, Tomo I.
- MADDEN, M. Stuart. 1993. *Strict Products Liability Under Restatement (Second) of Torts 402A: "Don't Throw Out the Baby with the Bathwater"*. Pace Law Faculty Publications, versión electrónica en: <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=lawfaculty>
- NICHOLSON, Walter E. 2004. *Teoría microeconómica*, Madrid: Thompson Editores.
- MAZEAUD, Henri, León y Jean. 1960. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. 2007. *La responsabilidad por daños* Tomo IX. Responsabilidad de la empresa. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. 2005. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, Séptima edición.
- POSNER, Richard A. 2005. "El análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo". En: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 2 Nº 7 University of Chicago Law School. Traducción de Enrique Pasquel R.
- RAMELLA, Anteo E. En: *La responsabilidad civil. Jornadas Australes de derecho*. Colegio de Abogados de Comodoro de Rivadavia. Comodoro de Rivadavia Editor: Luis Moisset de Espanés.
- ROSENBERG, David. 2007. "The judicial Posner on negligence versus strict liability: Indiana Harbor Belt Railroad Co. vs. American Cyanamid Co.". En: *Harvard law review 2007*. Tomo 120. Pág. 1217.
- STILWELL, Tom. 2007. "Warning: You May Possess Continuing Duties After the Sale of Your Product! A". En: *The Review of Litigation*; 26, 4; Criminal Justice Periodicals. Pág. 1036.
- TAMAYO LOMBANA, Alberto. 2005. *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. 1999. *De la responsabilidad civil*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, Tomo I.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. 2007. *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá D.C.: Legis editores S.A., Tomo II.

TOUFIC K., Gaspard. 2003. *Political Economy of Lebanon, 1948-2002: The Limits of Laissez-Faire*. Leiden, Koninklijke, Boekhandel en Drukkerij, versión electrónica en: <http://site.ebrary.com/lib/utadeo/Doc?id=10089757&-ppg=26>.

VELÁSQUEZ POSADA. Obdulio. 2009. *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá D.C.: Editorial Temis.

WOOLCOTT, Olenka. 2007. *La responsabilidad del productor*. Bogotá D.C.: grupo Editorial Ibáñez.

## NORMATIVIDAD

- Código Civil Colombiano.
- Código de Comercio Colombiano.
- Constitución Política de 1991.
- Decreto 3466 de 1982.
- Directiva 1999/34/CE.
- Directiva 85/374/CEE.
- Libro Verde de 2000.

## JURISPRUDENCIA CITADA

CORTE CONSTITUCIONAL D-2830. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes. República de Colombia, Bogotá D.C. Agosto 30 de 2000.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil. Radicado 01054 de 2001. Magistrado Ponente: William Namen. República de Colombia, Bogotá D.C. Agosto 24 de 2009.

———. Radicado 00097. Magistrado Ponente: Cesar Julio Valencia. República de Colombia, Bogotá D.C., febrero 7 de 2007.

# EL ARTE DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ORALIDAD EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL\*

Semillero de Investigación: “Justicia y Razón”\*\*

“Solo estaban practicando el arte de poner trampas a un inocente”

Franz Kafka, “*El Proceso*”

**Sumario:** INTRODUCCIÓN. I.- Asuntos de la oralidad: concepto, elementos y presupuestos generales. II.- La oralidad como tendencia materializada en Colombia. III.- Límites constitucionales a la reforma a la administración de justicia. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

La insuficiencia de la administración de justicia en el ámbito colombiano se observa como un reflejo de una justicia paquidérmica, sin recursos humanos y tecnológicos suficientes, llena de vicios y ajena a la aplicación eficiente de los modelos procesales pretendidos y adoptados. Aludiendo a las metáforas y elementos literarios, el reflejo común y reiterado que ostenta la población respecto a la justicia de Colombia, puede encontrarse casi intacto en la propuesta kafkiana del texto *El Proceso*, publicado por primera vez en 1925. Kafka que muestra y

---

\* El presente artículo se desarrolla en ocasión a la ponencia presentada al XI Concurso Internacional para estudiantes de Pregrado del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; dicho concurso se llevó a cabo en el marco del XXXI Congreso de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Cartagena los días 8 al 10 de septiembre del año 2010. La misma fue dirigida por los profesores Beatriz Eugenia Suárez López, Edgar Hernán Fuentes Contreras y Mateo Sánchez García. La ponencia obtuvo el reconocimiento del quinto puesto por parte del Instituto, entre más de 90 universidades participantes.

\*\* Estudiantes que conformaron el Grupo de Investigación y Redacción de la Ponencia: Jennifer Torres Caicedo, Julián Villarraga Rengifo, Paula Peñuela Ramírez, Laura Rodríguez Durán, Angélica Noriega Villamizar, Cindy García Cortés, Camilo Ramírez Gutiérrez, Juan Manuel Mosquera, Angie Rocha Álvarez y Marcela Patricia León Herrera (ponente).

describe una oscuridad en la ordenación arquitectónica donde habitan los jueces y en el noble desarrollo de la labor de administración de justicia, casi a plenitud resulta una construcción de la realidad colombiana, dejando de ser menos fantasioso de aquello que se piensa y tan actual como no se quisiera.

Esta visualización generalizada de la población, se ha visto complementada con datos estadísticos respecto al cumplimiento de la labor jurisdiccional. Por ello, no resulta irrelevante que los distintos estamentos del Estado, y de la propia comunidad académica, hayan lanzado sus voces de protesta por la situación, que parece insostenible.

Es en ese espacio, donde, con el fin de darle solución a la problemática extendida, se han generado diferentes propuestas de carácter normativo, con la esperanza de reformar y agilizar los procesos y en un intento por descongestionar los despachos. No obstante, las distintas decisiones normativas no han obtenido los resultados previstos, lo cual, ha generado que al usuario de la administración de justicia, le escasee la fe y confianza en la organización judicial, y que hayan acudido a mecanismos alternativos de solución de conflicto, de carácter legal y otros que carecen de dicha categoría, y se acerquen a aquello conocido como *justicia a mano propia*.<sup>1</sup>

Pese a las anteriores circunstancias, nada raro resulta que hoy por hoy, la apuesta siga siendo una reforma de mayor talante de la administración de justicia y, la idea, como la opción menos desventurada, de observar la alteración del sistema procesal, para inmiscuir en sus génesis el presupuesto de la oralidad y el sistema de audiencias.

La reforma actualmente propuesta se vincularía con la producción, por parte del Congreso de la República, de un nuevo Código de Procedimiento Civil colombiano, en el cual se transite de un proceso escrito a un proceso oral, es decir, un proceso en el cual predomine la palabra en voz viva como medio de expresión, como forma de comunicación entre el juez y las partes del proceso, y no aquella que se manifiesta meramente en un memorial escrito.

El proceso oral, como lógico y sencillo tiene su razón de ser en el principio de oralidad, que supone en primer término, que todas las peticiones formuladas

---

1 Véase: DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá, D.C.: Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes - Facultad de Derecho - Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Colciencias, Siglo del Hombre Editores, Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH-, Universidad de Coimbra y Universidad Nacional de Colombia; 2001.

por las partes al funcionario judicial se fundamentarán y decidirán en forma oral; y en segundo lugar, que el juzgamiento es oral.<sup>2</sup>

En este orden de ideas la oralidad no puede verse como un parámetro novedoso, dado que fue el primer sistema de juzgamiento con que contó la humanidad. Ella se funda en la necesaria comunicación oral de los actos del proceso, en la medida en que las partes, los terceros y el juzgador manifiestan de esa manera sus intenciones; esto es, la oralidad como una forma de manifestación de las voluntades, incluso, dentro de los procesos de juzgamiento. Más no es ella, en sí misma y únicamente considerada, la que ofrece beneficios, tal como parte de la doctrina ha querido manifestar; debido a que no se gana mucho exponiendo oralmente lo que puede expresarse también por escrito: “son los elementos con que ha de venir acompañada los que en verdad señalan un cúmulo de diferencias y remarcan los beneficios que, en celeridad, legitimidad y posibilidad de acierto, llegan con el sistema”.<sup>3</sup>

La oralidad en el proceso civil, resulta ser una temática cuyo análisis no puede quedar en sí su implementación es o no favorable, sino que hay que revisar los componentes o mecanismos que se deben acompañar para que las expectativas que promete la oralidad sea efectiva en los procesos.

Vale la pena, en consecuencia, hacer una revisión de las dinámicas propias de estos procesos, con el fin de hacer una reflexión sobre la situación colombiana actual en el tema. De este modo, para fundamentar el análisis propuesto, la presente ponencia se dividirá en cuatro (4) partes: la primera de ellas, explora los alcances de la oralidad; seguidamente, veremos las distintas tendencias de la implementación de la oralidad materializadas en Colombia; posteriormente, se realiza un análisis de los efectos constitucionales de la implementación de la oralidad sin consideración de los posibles efectos de la misma, para finalmente, en forma de conclusiones, presentar propuestas y alternativas de los mecanismos de implementación de sistemas de juzgamiento, en el ámbito colombiano, desde una perspectiva de protección y garantía de los derechos de los usuarios de la administración de justicia.

---

2 REYES MEDINA, César. *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio colombiano. Manual General para Operadores Jurídicos*. Segunda Edición. Bogotá D. C.: 2009. Pág. 25.

3 XXX CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, Conferencias sobre diversos temas de Derecho Procesal en: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho jurisdiccional. Tomo I. Parte General*. J. M. Bosh Editor. Barcelona: 1991. 540 p.

