

ISSN 2619-5925 (En línea)

Volumen 1 - Número 1 / Ene - Dic 2017
Neiva - Colombia

Revista
Navarra Jurídica



UNINAVARR**A**
Editorial

Revista Navarra Jurídica

ISSN - 2619 - 5925 (En línea) Volumen 1 Número 1 Enero - Diciembre 2017

Rectora

Sandra L. Navarro Parra

Decana Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales

Martha Cecilia Abella de Fierro

Director Centro de Investigaciones Uninavarra - CINA

Jose Daniel Charry

Editora

Martha Cecilia Abella de Fierro

Comité Editorial

William Salazar Medina

María del Pilar Ahumada

Piero Emmanuel Silva Arce

Aristides Peña

Diseño y Diagramación

Jesús Mauricio Roa Polania

UNINAVARRA
Editorial A

La revista Navarra Jurídica es una publicación anual.

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no se debe reproducir, almacenar en un sistema de recuperación o transmitir por cualesquiera otros medios (electrónicos, mecánicos, fotocopias, grabaciones u otros) sin el consentimiento previo del editor.

Fundación Universitaria Navarra - UNINAVARRA
Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales
+57 (8) 8740089 - 871 1199 - 8722049
Calle 10 No. 6-41
Neiva - Colombia
<http://uninavarra.edu.co/investigacion/revistas/navarra-juridica/>
editorial@uninavarra.edu.co

CONTENIDO

<i>Editorial</i>	5
<i>Artículos Originales</i>	
La Violencia Intrafamiliar en Colombia, Leyes de Protección, Ruta de Atención y Motivaciones de Abandono del Proceso Judicial*	
Martha Cecilia Abella; Maria del Pilar Ahumada; Myriam Oviedo; Lina María Ramos; Katherin Torres	6
<i>Artículos de Reflexión</i>	
El Derecho a la Adopción de Niños y Niñas en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional	
Daniela Jiménez; Tania Johanna Méndez	26
Los Trabajadores Oficiales como Categoría Especial de Servidor Público y sus Fuentes de Derecho	
Francisco Perdomo Arias	35
La Responsabilidad Precontractual y Contractual del Estado en el Derecho Colombiano y Francés: algunos aspectos comparativos	
Carlos Andrés Zambrano Sanjuán	45

EDITORIAL

El surgimiento de una revista en tiempo de mediciones

Las actuales políticas estatales de investigación adelantadas por COLCIENCIAS están afectando seriamente a los investigadores de las ciencias sociales quienes se debaten entre “publicar o perecer”. Han generado la lógica de investigar para desarrollar productos que deben estar en clave con las constantes convocatorias de medición de grupos y de revistas. En materia de publicaciones científicas, el panorama no es alentador: los estándares impuestos por PUBLINDEX en la convocatoria del 2016, dejaron como resultado sólo 12 revistas del área jurídica categorizadas.

Con el propósito de superar estas serias dificultades que afrontan nuestros investigadores de las humanidades y ciencias sociales, el equipo académico e investigativo de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Fundación Universitaria Navarra – UNINAVARRA -, bajo el liderazgo del Centro de Investigaciones Navarra – CINA - le apuesta al diseño y creación de una revista como proyecto de gran magnitud. Que en estos tiempos de grandes cambios sociales, políticos, jurídicos y económicos, surja una nueva publicación resulta estimulante y gratificante para quienes estamos, día a día, en la labor docente e investigativa. Es fundamental y necesario crear espacios para el debate y la reflexión en torno a temas y problemáticas que hoy son de interés para la comunidad; además, demuestra el compromiso y la calidad que tiene nuestra institución universitaria con sus procesos académicos e investigativos.

Celebramos esta primera edición de la “REVISTA NAVARRA - JURÍDICA”. El reto que nos espera es grande; pero como bien indicó la escritora norteamericana Sarah Ban Breathnach: “*El mundo necesita soñadores y el mundo necesita hacedores. Pero sobre todo, el mundo necesita soñadores que hacen*”. Hoy iniciamos un nuevo proyecto académico, con la esperanza que estudiantes, docentes y profesionales se animen a participar en próximas ediciones.

MARTHA CECILIA ABELLA

Decana

Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales

LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN COLOMBIA, LEYES DE PROTECCIÓN, RUTA DE ATENCIÓN Y MOTIVACIONES DE ABANDONO DEL PROCESO JUDICIAL*

Intrafamily Violence in Colombia, Protection Laws, Care Route and Grounds for Abandoning the Judicial Process

Martha Cecilia Abella^{1**}
 Maria del Pilar Ahumada^{2**}
 Myriam Oviedo^{3***}
 Lina María Ramos⁴
 Katherin Torres^{5**}

Resumen: La violencia contra la mujer constituye un problema de salud pública y se materializa en agresiones físicas o psíquicas que vulneran la integridad personal, la salud mental, sexual y reproductiva, entre otras. Aunque en Colombia y en el departamento del Huila se ha establecido la ruta de atención a la mujer maltratada, un gran porcentaje de mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar, termina desertando de los procedimientos. El presente artículo describe la normatividad referente a la protección de los derechos de la mujer víctima del delito de violencia intrafamiliar, e identifica y presenta los motivos por los cuales las mujeres, luego de denunciar a sus parejas, abandonan el procedimiento judicial. Lo anterior, a partir del desarrollo de un estudio de caso, con un diseño descriptivo –exploratorio y de corte longitudinal.

Palabras Clave: Mujer, motivación, abandono, violencia intrafamiliar, procedimiento judicial.

* Este artículo de investigación científica y tecnológica, presenta los resultados originales del trabajo de investigación del mismo nombre, realizado por el Grupo de Investigación Diálogos.

** Grupo de Investigación Diálogos.

*** Grupo de Investigación CRECER.

1 Magíster en Historia de la Universidad Nacional. Decana de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Fundación Universitaria Navarra - UNINAVARRA.

2 Magíster en Estudios Políticos de la Universidad Pontificia Bolivariana. Directora de Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Navarra - UNINAVARRA.

3 Magíster en Educación y Desarrollo Comunitario de la Universidad de Manizales. Docente de la Universidad Surcolombiana.

4 Directora Regional - Huila, Caqueta - Instituto Nacional de Medicina Legal.

5 Magíster en Derecho con énfasis en Responsabilidad Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia.

Abstract: Violence against women is a public health problem and materializes in physical or mental aggressions that violate personal integrity, mental, sexual and reproductive health, among others. Although in Colombia and in the department of Huila the route of care for abused women has been established, a large percentage of women victims of intrafamily violence end up dropping out of the procedures. This article describes the regulations regarding the protection of the rights of women victims of the crime of domestic violence, and identifies and presents the reasons why women, after denouncing their partners, abandon the judicial procedure. The above, from the development of a case study, with a descriptive -exploratory and longitudinal-cut design.

Keywords: Woman, motivation, abandon, intrafamily violence, judicial procedure.

Fecha de recepción: 01 de junio de 2017
Fecha de aprobación: 05 de julio de 2017

INTRODUCCIÓN

La salvaguarda de los derechos de las mujeres en los diversos ordenamientos jurídicos del mundo ha sido tan difícil como el mismo reconocimiento de estos. Así desde las luchas de Mary Wollstonecraft que culminaron con la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadanía de 1791 y la publicación en 1792 de su libro: “Defensa de los Derechos de la Mujer”, se ha manifestado un creciente interés por el reconocimiento y defensa de los Derechos Humanos de las mujeres. Estos esfuerzos aunados a los de muchas otras mujeres cristalizaron en la Declaración de los Derechos de las mujeres como Derechos Humanos realizada en el marco de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, por la ONU en 1993 en Viena¹.

Los avances normativos se evidencian en: a) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la cual señala la igualdad no sólo formal sino material y efectiva; b) la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer –Convención de Belém do Pará–, la cual resalta el derecho de las mujeres a tener una vida libre de violencia; c) la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) la cual proporcionó elementos para combatir la discriminación de género generada por edad, discapacidad, posición socio económica o pertenencia a un grupo étnico.

En Colombia existen normas específicas que protegen a la mujer. Así la instauración del Estado colombiano como Social y Democrático de Derecho significó la protección de los Derechos Humanos y el viraje hacia un sistema de gobierno basado en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esto se evidencia en: a) el artículo 43 de la constitución política según el cual “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades, b) La legislación colombiana también establece que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, c) que durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada, d) la obligación del Estado de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”; e) la Ley 599 y 600 del 2000 contiene disposiciones específicas para salvaguardar los derechos de la mujer, la Ley 1257 de 2008 dictó normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres. Así mismo, la Ley 1542 de 2012 que ordena eliminar el carácter de querrelables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria tipificados en el artículo 229 y 233 del Código Penal.

A pesar de este marco normativo, la vulneración de los derechos de las mujeres y especialmente la violencia hacia la mujer, continúa siendo uno de los más graves problemas de nuestra sociedad. La violencia contra la mujer es toda forma activa u omisiva, que atenta física o psíquicamente a la mujer por razón de su género, estas agresiones pueden manifestarse a través de daños físicos como lesiones que afectan la integridad

1 Esta declaración representó un hito histórico de enorme significado porque en la Declaración de los Derechos de Virginia (EE.UU.) y en 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no se tuvo en cuenta a la mujer.

personal, la salud, daño sexual o psicológico entre otras (Báez y otras, 2008).

Según la ONU la violencia de género es cualquier forma de agresión ejercida contra una persona en función de su identidad o condición de género, sea hombre o mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. La violencia contra las mujeres es definida por la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer de las Naciones Unidas como ‘todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada’ (Naciones Unidas, 1993).

De acuerdo con la relación en que ésta se enmarca y el ejercicio de poder que supone la violencia hacia la mujer se clasifica en: violación sexual e incesto, asedio sexual en el trabajo y en las instituciones de educación, violencia sexual contra mujeres detenidas o presas, actos de violencia contra las mujeres desarraigadas, tráfico de mujeres y violencia doméstica (Rico, 1996).

De acuerdo con Forensis, en el año 2015 se registraron en Colombia 47.248 casos de violencia de pareja. Aunque según la misma fuente se observó una disminución en 1.601 casos en relación con el año 2014, la tendencia se mantiene estable desde el año 2005. La tasa por 100.000 para 2015 fue de 119,24 (2015: 294). Siguiendo la publicación del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses “Si bien la violencia se ejerce sobre los dos integrantes de la pareja, es evidente que las mujeres son las principales víctimas. Del total de casos reportados, 40.943 corresponden a violencia contra las mujeres, ello supone una tasa de 202,57 por cada 100.000 habitantes. Del total de casos sobre mujeres, el 62,66% se concentran en mujeres entre los 20 y los 34 años. En los hombres la violencia se concentra en un 41,40% entre los 25 y los 34 años”. De los 46.875 casos reportados 3.432 hombres y 23.208 mujeres tiene una escolaridad en nivel de básica secundaria. Acerca del estado civil 22.641 de los casos reportados se dieron en el marco de la unión libre y 13.997 casos en personas solteras. (Forensis, 2015: 295).

Sin embargo, y pese a ese aumento de las denuncias, muchas mujeres abandonan los procesos o se retractan de la misma. Es evidente la existencia de una gran incredulidad hacia la administración de justicia relacionada con las demoras de los procesos, la impunidad y la tramitología. Los abandonos de los procesos judiciales son actualmente uno de los principales problemas a los que se enfrenta la justicia. Las mujeres víctimas de violencia se encuentran en situación de vulnerabilidad extrema y la decisión de no continuar el proceso contra su agresor tiene consecuencias para su integridad física y emocional. En razón de lo expuesto la pregunta que orientó este estudio fue: ¿Cuáles son los motivos de abandono del procedimiento judicial por violencia intrafamiliar de las mujeres denunciadas entre 2010 a 2014 en el departamento del Huila?

Resulta pertinente analizar los eventos en los cuales las víctimas del delito de violencia intrafamiliar han manifestado su decisión de no continuar con el proceso penal, obediendo entre otros aspectos al haber superado el conflicto con su pareja o recibir una indemnización integral de los perjuicios que se les hubiera ocasionado, pues al haberse

variado la calidad de delito querellable por el de poderse adelantar la investigación de manera oficiosa, se produce en la práctica serios inconvenientes en su tratamiento ya que no se admite la conciliación. Esta situación ha obligado a que los operadores judiciales busquen diferentes alternativas jurídicas que conllevarán a la terminación anticipada de estos procesos, sin el desgaste que genera el trámite de un juicio.

El presente artículo está estructurado en dos partes: el primer apartado tiene como pregunta central si es posible terminar anticipadamente el proceso penal en los casos de violencia intrafamiliar; en el segundo momento, se presenta la ruta de atención integral para las mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar. Finalmente se presentan las conclusiones del estudio.

METODOLOGÍA

Para desarrollar la pregunta de investigación, se utilizó el método de estudio de caso, con las mujeres que presentaron denuncias por violencia intrafamiliar. El diseño fue descriptivo – exploratorio y de corte longitudinal (años 2010 – 2014).

Para la recolección de la información, se utilizaron grupos focales con los funcionarios que trabajan en instituciones que atienden a mujeres maltratadas, para que explicaran sus fortalezas y debilidades de los procedimientos legales para tratar estos casos.

Además, se aplicaron encuestas a 148 mujeres que habían interpuesto denuncias por violencia intrafamiliar. Muchas mujeres contactadas inicialmente para que participaran respondiendo el instrumento, rechazaron la invitación a participar, por timidez a exponer sus casos. A lo anterior, se debe añadir que la búsqueda de mujeres participantes fue muy difícil debido a que no se pudieron ubicar los casos de otra forma por la reserva que las instituciones tienen sobre la información relacionada con los casos denunciados y porque algunos funcionarios consideraban que la participación de las mujeres en este estudio era una forma de revictimización.

El instrumento de recolección de información (encuesta), estuvo conformado por 21 preguntas que abarcaron los siguientes aspectos: a) características sociodemográficas, b) información sobre la denuncia y c) información sobre el abandono.

RESULTADOS

1. *La terminación anticipada del proceso penal por delito de violencia intrafamiliar. Jurisprudencia del Distrito Judicial Huila*

Con la implementación de la Ley 906 de 2004, se despojó a la Fiscalía de sus funciones jurisdiccionales, facultando al legislador para solicitar al Juez de Conocimiento la preclusión de la investigación cuando, con arreglo a la Ley, no hubiera mérito para acusar, siendo por tanto esta una de las alternativas a las que de manera inicial se acudió para lograr la culminación de forma anticipada de las investigaciones que por el delito de inasistencia alimentaria se adelantaban.

La declaratoria de inexecutable parcial del artículo 331² del Código de Procedimiento Penal, permite al Fiscal solicitar al Juez de Conocimiento tal decisión en cualquier etapa de la actuación, -indagación, investigación y juzgamiento-, si no existe mérito para acusar y se comprueba la existencia de una de las causales previstas para ello (artículo 332 C.P.P.). Si se presenta en la etapa de juzgamiento las causales relativas a la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado, la preclusión podrá ser solicitada, además, por el Ministerio Público o por la Defensa.

En los casos de violencia intrafamiliar, la Fiscalía inicia a fundamentar sus peticiones de preclusión en la causal consagrada en el artículo 332, numeral 1, del C.P.P., “*Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal*” teniendo como soporte para ello las manifestaciones de la víctima del delito de haber sido indemnizadas integralmente por los perjuicios causados con el injusto.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde el Auto del 13 de abril de 2011, radicado 35946 había venido sosteniendo que la solicitud de extinción de la acción penal por indemnización integral podía presentarse hasta antes de que fuera proferido fallo de casación. Reiterando igualmente en dicha jurisprudencia, que en asuntos tramitados bajo la Ley 906 de 2004 resultaba aplicable por favorabilidad normas con proyección sustancial de la Ley 600 de 2000, no solo frente a la sucesión de leyes en el tiempo sino cuando las mismas coexisten, entre otras, el artículo 42 de la citada Ley.

En consecuencia, la extinción de la acción penal por indemnización integral está supe-
ditada al pleno cumplimiento de las exigencias del artículo 42 de la Ley 600 del 2000, esto es, en primer lugar, que no se trata de un delito excluido del beneficio, en segundo lugar, que haya operado la indemnización integral y, en tercer lugar, que el procesado no haya sido favorecido con esa misma figura dentro de los 5 años anteriores.

En el departamento del Huila, inicialmente se accedieron a las peticiones de extinción de acuerdo al a normatividad señalada, atendiendo adicionalmente que el artículo 82, numeral 7 del C.P., dispone que la acción penal se extinga, entre otros casos, por indemnización integral. Además de que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial venía resolviendo cesar el procedimiento expresando en dichos casos que³

“(...) la situación en estudio encajaría perfectamente en la previsión del inciso segundo del ordinal 3 del artículo 37 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 2 de la Ley 1142 de 2007, normas según la cual “la investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considera necesaria, los efectos propios de la querrela para beneficio y reparación integral de las víctimas del injusto” (...).”

2 El citado artículo indica: “Preclusión. En cualquier momento, a partir de la formulación de la imputación el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar”. El aparte subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-591 de 2005

3 Tribunal Superior de Neiva, Huila, Sala Segunda de Decisión Penal, del 24 de mayo de 2013, acta número 0781 proceso 2012 – 02377- 01, Magistrado Ponente. JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS.

No obstante, esta posición fue variada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, con fundamento en los postulados establecidos por la Corte Suprema, al recordar que el artículo 2 de la Ley 1542 de 2012 despojó al delito de violencia intrafamiliar de su carácter de querellable y desistible, por ende, no susceptible de indemnización integral, precepto que fue desarrollado por la jurisprudencia penal en los siguientes términos:

“...desde la entrada en vigencia de esa última norma (5 de Julio de 2012) se entiende sin importar la edad del sujeto pasivo que el delito de violencia intrafamiliar es perseguible de oficio”⁴ (Énfasis agregado)

Aunado a lo anterior, sobre este punto, es decir, cuando los hechos materia de investigación en los delitos que perdieron su carácter de querellable y desistible, acaecieron cuando ya había entrado a regir la Ley 1542 de 2012, la Sala Penal del Tribunal Superior de esta ciudad recientemente señaló que:

“...Dilucidado lo anterior y ubicada la Sala en el asunto en estudio, declárese de entrada improcedente la aplicación en este concreto caso del artículo 42 de la Ley 600 de 2000, pues cuando empezó a consumarse la conducta punible aquí juzgada, la misma ya había sido desprovista de su condición de querellable y desistible, situación procesal que, contrario al entendible interés de la defensa, imposibilita acceder al pedido de preclusión por indemnización integral de perjuicios...”⁵.

En razón a lo anterior, en la actualidad se ha planteado como alternativa para la terminación anticipada de los procesos que se adelantan por el delito de violencia intrafamiliar, la celebración de preacuerdos, en virtud de los cuales se varía la calificación jurídica del delito, para finalmente imponer sentencia de condena por el delito de lesiones personales o por el de injuria por vía de hecho. Esto en la práctica resulta mucho más conveniente para los procesados pues por el monto de la pena establecida resulta viable en la mayoría de los eventos la concesión de subrogados penales.

Por tanto, valido resulta señalar que los preacuerdos y negociaciones se muestran como la única alternativa jurídica viable de terminación anticipada de las investigaciones adelantadas por el delito de violencia intrafamiliar, en los eventos en que la víctima decide no continuar con el proceso, pues en caso contrario, la Fiscalía deberá adelantar todo el proceso establecido en la Ley 906 de 2004 de manera ordinaria a la espera de que se emita sentencia que conduzca a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado.

2. La ruta de atención integral para mujeres víctimas de violencia intrafamiliar

La violencia intrafamiliar comprende las agresiones físicas o mentales que se presentan en el hogar, es decir, dentro de una unidad familiar o doméstica, que incluyen el maltra-

⁴ Cita emanada en la decisión el 05 de noviembre de 2015, proferida por la Sala Primera de decisión penal del Tribunal de este Distrito Judicial.

⁵ Tribunal Superior de Neiva, Huila, Sala Penal, Sentencia del 22 de noviembre de 2016, radicación 2013 04812.

to infantil, violencia contra la pareja o contra los adultos mayores, contra los hermanos, o contra las demás personas que formen parte de dicha unidad.

El término violencia familiar alude a todas las formas de abuso que tienen lugar en las relaciones entre los miembros de una familia. Para definir una situación de violencia familiar, la relación de abuso debe ser permanente, periódica o cíclica. Se excluyen las situaciones de maltrato aisladas que constituyen la excepción y no la regla dentro de las relaciones familiares (Heisi, 1994).

Teniendo en cuenta que la investigación centra su estudio en la Violencia Intrafamiliar contra la Mujer y especialmente cuando ella, en calidad de víctima, acude a las entidades estatales en busca de protección e intervención, es importante entender que, conforme a la Declaración de la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la Naciones Unidas sobre el abuso de género, la violencia contra la mujer significa:

Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer; así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada (Art. 1).

El Estado colombiano, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, ha creado la ruta de atención integral en favor de las mujeres víctimas de Violencia Intrafamiliar, la cual se entiende “*como el conjunto de acciones articuladas que responden a los mandatos normativos para garantizar la protección de las víctimas, su recuperación y la restitución de los derechos. Comprende las actuaciones internas de cada institución para abordar a la víctima de acuerdo con sus competencias y la coordinación de las intervenciones intersectoriales*”. (Ministerio, 2015)

En lo concerniente a la ruta integral de atención a Mujeres víctimas de Violencia Intrafamiliar es pertinente definir, en el marco de las normas y jurisprudencia citadas, las entidades vinculadas y que estructuran el proceso del servicio (Ley 906 de 2004), articuladas en la Red de Servicios Sociales de Atención a Víctimas y Seguimiento:

Primera Fase

Corresponde a la etapa de **Identificación y Acompañamiento** en favor de la mujer víctima de Violencia de Género y está a cargo o competencia de cualquiera de las siguientes entidades nacionales o territoriales: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Comisaría de Familia, Fiscalía, Puestos de Salud, Ministerio Público, Policía, Departamento Administrativo de Bienestar Social -DABS-, Instituciones Educativas, Direcciones Municipales de Justicia, Unidades de Medición y Conciliación, Inspecciones de Policía, Consultorios Jurídicos, Organizaciones no Gubernamentales.

Entre las instancias citadas, de manera enunciativa, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Comisaría de Familia y Fiscalía podrán proferir medidas de protección inmediatas y a su vez, podrán requerir el apoyo de otras instituciones, según la gravedad del asunto: Atención en Salud o remisión al Instituto de Medicina Legal.

Segunda Fase

Se refiere a la Noticia Criminal, la cual puede ser recepcionada ante una de estas entidades: Fiscalía, URI (SIJIN – CTI), Policía Nacional (Estaciones de Policía), Casas de Justicia, Comisarías de Familia, Cualquier personal con funciones de Policía Judicial. La Entidad que asume la noticia criminal puede requerir apoyo a las Instituciones de los servicios de Salud y/o al Instituto de Medicina Legal.

Tercera Fase

Hace referencia a la **Indagación**. Se trata de una fase preprocesal y reservada. Una vez recibida la noticia criminal el funcionario de policía judicial debe realizar el reporte de iniciación, momento desde el cual el Fiscal asume el control jurídico del caso. Las directrices de la investigación se encuentran contenidas en el programa metodológico. El fin de esta etapa se encuentra determinado, bien por la formulación de imputación, dando lugar a la etapa subsiguiente que es la investigación, o la prescripción de la acción penal que conllevaría al archivo de la actuación. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional:

*“La Fiscalía, en una primera fase de indagaciones, determina la ocurrencia de los hechos y delimita los aspectos generales del presunto ilícito. Dado que los acontecimientos facticos no siempre son fácilmente verificables y que las circunstancias que los determinan pueden hacer confusa la identificación de su ilicitud, el fin de la indagación a cargo de la Fiscalía, y de las autoridades de policía judicial, es definir los contornos jurídicos del suceso que va a ser objeto de investigación y juicio. La fase de indagación es reservada y se caracteriza por una alta incertidumbre probatoria, despejada apenas por los datos que arroja la noticia criminis.”*⁶

En esta fase el Juez de control de Garantías tiene la función de controlar que los actos desarrollados por policía judicial en cumplimiento de las órdenes impartidas por el fiscal, que impliquen limitaciones a los derechos fundamentales.

Cuarta Fase

Hace alusión a la **Investigación**. Es la primera fase procesal, se caracteriza porque en ella se busca fortalecer los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que sirvieron de base para la formulación de imputación en busca de acusar, solicitar preclusión o dar aplicación al principio de oportunidad.

Esta fase se inicia con la formulación de imputación y se extiende hasta la presentación del escrito de acusación ante el Juez de conocimiento.

Quinta Fase

Última fase referente al **Juicio**, donde se llevan a cabo la Audiencia de Formulación de Acusación y Audiencia Preparatoria para finalmente adelantar la Audiencia de Juicio oral, sentido del fallo e individualización de pena y sentencia.

6 Corte Constitucional Sentencia C-1194 de 2005

2.1. Factores psicosociales relacionados con el abandono de los procedimientos judiciales

En diversos estudios se ha podido establecer que las mujeres víctimas de violencia de género en la pareja son más renuentes a denunciar o continuar el proceso judicial cuando los costos psicológicos y sociales del proceso sobre sí mismas o los efectos de las retaliaciones de los denunciados son más altos que el beneficio que pudieran conseguir (Erez y Belknap, 1998).

En relación con las variables sociodemográficas el trabajo de Hare (2006) encontró que la edad sí tiene una relación importante con la denuncia. En tal sentido las mujeres con más de 30 años mostraron una mayor tendencia a iniciar procedimientos judiciales. Paralelamente según el mismo autor el nivel educativo, el número de hijos y/o hijas o la etnia no muestran un impacto significativo en la decisión de denunciar. Este dato se corrobora por el Informe Anual de Violencia de Género (Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social, 2009 de Andalucía) según el cual el 64% de las mujeres denunciadas tienen entre 21 a 40 años.

Con relación al estado civil, Hare (2006) encontró un menor interés en iniciar procedimientos judiciales entre las mujeres casadas. De otro lado Goodman, Bennet y Dutton, (1999) encontraron que las mujeres con hijos en común con los maltratadores muestran una mayor probabilidad de iniciar procedimientos judiciales que aquellas que no los tienen. Las mismas autoras mostraron que las mujeres parejas de los maltratadores tenían menos probabilidades de iniciar procedimientos judiciales que las separadas.

Por su parte, Goodman, Bennet y Dutton (1999) indagaron la influencia de factores psicológicos, sociales (judiciales, familiares y del entorno inmediato) y de la severidad del maltrato físico en la continuidad del proceso. Los resultados muestran que el 55% continuó con el proceso judicial y que los factores sociales aparecen como más significativos que los factores individuales. También evidenciaron que las mujeres con apoyo social para las tareas diarias y el cuidado de los hijos, presentaban mayor probabilidad de continuar con el procedimiento judicial.

En otro estudio, Dawson y Dinovitzer (2001) concluyeron que las mujeres en contacto con los servicios sociales presentaban una mayor probabilidad de continuar con el proceso judicial contra sus parejas. Guillis, Diamond y Jebely (2006); destacan el estudio cualitativo de Ford (1983 y 1991) acerca de las razones alegadas por las propias víctimas para abandonar el procedimiento judicial. Ford describe a la víctima como activa y argumenta que muchas mujeres utilizan la justicia como una forma de amenaza o advertencia para controlar y frenar las agresiones. Diversas investigaciones enfatizan en el rol de factores contextuales como compartir hijos/as, el apoyo material y la intervención de otros profesionales. Según estos trabajos la motivación a iniciar el procedimiento no parece ser exclusivamente individual y privada sino también externa.

En general las mujeres que inician el procedimiento judicial no incrementan su sentimiento de protección. Esto se evidencia en el trabajo de Goodman, Bennet y Dutton (1999) según el cual el 20% informó que fue agredida o amenazada por sus ex-parejas

después del inicio del procedimiento. Mujeres informantes experimentan sentimientos de sobresalto ante el no encarcelamiento de sus abusadores, temor a los procedimientos judiciales e incertidumbre ante varias etapas del proceso como testificar o encontrarse con su agresor. Además, experimentan ambivalencia ante la posibilidad de encarcelamiento (Goodman, Bennet y Dutton, 1999). Las mujeres mencionan sentimientos de culpa al entregar a sus parejas al sistema penal, sienten que traicionan a su comunidad y aumentan su aislamiento (Guillis y col 2006). La culpa aparece con la estigmatización y la dependencia. La culpa se relaciona con la transgresión de normas familiares, religiosas o culturales.

Así mismo, Hare (2006) señala que la continuidad en el procedimiento judicial está afectada por aspectos económicos y el compromiso emocional con el agresor expresado como pena o vergüenza. Para otras enviar a sus parejas a la cárcel no es posible porque son dependientes económicamente de ellos para el sustento de sus hijos. Otras mujeres reconocen en su victimario un buen padre y expresan que no desean interferir en la relación de su hijo/a con su padre. Algunas mujeres se sienten responsables de la cohesión de su familia (Guillis y col., 2006). Este sentimiento de responsabilidad puede verse incrementado en mujeres inmigrantes. Como veremos a continuación, el tener hijos/as en común con el maltratador y la inexistencia de apoyo material son dos factores muy importantes para entender por qué muchas mujeres abandonan el procedimiento judicial.

La existencia de hijos en común con el maltratador hace más compleja la situación en un sentido que puede parecer paradójico. Por una parte, las mujeres con hijos o hijas afirman, como hemos apuntado anteriormente, que el miedo por dejar de disponer del sustento económico mínimo para los hijos/as, perder el apoyo familiar, hacer pasar al hijo/a por una experiencia traumática al separarlo del padre pueden inducir a las mujeres a no iniciar el procedimiento judicial o renunciar a éste (Bennet, Goodman, Dutton, 1999; Gillis, Diamond, Jebeley and cols. 2006, Larrauri, 2008).