## I. ASUNTOS DE LA ORALIDAD: CONCEPTO, ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS GENERALES

Desde la óptica jurídico procesal, la oralidad de manera general, es una norma jurídica, es decir, expresa un deber ser de aquello que se espera establecer. Su naturaleza jurídica adquiere una característica especial puesto que, aun cuando su reconocimiento legislativo positivo acoge la estructura abstracta de un principio jurídico, es una forma de procedimiento que permite la realización de las diferentes etapas de un proceso donde prima el carácter oral, tal y como se infiere de su misma denominación.

De conformidad con lo anterior, la razón de su existencia jurídica y de su incurción en el ámbito procesal, estriba en el hecho de que permite dentro los litigios que se llevan a cabo, orientados desde su mandato, que se realice un proceso donde prima la sencillez que produce y es efecto de la palabra hablada.

Al igual que otras normas jurídicas, esta regla procedimental no cuenta con un carácter absoluto ni excluyente; lo que se explica en el hecho de que su aplicabilidad no implica que se deba prescindir de la escritura, pese a que se plantee como una regla con la que frecuentemente se contrapone.

Aun cuando, sin lugar a duda, es una herramienta cuya implementación en los procesos judiciales permite la consecución no solo de la economía procesal, al promover la reducción de cantidad y/o duración de procedimientos que se deban llevar a cabo durante la vida de un litigio jurídico establecido, sino el efectivo y correlativo cumplimiento de principios jurídicos como el de publicidad, intermediación, concentración y, por tanto, la eficacia material de la administración de justicia, la implementación resulta una temática compleja que requiere de análisis objetivos tendientes a la plausibilidad dentro de los procesos judiciales; ello en razón a la casi carente vinculación de las palabras en una sociedad actual.

Los beneficios que presenta la oralidad, han generado, de tal manera, que las voces que se han forjado en virtud de la reclamación de un nuevo método de juzgamiento, establezcan como necesario plantear un cambio trascendental dirigido a la oralidad.<sup>4</sup> Es decir, un vuelco al sistema oral de la tradición romano-germana,<sup>5</sup> que transforme eminentemente la prevalencia de lo escrito del proceso, que parece avalar la insatisfacción por la innumerable cantidad de procesos acu-

---

4 En el caso colombiano, hace referencia a producir las modificaciones concernientes al Código de Procedimiento Civil colombiano actual, Decreto 2019 de 1970.

5 Empero es importante resaltar que en la antigua Grecia regia la oralidad tanto en los procesos civiles como en los penales, antes de su implementación en Roma.

mulados y por la congestión que se vive en los despachos judiciales, donde ha prevalecido este sistema que difiere al oral.

La excesiva lentitud en el trámite del sistema escrito, hace que el usuario pierda credibilidad a la hora de acudir al órgano jurisdiccional. Según el profesor Ulises Canosa Suárez, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal:

El proceso romano clásico y el germano fueron eminentemente orales, el proceso del Medioevo se transformó poco a poco de oral a escrito, el proceso ordinario del derecho común, desarrollado por la doctrina jurídica posterior al siglo X, determinó la formación de los procesos escritos en los Estados de la Europa continental, pero a partir del siglo XVIII después de la Revolución Francesa de 1789, la doctrina inició una reacción que ha llevado lentamente a la restauración de la oralidad; especial a partir de la segunda mitad del siglo XIX.<sup>6</sup>

Este fenómeno de restauración, se ha ido difundiendo gracias a las garantías y beneficios generados por este sistema antiguo, pero que en otros ámbitos se ha retomado como moderno. Son cada vez más los países que han regresado a esta modalidad, entre ellos, Alemania, Austria, Dinamarca, España, Japón, Polonia, Suiza y Suecia, lo que evidencia su tendencia irreversible de expansión debido a su presunta efectividad y niveles de satisfacción que producen los procesos.

Desde principios del siglo hay en toda Europa un movimiento general a favor del sistema oral, desde cuando los estudiosos miraron hacia el proceso romano como al proceso clásico, como al modelo para la realización de un nuevo sistema de proceso oral.

Desde 1850, y pasando por los códigos alemán y austríaco, el sistema oral ha cobrado auge en Europa. Lo han adoptado, entre otros el código húngaro de 1911, elaborado por Alexander Plosz, el danés, el noruego, el yugoslavo, el federal suizo, el de los países socialistas.<sup>7</sup>

---

6 CANOSA SUÁREZ, Ulises. *Memorias XVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Primera Edición. Bogotá D.C. Editorial Instituto Colombiano de Derecho Procesal 1997. Pag-3.* Véase, además: Después del proceso romano-canónico, en la Europa continental solo el proceso francés conoció la audiencia oral. Los demás sistemas europeos tenían el sistema de la escritura que les venía desde el proceso justinianeo y del ítalo-canónico del Medioevo. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso. Tercera Edición. Bogotá; D.C.: Editorial Temis S.A. 2000. Pág. 117.*

7 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso. Tercera Edición. Bogotá; D.C.:*

En Suramérica, el país pionero en implementar este sistema de oralidad en los procesos de carácter civil fue Uruguay.

De acuerdo con el autor citado, en su artículo: “El proceso civil por audiencias”, incluido en el texto titulado XVIII del Instituto Colombiano de Derecho Procesal: “Pasaron de un proceso desesperadamente escrito al sistema oral, donde la justicia se imparte en forma más lógica y natural, logrando así cumplir con los principios de inmediación, de concentración y de publicidad”.<sup>8</sup>

En este sentido, se ha percibido que aquello que se busca con la implementación de esta modelo es evitarle más obstáculos al proceso, lo cual se presume generaría la celeridad de los mismos:

La doctrina nacional, como la extranjera, no ha vacilado en reconocer que el exagerado apego al escrito convierte a los usuarios de la justicia judicial en esclavos de la formalidad y que sacrifica los fines del proceso en el laberinto de los expedientes; también ha insistido en que el empleo de la expresión oral en el debate facilita la agilidad en el trámite, dificulta las maniobras dilatorias, favorece la averiguación de la verdad y garantiza una justicia de superior eficacia y calidad.<sup>9</sup>

Las circunstancias proporcionadas se exhiben dentro del marco de un conjunto de elementos propios de la oralidad que, ostenta marcadas diferencias respecto a aquellos que se perciben dentro de un proceso escrito. Entre los elementos que hacen del proceso oral una promesa de justicia de mayor beneficio, se cuentan:

- a. **Inmediación:** este elemento pretende impedir la existencia de obstáculos o de barreras entre los sujetos del proceso, ya que pueden comunicarse directamente, sin intermediarios, sin papeles, en otros términos, frente a frente en audiencia, con lo cual se gana en celeridad, efectividad y autenticidad de cada mensaje; dado que hay contacto inmediato entre el juez, las pruebas personales y las partes, y permite al funcionario captar de manera genuina las declaraciones y obtener impresiones esenciales para calificar la credibili-

---

Editorial Temis S.A. 2000. Págs. 117-118.

8 VESCOVI, Enrique. Ponencia para el XI Congreso Mexicano de Derecho Procesal (sesión de mayo de 1986) y publicado en la revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Volumen I, Numero 4., 1986. Ediciones Librería del Profesional, Páginas 9 a 36.

9 COMISIÓN REDACTORA DEL PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. *Acta N° 02 - Junio 18 de 2003*. En: [www.ICDP.ORG.co/descargas/actas/acta-No2.doc](http://www.ICDP.ORG.co/descargas/actas/acta-No2.doc); (consultado: 24 jun, 2010).

dad de los ponentes.<sup>10</sup>

En este sentido, es importante resaltar que el juez independientemente de estar en contacto con las partes o testigos, tiene que ceñirse a las disposiciones legales, es decir, pretender evitar una preparación de los sujetos procesales para causar una impresión ante el juez; tal como lo señala Octavio Augusto Tejeiro: “el verdadero fruto aparece si el director de la audiencia, al recibir una determinada impresión, la usa para profundizar en la investigación, para adentrarse más en la búsqueda de la verdad que subyace oculta detrás de las palabras”.<sup>11</sup>

- b. Concentración:** las ventajas que ofrece la oralidad son prevalentemente útiles en cuanto al debate procesal, siendo más específicos en el debate probatorio, para que pueda realizarse íntegramente sin solución de continuidad. La interposición de otras actividades durante la práctica de las pruebas en el proceso dificulta la pronta culminación del debate y la emisión inmediata del fallo, lo cual acaba de un tajo con la utilidad de la inmediación.<sup>12</sup>

Con todo, para llegar a los fines que propone la concentración, se requiere principalmente que el proceso no sufra interrupciones, y preveer, además, la calidad de humanos de los jueces; ya que sin esta última no garantizaría poder obtener una efectiva concentración, en materia de audiencias y juicios, y que se pase de una dilación del proceso a una administración de justicia sin calidad.

- c. Publicidad:** ella hace referencia a que todos los actos procesales se deben debatir en público, ante los diferentes sujetos procesales y terceros que deseen presenciarlos, para generar una mayor credibilidad, confianza y una posible presión social, que pudiese obligar y controlar al juez a mantener la objetividad e imparcialidad al momento de resolver un litigio.<sup>13</sup>

La generación de los elementos anteriores, en términos estadísticos, ha forjado resultados beneficiosos en los distintos países donde se ha implementado el sistema oral. Sin embargo, los elementos no serían efectivos sin la guía de los cuatro (4) presupuestos y pilares fundamentales para el desarrollo de este

10 XXX CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Universidad Libre. Bogotá D.C. Primera Edición. Agosto 2009. 865 p.

11 MAGISTRADO AUXILIAR DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. “Oralidad en el procedimiento civil y de familia”. 2010

12 COMISION REDACTORA DEL PROYECTO DE CODIGO GENERAL DEL PROCESO. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. *Op. cit.*

13 Sin que por ello la presión social se convierta en un determinante para fallar alejado de la ley.

sistema. Ellos son: a) proceso por audiencias, b) predominio de la palabra, c) intervención activa del juez y d) concentración de la sustanciación.

El primer presupuesto de la implementación oral es la generación de trámites que se desarrollen mediante audiencias. Con ello se garantiza la inmediación por la intervención personal del juez, las partes y los abogados, en el mismo recinto para celebrar las audiencias; lo que implica que el juez tiene una mayor cercanía con los administrados, al igual que con los demás sujetos que se encuentran inmersos en el proceso; circunstancia que le permite tener plena comprensión y diálogo con los intervinientes en la audiencia, haciendo de la definición del conflicto algo más humano.

El segundo presupuesto es el predominio de la palabra hablada como medio de expresión: “La palabra es más viva, ella llama la atención del juez sobre los puntos esenciales del litigio, se presta mejor a la discusión y evita la complejidad del formalismo que engendra lo escrito”.<sup>14</sup>

El tercero presupuesto es la intervención activa del juez en la práctica de pruebas y la persuasión racional en la valoración. “En el sistema escrito, el juez tiene una actitud pasiva e inadecuada para el cumplimiento eficaz de su función. En el sistema oral, se precisa de un juez debidamente capacitado, protagonista del proceso, con un fuerte sentido de la responsabilidad, y sobretodo, justo e imparcial en la búsqueda de la verdad para la aplicación de la justicia”.<sup>15</sup>

El cuarto hace alusión a la concentración de la sustanciación, es decir, que en el proceso las actividades se concentran en las audiencias; resolviendo todo lo que allí se vaya generando. En este sentido, recursos, incidentes y/o nulidades difícilmente le ofrecen a las partes poderes paralizantes, que impidan el desarrollo continuo del proceso. Así, las suspensiones y aplazamientos son extraordinarios, por causas justificadas.

A manera de una conclusión preliminar, bajo las anteriores manifestaciones, parece idónea la implementación de un proceso con primacía del contenido oral, dentro del ámbito civil para la jurisdicción colombiana. Circunstancia que en buena parte coincide con los tratadistas que abogan por dicha implementación y que no solo reconocen las ventajas aquí descritas, sino además,

---

14 RIAÑO BRUN, Iñaki. *La oralidad en segunda instancia*. Universidad Pública de Navarra en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp22ria.pdf>; (consultado 2 mar, 2010).

15 CANOSA SUÁREZ, Ulises. *Memorias XVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Primera Edición. Bogotá D.C. Editorial Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 1997. Pág. 14.

exhiben como punto *culmen* los países donde se ha implementado con resultados nada despreciables la mencionada modalidad.

## II. LA ORALIDAD COMO TENDENCIA MATERIALIZADA EN COLOMBIA

La formulación e implementación de un sistema oral no solo debe ser acreditable desde el contexto teórico, sino, además, desde la experiencia o la situación fáctica. La viabilidad fáctica puede ser examinada desde un estudio detallado de las experiencias similares o equiparables desde el ámbito internacional o desde las condiciones crono-topológicas donde se postula la ejecución. Sin lugar a dudas, la última evaluación parece más acorde, no solo con la realidad normativa, sino con la realidad social y contextual.

Asimismo, parece notoria e innegable la necesidad de los mencionados estudios para conseguir los fines de las nuevas normas propuestas. En caso distinto, la implementación normativa de estructuras o sistemas podría ser un asunto de mera fortuna. Circunstancia que no parece extraña en el contexto colombiano.

En buena parte de los países las decisiones normativas han estado condicionadas por la presencia de aquello que se ha aludido como “hipertrofia legislativa”<sup>16</sup> o, en el ámbito anglosajón, “contaminación legislativa” (*Legal Pollution*). Situación que implica un crecimiento casi sin límites de la normatividad, que en primera instancia, la convierten en inaplicable y en una muestra de una improvisación legislativa, que pueda responder a intereses políticos de generar una eficacia simbólica<sup>17</sup> más que una solución real a las exigencias contextuales.

---

16 Por ejemplo, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia; 2002.

17 Este hecho hace que algunas reformas estén orientadas ante todo a legitimar la acción del Estado en áreas sociales en las cuales la intervención del Estado es solicitada con apremio, de tal manera que el objetivo instrumental queda relegado en beneficio de los objetivos simbólicos o de comunicación. Dos advertencias adicionales; en primer lugar, no todas las reformas obedecen a estas necesidades, ni siempre que ello sucede la reforma está condenada a la ineficacia instrumental, ni mucho menos siempre que una reforma fracasa ello se debe a que fue expedida con propósitos ante todo de legitimación y no de eficacia instrumental. En segundo lugar, la eficacia simbólica del derecho no excluye la producción jurídica de efectos materiales; simplemente excluye la ausencia de aquellos efectos materiales que están implícitos en las normas penales y que son la razón de ser de la norma. La dimensión simbólica radica en el hecho de que la reforma es producida, primeramente, con el objeto de establecer una comunicación legitimadora entre instituciones y ciudadanos, más que para satisfacer sus objetivos instrumen-

Tal como lo señala el profesor David Suárez, cumpliéndose aquello que afirma el Consejero de Estado francés Jean Michel Galabert: “En el pasado los gobiernos enfrentaban las catástrofes creando comisiones; hoy lo hacen preparando proyectos de ley”.<sup>18</sup>

En este sentido, la generación de procesos orales, especialmente, en el área civil, debe hacer un estudio circunscrito a un marco existente y realista.

Para ello, el estudio puede ocasionarse desde un marco comparativo-crítico, teniendo como base un presupuesto de los sistemas internacionales o a través de un estudio casi analógico de aquel funcionamiento en materias diversas del propio ámbito nacional.

La dificultad que presenta tomar los sistemas internacionales, es que tal como se manifiesta en la teoría de los trasplantes jurídicos, la implementación e incorporación de modelos previos, nunca es perfecta sino que genera un “nuevo” sistema desde una “mala lectura” o, en un mejor término, “lectura transformadora” del ya existente.<sup>19</sup>

En otros términos, nadie imita completamente, sino que incorpora en ese proceso de imitación características propias, que hace al nuevo producto original y diferenciable del imitado. Estas circunstancias son ocasionadas por las realidades sociales, económicas, políticas, históricas y culturales disímiles, por más cercanía que se ostente.

Esto de cierta manera pone de manifiesto una mayor viabilidad de un estudio interno, siempre que se cuente con muestras o puntos de referencias importantes.<sup>20</sup>

Tal como se ha manifestado, se ha postulado que el cambio a la oralidad, como medio de expresión y forma de comunicación dentro del proceso, logra agilizar hasta un 50 % de los procesos de naturaleza declarativa y trámite ordinario que habían sido víctimas de maniobras destinadas a dilatarlos: “[...] el sistema escri-

---

tales establecidos. No se excluye pues el hecho de que otros objetivos no declarados –algunos de ellos quizás ilegales– puedan ser alcanzados. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Notas Preliminares Para La Caracterización Del Derecho En América Latina*. En: [http://www.oas.org/Juridico/spanish/mauricio\\_garc%C3%ADa\\_villegas.htm](http://www.oas.org/Juridico/spanish/mauricio_garc%C3%ADa_villegas.htm); (consultado: 8 abr., 2010).

18 Tomado de artículo sin publicación del profesor de la Universidad EAFIT, David Suárez Tamayo, que fueron plasmada en un escrito denominado “Reformismo Constitucional”.

19 Véase: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.

20 Ello no desconoce la posibilidad de críticas que puede obtener ese estudio interno, que no muestra comparaciones en materias equivalentes, sino meramente similares. Entre otras, posibles observaciones.

to [...] prolonga el curso del proceso dando lugar al abuso de recursos e incidentes que abogados inescrupulosos, mal llamados recursivos, utilizar para dilatar el procedimiento”.<sup>21</sup>

En este sentido, se ha percibido que aquello que se busca con la implementación de este modelo, es evitarle más obstáculos al proceso, lo cual se presume generaría la celeridad de los mismos:

La doctrina nacional, como la extranjera, no ha vacilado en reconocer que el exagerado apego al escrito convierte a los usuarios de la justicia judicial en esclavos de la formalidad y que sacrifica los fines del proceso en el laberinto de los expedientes; también ha insistido en que el empleo de la expresión oral en el debate facilita la agilidad en el trámite, dificulta las maniobras dilatorias, favorece la averiguación de la verdad y garantiza una justicia de superior eficacia y calidad.<sup>22</sup>

La pregunta radica, de este modo, en si dichos elementos podrían ser generables en el ámbito colombiano, teniendo en cuenta los factores socio-económicos diferentes que se presentan en dicho espacio. Análisis que es condicional como se demostrará para poder llevar a cabo una reforma de tal magnitud.

Por las razones expuestas, es necesario realizar un breve estudio nacional que exponga las diferentes áreas del derecho en las cuales se ha ido implementando el sistema por audiencias y su funcionamiento; con los cuales se espera determinar cuáles han sido los pros y contras en cada una de ellas.