Algunos estudios cualitativos afirman que la existencia de hijos/as en común puede dificultar el inicio y el mantenimiento del proceso judicial (Gillis, Diamond, Jebeley and cols. 2006; Larrauri, 2008). Sin embargo, en sentido opuesto, algunas investigaciones de carácter cuantitativo han encontrado una influencia positiva de la existencia de hijos/as en la toma de decisión de iniciar y continuar con las medidas judiciales (Goodman, Bennett y Dutton, 1999).

2.2. *Las razones del abandono del procedimiento judicial en Neiva por parte de las mujeres*

Consultadas el grupo de mujeres informantes sobre sus características demográficas se encontró que:

Edad. La mayor representatividad en el grupo de mujeres participantes en este estudio es del treinta y un por ciento (31%) quienes se encuentran en edades entre 29 y 39 años y las consultadas con más de 62 años representaron un ocho por ciento (8%) es decir la menor proporción por edad entre las mujeres consultadas.

Nivel Educativo. La encuesta fue contestada en una mayor proporción por mujeres con formación universitaria y de postgrado. Esto evidencia que la situación de estigma es fuerte en la población con menores niveles educativos. Aunque se contactaron un número similar de mujeres por estrato y nivel educativo las mujeres con menor nivel (educación básica y media) se negaron a responder el instrumento. Así mismo, se entiende que las mujeres con formación universitaria tienden a no silenciarse ante el maltrato y por ello ocupan una mayor participación en el porcentaje sesenta y dos por ciento (62%) de mujeres que respondieron la encuesta.

Estado Civil. El mayor número de ellas son casadas mientras que las solteras ocupan una participación inferior en el estudio con un veintiséis por ciento (26%). El matrimonio y la unión marital de hecho sumadas arrojan un setenta y dos por ciento (72%). Esta distribución de la población se relaciona con el tipo de muestreo utilizado pues las mujeres solteras se interesaron con menor frecuencia es responder probablemente porque no se sienten vinculadas a esta problemática o porque aún no reconocen que la experimentan en sus relaciones.

Al comparar la convivencia de las mujeres denunciadas vinculadas a procedimientos judiciales por violencia intrafamiliar se encontró que la mayoría setenta por ciento (70%) responden que viven con el padre de su hijo. Lo que conlleva a que los hijos estén expuestos a presenciar la violencia ejercida por el padre hacia su madre y desarrollarse en ambientes hostiles creados por su propio progenitor. Mientras tanto se observó en el resultado de las entrevistadas que las denuncias a persona distinta al padre de su hijo son inferiores con un porcentaje del treinta (30%).

Composición de la familia. Ante el resultado de la pregunta vive sola con sus hijos la gran mayoría de las mujeres denunciadas vinculadas a procedimientos judiciales por violencia intrafamiliar se encontró que la mayoría (62%) respondieron que viven con sus hijos, ratificando los escenarios expuestos de violencia de sus hijos en contexto de observar el maltrato y la violencia de la cual su madre es víctima.

Condiciones laborales y niveles de ingresos. Se observó que la condición laboral es un factor importante al momento de analizar los porcentajes de mujeres informantes. Según los datos las mujeres reportan que son la principal fuente de ingreso de sus familias. Los datos son consecuentes con el análisis mostrado hasta el momento. Así el 45% de las mujeres entrevistadas trabajan mientras solo un diez por ciento (10%) está desempleada buscando trabajo. El 27% de las mujeres se dedican exclusivamente al hogar en detrimento de su participación en otras actividades y sólo el 18% estudia.

En este aspecto sobre las condiciones laborales y niveles de ingreso las mujeres denunciadas por violencia de pareja el 60% de las mujeres entrevistadas expresan en su gran mayoría obtienen ingresos por concepto de salarios, es decir, que cuentan con contrato laboral y sus niveles de ingresos superan los dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. El resultado también infiere que todas cuentan con ingresos mensuales. Así mismo, indica el resultado que las mujeres denunciadas son mujeres independientes en su economía, en su gran mayoría y no se disponen a ocultar la violencia ejercida por su pareja, todo lo contrario, la exponen ante las autoridades con una denuncia. Igualmente

cuentan con contrato laboral y aportan como afiliadas al régimen contributivo, mientras que las mujeres que se dedican al trabajo independiente están afiliadas al régimen subsidiado de salud.

Denunciantes. Ahora, se pudo establecer que sólo el 24% de las mujeres se reconocen denunciantes. Las que no se reconocen como tales expresan que denuncia fue colocada por familiares, vecinos o amigos pues la ley permite que las denuncias sean interpuestas por la persona que conozca de la violencia. Sin embargo, se observa poca participación en denuncias de personas distinta a la propia víctima. Los resultados demuestran que las víctimas denunciantes en su mayoría han interpuesto más de una vez denuncia a su pareja por violencias en diferentes momentos de la convivencia, indicando así que las conductas del agresor se repiten en un setenta y nueve por ciento después de las primeras denuncias (79%).

Abandono de la denuncia. El 18% del 24% que había aceptado su condición de denunciante expresa que si lo abandonó. El 18% de las denuncias son abandonadas indican que la víctima libera el agresor del señalamiento. No obstante, pese al abandono de la denunciante el proceso sigue y la investigación continúa su curso de conformidad a la ley. (Gráfico 1).

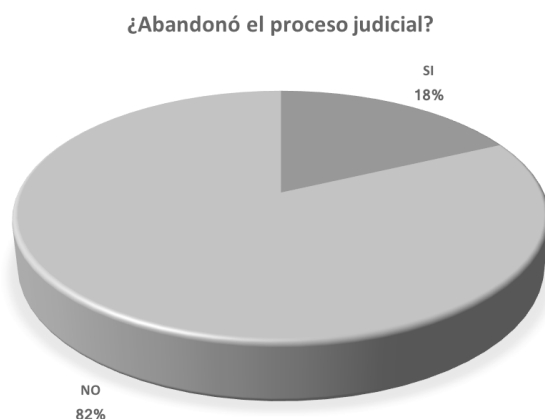


Gráfico 1. Distribución de las mujeres según el abandono del proceso.

Fuente: Elaboración propia.

Las mujeres reportaron una tendencia mayor a indicar que la causa de la denuncia fue una decisión precipitada (77%). Esto que conduce a reflexionar que la mujer una vez observa a su pareja enfrentar a las consecuencias jurídicas derivadas de la denuncia lo entiende como una acción que no midió las consecuencias de precipitación.

Sobre la toma de decisión también se indagó respecto a las influencias que ejercen los familiares en la motivación para denunciar, en este aspecto se observa que la familia tiene un protagonismo importante en la decisión con una participación de un setenta y siete (77%), lo que también nos indica que a pesar de que están facultados por ley para denunciar el acto violento, prefieren aconsejar y que lo haga la víctima. También expresa que las mujeres cuentan con apoyo social para denunciar. De igual manera los datos demuestran que las mujeres cuentan con el consejo de los amigos para denunciar

en un 81% y consejo profesional en un 72%. y un veintiocho por ciento (28%) afirmaron que no, lo que indica que el consejo que recibe de parte del profesional estimula la realización de la denuncia.

Sobre las expectativas de las mujeres al denunciar se observa que un sesenta y un por ciento (61%) de las mujeres que denuncian esperan un cambio de la situación específicamente en la relación de pareja (47%) y en el comportamiento agresor (14%). Solo un 20% esperan que se castigue al agresor o que sea desalojado de la vivienda (5%). Esto indica que las mujeres denuncian para buscar ayuda, no para encarcelar a los agresores el comportamiento, lo que conduce a reflexionar que ante un cambio de conducta del agresor las mujeres estarían dispuestas a abandonar la denuncia. No obstante, la investigación y el proceso continúe.



Gráfico 2. Distribución de las mujeres según expectativas ante la denuncia

Fuente: Elaboración propia.

Sobre el conocimiento acerca del procedimiento judicial en el ámbito de la violencia de pareja se observa en los datos que hay un desconocimiento del proceso en el 44% de las entrevistadas y un treinta y nueve por ciento (39%) manifiesta conocer algo, lo que infiere en el comportamiento de las mujeres víctimas que al ver a su agresor enfrentar las consecuencias jurídicas de los hechos denunciados como lo demostraron los datos del estudio deciden abandonar la denuncia, pues las expectativas de estas se centran en el cambio de patrón de comportamiento del agresor y no en el castigo penal (Gráfico 3).

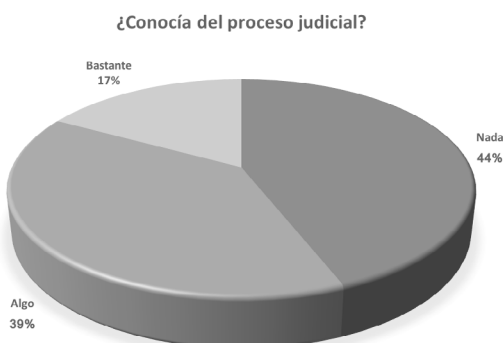


Gráfico 3. Distribución de las mujeres según conocimiento del proceso

Fuente: Elaboración propia.

En cuanto a las razones o motivos del abandono del proceso judicial el 23% de las mujeres encuestadas indicó que dejaba el proceso por amenazas hacia la denunciante; el 15% indica que es por información confusa por parte de las instituciones; el 14% abandona el proceso por depender económicamente del agresor; el 13% indica que es por demasiados trámites en las instituciones; el 12% respondieron que abandonan el procedimiento por amenazas a la familia; otro porcentaje igual (12%) señaló entre las causas evitar el rompimiento del núcleo familiar y un 11% señaló que sentía culpabilidad o arrepentimiento frente a la denuncia (Gráfico 4).



Gráfico 4. Razones del abandono del proceso judicial

Fuente: Elaboración propia.

2.3. La voz de las mujeres usuarias de los servicios institucionales

Aciertos en los mecanismos institucionales para la atención de mujeres víctimas de violencia de pareja: Las mujeres entrevistadas señalaron como aciertos la divulgación acerca de los derechos de las mujeres víctimas de esta forma de violencia, los procesos de formación adelantados a través de los cuales se ha contribuido a la sensibilización de los funcionarios y al fortalecimiento de los conocimientos de las comunidades. Un segundo logro es la individualización de la atención a través de instituciones especializadas para tal fin.

Limitaciones de los mecanismos institucionales para atención de las mujeres víctimas de violencia de pareja: Las mujeres entrevistadas reconocen como limitaciones las siguientes:

- Baja accesibilidad a los servicios institucionales particularmente para los sectores en situación de vulnerabilidad en donde las mismas condiciones son un catalizador para los eventos de esta forma de violencia.
- Dificultades en los procesos de atención. Estas dificultades se refieren en primer lugar a la falta de calidad en el trato que el funcionario⁷ le otorga a la mujer víctima y en consecuencia a la baja efectividad de la relación de ayuda, asesoría o

⁷ Hace alusión a la persona que la atiende en las instituciones independientemente del sexo de nacimiento

acompañamiento que se le ofrece y a consecuencias indeseables como la revictimización y el abandono del proceso.

Consideran también que “*falta personal idóneo para la atención*”. Esta dificultad prolonga excesivamente el proceso, hace que las mujeres asuman acciones que las ponen en riesgo (notificación al demandando, por ejemplo) o la hacen blanco de intimidaciones que conducen al abandono del proceso.

Además, experimentan una “*..falta de acción institucional es que no hay compromiso social de los funcionarios con este problema..lo atienden a uno es como para llenar unas planillas ahí...pero no les importa*” (ML5). Desde el punto de vista de las mujeres la forma que se atiende este problema revela “*..deshumanización, Falta de conciencia colectiva sobre este problema y poco compromiso de los funcionarios ...*” (ML5)

Las dificultades aluden también a la falta de privacidad para que las mujeres puedan denunciar en condiciones de tranquilidad y de respeto al derecho a la intimidad:

“*Dentro de las instituciones no existen espacios privados para realizar la denuncia de manera tranquila*” (ML3).

Una de las dificultades más reconocidas está relacionada con la efectividad y eficacia del proceso. En este sentido las mujeres consideran que no hay efectos de la denuncia en el mejoramiento de las causas que la produjeron y por tanto no experimentan una respuesta adecuada por parte del estado a los problemas denunciados

Otra dificultad percibida en el proceso es que las mujeres ponen la denuncia, pero se quedan abandonadas y solas con el problema porque “*No hay ningún tipo de acompañamiento a la víctima (económico, psicológico, ...) por parte de las instituciones*” (ML1),

Causas de denuncia

Las mujeres entrevistadas señalaron como causas de la denuncia la exposición a hechos frecuentes y durante un tiempo prolongado a situaciones de violencia.

Motivos de abandono

- Miedos por incremento de agresiones.
- Dependencia económica.
- Dependencia afectiva.
- Elemento religioso-moral.
- Falta de efectividad del sistema.
- Miedo y en ocasiones pena por parte de la mujer, por el prototipo de familia y pareja que la misma sociedad ha creado.

2.4. Las voces de la institucionalidad

En la información brindada por funcionarios entrevistados en el grupo focal que laboran en comisaría de familia, secretaría de la mujer y medicina legal se evidencia que existen 2 caminos en la ruta desde la comisaría.

Las fallas más recurrentes es la falta de infraestructura en las instalaciones de recaudo de denuncia, ausencia de personal por parte de la comisaria par recepcionar las denuncias, la falta de compromiso de las entidades de salud para cumplir la Ley 1257 de 2008 que establece normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, ya que las entidades prestadoras de salud presentan trabas en la atención con los casos de violencia intrafamiliar, además a la hora de la valoración médica en medicina legal, no se procede adecuadamente ya que no se llena todo el papeleo adecuado para identificar el caso como violencia intrafamiliar.

1) Valoración de las principales causales de denuncia.

Las principales causas de denuncias son por violencia física, porque se evidencian golpes, moretones. No se denuncia por violencia económica, psicológica, sexual entre otros, ya que las mujeres no consideran estas como violencias y toman este tipo de agresiones como juegos, causando una naturalización de las violencias que se realizan hacia las mujeres

2) Cuáles son las sanciones más frecuentes y las medidas de protección.

Las medidas de protección van desde ordenarle a la persona que no la agrede, que no le haga escándalos, que no la maltrate, ordenarle el desalojo hasta prohibirle que se le acerque, prohibirle que ingrese a su lugar de vivienda, a su lugar de trabajo, otorgarle la custodia de los hijos cuando a ello haya lugar, estas medidas, además de ser notificadas a el agresor, se notifican a la policía para que realice un seguimiento y una verificación de que se está cumpliendo las medidas de protección. También hay sanciones de tipo económico, pero no son tan ocurrentes, amenos

3) Cuáles son las causales de abandono de las mujeres.

Se nota que la principal causa de abandono es la falta de credibilidad por parte de las mujeres hacia las instituciones prestadoras de los servicios, por otro lado, se observa que la mujer quiere realizar más un proceso de mediación que un proceso legal, debido a que no quiere dejar a su marido tras las rejas o, en otros casos, no quiere dejar a sus hijos sin padre o no quiere que el sustento económico se marche, causando esto el abandono del proceso judicial. También se refleja que las mujeres acuden a denunciar para realizar un llamado de atención a su pareja y cuando se realiza este las mujeres abandonan el proceso

CONCLUSIONES

De conformidad a los desarrollos de la jurisprudencia en materia penal, se ha planteado como alternativa para la terminación anticipada de los procesos que se adelantan por el delito de violencia intrafamiliar, la celebración de preacuerdos, en virtud de los cuales se varía la calificación jurídica del delito, para finalmente imponer sentencia de condena por el delito de lesiones personales o por el de injuria por vía de hecho. Esto en la práctica resulta mucho más conveniente para los procesados pues por el monto de la pena establecida resulta viable en la mayoría de los eventos la concesión de subrogados penales.

En ese sentido, los preacuerdos y negociaciones se muestran como la única alternativa jurídica viable de terminación anticipada de las investigaciones adelantadas por el delito de violencia intrafamiliar, en los eventos en que la víctima decide no continuar con el proceso; de lo contrario, la Fiscalía deberá adelantar todo el proceso establecido en la Ley 906 de 2004 de manera ordinaria a la espera de que se emita sentencia que conduzca a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado.

A pesar de la dificultad con el acceso a la información, se logró identificar que las mujeres que participaron fueron denunciante entre los 29 y 39 años de edad, en su mayoría con formación universitaria, casadas o en unión marital de hecho. La mayoría de ellas vive con su hijo y hacen parte de la población económicamente activa. De igual manera, se identificó que las mujeres interponen la denuncia porque sienten el apoyo que les brinda la familia y el consejo de los amigos.

Respondiendo a la pregunta de investigación, se encontró que las mujeres que participaron en la aplicación del instrumento de recolección de información, indicaron que las principales razones por las cuales abandonan el proceso judicial se debieron en un gran porcentaje a las amenazas que podría recibir la denunciante. Esta situación resulta preocupante, en tanto que las instituciones no garantizan la protección de las mujeres que interponen el proceso penal.

Llama la atención que la segunda razón por las cuales las mujeres abandonan el proceso judicial consiste en la información confusa por parte de las instituciones y en un cuarto lugar, por los trámites ante estas dependencias. Este resultado debe constituir una alerta para las entidades encargadas de atender los casos por violencia intrafamiliar; por lo cual, sería necesario revisar los protocolos de información, atención e investigación del proceso judicial. En ese sentido, se debe tener en cuenta que, debido al impacto psicológico de la víctima en estos casos, se debe procurar por brindar un acompañamiento integral a través de un procedimiento amigable, que no suponga ninguna carga para la víctima.

Otra de las razones por las cuales las mujeres abandonan el procedimiento judicial está ligado a la dependencia económica que se tiene con el victimario; y a razones de carácter familiar y sentimental, por ejemplo: evitar que se rompa el núcleo familiar y a los sentimientos de culpa y arrepentimiento por interponer la denuncia.

En menor proporción, por la que las mujeres abandonan el proceso, están relacionada con el hecho de que quieren cambiar la pareja; recibe recriminaciones por parte de su núcleo familiar o de la familia del victimario.

Esta investigación tan sólo abarcó un elemento de la compleja situación de las mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar; en donde surgieron muchos interrogantes, a título de ejemplo, podemos indicar que se considera pertinente evaluar el procedimiento o ruta de atención, la calidad de información que reciben las víctimas y los trámites que deben cumplir; así como la eficacia del proceso judicial en la resolución del conflicto familiar; que esperamos se aborden en próximos estudios.

REFERENCIAS

- Báez, C., Barraza, C., Buenahora, N., Caicedo, L., y López, C (2008). La situación de las mujeres víctimas de violencia de género en el sistema penal acusatorio. Corporación Humanas.
- Gómez, C., Murad, R y Calderón, C (2013) Historias de violencia, roles, prácticas y discursos legitimadores. Violencia contra las mujeres en Colombia 2000-2010.
- Bourdieu, P. (2000). La dominación masculina. En: Melo, M. La categoría analítica de género: una introducción. Barcelona: Anagrama.
- Carrasco, M. et. ál. (2007). ¿Qué sabemos sobre los hombres que maltratan a sus parejas? Una revisión sistemática. En: Revista Panam Salud Pública. 22 (1): pp. 55 - 63.
- CPEM, Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer (2006). Manual de transversalización de enfoque de género en el desarrollo. Bogotá: Presidencia de la República.
- CEPAL, Comisión Económica Para América Latina y el Caribe. Observatorio de igualdad de género de América Latina y el Caribe. Informe anual 2011. El salto de la autonomía. De los márgenes al centro. [consultado en junio 2012]. Disponible en: Cook, R., et. ál. (2003) Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho. Bogotá: Pro familia.
- Defensoría del Pueblo de Colombia, Pro familia y Organización Internacional para las Migraciones (2008). Módulo de la A a la Z en derechos sexuales y reproductivos para funcionarios y funcionarias con énfasis en violencia intrafamiliar y violencia sexual. Bogotá: Autores.
- Dohmen, M.L. (1996). Perfil del hombre golpeador. En: Corsi, J., et. ál. (coord.). Violencia masculina en la pareja: una aproximación al diagnóstico y a los modelos de intervención. Barcelona: Paidós, p. 43.
- Galvis, L. (2006). Comprensión de los Derechos Humanos. Bogotá: Ediciones Aurora, p. 63.
- Gil, E. y Lloret, I. (2007). La violencia de género. Barcelona: Editorial UOC, p. 45.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2000). Derechos Humanos de las mujeres. Guía de capacitación. Tomos 1 y 2. San José: Autor. Módulo 10, p. 3.
- Heise, Lori. (1994). Violencia Contra la Mujer: La Carga Oculta sobre la Salud.
- Jimeno, M. (2004). Crímenes pasionales, hacia una antropología de las emociones. En: Revista Colombiana de Antropología. Vol. 40, ene-dic.; pp. 371 - 376.
- MDGF, Programa integral contra violencias de género. (2010) Estudio sobre tolerancia social e institucional a la violencia basada en género en Colombia. Bogotá: Fondo de Naciones Unidas y el Gobierno de España para el cumplimiento de los objetivos de desarrollo del milenio, pp. 19 - 64.
- OMS, Organización Mundial de la Salud (2005). Resumen de informe. Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica. Primeros resultados sobre la prevalencia, eventos relativos a la salud y respuestas de las mujeres a dicha violencia. Ginebra: Autor.
- Derechos sexuales: una declaración de IPPF. [consultado mayo 2012]. Disponible en: http://www.cepep.org.py/archivos/Derechos_Sexuales_IPPF.pdf
- Sánchez Bringas, A.
- Cultura patriarcal o cultura de mujeres: una reflexión sobre las interpretaciones actuales. [consultado julio 2012]. Disponible en: http://148.206.107.15/biblioteca_digital/articulos/8-233-3071wxe.pdf
- Segato, R. L. (2003). Las estructuras elementales de la violencia: contrato y status en la etiología de la violencia. Conferencia, junio 30 de 2003 para el Curso de verano sobre violencia de género. [consultado julio 2012].

Legislación y Jurisprudencia

- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 599 (2000). Por medio por la cual se expide el Código Penal.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1542 (2012). Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 906 (2004). Por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Penal.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 882 (2004). Por medio de la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 294 de (1996). Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1850 de (2017). Por medio de la cual se establecen medidas de protección al adulto mayor en Colombia, se modifican las Leyes 1251 de 2008, 1315 de 2009, 599 de 2000 y 1276 de 2009, se penaliza el maltrato intrafamiliar por abandono y se dictan otras disposiciones.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 600 de (2000). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1257 (2008). Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2014). Bogotá. Sala de Casación penal, Expediente SP16544-2014.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2015). Bogotá. Sentencia T-070/2015 Magistrada ponente: María Victoria Sáchica Méndez
- CORTE CONSTITUCIONAL (2016). Bogotá. Sentencia T – 196 /2016 Magistrado Ponente Luís Ernesto Vargas Silva
- CORTE CONSTITUCIONAL (2011). Bogotá. Sentencia C - 577/2011 Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- CORTE CONSTITUCIONAL (2015). Bogotá. Sentencia C- 022/2015 Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo
- CORTE CONSTITUCIONAL (2009). Bogotá. Sentencia C-029 /2009 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil,
- CORTE CONSTITUCIONAL (2014). Bogotá. Sentencia C-368 /2014 Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos
- CORTE CONSTITUCIONAL (2005). Bogotá. Sentencia C-591 /2005 Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández
- CORTE CONSTITUCIONAL (2014). Bogotá. Sentencia C- 386 /20014 Magistrado Ponente Andrés Mutis Vanegas

EL DERECHO A LA ADOPCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

The Right to Adoption of Boys and Girls in the Jurisprudence of the Constitutional Court

Daniela Jiménez¹
Tania Johanna Méndez¹

Resumen: La familia es el núcleo esencial de la sociedad. Sin embargo, a pesar de la normativa constitucional y legal, existen vacíos en torno a la conformación de este importante instituto. El presente escrito, plantea cuestionamiento central si se configura la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la negativa a una persona de adoptar a un niño o niña. Utilizando la metodología de análisis de línea jurisprudencial con los pronunciamientos de la Corte Constitucional; se pudo identificar la sólida línea argumentativa de esta corporación, lo que permitió brindar respuesta al interrogante.

Palabras Clave: Adopción, menores edad, igualdad, Constitución.

Abstract: Family is well perceived as the essential core of any type of society. However, there exist some loopholes in Colombian's current legal and constitutional framework that pertains the means through which such relevant institution can be formed. In the paper below, I analyze whether or not certain fundamentals human rights, like the right to equal treatment and differentiation, are being neglected by authorities that refuse to grant a given child into adoption for particular reasons and in compliance with any binding status. In order to provide light to an ongoing discussion, my research focuses on the jurisprudence uttered by the Constitutional Court of Colombia, which has enabled me to identify strong courses of argumentation.

Keywords: Adoption, underage minors, equality, Constitution.

Fecha de recepción: 02 de abril de 2017
Fecha de aprobación: 19 de junio de 2017

1 Estudiante del Programa de Derecho - Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Fundación Universitaria Navarra – UNINAVARRA, Neiva - Colombia.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991, en su artículo 42, define a la Familia como el núcleo fundamental de la sociedad constituida por el ánimo voluntario y libre de un hombre y una mujer de unirse en matrimonio o conformarla de manera responsable. De igual manera establece una serie de principios fundamentales de imperativo cumplimiento, en el entendido que la familia conlleva derechos fundamentales y prestacionales, como los siguientes:

- Le corresponde al Estado y a la sociedad garantizar a la familia una protección integral. Efectivamente el Artículo 5 de la Carta señala que El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.
- Son inviolables todos los derechos que sustentan la integridad de la familia.
- Las relaciones entre los integrantes de la familia deben construirse en espacios de igualdad en derechos y respeto mutuo en el marco de sus deberes.

En este orden de ideas, es claro que la Familia es un elemento crucial e indispensable en la vida de los seres humanos, la cual brinda y garantiza protección a los derechos y deberes a niños, niñas y adolescentes y se compromete con la satisfacción plena de sus necesidades físicas y espirituales.

Pero ¿Quiénes pueden dar lugar a la creación de una familia? Un hombre y una mujer dice el precepto constitucional. Sin embargo, las dinámicas sociales demuestran otra realidad menos simple, llena de matices y complejidades que han dado lugar a amplios debates no solo en los estrados judiciales sino en el Congreso de la República y en las organizaciones sociales.

A comienzos del 2015, la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio plantea un importante debate jurídico, con fuertes impactos sociales – aún sin resolver -, sobre la posible adopción de niños y niñas por parejas monoparentales o parejas homosexuales, a quienes, a partir del año 2011, la misma Corte Constitucional les había reconocido el derecho de ser familia y conformarse como tal.

Este hecho implica que la controversia tenga dos consecuencias jurídicas en relación con la niñez: una correspondiente al debate que surge en torno al interés superior de niños y niñas y, la segunda, referente al tema de sus derechos que prevalecen sobre los derechos de los demás.

De este modo, en la línea jurisprudencial se analizan los diferentes escenarios que presenta la adopción a menores, siguiendo la metodología propuesta por el profesor Diego Eduardo López Medina, en su magistral, obra el Derecho de los Jueces, proponiendo un problema jurídico que nos permita analizar uno de los tantos tópicos de derecho sobre los cuales se ha pronunciado la Corte Constitucional, con el fin de proteger y hacer efectivo el derecho fundamental que tienen los niños y niñas a tener una familia.

1. *Problema Jurídico*

¿Se vulnera el derecho fundamental a la igualdad cuando se niega a una persona el derecho a adoptar a un niño o a una niña?

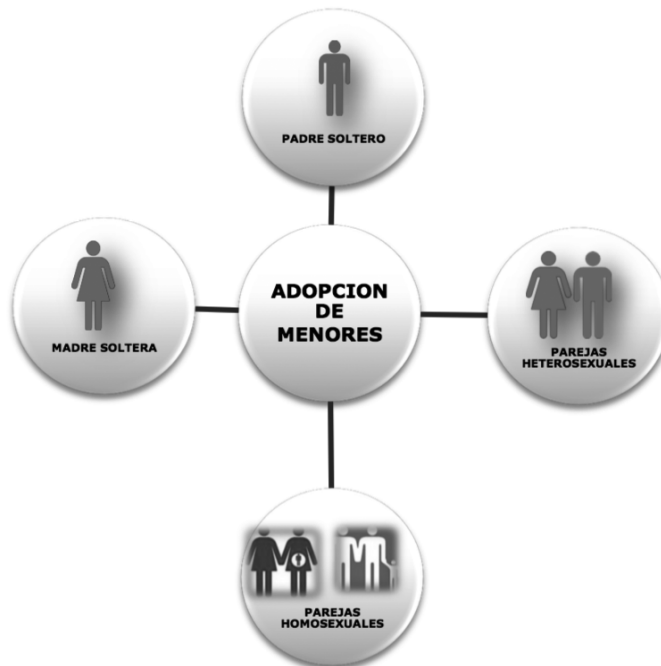
El problema jurídico planteado conlleva otros interrogantes que deben tenerse en cuenta en aras de lograr su adecuada resolución.

¿Tienen derecho los ciudadanos, por motivos religiosos o políticos, a oponerse al proyecto de ley sobre la adopción de menores bajo los parámetros propuestos por la Corte Constitucional?

¿Pueden las personas, e incluso las instituciones del Estado, como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, oponerse a la solicitud de adopción de una persona con ocasión a su género, o por su condición de vivir sola?

En concordancia con los instrumentos normativos existentes como la Constitución Política, el Código de la Infancia y de la Adolescencia y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias consagradas en el Artículo 241 superior, es necesario abordar el tema de la Adopción hacia la búsqueda de soluciones jurídicas, sociales y políticas del conflicto de intereses que surgen entre el derecho a formar una familia que tienen las personas y los derechos de los niños y niñas a tener una familia, esta dicotomía exige una mirada integral a partir de los derechos fundamentales, en el marco de la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y demás principios constitucionales que propenden por garantizar a todos y todas tener una vida digna.