Con el objeto de conseguir dicho examen, se efectuaron entrevistas a distintos profesionales del derecho que han venido percibiendo de manera directa este cambio.

## **A. LA ORALIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA**

En Colombia la oralidad en los procesos de familia se implementó en el mes de abril del 2008.<sup>23</sup> Frente a la experiencia vivida se entrevistaron dos jueces pilotos

21 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Op. cit.* Pág. 118.

22 COMISIÓN REDACTORA DEL PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. *Acta Nº 02 - Junio 18 de 2003*. En: [www.ICDP.ORG.co/descargas/actas/acta-No2.doc](http://www.ICDP.ORG.co/descargas/actas/acta-No2.doc); (consultado: 18 jun, 2010). Pág. 4 *Op. cit.*

23 República de Colombia, Rama Judicial del Poder Público Consejo Superior de la Judicatura; informe al Congreso de la República 2008-2009, *Informe al Congreso 2008-2009* en: [http://www.ejrlb.net/medios/docs/113/223\\_06\\_presentacion\\_informe\\_al\\_congreso.pdf](http://www.ejrlb.net/medios/docs/113/223_06_presentacion_informe_al_congreso.pdf), (consultado, 10 may., 2010).

de oralidad en materia de familia de Bogotá, quienes establecieron, desde su perspectiva, cómo funciona esta regla en la realidad; además, del abogado litigante y catedrático Gabriel Camilo Fraija.

Al entrevistar al abogado litigante, catedrático Gabriel Camilo Fraija,<sup>24</sup> este manifiesta que buena parte de los funcionarios no encaminan estos procesos como debe ser y de ahí que exista un peligro en cuanto a que una sentencia se muestre como un fallo arbitrario, en aras de demostrar que es rápido y eficaz; por esto el resalta, que lo importante no es fallar rápido, sino que los derechos se reconozcan como tales y sean avocados en una forma equitativa y justa. Él concluye que debido a la falta de preparación de funcionarios que administran justicia, sobre todo los rangos medios, como sustanciadores y demás auxiliares de justicia, se ha patrocinado la mala administración y del mal manejo de los procesos judiciales, ya que en su gran mayoría son personas que no están capacitadas como abogados, lo cual permite que la justicia adquiera un carácter de injusticia.

Con respecto a estas afirmaciones es importante resaltar que el catedrático en mención, ha traído a colación un tema que merece atención; dado que se ha impedido una eficaz labor de justicia debido a las falencias que poseen estas personas debido a su poca formación académica, razón por la cual sería adecuado que se promuevan oportunidades a estudiantes de derecho con el fin de que adquieran prácticas tempranas antes de enfrentarse a la vida profesional, y vincular dichos aspectos en las aulas universitarias.

Por su parte, al entrevistar a varios jueces pilotos de familia en oralidad de Bogotá: juez veintitrés (23), Dr. Rafael Barrera<sup>25</sup> y octava (8), Dra. Gilma Roncancio,<sup>26</sup> se pudo constatar que ambos coinciden, respecto a que la oralidad acelera el proceso, generando pronta y cumplida justicia, aunque no deja de haber dificultades en cuanto a la oposición de abogados litigantes, donde no aceptan el cambio y terminan haciendo aún más difícil la práctica judicial.

Un punto muy importante que manifestó la Dra. Gilma Roncancio, fue que había inconvenientes logísticos, desde los sistemas de computador que han ocasionado dificultades cuando la red no funciona o se congestiona totalmente; al punto

---

24 Entrevista realizada el 8 de mayo de 2010 5:00 PM Bogotá D.C. Dr Gabriel Camilo Fraija Massy, abogado litigante y docente de la Universidad Jorge Tadeo Lozano en materia de derecho de familia y sucesiones.

25 Entrevista realizada el 11 de mayo de 2010, 2:00 pm. Bogotá D.C. Juez 23 piloto de familia en oralidad, Rafael Barrera.

26 Entrevista realizada el 27 de mayo de 2010, 5:00 pm. Bogotá D.C Juez 8 piloto de familia en oralidad Gilma Roncancio.

de esperar a que esta se rehabilite, y se termine perdiendo el mismo tiempo que se pretendía ganar; acaecimientos que producen traumatismos aparentemente leves pero que pudieron haber sido solucionados con una mayor planeación, para así evitar las controversias suscitadas con los abogados litigantes y en donde se debe decidir inmediatamente.

Los dos funcionarios coinciden también, en que hay normas del Código de Procedimiento Civil, que no facilitan las audiencias de oralidad, pero la juez octava de familia, aclara que el Consejo Superior de la Judicatura, ha expedido dos o tres acuerdos incrementado la oralidad en familia, sin que ello sea lo propicio para la garantía del debido proceso y la propia legalidad. Asimismo, la promoción de la oralidad efectuada de la presente forma, ha producido que al existir obstáculos para los funcionarios que la aplican produzcan invenciones y estrategias no consignadas en la normatividad para así llevar un adecuado, justo y eficaz sistema de oralidad en el proceso, pero en contra de principios constitucionales y legales.

Con todo, la oralidad en Colombia es un avance grande respecto a la justicia, ya que ha permitido ser menos indiferentes ante los problemas de la sociedad, produciendo que las personas expresen ante el juez, sus emociones y sentires, claro está, sin descuidar el comportamiento y los límites que se deben llevar en un juzgado.

No obstante, el apoyo logístico, legal y procesal, son pilares fundamentales para que la oralidad en realidad facilite la justicia, no solo para el juez, sino para las partes donde los derechos de aquellas sean protegidos equitativamente. De tal manera, se hace necesario realizar reformas judiciales enfocadas hacia el adecuado funcionamiento de la regla de oralidad, en aras de un mejoramiento en la justicia y donde la actividad judicial no solo sea un asunto de un cambio legal.

## **B. EL PROCESO LABORAL**

Con la expedición del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social en el año 1948, se quiso implementar el principio de oralidad por medio de un sistema de audiencias, en el cual a las personas que inician un litigio, por algún problema suscitado en esta rama del derecho, se le surtía trámite y juzgamiento por medio de un proceso oral.

Dicho Código fue expedido mediante el Decreto-Ley 2158 de 1948. En este, se consagró en el Capítulo X, desde el artículo 42 hasta el 47, lo relacionado con el proceso por audiencias, es decir, donde se desarrolló el principio de oralidad, el cual debía ser acatado por los distintos juzgados laborales.

Cuando se cambia la Constitución Política –en adelante CP– en el año 1991, se estableció, en el artículo 25, el derecho al trabajo como derecho que ostenta un rango de fundamental. En la misma CP en los artículos 48 y 49 se consagró el derecho a la salud y seguridad social, quienes poseen no en todos los casos un carácter fundamental, pero mediante el factor de conexidad, obtienen dicho carácter. En este sentido, con la nueva Constitución, estos derechos adquieren mayor relevancia y se necesita que se solucionen adecuadamente las situaciones que puedan afectar alguno de ellos.

A pesar de contar con un principio de oralidad desde el año 1948, la realidad que se viene presentando con los procesos laborales al interior de un juzgado, es otra, pues lo normal es que todas las declaraciones que hacen las partes en el proceso, se terminen transcribiendo a un escrito. Igualmente, se venían agregando otros tipos de problemas como es el hecho de que no se cuente con la infraestructura apropiada, es decir, no existen salas preparadas para llevar audiencias, solo un estrecho despacho judicial.

El Código sufre una reforma en el año 2001, mediante la Ley 712 “Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo”, vinculada especialmente con los artículos 42 y 45. En primer lugar, el artículo 42 en su forma original establecía que la etapa de trámite y juzgamiento se haría por audiencias, salvo las excepciones que estipulara el mismo decreto sin hacer mención a ellas en el mencionado artículo; con la reforma, se modificó para que todas las actuaciones judiciales en el campo laboral, se surtan mediante audiencia, estableciendo excepciones puntuales dentro del mismo artículo, como es el caso de los autos o en los procesos ejecutivos en los cuales excluyen el principio de oralidad totalmente. Solo se utilizaría para la práctica de pruebas o resolver las excepciones previas el principio de oralidad en estos últimos procesos.

Por otro lado, la reforma señala, respecto al artículo 45, la continuidad que debe tener la audiencia de juzgamiento y de trámite, dado que no pueden suspenderse, para acatar el principio de concentración y asegurar una sentencia congruente con los hechos.

Con todo, la reforma del año 2001, fue solo el inicio de aquella que se presentó en el 2006, donde se pretendía hacer efectivo el principio de oralidad que había quedado solo en el papel.

Tal como lo explica la exposición de motivos del proyecto de Ley número 044/2006,<sup>27</sup> se hace necesario para los procesos laborales que estos tengan agi-

---

27 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. *Antecedentes de la ley 1149 de 2007, exposición de mo-*

lidad, por el tipo de derechos que se encuentran en disputa, como es el caso de los trabajadores, ya que, dependen económicamente de su salario para poder cubrir sus necesidades básicas, o también todos los conflictos que se refieren a temas de salud y pensiones, pues, si no se atienden con prontitud lo más probable es que se terminen afectando derechos fundamentales como el de la vida, entre otros.

Además la exposición de motivos claramente manifiesta que para la implementación de la oralidad en estos procesos, se requieren una serie de medidas necesarias como la estructura judicial en la cual se debe de tener en cuenta la distribución y número de jueces y de despachos judiciales, así, como la capacitación tanto de jueces, magistrados y abogados litigantes, como la revisión de toda la normatividad tanto laboral como civil e incluyendo también la tecnología y adecuación de todos los despachos judiciales.