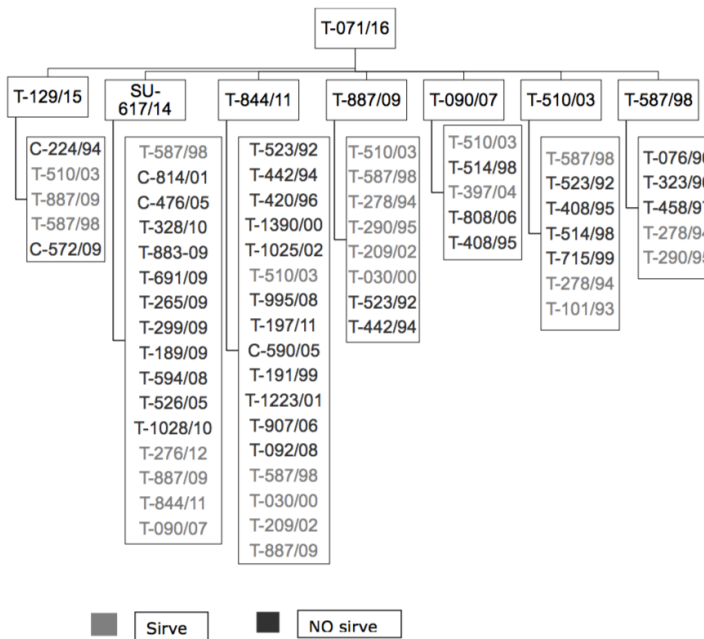
2. *Escenarios constitucionales*



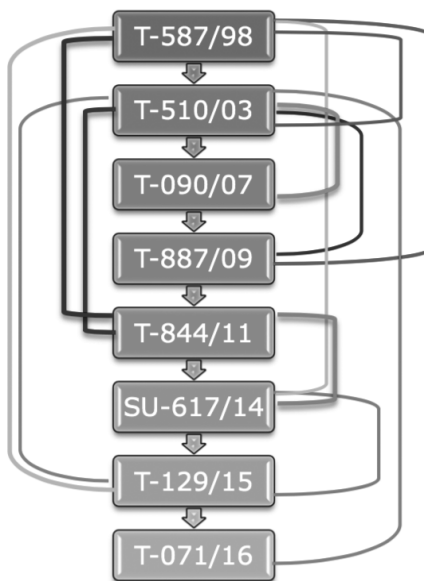
3. Nicho citacional

1993	1994	1995	1998	1999	2000	2002	2003	2004	2005
T-101	T-278	T-290 T-412	T-587	T-941	T-030	T-360 T-209	T-510	T-543 T-087	T-746
2007	2009	2011	2012	2013	2014	2015	2016		
T-090	T-887	T-844 T-172	T-276	T-094 T-295	SU617 T-115 T-376	T-129	T-268 T-179 T-071		

4. Ingeniería de reversa

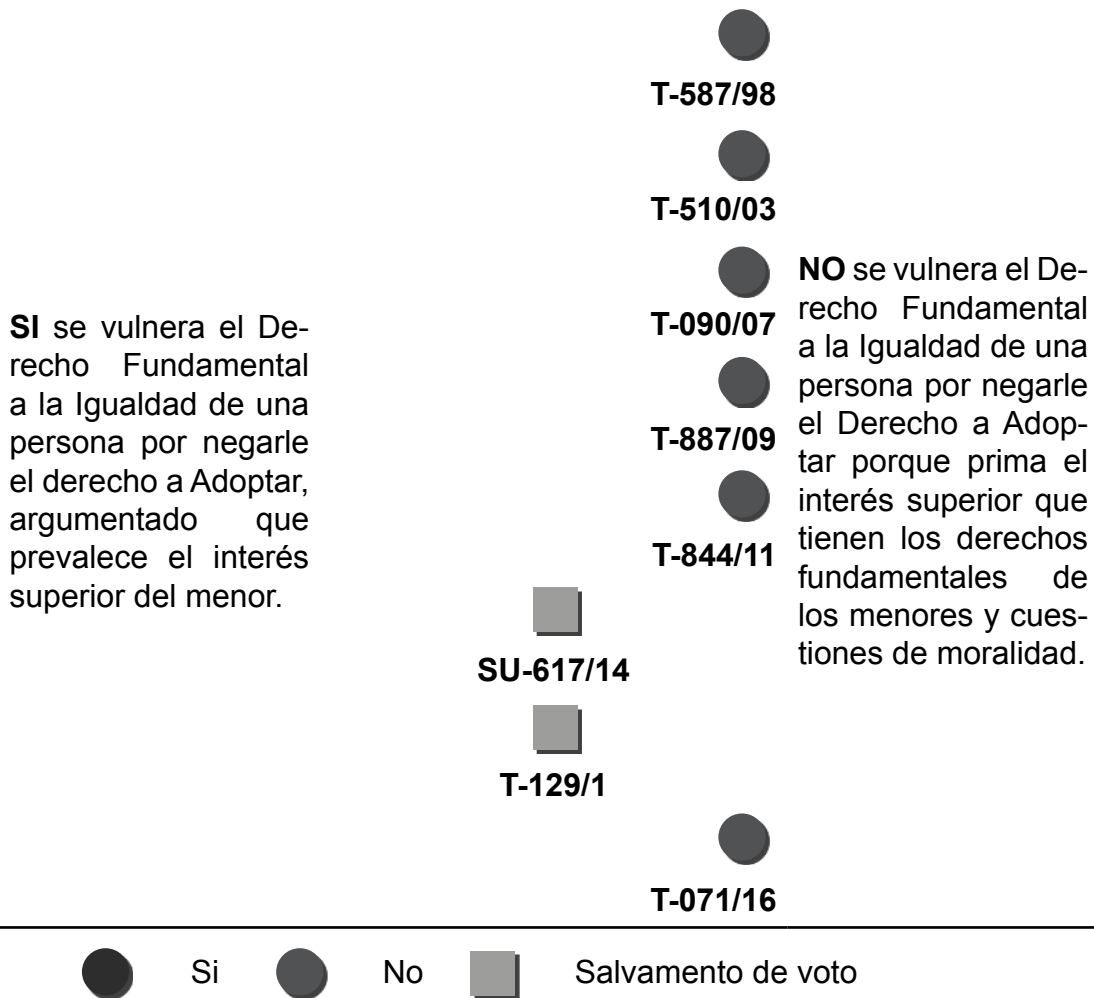


5. Telaraña jurisprudencial



6. Balance constitucional

¿SE VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD CUANDO SE NIEGA A UNA PERSONA EL DERECHO A ADOPTAR A UN NIÑO O A UNA NIÑA?



DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

La primera sentencia referente a la adopción de menores corresponde a la Sentencia T-587 de 1998 (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), donde la Corte Constitucional considera que no se vulnera el derecho fundamental a la igualdad de adopción porque plantea que es necesario que los niños y *niñas* tengan un hogar y una familia y a no ser separados de ella. Lo anterior, no solo porque los lazos de amor y ayuda favorecen el desarrollo integral de una persona sino porque además la misma Constitución Política y la ley le impone al Instituto de Bienestar Familiar (ICBF) la obligación necesaria de proteger y ayudar al menor con la finalidad de garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

Después, en el año 2003 se observa un avance sobre la adopción de niñas y niños por diferentes personas con la Sentencia T-510 (Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinoza) en la cual la Corte Constitucional establece los siguientes parámetros de análisis del interés superior del menor.

- El primer aspecto es la garantía del desarrollo integral del menor dirigido a asegurar y proteger el desarrollo armónico, pleno, normal y sano de niños y niñas desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético.
- El segundo parámetro alude a las garantías para hacer efectivo el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor y que se encuentran consagradas en el Artículo 44 de la carta que consagra: “*Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.*”
- El tercer parámetro hace referencia a la *Protección del menor frente a riesgos prohibidos*. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución etc.
- En el cuarto parámetro se menciona el equilibrio con los derechos de los padres cuando afirma que es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño o niña y los de los padres.

Continuando por la misma línea la Corte Constitucional en la sentencia T-090 de 2007 (Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa) surge una nueva pregunta:

¿Vulnero el ICBF el interés superior del niño, cuando aprobó que fuera adoptado por un hombre soltero y extranjero que había cumplido con todo el trámite legal para adoptar y no tuvo en cuenta en dicha decisión a una pareja también extranjera que había realizado el mismo trámite?

Al respecto, la Corte reitera la jurisprudencia en lo concerniente a la prevalencia del interés superior del menor en estado de adopción como criterio determinante de decisiones públicas o privadas y que se apliquen los parámetros jurisprudenciales al caso y así definir si en realidad ha existido una vulneración a los derechos del menor.

Con Sentencia T-887 de 2009 el Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, deja sin efecto un Acto Administrativo por medio del cual se declara la situación de abandono de una niña. Surge aquí un interrogante: ¿Es viable o no, que mediante la Acción de Tutela se pueda ordenar que sea dada la custodia de un niño a los padres biológicos que la solicitan, aun cuando se declaró que estos lo dejaron en situación de abandono?

La sala verifica si este procedimiento administrativo se efectuó de conformidad con el ordenamiento constitucional respetando la garantía del derecho al debido proceso y en consecuencia si los padres biológicos (En este caso la madre) tienen derecho a recu-

perar el vínculo con su hija y pronunciarse al respecto sobre el interés superior de la infancia, de conformidad con la Constitución Política y, por último comprobar, si existe o no un desconocimiento de los derechos cuya protección se invocó en el caso concreto y exponer una síntesis de las razones de la decisión.

En otras palabras, la Corte Constitucional resuelve revocar la sentencia emitida por el Tribunal Superior, ordenando al ICBF la entrega de la niña a su madre y, adicionalmente, amparándola con cuatro (4) meses de alimentación y apoyo psicológico hacia el restablecimiento de lazos maternos para garantizar un mejor bienestar a la menor.

Ahora con la Sentencia T- 844 de 2011, la Corte Constitucional expresa la importancia del Código del Menor, señalando que la adopción es irrevocable teniendo en cuenta que su finalidad es brindar una familia a un niño o a una niña o a un adolescente. De allí la naturaleza e importancia del procedimiento administrativo especial, que decreta la adopción, como un derecho fundamental que no puede desconocerse por el querer o voluntad de las partes. Es totalmente inadmisibles situaciones por las cuales un padre o madre adoptante después de realizar el trámite con el ICBF, devuelva al infante o adolescente como si se tratara de una mercancía. Es válido que la adopción tiene como base principal el derecho del niño o adolescente a tener una familia y un hogar, conforme lo expuesto por la Constitución Política en su Artículo 44.

Finalmente, la Corte Constitucional decide amparar los derechos fundamentales del menor y adolescente, en favor de quien instaura la Acción de Tutela, garantizándole a tener una familia y no ser separado de ella.

En el caso de dos mujeres que solicitan la autorización para la declaración judicial de un vínculo familiar con una menor, hija biológica de una de ellas, argumentando la calidad de compañera permanente con la madre biológica de la menor, la sentencia SU- 617/14 nos permite identificar si se vulnera algún derecho o no.

Existe una interpretación del derecho positivo, de la cual no es posible adoptar al hijo del compañero permanente, cuando este y aquel tienen el mismo sexo.

Al Comité de Adopciones del ICBF le corresponde determinar la viabilidad de la conformación del vínculo paterno y a la Defensoría de Familia el deber de verificar que se cumplen todos los presupuestos constitucionales y legales de la adopción.

La Corte Constitucional considera que, aunque la decisión anterior adoptada por la entidad demandada se ampara en interpretar admisiblemente del derecho legislado, cuando se prohíbe la adopción por consentimiento de menores por parte de parejas padre o madre con la que conforman unión homosexual.

Se logra establecer que prima, el derecho a la igualdad, el libre desarrollo a la personalidad, dignidad humana, el pluralismo, la honra, y el más importante el interés superior del niño.

Por decisión de la Sala Plena de la Corte Constitucional concede el amparo del derecho fundamental a la menor de tener una familia.

Con la Sentencia T-129 de 2015, la Corte Constitucional tiene como propósito brindar al niño el cuidado y el amor necesario para su adecuado desarrollo físico, mental, social y psicológico que le permitirá desarrollar las competencias y actitudes para ejercer su derecho a la vida en condiciones dignas, y a tener un futuro estable. Se plantea aquí también el concepto de moral que es exigido por el derecho del estado constitucional la cual corresponde a un código de conducta, aceptado, deseable e interiorizado por la sociedad, a partir de los principios y valores que fundamentan el bien común.

En este caso la madre del menor lo abandonó cuando tenía 5 meses de nacido, por considerar que no estaba suficientemente lista para protegerlo y carecer de una estabilidad económica, entregándolo a un señor que junto con su esposa procedieron a adoptarlo ante la imposibilidad de tener hijos,

Para resolver el asunto, debe tenerse en cuenta que el señor no reporto ante el Bienestar Familiar que tenía bajo su cuidado el menor abandonado, estimándose este proceder como un comportamiento inmoral que genera falta de idoneidad moral y con ello la imposibilidad de adoptar un niño o adolescente.

Así las cosas, la Sala acude al propio criterio hermenéutico establecido por el ICBF en la Resolución 3748 de 2010, para determinar cuando no hay idoneidad moral, pues se presume que si la persona no incurre en estas conductas es idóneo moralmente.

Finalmente, la Sentencia T-071 de 2016, plantea dos fases: la primera que se surte ante el ICBF o ante entidades avaladas, procedimiento que se encuentra regulado por la Resolución 3778 de 2010 y, la segunda, ante los estrados judiciales reglamentado por el Código de la Infancia y de la Adolescencia.

Estos momentos se establecen así:

- Proceso Administrativo regulado por la Resolución 3778 de 2010 donde se examina la idoneidad de los adoptantes y una vez se supera esa etapa se estudia la compatibilidad entre adoptantes y adoptados para hacer la asignación. Se determina la idoneidad de los adoptantes y la compatibilidad entre los adoptantes para la respectiva asignación, el encuentro y la integración antes de avanzar hacia la adopción
- Segunda etapa, se surte ante el Juez de Familia, conforme al Artículo 119 y siguientes del Código de la Infancia y de la Adolescencia que conlleva el trámite judicial como un proceso de única instancia que se inicia por el Defensor de Familia, el Representante Legal y por las personas que tienen bajo su cuidado al menor.

Conforme al Artículo 69 del Código de la Infancia y de la Adolescencia es necesario que el adoptante haya tenido bajo su cuidado personal al adoptado, y que tanto el adoptante como el adoptado hayan convivido por lo menos 2 años antes que el adoptado cumpliera 18 años.

La adopción en derecho comparado, encontramos en algunos países la siguiente normatividad:

- El Código Civil de Argentina, ley 27.779/97
- El Código de México P.F.
- Ley 26 del 2015 (España)

La Sala concluye que la decisión proferida por el Juzgado 3° de Familia del Circuito Neiva y el Tribunal Superior de Neiva, incurrieron en un defecto por violación a la Constitución en tanto afectaron los derechos fundamentales del menor.

Lo anterior, como quiera que la adopción entre Judith y Alcibíades, permitió que se extinguiera el vínculo familiar de la madre y el niño.

CONCLUSIONES

El derecho a la igualdad es un derecho fundamental cuya observancia está consagrada tanto en normas nacionales como internacionales, configurado principalmente en el bienestar del género humano.

El mecanismo idóneo para proteger y garantizar el derecho a la igualdad es la acción de tutela, no obstante, cuando las personas afectadas observen que este mecanismo no logra protegerle sus derechos, puede presentar sus quejas ante organizaciones internacionales de derechos humanos, toda vez que es una obligación del Estado respetarlos y garantizar su pleno disfrute.

Por regla general el Código de la Infancia y Adolescencia, bajo los parámetros del Artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, establece que el interés general del menor, en especial en condición de abandono, prima de manera transcendental sobre los derechos de las demás personas, toda vez que por falta de condiciones mínimas de tener una familia, cada día se está incrementando el número de niños desamparados, llegando hasta el punto que tomen un mal camino y caigan en diferentes aspectos como la drogadicción, prostitución y aun peor llegar al suicidio.

La línea jurisprudencial desarrollada por la guardiana de la Constitución, nos enseña que NO se vulnera el Derecho Fundamental a la Igualdad de una persona por negarle el Derecho a Adoptar. Conforme el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional analizado en la presente Línea prima el interés superior que tienen los derechos fundamentales los niños y niñas, especialmente cuando se encuentran en situación de abandono.

REFERENCIAS

López Medina, Diego, El Derecho de los Jueces. Bogotá, Editorial Legis, 2006.

<http://www.alcaldiabogta.gov.co/sisjur/normas>

<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

LOS TRABAJADORES OFICIALES COMO CATEGORÍA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO Y SUS FUENTES DE DERECHO

Official Workers as a Special Category of Public Servant and his Sources of Law

Francisco Perdomo Arias¹

Resumen: En el Derecho Laboral Administrativo encontramos como una categoría de los servidores públicos a los Trabajadores Oficiales, figura jurídica que a la fecha carece de regulación normativa lo que ocasiona que sus diferentes situaciones sean reguladas por fuentes de derecho alternas que surgen de la propia naturaleza del derecho laboral general. En el presente artículo se describe cuáles son las fuentes de derecho propias de esta figura, y se identifica cual es el modo en que pueden ser empleadas para dirimir situación laboral de este tipo de Trabajadores. Este escrito es de tipo descriptivo explicativo e inicia desarrollando esta figura jurídica, e identificando las fuentes de derecho que surgen de la misma, y como se convierten en las herramientas que dirimen y regulan las relaciones laborales derivadas de un Trabajador Oficial.

Palabras clave: Trabajadores Oficiales, Fuentes de Derecho, Contrato de trabajo, Reglamento Interno de Trabajo, Convención Colectiva.

Abstract: In the Administrative Labor Law we find as a category of public servants the Official Workers, legal figure that to date lacks normative regulation which causes that their different situations are regulated by alternative sources of law that arise from the very nature of the right general work. In this article we describe which are the right sources of this figure, and we identify what is the way in which they can be used to resolve the employment situation of this type of workers. This document is explanatory descriptive and begins developing this legal figure, and identifying the sources of law that arise from it, and how they become the tools that settle and regulate the labor relations derived from an Official Worker.

Keywords: Official Workers, Sources of Law, Work contract, internal regulations, Collective Convention.

Fecha de recepción: 08 de febrero de 2017
Fecha de aprobación: 01 de abril de 2017

Correspondencia: Francisco Perdomo Arias
Email: pacfran7@hotmail.com

1 Abg. Esp. Mg., Asesor Jurídico - Las Ceibas Empresas Públicas de Neiva ESP, Neiva – Colombia.

INTRODUCCIÓN

En el Derecho Laboral Administrativo se contemplan dos categorías de Servidores Públicos, Los empleados públicos y Los Trabajadores Oficiales (TO), lo anterior conforme lo determina el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968. Los trabajadores oficiales es una figura de común utilización en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (EICE), como de Economía Mixta, sin embargo, encontramos que es poca la regulación normativa que nos puede brindar herramientas o elementos de cómo se emplea esta figura y cuál es su alcance en la relación empleado y empleador (Estado). Partiendo de antecedentes jurisprudenciales y doctrinales desarrollamos el contrato de trabajo, el reglamento interno y las convenciones colectivas, como fuentes de derecho propias de los TO, para lo cual identificamos el empleo de las mismas y cuáles son los aspectos relevantes en la relación laboral de estos servidores públicos.

1. *Origen Normativo de Los Trabajadores Oficiales*

En Colombia el término de Servidor Público es asumido constitucionalmente con la Constitución Política de 1991[1], entendiendo que son todas aquellas personas que ejercen funciones públicas y que acceden al ejercicio de estas funciones, cumpliendo tareas estatales [2], de estos surgen dos categorías relevantes: Los Empleados Públicos y los Trabajadores Oficiales, estos últimos conforme lo contempla la literalidad del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968.

Los trabajadores oficiales comprendidos como una especie propia del género de servidor público, nacen bajo la noción de que los mismos correspondían a una categoría en donde solo se le asignaban labores operativas como de construcción, mantenimiento, sostenimiento, tal como lo define la norma, sin embargo, en el artículo 3 del Decreto 1848 de 1969, se crea un componente orgánico, en donde se determina que esta categoría es adquirida no solo por la función o labor que ejercen, sino también por la entidad a la cual se encuentran adscritos [3].

Se entiende entonces, que los Trabajadores Oficiales son aquellos servidores públicos que desempeñan actividades propias del estado, en ejercicio de funciones competitivas del mercado particular, es decir, cuando ejercen actividades comerciales propias del mercado privado, diferentes a los empleados públicos, y a los miembros de corporaciones públicas [4].

Se observa que el legislador entonces, ha señalado dos criterios para identificar los empleos públicos que corresponden a los trabajadores oficiales:

- a. Criterio Orgánico: En donde se tiene en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad u organismo estatal.
- b. Criterio Funcional: En donde se tiene en cuenta la naturaleza de las actividades o funciones específicas que tiene el empleo público.

2. *El contrato de trabajo*

Si bien por regla general la vinculación laboral al órgano estatal es mediante la aplicación del principio de carrera administrativa [5], en el cual la persona (particular) es sometida a un concurso de méritos, con las formalidades que el mismo exige con el fin de pertenecer al aparato estatal, y que finaliza con un acto administrativo que materializa el nombramiento del particular como funcionario, los trabajadores oficiales en cambio son particulares que no requieren ser sometidos a un Concurso de Méritos, y se vinculan a la entidad estatal, adquiriendo el rol de Servidor Público mediante la suscripción de un contrato de trabajo, regulado conforme las reglas del derecho privado, y de acuerdo a las condiciones y a la voluntad que determinan las partes.

Frente a la vinculación laboral, se encuentra dos posiciones, la primera de ellas que la crítica, considerando que se evidencia una unilateralidad propia del derecho administrativo, dado que el sometimiento de la ley, y demás normas preexistentes en su vinculación, rompen con la bilateralidad que caracteriza la vinculación de los trabajadores oficiales, que el particular que se convierte en servidor público mediante esta figura, tiene que someterse a situaciones ya predispuestas, como que el empleo público que desempeña el trabajador oficial debe estar incorporando en la planta de personal, con una asignación salarial y otros elementos que en la práctica no pueden ser negociados, si no que por el contrario son impuestos, por lo que no existe un contrato de trabajo como tal si no un contrato de adhesión [6].

La segunda, y que comparto de forma personal, es que en este tipo de vinculación se puede observar algo que yo denomino “Preponderancia del principio de autonomía de la voluntad en la conformación de la relación jurídica”, ya que el contrato de trabajo en este caso al igual que en el derecho privado, debe contener unos requisitos mínimos y sustanciales en su contenido, como lo es: el cargo, plazo, remuneración, subordinación, entre otros; la importancia de este recae es en su naturaleza, en razón a que en esta se materializa el reflejo de un acuerdo de voluntades entre empleado y empleador, y es el producto de esta misma voluntad, la que determina las condiciones, acuerdos y/o cláusulas que regularan la relación laboral, y que en dado caso pueden llegar a mejorar las condiciones básicas legales; es decir, que las condiciones legales que contemplan las normas, se convierten en un referente y lo acordado por las partes puede llegar a mejorarlas [7]; en otras palabras, los trabajadores oficiales pueden llegar a contemplar dentro de sus condiciones laborales es decir en el clausulado del contrato, figuras que ni siquiera están contempladas en la ley para ellos, pero que las partes (empleado y empleador) así lo acuerden. Por este motivo considero que la autonomía de la voluntad si se ve desarrollada, y el hecho de que existan unas condiciones mínimas establecidas en la ley o la norma del caso, no impiden la materialización del acuerdo de voluntades en el contrato de trabajo y que estas puedan ser mejoradas por las partes.

Un ejemplo de lo antes descrito, es la “Comisión para desempeñar un Cargo de Libre Nombramiento y Remoción”, figura que es contemplada en el artículo 2.5.10.29 del Decreto 1083 de 2015, el cual fue modificado por el Decreto 648 de 2017. Esta figura

es propia de los empleados públicos, es decir de aquellos servidores públicos que se vinculan para ejercer funciones públicas mediante el principio de carrera administrativa (concurso de méritos); pero puede llegar a ser incorporada en el contrato de trabajo y ser aplicada según se determine por las partes (Empleador y Empleado) dentro del ejercicio de la relación laboral del Trabajador Oficial.

El contrato de trabajo se convierte en un factor determinante que permite en caso de existir un litigio entre empleador (Estado) y empleado (trabajador oficial), que el juez de conocimiento no sea el Contencioso Administrativo, si no el juez ordinario (laboral), es decir, que en estos casos se aplican todas las reglas procesales establecidas para conflictos laborales de particulares establecidas en el Código Sustantivo de Trabajo. Sobre este aspecto la jurisprudencia ha sido clara en manifestar, que frente a litigios relacionados con la estabilidad laboral de los Trabajadores Oficiales y por ende, los asuntos derivados de los contratos de trabajo, le corresponde al Juez laboral dirimirlos [8]. Por lo tanto se entiende, que el Contrato de trabajo es el elemento determinante, que define el juez de conocimiento competente cuando el litigio involucre un Trabajador Oficial.

Ahora bien, es inevitable cuando se habla de contrato de trabajo no hablar también del principio de “primacía de la realidad”, según el cual: “la realidad de la labor empírica desempeñada por el trabajador, vale más que la forma de vinculación que se pretenda en el contrato”[9]; principio consagrado en el artículo 53 de la CN, y que fue desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia C-665 de 1998 y desarrollado también por el Consejo de Estado mediante la sentencia de radicado No. 85001-23-31-000-2003-0015-01 de marzo de 2010, en donde indico:

“(...) el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la formalidad implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral”

Se declara con ello la existencia de un contrato realidad cuando, se cumplen los tres elementos que constituyen o declaran la existencia de una relación de trabajo:

- 1) La actividad personal del trabajador.
- 2) La dependencia del trabajador del patrono, que otorga la facultad de imponer órdenes.
- 3) La existencia de un salario como contraprestación al servicio prestado [10].

Esto es importante dado que pueden darse situaciones en las cuales la existencia de contratos sucesivos de prestación de servicios [11], pueden llegar a constituir la existencia de un contrato realidad, y por lo tanto que se declare por la autoridad judicial competente la existencia de un contrato laboral. Con esto puede entonces afirmarse, que si bien es cierto de manera regular los trabajadores oficiales se vinculan mediante

un contrato de trabajo, de forma excepcional y soportado bajo el principio de la primacía de la realidad, darse mediante un contrato de prestación de servicios [12].

Como consecuencia de la aplicación del principio de la primacía de la realidad, se puede también dar una extensión de los beneficio legales y convencionales, esto se presenta en el momento en que se demuestra que la vinculación del contratista no fue mediante un contrato de prestación de servicios, si no que se trataba de un verdadero contrato de trabajo, y como consecuencia de esto adquiere la calidad de trabajador oficial, accediendo a los beneficios convencionales, de tal manera, que las prestaciones sociales extralegales adquiridas mediante una convención colectiva de trabajo, se hacen extensivas a estos trabajadores oficiales que adquirieron esta condición mediante la declaratoria de existencia de un contrato realidad.

La Corte Suprema de Justicia al respeto ha manifestado en su jurisprudencia que una vez reconocido el vínculo laboral al contratista y con esto la calidad de trabajador oficial, se hace también reconocimiento de todos los beneficios legales y extralegales que se desprenden de las convenciones colectivas que se encuentren vigentes [13].

3. *El reglamento interno de trabajo*

La segunda fuente derecho el Reglamento Interno de Trabajo, entendiendo este como el conjunto de normas que regulan las condiciones a las que se debe sujetar el empleador como también los trabajadores [14]; este es un documento de suma importancia en toda empresa, debido a que es el compendio de las normas reguladoras de las relaciones internas del empleador con el trabajador en ejercicio de sus labores; la jurisprudencia dio su concepto como:

“El Reglamento de Trabajo es un conjunto normativo, impersonal y estable, objetivo e interno, que tiene por fin procurar el orden y la paz, la seguridad y la solidaridad, como factores indispensables a la actividad laboral y a la dignidad humana, en el proceso económico de una empresa que, al igual que otras formas del derecho de propiedad privada, debe cumplir una función social según exigencia de la misma Constitución Nacional.

Por su ámbito de validez, el Reglamento es una norma particular y circunscrita que no puede contrariar los preceptos generales de la ley configurantes del Derecho Individual y Colectivo del Trabajo” [15].

Este documento es de vital importancia y presta una gran utilidad, en razón a que en el mismo, se establecen las pautas que han de tenerse en cuentas por parte de los comités que lleguen a existir como lo son el de convivencia, bienestar, relaciones laborales, entre otros. Para el caso que nos ocupa es un compendio de normas donde se establecen los derechos y obligaciones de estos trabajadores (Oficiales) en relación a las funciones y servicios que prestan en la empresa y/o entidad, en su contenido se encuentran las pautas y/o directrices que se deben aplicar cuando se presenten situaciones particulares que involucren a los empleados.

3.1. *El Derecho Sancionatorio en el Reglamento interno de Trabajo*

La jurisprudencia ha sido enfática en señalar que los principios rectores que deben respetarse y por lo tanto aplicarse en cualquier actuación sancionatoria, y en este caso, en el proceso sancionatorio administrativo que se estipule en el Reglamento Interno, son los principios de la presunción de inocencia, el de in dubio pro reo, los derechos de contradicción y de controversia de las pruebas, el principio de imparcialidad, el principio nulla poena sine lege, la prohibición contenida en la fórmula non bis in ídem y el principio de la cosa juzgada [16].