El proyecto fue aprobado y se insertó en el ordenamiento bajo la Ley 1149 de 2007, la cual presenta modificaciones importantes o a destacar frente a tres (3) artículos, que son:<sup>28</sup>

- **Art. Cuarto:** reforma el artículo 44 del Código de Procedimiento del Trabajo y Seguridad Social, imponiendo que la audiencias serán dos: una para resolver las excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, y la otra audiencia que corresponderá al trámite y juzgamiento.
- **Art. Quinto:** reforma el artículo 45 del mismo código, respecto al señalamiento de audiencias, en la cual antes de terminar la audiencia el juez tiene el deber legal de fijar la siguiente con hora, fecha y lugar y colocará el aviso al día siguiente en la cartelera del juzgado.

También advierte que las audiencias no se pueden suspender y en ningún caso se podrán celebrar más de dos.

- **Art. Sexto:** modifica el artículo 46 del mismo código, ordenando que las audiencias serán grabadas, e inmediatamente se hará un acta en donde conste todas las personas que intervinieron en el proceso; de esas grabaciones no se podrá hacer reproducción escrita.

A pesar de que se introdujeron estos cambios, tal como opina el laboralista Fa-

---

tivos en : [http://www.ramajudicial.gov.co/csj\\_portal/jsp/contenido/plantillaFrame.jsp?idseccion=2049&idpagina=6894&idsitio=6](http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/contenido/plantillaFrame.jsp?idseccion=2049&idpagina=6894&idsitio=6); (consultado: 29 jun., 2010).

28 VALLEJO CABRERA, Fabián. *La oralidad laboral*. En Bogotá Colombia, D.C: Sexta Edición 2009, Librería Jurídica Sánchez. Pág. 56.

bián Vallejo,<sup>29</sup> la reforma para que el principio de oralidad se cumpliera con plenitud resulto: *“tímida, corta e ineficaz”*.

Todo esto porque a pesar de expedirse una ley, que se suponía resolvía todos los problemas que tenía la implementación de la oralidad en el proceso laboral, no se tomaron las medidas necesarias y la ley terminó regulando aspectos superficiales.

Conjuntamente, señalan los entrevistados que uno de los grandes problemas es la insuficiencia de recursos con los que cuenta la administración de justicia, y la poca cantidad de funcionarios que están resolviendo estos problemas laborales y de seguridad social.

En este sentido, cuando se habla de la administración de justicia en Colombia, en materia de los procesos laborales, en diálogo con diferentes personas que desarrollan la profesión como litigantes, se refleja el descontento por la falta de estructuras o recursos suministrados en el desarrollo de los procesos, incluso después de las reformas del año 2007.

En la actualidad, solo se cuenta con cuatro (4) salas de audiencias para los procesos laborales que se adelantan en la ciudad de Bogotá, D.C.,<sup>30</sup> con lo cual, es común encontrar casos donde los jueces retrasan los procesos orales, quitándoles con esto la característica de celeridad que ellos deben tener, no por voluntad propia sino por el congestionamiento y la incapacidad de las salas para la cantidad de casos a atender.

La problemática causada con las reformas respecto a la implementación de la oralidad, parece tornarse como una muestra de la presunción de buena fe que hace el legislador, quien procurando solucionar las dificultades no avisa la falta de presupuesto necesario. Ello da como resultado el agotamiento del aparato judicial en materia de procesos orales y por audiencias. Esta falta de recursos rompe con uno de los preceptos más importantes al momento de exponer o de justificar la oralidad en los procesos, que es la celeridad, debido a que las limitaciones de tiempo en las audiencias, no da una garantía del debido proceso: “La Ley 1149 nos habla que serán dos audiencias como máximo; pues esto no se lleva a la práctica, y genera el afán de los jueces de querer cumplir este mandato,

---

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Por ejemplo, la doctora María Luba Rey Páez, especifica que “la existencia de cuatro salas, para toda una cantidad de procesos laborales, que cursan solo en Bogotá, son insuficientes en el desarrollo de las tareas litigantes”.

violando derechos de la defensa”.<sup>31</sup>

Fenómenos que producen, inevitablemente, que no sacien las expectativas sobre la administración de justicia, que podría observarse, en palabras del Dr. Edgar Mantilla: “La administración de justicia debería ser un proceso ágil y efectivo, de tal manera que permitiera obtener fallos coetáneos con el daño producido y así permitir la implementación de una justicia oportuna”.<sup>32</sup>

Igualmente, los laboristas no solo observan como reflejo de la implementación de la oralidad en su proceso el fenómeno de ausencia presupuestal que garantice el acceso, sino, además, aluden a un asunto de profesión jurídica: los jueces, auxiliares de la justicia y abogados, en general, no cuentan con conocimientos y aptitudes que exige el sistema oral. Las reformas van con mayor rapidez que la capacidad de interiorizarlas:

La reforma de la Ley 1285, obliga [a los abogados] en los procesos laborales que están relacionados con pensiones y resarcimientos en algunos daños de fallas del servicio médico que se adelantan por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a practicar como requisito de procedibilidad, la conciliación ante la Procuraduría Delegada; esta novedad es clara ya que se ve que no todos los abogados están preparados, sobre todo los de provincia, que no cuentan con mayor facilidad con procesos de actualización.<sup>33</sup>

Circunstancia que demuestra la incapacidad del Estado en dar a conocer la legislación y sus reformas, y que deja, por demás, en entredicho, en un país fragmentado geográfica y tecnológicamente, el proverbio y principio que el desconocimiento de la ley no es excusa. Es así, como la víctima principal por las reformas principal, no es otro que el interesado en el proceso, debido a que “cuando pones la proa visionaria hacia una estrella, afanoso de perfección y rebelde a la mediocridad, llevas en ti el resorte misterioso de un ideal”.<sup>34</sup>

A manera de conclusión preliminar, actualmente el proceso laboral, aunque hipotéticamente se debería consagrar como un proceso rápido dada la oralidad

---

31 Entrevista realizada el 22 de marzo de 2010, 3:45 pm. Bogotá D.C. Dra. María Luba Rey Páez, abogado litigante, docente Universidad INCCA.

32 *Ibidem*.

33 *Ibidem*.

34 INGENIEROS, José. *El hombre mediocre*, longseller, Buenos Aires, Republica de Argentina, 2004. Pág. 15.

como precepto general, ha sido una ficción, ya que se ha tornado lento y ha conllevado a un sistema de dictado, donde el respeto para con las partes y el juez no existe, en la medida que es reiterada la acción de suspensión de audiencias, y claramente todo esto exponiendo el desconocimiento del debido proceso, como derecho fundamental, claramente expresado en la Constitución, y el esperar que él mismo asegure una justicia pronta y eficaz finaliza al conocerse que el funcionario judicial debe atender más de tres audiencias por hora.<sup>35</sup> Por ende, para que el mejoramiento de este sistema sea real y efectivo, sería sí y solo sí el gobierno nacional destine los recursos suficientes que este mecanismo requiere, desde la creación de nuevos despachos judiciales capacitados para trámites ligeros, hasta la capacitación tanto de abogados como jueces, pasando claramente por herramientas de trabajo para los funcionarios públicos para el buen funcionamiento del mecanismo oral y no la típica impostura del dictado.

### C. EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

El Sistema Penal Acusatorio es un escenario procesal cuya implementación y desarrollo permite la puesta en marcha de un proceso donde medie la oralidad y la transparencia efectiva y visible. La implementación de este proceso se generó a partir de la expedición del Acto Legislativo N° 3 de 2002, que introdujo en Colombia el Sistema Penal de tendencia Acusatoria.

El sistema pretendía contar con una administración que brindará a las partes e intervinientes en el proceso penal todas las garantías; permitiendo lograr una pronta y cumplida justicia, donde imperen los principios de igualdad de las partes, contradicción, imparcialidad del juez, oralidad y legalidad como pilares fundamentales de un sistema con tendencia acusatoria.

La reforma constitucional se plasmaría en la Ley 906 de 2004. Con ella, se pretendía la implementación de mecanismos y herramientas que facilitarían el buen desarrollo del litigio. Con todo, los instrumentos debían volverse, además, expresos mediante la dotación de salas, equipos y elementos que interviene directamente con el buen desarrollo de la audiencia.

Si bien las falencias del nuevo sistema procesal penal no pueden ser claramente descifradas en razón al corto tiempo que lleva su vigencia y a la gradualidad que se eligió como opción, se pueden observar evidentes rezagos prácticos del

---

35 TIEMPOS PROCESALES, Y OPINIÓN SOBRE EL SERVICIO DE LA JUSTICIA. *Consejo de la Judicatura y Universidad Nacional*, edición de 1998, identificando problemas de atraso judicial, ya bien sean internos o externos, es un análisis estadístico que evalúa las etapas del proceso.

anterior Sistema Procesal Penal, es decir, que pasados algunos años desde la implementación de la oralidad en el sistema penal, se puede evidenciar que aún existen vicios del sistema anterior; se trata de situaciones subvaloradas que obstruyen la agilidad en el proceso como el hecho de que los fiscales tomen la carpeta que elaboran durante la investigación y se le envían a los jueces de conocimiento antes de la realización de las audiencias, permitiendo que dichas autoridades judiciales den lectura a estos registros y decidan solo con base en ellos y no con base en la audiencia de que trata.<sup>36</sup>

A ello se le suma, que los fiscales y defensores leen en las audiencias en lugar de hacer un argumento realmente oral. A más de la forma en que están trabajando los investigadores, ya que la idea del sistema era que tuvieran un método más flexible y ágil, muy parecido al de un defensor e investigador privado, donde pudiera, por ejemplo, entrevistar a un testigo y tomar apuntes de lo que dice por fuera de la sala de audiencia; pero, lamentablemente los investigadores no están trabajando con esta flexibilidad sino que siguen laborando todavía con oficios, muy arraigados el sistema antiguo, lo cual genera que se demoren más los procesos.<sup>37</sup>

Un punto que ha sido declarado fuerte en el nuevo sistema, está dado por el aspecto de la celeridad. Tal como se ha señalado, existe una postura dentro de buena parte de la doctrina nacional que expresa que la oralidad implica celeridad; esta parece ver su reflejo en los logros de los procesos penales, ya que indudablemente, como quiera que las audiencias son concentradas y las decisiones se toman en las mismas audiencias escuchadas las partes y testigos de cargo y descargo, se presenta una celeridad en las actuaciones y decisiones, especialmente cuando se cuenta con personas capturadas o se conoce el indiciado de la comisión de la conducta punible que se investiga.