Ahora bien, es importante mencionar que los Reglamentos Internos contemplan la existencia de un derecho sancionatorio diferente al establecido en el Código Disciplinario Único, en donde se diferencia no solo la responsabilidad disciplinaria de los Trabajadores Oficiales, sino también su alcance y regulación normativa; este análisis fue realizado por la Corte Constitucional [17], quien expresó que la potestad disciplinaria se manifiesta sobre todos los servidores públicos, entendiendo servidor público como aquella persona natural que presta una función pública bajo la subordinación del Estado, por lo tanto la corte es enfática en ratificar que independiente del tipo de vinculación que tenga la persona con el aparato estatal, el régimen disciplinario cubre a todos los servidores públicos señalados en el artículo 123 de la Constitución Política, incluidos entonces aquellos servidores públicos vinculados mediante contrato de trabajo, los cuales corresponden a los trabajadores oficiales que son hoy materia de estudio.

La ley 734 de 2002 en su artículo 67 y 76, no solo determina las competencias si no también otorga la facultad a las entidades del estado para crear las Oficina de Control Interno Disciplinario, y es así como ciertas entidades como las EICE (Empresas Industriales y Comerciales del Estado) puedan dentro de sus estructura administrativa tener una dependencia encargada de aplicar el Código Disciplinario Único y por lo tanto iniciar investigaciones disciplinarias a su empleados, con excepción del Gerente, quien de forma prevalente es sujeto disciplinario de la Procuraduría General de la Nación.

La acción disciplinaria se presenta por el ejercicio de la función pública, que como servidor público realiza el Trabajador Oficial en ejercicio de sus funciones, y se origina como consecuencia de un incumplimiento de las mismas [18], en otras palabras, del incumplimiento de un deber o de una prohibición, o la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, o la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su fin u objetivo, es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Las sanciones que se definen e imponen se hacen por la Oficina de Control Interno Disciplinario o por la Procuraduría General de la Nación cuando hace uso del poder preferente.

Pueden existir casos en donde la misma conducta o hechos cometidos por el Trabajador Oficial pueden estar también contemplados en el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa y ser por lo tanto susceptibles de una sanción administrativa, en este sentido, es probable que existan situaciones en donde el empleado puede ser suspendido de su

cargo como consecuencia de una sanción contemplada en el reglamento interno de trabajo, y como ocasión de esta misma conducta puede más adelante obtener una sanción diferente como una destitución o suspensión del cargo adicional a consecuencia de un proceso disciplinario. Bajo esta óptica se podría pensar que el empleado es sancionado dos veces por los mismos hechos, lo que evidentemente podría encausarse como una violación al principio de non bis in ídem, sin embargo antes de efectuar esta afirmación, se debe tener en cuenta que el proceso sancionatorio previsto en el Reglamento Interno de la empresa obedece a una sanción de carácter administrativo, determinado de forma conjunta entre empleado y empleador; y que no riñe con las acciones disciplinarias contra los trabajadores oficiales, garantizando y aplicando principios procesales como el debido proceso, el derecho a la defensa, entre otros, este proceso sancionatorio es diferente al disciplinario contemplado en la Ley 734 de 2002.

Para diferenciar claramente Las Facultades Contempladas en el Reglamento Interno de trabajo del proceso Disciplinario, imaginemos una situación en donde un Trabajador Oficial por ocasión de una actuación propia del ejercicio de sus funciones como Servidor Público, cometer una falta contemplada en el reglamento Interno de Trabajo como “Grave”, y faculta al empleador a que pueda terminar de forma unilateral el contrato de trabajo (despido por justa causa), y otra muy diferente, es la terminación de contrato de trabajo ocasionada como consecuencia de un procedimiento previo disciplinario que culmina en una decisión sancionatoria (Ley 734 de 2002) es decir, una sanción disciplinaria.

El ordenamiento jurídico ha permitido, en el caso de los trabajadores Oficiales, que el Estado, en su calidad de empleador, pueda finalizar el contrato de trabajo de acuerdo a unas condiciones o causales específicas establecidas en el Decreto 2127 de 1945, independiente a lo que contemple el Reglamento Interno de las empresa a la cual se encuentren vinculados, diferenciándolas de las facultades que tiene asignadas las autoridades disciplinarias competentes previo la celebración de un trámite específico señalado por la misma ley.

4. *El Derecho de asociación y las convenciones colectivas*

Los trabajadores oficiales al igual que un empleado particular tienen la facultad de conformar sus propios sindicatos conforme lo establece el artículo 38 de la Constitución Política, y los artículos 414 y siguientes del Código Sustantivo de Trabajo; por lo que se encuentran regidos por normas del derecho privado, ejerciendo su derecho de asociación y por lo tanto también la facultad de presentar pliegos de peticiones, con el fin de iniciar un proceso de negociación, que posteriormente se materialice en una convención colectiva garantizando así el cumplimiento del artículo 55 de la CN.

La corte Constitucional cuando hace la revisión de la Ley 411 de 1997, en lo que tiene que ver con el derecho de asociación de los trabajadores oficiales manifestó, que:

“(...) la Corte considera que es necesario distinguir la situación de los trabajadores oficiales y aquella de los empleados públicos. Así, en relación con los primeros, esta

Corporación no encuentra ninguna objeción a esas disposiciones del convenio bajo revisión, ni a los criterios de la recomendación, pues armonizan con los principios y valores constitucionales. Así, el artículo 55 de la Carta garantiza genéricamente el derecho a la negociación colectiva de todos los trabajadores, por lo cual los trabajadores oficiales se encuentran incluidos.”[19]

Es importante tener en cuenta para este análisis, que a diferencia de los pliegos de peticiones y las convenciones colectivas de los empleados públicos, las peticiones de los trabajadores oficiales no se encuentran limitadas o condicionadas, como puede entenderse de la lectura del numeral segundo del artículo 2.2.2.4.1 del Decreto No. 1072 de 2015 que exenta a los trabajadores oficiales de la aplicación del contenido del mismo, limitando a las peticiones de los empleados públicos.

Los trabajadores oficiales entonces, en ejercicio del derecho de asociación, y como consecuencia de las negociaciones de las peticiones de los pliegos presentados, suscriben convenciones colectivas, en donde plasman los beneficios y/o acuerdos que han de aplicarse en su ejercicio laboral, estas convenciones se convierten en una fuente de derecho a favor del empleado por ocasión de su relación contractual. Como prueba de ello, podemos usar el mismo ejemplo relacionado con la figura de la “comisión”, que si bien es cierto fue creada normativamente para los empleados públicos pertenecientes al sistema de carrera administrativa, puede ser aplicada extraordinariamente a un trabajador oficial si la misma es contemplada y establecida por las partes en cualquiera de los tres documentos mencionados, el contrato de trabajo, El reglamento Interno o en una Convención Colectiva.

Igual puede suceder con la figura del “reintegro”, el cual por Regla General como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia no aplica o se presenta con los Trabajadores Oficiales, sobre ello únicamente procede la respectiva indemnización que en la mayoría de los casos corresponde al plazo presuntivo de seis meses, sin embargo, la misma Corte ha enfatizado que de forma excepcional el reintegro podría darse si el mismo es estipulado dentro de una convención colectiva para determinados casos como podrían ser para aquellos empleados que gozan de fuero sindical [20].

Se debe tener en cuenta que las tres Fuentes de derecho mencionadas en este escrito, tienen una base fundamentada en el principio de “favorabilidad laboral”, principio que es contemplado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, y que ha sido ratificado como un mandato a aplicar por la Corte Suprema de Justicia quien determino claramente que la:

“situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho” [21].

Considero que el contrato es la máxima consagración de la autonomía de la voluntad en la relación contractual de un trabajador oficial, ya que es en este, donde convergen la voluntad del empleador y del empleado; diferencia notoria con el reglamento interno y las convenciones colectivas en donde se manifiesta una voluntad que corresponde a la de un interés colectivo, es decir, de un grupo de empleados.

Finalmente y como recomendación practica podemos recomendar que en el caso de presentarse una controversia laboral propia de un Trabajador Oficial, acudimos inicialmente a consultar el clausulado del contrato de trabajo, si este no resuelve o determina que debemos hacer en el caso concreto, acudimos al Reglamento Interno y a las Convenciones Colectivas que se encuentren vigentes, pero dada la posición de la jurisprudencia si aun con esta fuentes de derecho no se dirime una situación concreta del empleado, podríamos interpretar la situación bajo el prisma del principio constitucional de “Favorabilidad laboral”.

CONCLUSIONES

Si bien por regla general los particulares adquieren la categoría de trabajadores oficiales por medio de un contrato de trabajo, encontramos que existen casos en donde en aplicación del principio de “*Primacía de la realidad*”, se puede dar también mediante el contrato de prestación de servicios. Estos casos, se presentan cuando se encuentran los elementos para que sea declarado por la autoridad judicial competente la existencia de un contrato realidad, y por lo tanto, también de una relación laboral. Cuando esto sucede, este trabajador oficial se hace beneficiario de forma extensiva de todos y cada uno de los beneficios convencionales que se encuentren vigentes, indistintamente de que la vinculación se hubiere dado por un contrato realidad derivado de un contrato de prestación de servicios.

Frente a la autonomía de la voluntad de las partes expresada en el contrato de trabajo, existen dos posiciones, una que afirma que la misma no existe, dado que el estado ha dado diferentes parametros que se encuentran de forma previa a la suscripción del contrato preestablecidos, como lo es el salario, al estructura orgánica, la denominación del cargo, el manual de funciones, entre otros; para lo cual lo que existe entonces, es un contrato de adhesión y no de trabajo. Y una segunda, que afirma que el contrato de trabajo de un trabajador oficial es la máxima manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, que las condiciones legales que contemplan las normas, se convierten en un referente y lo acordado por las partes puede llegar a mejorarlas, desarrollando una “*Preponderancia de la autonomía de la voluntad de las partes*”.

El Reglamento Interno y Las Convenciones Colectivas, son fuentes derecho de la relación laboral del trabajador oficial en donde se manifiesta también la autonomía de las partes pero que a diferencia del contrato de trabajo, la autonomía del empleado y/o trabajador no es individual si no grupal, dado que los mismos son sujetos a negociación entre los representantes de los trabajadores, sean el comité de relaciones laborales o los negociadores de la convención colectiva, según el caso.

REFERENCIAS

Constitución Política de Colombia. Artículo 123. Promulgada el 7 de julio de 1991.

Elementos Del Derecho Administrativo. Polo Figueroa, J. (2001) Bogotá. Universidad Sergio Arboleda.

- Artículo 5 del Decreto 3135 de 1968. [Presidencia de la republica]. “Por la cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.
- Derecho Administrativo Laboral. Villegas Arbeláez, J. (2005). Tomo I. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Constitución Política de Colombia. Artículo 125. Promulgada el 7 de julio de 1991.
- Perilla Zamudio Julián F. Empleados públicos y trabajadores oficiales: Un concepto análogo a la luz del ordenamiento legal colombiano vigente. Revista principal IURIS No. 21. 2014; (1): 197-2015.
- Autor Varios. Manual de Derecho Laboral. 1 Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2008.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 10610 Expediente 43847. Del 9 de julio de 2014. MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Obando Garrillo, J. Tratado de Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: (2010) Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Younes Moreno D. Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: (2005). Editorial Temis SA.
- Numeral 3, Artículo 32 Ley 80 de 1993. Congreso de la Republica. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Publica”
- Cortes Morales, M.A. El principio de la primacía de la realidad como garante de los Derechos Laborales de los Trabajadores Oficiales vinculados mediante Contrato de prestación de Servicios. Revista Verba Iuris 40. (2018), (111-127)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia Radicación No. 33772. Del 17 de junio de 2009. MP. Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Artículo 104 Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950. Presidencia de la Republica. Por medio del cual se expide el Código Sustantivo de Trabajo.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia Radicación No. 6199. Del 11 de diciembre de 1980. M.P. Cesar Ayerbe Chaux.
- Corte Constitucional. Sentencia C-555. Del 31 de mayo de 2001. MP. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-280. Del 25 de junio de 1996. MP. Alejandro Martínez Caballero.
- Villegas Arbeláez, J. Derecho Laboral Administrativo. 9 Ed. Bogotá. Editorial Legis.
- Corte Constitucional. Sentencia C-377. Del 27 de julio de 1998. MP. Alejandro Martínez caballero.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Laboral. Expediente 33258. Del 11 de junio de 2008. MP. Luis Javier Osorio López.
- Constitución Política de Colombia. Artículo 53. Promulgada el 7 de julio de 1991

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS: ALGUNOS ASPECTOS COMPARATIVOS

Pre-contractual and contractual liability of the State in Colombian and French law: some comparative aspects

Carlos Andrés Zambrano Sanjuán¹

Resumen: La contratación estatal ha sido entendida como una de las principales formas o herramientas con las que el Estado cumple los fines que constitucionalmente le han sido asignados y satisface las necesidades de la sociedad, de allí su importancia y la necesidad apremiante de que, quienes de una u otra manera tienen contacto con esta área del derecho, tengan una precisión conceptual y un rigorismo técnico en cuanto a los diferentes escenarios configurativos de la responsabilidad en todo el íter negocial, tanto en su fase previa (precontractual) como en la suscripción y ejecución del contrato (contractual); así como en su estructuración, características, fundamentos y efectos en cuanto al ámbito resarcitorio que conlleva cada escenario señalado. A estos efectos, y de manera muy puntual, es que se ha querido abordar la cuestión en el presente trabajo, debidamente delimitado a los aspectos que se han considerado son los más críticos o importantes, labor en la que se ha estimado valioso realizar un estudio comparado con el derecho francés, de donde hemos adoptado la casi totalidad de eventos y figuras que se presentan en el derecho contractual, y como tal, de donde se encuentra un fundamento bien importante dado el origen común que guardan ambos ordenamientos jurídicos.

Palabras Clave: Responsabilidad precontractual del Estado, responsabilidad contractual del Estado, equilibrio financiero del contrato, nulidad del contrato estatal.

1 Abogado, Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible, Procurador Judicial - Procuraduría General de la Nación, Bogotá DC.

Abstract: State contracting has been understood as one of the main forms or tools with which the State fulfills the purposes that have been constitutionally assigned to it and satisfies the needs of society, hence its importance and the pressing need for those who in one way or another have contact with this area of law, to have conceptual precision and technical rigour in terms of the different configuring scenarios of responsibility throughout the whole business, both in its previous phase (pre-contractual) and in the signing and execution of the contract (contractual); as well as in its structuring, characteristics, foundations and effects in terms of the scope of compensation that each scenario entails. To these effects, and in a very punctual way, it is that we have wanted to approach the question in the present work, properly delimited to the aspects that have been considered the most critical or important, work in which it has been considered valuable to carry out a study compared with the French law, from where we have adopted the almost totality of events and figures that are presented in the contractual law, and as such, from where a very important foundation is found given the common origin that keep both legal systems.

Keywords: Pre-contractual liability of the State, contractual liability of the State, financial equilibrium of the contract, nullity of the state contract.