Los términos están dados para que el juez los haga cumplir y el caso se resuelva de manera rápida. Hoy por hoy el tiempo de resolución de un caso en la justicia penal se ha reducido significativamente gracias a este principio.

Tal como asevera el Dr. Carlos Alberto Suárez López:

Hoy podemos ver cómo el sistema penal acusatorio fundado sobre la oralidad permite agilidad en los procesos, es más eficiente y recorta significativamente los términos para decidir la controversia, en tal sentido se

---

36 Práctica esta que si bien no se da en todas las ocasiones y por parte de todos los jueces, si se da de forma frecuente, de acuerdo a manifestaciones de los entrevistados.

37 Entrevista realizada el 27 de mayo de 2010, 5:00 pm. Bogotá D.C. Dra. Gilma Roncancio, Juez 8 piloto de familia en oralidad.

dirige la actuación en materia laboral con significativos logros en términos de eficiencia y eficacia.

Pero la celeridad no es reflejo de un solo elemento. La oralidad es una herramienta. Pero no la única. Es necesario acompañar a la oralidad de una adecuada infraestructura logística, como salas de audiencias dotadas de los recursos para dejar registro de lo ocurrido, la formación de profesionales en derecho capaces de presentar argumentos coherentes, breves y claros, y en fin, todo un cambio de paradigma que permita dinamizar a la justicia.<sup>38</sup>

En este sentido, un sistema acusatorio, donde impera la oralidad frente al anterior sistema de audiencias, no puede funcionar sin presupuesto suficiente para generar los espacios físicos y contar con los recursos técnicos y tecnológicos para que realmente se apropie y funcione como se espera.

Con todo, el aumento del presupuesto para la implementación de las salas de audiencias con mecanismos para grabarlas, espacios de conservación, entre otros, no permite atestiguar inequívocamente el buen litigio y desarrollo del derecho. La actitud que asumen las partes y demás intervinientes en el proceso penal, tanto en la interpretación de la normatividad como en la aplicación de la misma, ha ocasionado una debilidad notoria en el sistema actual, que interrumpe el desarrollo armónico de este.<sup>39</sup>

Para que el desarrollo oral de los procesos penales sea impregnado de una verdadera y total celeridad, principalmente el sistema requiere de mayor gestión; si bien la oralidad ha logrado implementarse –en el sentido que efectivamente el registro oficial de lo que ocurre, es una grabación de audio–, en la práctica es evidente que en la etapa de conocimiento los jueces son quienes siguen agendando las audiencias, permitiendo que la programación de estas se demore mucho más y, que a los autores del sistema como fiscales o defensores se les superpongan audiencias ante jueces distintos. Esto es un problema del mismo sistema: la terminación y decisión de una etapa se dilata y no permita la presunta celeridad.

Si la gestión estuviese encargada a personas como administradores o ingenieros industriales (quien tenga una formación más adecuada para este tipo de labor),

---

38 Entrevista realizada el 15 de abril de 2010, 4:00 pm. Bogotá D.C. Carlos Alberto Suárez, abogado litigante.

39 *Ibidem*.

seguramente se podría hacer de una manera más eficiente. Ejemplo de lo anterior se da en la etapa de garantía: en la cual se encuentran en imposibilidad de agendar una audiencia dentro de las 36 horas siguientes a la ocurrencia de los hechos.

En el sistema oral, desde que se desformalice el expediente, es decir, cuando la investigación o el avance del proceso se puede hacer de una manera informal o eminentemente verbal, decididamente se reducen los tiempos necesarios y hace que los procesos sean más transparentes y permite que se ejerza un control sobre la manera como el abogado lleva un proceso, asistiendo simplemente a las audiencias; pero, una falencia de la oralidad en los procesos penales, tal como lo exhibe la Dra. Hartmann,<sup>40</sup> es que hay rezagos que no se han superados, en materia en audiencias de “lectura”, tal como se mencionó anteriormente.

La oralidad puede implementarse en cualquier rama del derecho colombiano, pero no podemos eludir que requiere gestión, y demanda costos políticos como por ejemplo introducir una gestión profesional de la oralidad, pues de no ser así es imposible o, puede hacer que los procesos sean más largos que en el sistema antiguo.

Para ser más claros, esos costos políticos hacen referencia a que el Consejo Superior de la Judicatura no quiere que sea un profesional administrativo o de ingeniería que administre el sistema, sino que quieren hacerlo ellos mismos que no tiene formación para eso porque son abogados. Ello permite recordar que “el problema práctico del proceso oral, como lo anota Devis Echandía, es el de que exige más jueces, auxiliares y equipos modernos, muchos más dinero en el presupuesto nacional para la administración de justicia, y esta sí hace del instituido, definitivamente una esperanza utópica”.<sup>41</sup>

### III. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA REFORMA A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El principio de progresividad, se constituye por un lado como la prohibición total o parcial de los Estados, para desmejorar los beneficios producto de una evolu-

---

40 Entrevista realizada el día 21 de abril, 10 am a la Dra. Mildred Hartmann Arboleda. Abogada litigante, graduada de la Universidad del Rosario. Magister en Derecho Penal y Proceso Penal de la Universidad Diego Portales, Santa de Chile. Reforma a las funciones de la Fiscalía General de la Nación. Con experiencia en investigación: CEJA Fundación Ciudad de Chile, Evaluación empírica de la reforma procesal penal. Titular de la cátedra de derecho procesal de la Universidad Jorge Tadeo Lozano en la actualidad.

41 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Op. cit.* Págs. 118-119.

ción normativa; y por otro lado como la materialización de que las nuevas normas generen verdaderos beneficios.

Como lo menciona la propia Corte Constitucional, el principio de progresividad implica “el deber del Estado de avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población y, de otra, la prohibición general, en principio, de establecer medidas regresivas”.<sup>42</sup> De tal manera, no puede haber una regresión o desmejoramiento de las prestaciones que brinda el Estado para con todas las personas, ya que existen unos mínimos de satisfacción que este deberá garantizar.<sup>43</sup>

Así, el Estado está obligado a no retroceder a los avances obtenidos, entre dichos avances se encuentra la inversión de recursos para la satisfacción del derecho, más exactamente si hay una disminución en la prestación, por deficiente cobertura o baja calidad.<sup>44</sup>

La Corte Constitucional se ha referido a la aplicación del principio de no regresividad en los subsiguientes acontecimientos:

(1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho de manera que se aplica el principio de progresividad siempre y cuando no se hayan satisfecho las necesidades materiales ya sea de accesibilidad, eficacia o adaptabilidad.<sup>45</sup>

Por ende, el principio de progresividad implica una contrapartida del propio Estado de no regresividad, es decir, que los niveles de protección alcanzados, el goce y ejercicio actual de los derechos llamados de segunda generación, delimitan la amplia libertad de configuración del legislador en materia de estos derechos: “[E]l retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucio-

---

42 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-221 de 2006, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, 23 de marzo de 2006.

43 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-251 de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, 28 de mayo de 1997.

44 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-507 de 2008, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, 21 de mayo 2008.

45 *Ibidem*.

nalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad”.<sup>46</sup>

El mandato de progresividad, que se desprende del artículo 2.1 del PIDESC, tiene dos contenidos complementarios, por un lado el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto supone una cierta *gradualidad*, así el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha expresado que “*el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, generalmente no podrán lograrse en un corto periodo de tiempo*”. [...].

[L]o cual no solo es aplicable respecto a la actividad del legislador sino también respecto a la actuación de la Administración en el diseño y ejecución de políticas públicas. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la obligación de no regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales es una prohibición *prima facie*, y que las medidas estatales que desconozcan esta prohibición deben ser sometidas a un juicio de proporcionalidad, para determinar su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.<sup>47</sup>

El artículo citado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –en adelante PIDESC–, señala:

#### Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.<sup>48</sup>

46 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-257 de 2008, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, 12 de marzo 2008.

47 GIALDINO, Rolando E. *Dignidad, Justicia Social, Principio de Progresividad y núcleo duro interno. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social*. [http://163.10.15.1/contenidos/Alumnos/catedras/get/bajar\\_archivo.php3?apunte=3028.](http://163.10.15.1/contenidos/Alumnos/catedras/get/bajar_archivo.php3?apunte=3028;); (consultado: 10 may., 2010).

48 *Ibidem*.

De acuerdo a lo antes mencionado, este principio se encuentra diseñado para aquellos derechos prestacionales, que se encuentran a favor de los ciudadanos, en el cual el Estado tiene la obligación de satisfacer estos servicios, condescendiéndoles beneficios y una excelente calidad.

La regulación de los llamados derechos prestacionales puede ser perfectamente objeto de la actividad legislativa, pero con límites como los siguientes:

1. El no desconocimiento de los derechos adquiridos y,
2. El no desmejoramiento de los beneficios que ya se hayan otorgado.

En otras palabras, en ningún caso el legislador sin justificación alguna puede retroceder en cuanto a progresos que se han generado y otorgado.

Si bien el principio de progresividad aparece consagrado por primera vez respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, tal como se ha nombrado, es posible su aplicación y exigencia en los llamados derechos civiles y políticos o de Primera Generación.

Los teóricos del constitucionalismo, han señalado una división entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Los primeros están dotados de una efectividad inmediata, mientras que los segundos, se les otorga una efectividad de tipo mediata, es decir, que los Estados se comprometen progresivamente a adoptar las medidas necesarias para su maximización. Sin embargo, el aspecto se torna problemático cuando los dotamos de carácter de fundamentales a estos derechos económicos, sociales y culturales y pasan a ser derechos de realización inmediata.

Esto plantea ante todo, una problemática a las teorías internas sobre derechos fundamentales: Los derechos fundamentales están dotados de un contenido esencial, es decir, unos elementos mínimos, unas posiciones jurídicas mínimas respecto de las cuales ni si quiera el Legislador y la Administración pueden intervenir frente y respecto a este contenido esencial. Un ejemplo de traslado de derechos económicos a fundamentales, es el caso de la salud, que a partir de la sentencia T-016 de 2007, cuando la Corte Constitucional le asignó el estatus de derecho fundamental. Razón por la cual respecto de los derechos fundamentales podría predicarse, igualmente, el principio de progresividad, y más cuando estos se materializan, realmente, a través de las prestaciones del Estado de servicios, o actividades prestacionales, como el debido proceso y la administración de justicia.

El debido proceso, aparece consagrado en el artículo 29 CP, y sin lugar a dudas, es una de los conceptos de mayor importancia, al atribuírsele el orden social, seguridad jurídica, protección al ciudadano y la cumplida administración de justicia. El debido proceso es pues una defensa al cumplimiento de los procedimientos.

Por su parte, el acceso a la administración de justicia, implica no solo que la persona pueda solicitar a un juez, que se le restablezca su derecho, sino, además, su restablecimiento tiene que ser efectivo y eficaz, y que ese acceso que tenga el ciudadano sea real y no meramente formal.

Por esta razón, que una violación al principio de progresividad en las prestaciones que tiene el Estado para con los ciudadanos, en materia de administración de justicia y debido proceso, se postula como un elemento de notoria contrariedad con la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

Para contextualizar la aseveración realizada, se puede acreditar que, en materia de reformas procesales, existe una exigencia para la garantía del debido proceso y acceso a la justicia, incluso desde los estándares interamericanos, que viene conformado por el concepto de tutela judicial efectiva. La tutela judicial efectiva es un concepto macro, así como el debido proceso sustantivo, descrita especialmente en los países del *common law*, que viene a englobar las garantías que tienen los justiciables y no justiciables, como personas que acuden a poner en marcha el aparato jurisdiccional, es decir, más importante que el debido proceso y el acceso a la justicia vendría a ser la tutela judicial efectiva entendida como la posición garantista de la jurisdicción respecto de los ciudadanos.

Por ende, estos derechos tienen una doble dimensión como toda la teoría de los derechos fundamentales: una dimensión estrictamente subjetiva, que es la del sujeto que reclama que se respeten las normas procesales para su caso y que se haga una interpretación más favorable de sus derechos fundamentales; y una segunda dimensión de tipo objetiva, que implica la existencia y el establecimiento de las normas de organización y de procedimiento. Por ello, la tutela judicial efectiva no solamente reclama remedios concretos para el caso específicamente del derecho de la persona sino que antes que eso tiene que tener diseños organizativos que hacen parte de la dimensión objetiva de derecho fundamental. Esos diseños organizativos deben traducirse en una mayor o mejor tutela judicial efectiva.

De esta manera, los cambios procesales, sobretodo aquellos de importancia como las codificaciones procesales, deben venir aparejados por un sistema en el cual se produzcan cambios reales y efectivos en beneficio de los usuarios de la administración de justicia. Colombia ha demostrado que ostenta un sistema con

una marcada tendencia hacia la volatilidad, es decir, cambios en la Constitución y en la legislación de manera constante sin que se aprecie una estabilidad; lo que no permite una continuidad de ciertas prácticas institucionales, razón por la cual las reformas procesales que han operado desde 1998 deberían tener una continuidad para poder ser evaluadas.

En buena medida, la implementación de un diseño procesal requiere de una actividad militante del juez constitucional, en que él pueda realizar un control constitucional orientado hacia los resultados, que verifique que cada ley no solamente tenga una conformidad sino que produzca una serie de resultados específicos y beneficiosos.

En consecuencia, la implementación de un sistema de este tipo debe tener aparejado el uso y manejo de los recursos suficientes; que por ejemplo se ve reflejado en la traducción del papel en el uso de la función judicial para trasladarlo a videos y cintas, asimismo, debe también venir aparejado con un nivel de seguridad adecuado de tal forma de que no suceda como ocurre hoy que en ciertos escenarios donde rompen los expedientes, entre otras técnicas absurdas y que nada tienen que ver con un sistema escrito. Bajo esta idea, se debe vincular además, el apoyo administrativo necesario.

Ello, sin mencionar el problema básico de la profesión jurídica; donde actualmente, la formación jurídica en Colombia tiene diversos tipos: una es la formación que ofrecen las universidades de élite y otra cosa las universidades que ofrecen espacios nocturnos, es decir, existen universidades que están formadas en su mayoría por funcionarios de dedicación exclusiva bien sea pública o privada que son las que se llevan los mejores ECAES y vemos una formación diferencial que es en medida a la que acceden los funcionarios judiciales.

Como lo manifesté anteriormente el problema de la jurisdicción no es la congestión que es uno de los males endémicos, el problema ante todo de la jurisdicción es que ella logre cumplir una función de tutela judicial efectiva y que los funcionarios entiendan este cumplimiento. La congestión es una coyuntura, esa coyuntura puede poner en peligro los derechos de los justiciables razón por la cual sería dable declarar de ser necesaria la cuestión, un estado de cosa inconstitucional porque hay un incumplimiento de las leyes procesales que se traducen necesariamente en la violación de los derechos fundamentales, de los derechos sociales. Sin embargo, la ausencia de un estudio serio y comprometido sobre las falencias que genera un cambio procesal, y el deseo de imponer un código como una solución inapelable y única, nos hace olvidar los deberes constitucionales que se orientan a no estar practicando el arte de poner trampas a un inocente.

## CONCLUSIONES

A pesar de la frecuente tendencia a relacionar la oralidad con la celeridad, este tema no es, sin embargo, un elemento determinante para el fin planteado. De hecho, la utilización de formatos escritos, así como el fácil acceso a los despachos por parte de los usuarios, la información oportuna e integral tanto a los operadores como al público en general, y la utilización frecuente de modernos medios como fax y correo electrónico, son precisamente factores que propician y permiten la celeridad en los procesos.

La evolución de los sistemas procesales en la aplicación del derecho sustancial es fundamental para el mejoramiento ostensible de la administración de justicia. El proyecto de implementar un código general del proceso que cubra las necesidades del derecho civil, laboral y administrativo, desde el principio de oralidad, sugiere una mayor dinámica en pro de hacer efectivos los derechos de los intervinientes, pese a ello, tal objetivo puede diluirse como el agua entre los dedos, si no se observa la rigurosidad que demanda el proveerse de los elementos necesarios para que la incursión de dicho Código Procesal no sea un simple sofisma que con su fracaso nos lleve a exclamar: “Todo tiempo pasado fue mejor”.

La vívida experiencia de la Ley 906 de 2004 con la que se implementó el Sistema Penal Acusatorio, es fiel reflejo de aquello que se puede lograr y, a la vez, de aquello que debemos evitar.

Si bien nuestro sistema penal demandaba con urgencia una reforma radical de vanguardia con la cual se soslayaran los yerros de la anquilosada Ley 600 de 2000, no es menos cierto que, como quien hace acopio de aquel adagio que signa: “en el camino se aligeran las cargas”, la implementación del sistema penal acusatorio no fue previsiva desde un principio sobre la totalidad de elementos que debía abordar a fin de que su incursión más que de complacencia política fuese de entera, amplia y cabal correspondencia jurídica para hacer de la oralidad una herramienta eficaz para dar el impulso necesario a los procesos judiciales sin menoscabo de los derechos de sus intervinientes.

Sin entrar a disertar sobre el particular del sistema penal, pues desviaría el sentido de la ponencia expuesta, es menester hacer hincapié en herramientas que al rodear la incursión del Código General del Proceso, a su vez, podrían contribuir al mejoramiento del Sistema Penal.

Presupuesto, capacitación, cultura académica, implementación de personal logístico idóneo e Inaplicación de la oralidad en algunos procesos, son herramientas que en su ejecución correcta darían eficacia al nuevo código.

### **Respecto del presupuesto**

En primera medida el Estado debe garantizar que todos los derechos y principios consagrados en la Constitución Política no sean vulnerados por particulares, ni por alguna autoridad estatal, previendo que cualquier nueva incursión que tienen los particulares, para con el Estado, no afecte sus derechos.

Es por esta razón, que la implantación de un nuevo proceso oral, no implica solo conceptos jurídicos, sino también herramientas que faciliten el buen uso y la eficacia del derecho, para la mejor efectividad del proceso oral.

Con la reforma que se pretende introducir, consistente en el principio de oralidad por medio de audiencias, es necesaria una adecuada infraestructura, esta requiere: instalaciones para lograr salas de audiencia, herramientas tecnológicas –grabadoras de audio, video y micrófonos–, computadores y demás medios necesarios. Es decir, hacer un vuelco total a las instalaciones de los despachos judiciales.

Conociendo que Colombia está en vías de desarrollo y no cuenta con el dinero material para llevar a cabo esta renovación; una posible solución a esta problemática sería implantar la oralidad progresivamente tanto territorial como temporal.

### **Referente a la capacitación**

El cambio complejo que se prevé en materia procesal civil, presupone que no solo los jueces, (quienes simbolizan la administración de justicia), sino todo interviniente procesal, cuente con la preparación que formas procedimentales de tan alta trascendencia, como la oralidad, requieren para su debida o, mejor, para su plausible implementación procesal, de manera tal, que las garantías y principios buscados con todo proceso sean realmente obtenidos y, no por el contrario, mera simbolización jurídica.

En consecuencia, la capacitación exigida para la temática tratada no se trata únicamente de aquella que requieren los funcionarios judiciales en materia jurídica, sino además, aquella que se enmarque en temas de logística, tecnología y técnica, entre otras.

### **Cultura académica**

Para prever un futuro de la oralidad, es necesario que el concepto de dicha regla procedimental sea implantado dentro de la academia, por esta razón, es nece-

sario que las facultades de derecho adopten dentro de su programa académico materias que aterricen sus implicaciones y su debida práctica judicial;<sup>49</sup> ello con el objeto próximo de promover y estimular la participación de estudiantes en el curso de los procesos judiciales en aras de propiciar un acercamiento jurídico práctico previo a la obtención del título de pregrado en derecho.

Como se ha manifestado anteriormente en la ponencia, la oralidad por sí sola no genera celeridad, debe ir acompañada de unos mecanismos necesarios para logra los fines pretendidos, que a pesar de ser ínfimos pueden entorpecer los procesos.

Una posible solución para que la oralidad genere una efectiva descongestión al interior de los juzgados, es generar unos costos políticos para introducir una “Gestión profesional de la oralidad”, que consiste específicamente en que el Consejo Superior de la Judicatura permita que un profesional de administración de empresas, ingeniería industrial o profesionales de carreras afines, sean los encargados de mantener y vigilar un sistema organizado en los despachos judiciales, para que dentro de las funciones como administrador, entregue al juez la lista de audiencias del día, el tiempo que debe asignarse a cada audiencia, estar pendiente de los recursos que se requieren etc., el administrador reconstruirá eso empíricamente, de una manera organizada y usando estrategias propias de su carrera profesional, así el juez se encargará solo de sus funciones judiciales; de no efectuarse el ingreso de los profesionales ya mencionados, los procesos podrían ser mas demorados que en el sistema escrito.

## BIBLIOGRAFÍA

- CAGUASANGO VILLOTA, Dolly. 2009. *El nuevo Proceso Laboral*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Primera Edición.
- CANOSA SUÁREZ, Ulises. 1997. *Memorias XVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Primera Edición. Bogotá D.C.: Editorial Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. 2001. *El Kaleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá, D.C.: Universidad de Los Andes,

---

<sup>49</sup> Situación esta que, por lo menos en Colombia, no ha sido acogida por un número importante de las facultades de derecho. En un estudio realizado, encontramos que de 25 universidades de derecho ninguna facultad cuenta en su *pensum* con una materia enfocada a técnicas de juicio oral.

- Ediciones Uniandes - Facultad de Derecho - Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Colciencias, Siglo del Hombre Editores, Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH-, Universidad de Coimbra y Universidad Nacional de Colombia.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. 1979. *Teoría General del Proceso*. Tomo I. Séptima Edición. Bogotá D.C.: Editorial ABC.
- INGENIEROS, José. 2004. *El hombre mediocre*. Buenos Aires (Argentina): Longseller.
- KAFKA, Franz. 1981. *El Proceso*. Madrid: Edaf.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. 2004. *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá D.C.: Legis.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. 2002. *La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. 2000. *Teoría General del Proceso*. Tercera Edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.
- REYES MEDINA, César. 2009. *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio colombiano. Manual General para Operadores Jurídicos*. Segunda Edición. Bogotá D. C.: USAID. Pág. 25.
- STAFFORINI, Eduardo. 1995. *Derecho Procesal Social*. Buenos Aires: Editorial Argentina.
- TIEMPOS PROCESALES Y OPINIÓN SOBRE EL SERVICIO DE LA JUSTICIA. 1998. *Consejo de la Judicatura y Universidad Nacional*, edición de 1998, identificando problemas de atraso judicial, ya bien sean internos o externos, es un análisis estadístico que evalúa las etapas del proceso.
- VALLEJO, CABRERA Fabián. 2009. *La Oralidad Laboral*. Sexta Edición. Bogotá D.C.: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- VESCOVI, Enrique. 1986. *Ponencia para el XI Congreso Mexicano de Derecho Procesal (sesión de mayo de 1986) y publicado en la revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Vol. 1, Nº 4, Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional.
- XXX CONGRESO COLOMBIANO E DERECHO PROCESAL. 1991. Conferencias sobre diversos temas de derecho procesal en: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GOMEZ COLOMER Juan Luis. *Derecho jurisdiccional*. Tomo I, parte general. Barcelona: J.M. Bosh Editor. Pág. 540.

XXX CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. 2009. Universidad Libre. Bogotá D.C. Primera Edición. Agosto 2009. Pág. 865.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-251 de 1997, M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero, veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-221 de 2006, M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil, veintitrés (23) de marzo de dos mil seis (2006).

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-257 de 2008, M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández, doce (12) marzo de dos mil ocho (2008).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-507 de 2008, M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño, veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008).

#### CIBERGRAFÍA

COMISIÓN REDACTORA DEL PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. *Acta N° 02 - Junio 18 de 2003*. En: [www.ICDP.ORG.co/descargas/actas/actaNo2.doc](http://www.ICDP.ORG.co/descargas/actas/actaNo2.doc); (consultado: 24 jun., 2010).

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, *Antecedentes de la ley 1149 de 2007, exposición de motivos* en : [http://www.ramajudicial.gov.co/csj\\_portal/jsp/contenido/plantillaFrame.jsp?idseccion=2049&idpagina=6894&idsitio=6](http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/contenido/plantillaFrame.jsp?idseccion=2049&idpagina=6894&idsitio=6); (consultado: 29 jun., 2010)

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Notas Preliminares Para La Caracterización Del Derecho En América Latina*. En: [http://www.oas.org/Juridico/spanish/mauricio\\_garc%C3%ADa\\_villegas.htm](http://www.oas.org/Juridico/spanish/mauricio_garc%C3%ADa_villegas.htm); (consultado: 8 abr., 2010).

GIALDINO, Rolando E. *Dignidad, Justicia Social, Principio de Progresividad y núcleo duro interno. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social*. [http://163.10.15.1/contenidos/Alumnos/catedras/get/bajar\\_archivo.php3?apunte=3028](http://163.10.15.1/contenidos/Alumnos/catedras/get/bajar_archivo.php3?apunte=3028); (consultado: 10 may., 2010).

REPUBLICA DE COLOMBIA, RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Informe al Congreso de la Republica 2008-2009, *Informe al Congreso 2008-2009* en: <http://www.ejrlb.net/medios/>

docs/113/223\_06\_presentacion\_informe\_al\_congreso.pdf, ( consultado: 10 may., 2010).

RIAÑO BRUN, Iñaki. *la oralidad en segunda instancia*. Universidad Pública de Navarra en <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp22ria.pdf>; (consultado 2 mar., 2010).

## ENTREVISTAS

- Entrevista realizada el 11 de mayo de 2010. 2:00 pm. Bogotá D.C. Juez 23 piloto de familia en oralidad, Rafael Barrera.
- Entrevista realizada el 15 de abril de 2010. 4:00 p.m. Bogotá D.C. Carlos Alberto Suárez, abogado litigante.
- Entrevista realizada el 2 de abril de 2010, Gloria Mantilla, docente de derecho laboral y colectivo, Universidad Jorge Tadeo Lozano y Universidad Santo Tomas.
- Entrevista realizada el 22 de marzo de 2010. 3:45 pm. Bogotá D.C. Dra. María Luba Rey Páez abogado litigante, docente Universidad INCCA.
- Entrevista realizada el 27 de mayo de 2010. 5:00 p.m. Bogotá D.C. Dra. Gilma Roncancio Juez 8 piloto de familia en oralidad.
- Entrevista realizada el 30 de mayo de 2010 3:00 p.m. Edgar Mantilla, docente de Seguridad Social en la Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Entrevista realizada el 8 de mayo de 2010 5:00 p.m. Bogotá D.C. Dr. Gabriel Camilo Fraija Massy, abogado litigante y docente de la Universidad Jorge Tadeo Lozano en materia de Derecho de familia y sucesiones.
- Entrevista realizada el día 21 de abril de 2010 10 a.m. Dra. Mildred Hartmann Arboleda, abogada litigante, graduada de la Universidad del Rosario.