INTRODUCCIÓN

Resulta incuestionable la importancia que, desde la teoría, tiene la contratación estatal dentro de nuestro ordenamiento jurídico como medio para cumplir los fines encomendados al Estado y satisfacer las necesidades de la colectividad (Rodríguez, 2008, pp. 415, 36, 473, 560-565, 573-576; Vidal, 2008, pp. 359-364, 381, 404-405; Younes, 2004, pp. 161-162, 189-192), pero cuya realidad resulta lamentablemente opuesta a esos propósitos esenciales y expectativas de los asociados, unas veces por desconocimiento de la materia, otras por un entendimiento y aplicación incorrectos de los postulados y reglas que la rigen, y en otras, no pocas, por intereses oscuros que sólo buscan generar un lucro ilícito para sí y para quienes hacen parte de ese círculo de defraudación de los recursos públicos, en claro y directo desmedro de esos intereses y fines superiores que, como ya hemos dicho, encierran la contratación pública y las políticas públicas en general (Jiménez, 2013).

Pues bien, en aras de realizar un aporte a la correcta comprensión de tan importante cuestión, hemos querido materializar un trabajo que permita al lector desentrañar el origen y fundamento de algunos aspectos que se consideran esenciales dentro de todo el universo que resulta ser el campo de la contratación estatal, y a tal efecto, hemos considerado pertinente y valioso realizar un estudio de derecho comparado con el ordenamiento francés y la manera en que allá funcionan tales aspectos puntuales.

Dicha selección obedece, esencialmente, a que es del derecho francés que nuestro ordenamiento jurídico, desde tempranos momentos de existencia, ha tenido como fuente y referencia en los campos civil (de donde indudablemente tiene un punto de partida el derecho contractual, en general, y el de la contratación administrativa o pública, en especial), en el régimen de la contratación, el derecho de las obligaciones (que subyace como basamento esencial de la teoría de los contratos) y en el de la responsabilidad en general (Benavides, 2004, p. 133; Hinestrosa, 2002, p. 48; Ospina, 2008, p.3; Piñarte, 2018, pp. 16, 31).

De otra parte, se ha seleccionado el derecho francés también por otro aspecto, y es el que se pasa a explicar brevemente:

Como es bien sabido por quien tenga conocimientos básicos en responsabilidad y el derecho de daños, la responsabilidad que surge o emana de todas las etapas de la contratación pública resulta ser un campo sumamente amplio, que abarca un gran número de eventos, tesis y situaciones que conllevan a diferentes soluciones o formas de reparar los daños que se ocasionan en el íter negocial, bien sea a modo compensatorio o de indemnización plena, según sea el caso, y además, el propio marco teórico y normativo también difiere de si estamos frente a la etapa previa al nacimiento del contrato -en cuyo caso estamos frente a la denominada responsabilidad precontractual- o, si por el contrario, el contrato ya existe, ya se ha perfeccionado -la responsabilidad contractual propiamente dicha-.

Así las cosas, y comoquiera que no es el propósito del presente documento abarcar de manera exhaustiva todo el ámbito de responsabilidad del Estado tanto en la etapa pre-

contractual como en la contractual -entre otras cosas, porque ello resulta imposible por escapar a los fines y objeto de este escrito-, se ha querido delimitar este estudio a cuatro aspectos muy concretos y que se estiman son sumamente relevantes, dos de la etapa precontractual y dos de la contractual, cuyos fundamentos u orígenes fueron tomados o traídos precisamente de la normatividad y doctrina francesas, o que encuentran en éstas un fuerte referente que justifica un análisis de derecho comparado como el que acá se propone.

Estos cuatro temas seleccionados son: para la etapa precontractual, la nulidad (absoluta) del contrato estatal y la responsabilidad del Estado frente a la frustración del negocio jurídico de alguno de los proponentes, es decir, la responsabilidad que surge para la administración por no haber seleccionado como contratista al mejor oferente; y en cuanto a la etapa contractual, se analizará el incumplimiento del contrato y el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato -también denominada de antaño en Francia como la responsabilidad contractual sin culpa- ; todo ello enmarcado igualmente dentro del estricto ámbito de la responsabilidad, es decir, y de manera principal, los efectos de estas figuras y la forma de reparación del daño que por su ocurrencia o configuración puedan dar lugar.

De otra parte, y ya para finalizar la introducción pertinente al caso, hemos de dejar sentadas dos bases, necesarias de ser reiteradas y aclaradas: tanto en el derecho colombiano como en el francés resulta indudable la influencia de las nociones civilistas en el ámbito del derecho contractual administrativo, eso sí, siendo en Francia una influencia o sujeción muchísimo más fuerte que en nuestro país, a tal punto, que en la última modificación del Code Civil, que entró en vigencia a partir de octubre de 2016, se efectuó una labor integradora en la noción y tratamiento de todos los contratos, que ha llevado a que la propia doctrina empiece a reconocer y hablar de una auténtica fuerza encaminada a la consolidación de un “derecho común de los contratos” (Piñarte, 2018, pp. 10, 27-32), en donde, por supuesto, están incluidos todos los administrativos.

Consonante con lo anterior, y como segundo aspecto, dada esa fuerza integradora tan fuerte en el derecho francés, y por ausencia de un auténtico y completo estatuto contractual, como sí ocurre en Colombia, prácticamente todas las figuras, fenómenos, efectos y demás aspectos sustanciales y accidentales de los contratos, tienen su regulación e interpretación por vía de aplicación de las reglas civiles.

Así pues, teniendo en cuenta el anterior prolegómeno, necesario para marcar un punto de inicio conceptual al lector, entremos en el desarrollo mismo del trabajo que nos ocupa.

I. *La etapa precontractual*

Como lo anotamos hace un momento, se han seleccionado dos temas claves que se presentan o que tienen su origen dentro de la etapa precontractual: el de la configuración de las nulidades absolutas y la responsabilidad de la administración por no seleccionar al mejor proponente.

No obstante, y antes de dar inicio formal al temario propuesto, resulta necesario efectuar una pequeña acotación respecto del primero de los temas, este es, el de las nulidades: evidentemente se trata de un fenómeno que normalmente -por no decir que siempre- se ve reflejado o se manifiesta cuando ya existe el contrato, cuando se ha perfeccionado, situación que haría pensar inicialmente en que se trata de un aspecto cuyos efectos deberían ser estudiados dentro del campo de la responsabilidad contractual; sin embargo, hay que tener siempre presente que lo anterior sólo lo es en apariencia, pues en el fondo, y en estricta precisión jurídica, las nulidades son situaciones que se estructuran y configuran en la etapa precontractual y hasta el momento mismo en que el contrato se perfecciona (Consejo de Estado, Sección Tercera, 28010, 2007), es decir, claramente es un aspecto que ha de estudiarse en el campo de la responsabilidad precontractual, aun cuando su declaratoria y efectos se manifiesten frente al contrato viciado ya existente o incluso en ejecución.

Ahora sí, demos inicio sin más dilaciones a la temática propuesta.

- Las nulidades absolutas

En Colombia, y reiterando lo dicho hace un momento, tenemos un Estatuto de la Contratación Pública, contenido en la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 y reglamentada por una larga lista de decretos expedidos por el gobierno nacional. Dentro de este estatuto, específicamente en su artículo 44, se han consagrado las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, en donde se han señalado como tales la celebración del contrato con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o contra expresa prohibición constitucional o legal, o con abuso o desviación de poder, o cuando se declaren nulos los actos administrativos que le sirvan de fundamento, o se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

Adicionalmente, complementando ese listado *numerus clausus*, una causal abierta contenida en la fórmula "...en los casos previstos en el derecho común...", con lo cual hemos de remitirnos, forzosamente, a lo establecido en las reglas civiles y comerciales pertinentes, estas son, el artículo 1741 del Código Civil (por objeto o causa ilícitas, por omisión de algún requisito o formalidad esencial y por haberse celebrado con persona absolutamente incapaz) y el artículo 899 del Código de Comercio (por objeto o causa ilícitas, por haberse celebrado con persona absolutamente incapaz -ambas recogidas del Código Civil- y por contrariar normas imperativas, caso este último siempre y cuando la ley no disponga de otra cosa).

Ahora bien, y a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, en Francia, por la ausencia de un estatuto o codificación contractual pública, y producto de ello la remisión obligada a las reglas civiles, las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales se encuentran contenidas únicamente en el Code Civil, esto es, por ausencia o contravenir alguno de los requisitos contenidos en su artículo 1108, y que son: consentimiento de la parte que se obliga, capacidad del contratante, un objeto cierto y una causa lícita.

En este punto resulta necesario efectuar una importante precisión, que aunque parezca trivial, reviste notable relevancia por sus efectos: en Francia no se habla unívocamente de la nulidad del contrato como tal, sino de las causales de invalidez del contrato, por una diferencia conceptual esencial con nuestro Código Civil: recordemos que en Francia, a diferencia nuestra, no se aplica la teoría del título y el modo, lo que resulta fundamental para determinar en muchos casos el perfeccionamiento del contrato y el riesgo de la cosa debida (Benavides, 2004, pp. 146-149).

Y de otra parte, por la tesis que cada estatuto sustantivo prohijó frente a la naturaleza misma del régimen de nulidades: mientras el Code Civil francés tomó la postura de la invalidez del contrato viciado, generando la discusión aún no superada del todo de si la nulidad produce efectos de pleno derecho, con lo cual no requeriría, siempre y en todo caso, de pronunciamiento judicial como en Colombia, sino que las partes mismas podrían desligarse autónomamente del vínculo negocial y de las obligaciones por éste adquiridas; a su turno, el Código Civil colombiano, de la mano de don Andrés Bello, prefirió adoptar una tesis menos problemática y más pragmática, que es la de la ineficacia de los actos jurídicos existentes pero viciados en su formación (Ospina y Ospina, 2005, pp.434-439), con lo cual la discusión anotada no tiene cabida.

Vistas de ese modo las cosas, frente a las causales de estructuración de los vicios de nulidad absoluta, ambos ordenamientos, si bien coinciden en unos puntos concretos -aquellos que emanan de las respectivas codificaciones sustantivas civiles, específicamente, sobre objeto y causa lícitos y la capacidad para contratar-, difieren sustancialmente respecto de la especificidad del derecho administrativo y del interés público que reviste el contrato estatal, que en Colombia, a diferencia del derecho francés, sí es tenido en cuenta y sí ha consagrado ese régimen especial de los contratos públicos, haciendo más extensiva las causales o eventos en que puede dar lugar la nulidad absoluta de éstos, cuando está de por medio la afectación de ese interés superior y la vulneración de los principios de transparencia, objetividad, buena fe, imparcialidad, igualdad y moralidad, contenidos en nuestro ordenamiento jurídico y que guían y determinan los procesos contractuales públicos.

En cuanto a los efectos de la nulidad decretada, también encontramos una diferencia importante entre ambos ordenamientos: si bien es cierto tanto en Colombia como en Francia el efecto de la nulidad de los contratos -sean éstos de la naturaleza que fueren: civiles, comerciales o administrativos- es siempre proceder a las restituciones mutuas, en cuanto se entiende que debe operar una ficción legal como si nunca hubiera existido el contrato, y en consecuencia, se erige el derecho-deber de las partes de quedar en la misma situación en que se encontraban al tiempo de la celebración del acto, con la consecuente extinción de las obligaciones por éste surgidas a las partes, por lo que opera los efectos ex tunc de dicha declaratoria de nulidad, en el derecho colombiano, y en virtud de lo establecido en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, es posible obtener por parte del contratista el pago de las prestaciones ejecutadas, incluso, si la nulidad decretada proviene de causa u objeto ilícitos, caso este último que no es posible en el derecho francés.

- La responsabilidad del Estado y la indemnización de perjuicios en la etapa precontractual.

Ahora bien, frente al campo de la responsabilidad precontractual civil, ambos ordenamientos jurídicos, por su origen común, tienen como fuente de la misma la llamada culpa in contrahendo. Sin embargo, respecto de la responsabilidad precontractual del Estado, se presenta una situación diferente, que separa totalmente ambos ordenamientos.

En Francia, como se ha referido con antelación, el tema de la contratación del Estado se rige fuertemente y de manera casi prioritaria con base en las reglas y principios del derecho civil, razón por la cual la aludida culpa in contrahendo se constituye en el principal fundamento de la responsabilidad precontractual, basado en el principio formulado por Ihering según el cual “quien genera daños en virtud de las negociaciones preliminares... [debe ser] obligado a repararlos” (Oviedo, 2008, p. 102).

En virtud de lo anterior, claramente el ámbito de reparación del daño está enmarcado por lo que la doctrina identifica como interés negativo, este es, los gastos o erogaciones que para la parte afectada implicó el haber estado inmerso en unas tratativas frustradas, y que, claramente, se trata de un daño emergente: es el costo de la negociación, en contraposición al interés positivo, que es típico de la responsabilidad por incumplimiento contractual y que permite resarcir no sólo el daño emergente, sino la utilidad o ganancia esperada con ocasión del contrato incumplido o desfallido.

Importante destacar que dentro de la reparación del daño en el campo de la responsabilidad precontractual en Francia también es aceptado ampliamente por la doctrina la posibilidad de indemnizar por la pérdida de la oportunidad a quien, por estar dentro de unas tratativas que al final se frustran por violación a la confianza y buena fe por la contraparte negociadora, deja de incursionar o participar en otro u otros proyectos contractuales que le hubieran reportado igualmente una ganancia, claro está, evento éste que debe reunir las condiciones suficientes como para tenerlo como perjuicio cierto y determinable, y no como uno incierto o indeterminado, que no puede dar lugar a reparación alguna (Henao, 1998, pp. 159-160, 165-166; Le Tourneau, 2004; Mendieta, 2011, pp. 58-65; Oviedo, 2008, pp. 109-112).

Por su parte, en Colombia opera esta responsabilidad precontractual del Estado de manera diferente, y es desde la óptica de la anulabilidad del acto de adjudicación del contrato -como uno típico separable de éste-, y en los términos y requisitos establecidos jurisprudencialmente para ello.

Significa lo anterior, y de conformidad con el Consejo de Estado (Sección Tercera, 26332, 2014), que quien pretenda obtener una reparación del daño que le produjo el no haber sido seleccionado como contratista por parte de la administración, debe acreditar suficiente y satisfactoriamente dos cosas: uno, que el acto de adjudicación del contrato, que es el demandable en los términos del artículo 141 inciso 2 de la Ley 1437 de 2011, adolece de alguna causal de nulidad de las establecidas en el artículo 137 *Ibidem*; y dos, bien importante, debe probar que su propuesta era la mejor, por encima de todas las demás presentadas.

Ha dicho el Consejo de Estado:

[P]ara acceder al reconocimiento de perjuicios derivados de la nulidad del acto de adjudicación, por escogencia indebida de la mejor oferta, no basta cuestionar y demostrar la ilegalidad del acto administrativo, ni exponer los vicios de que adoleció el proceso de selección –aunque es presupuesto indispensable–; también es necesario que el demandante acredite que su propuesta cumplía las exigencias del proceso de selección y que además ocupaba el primer lugar en la evaluación. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 26332, 2014).

La prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación y de la consecuente condena a la indemnización de perjuicios derivada de la privación del derecho a ser adjudicatario, está condicionada a que el demandante demuestre: i) que el acto de adjudicación es contrario al ordenamiento que rige la selección del contratista porque no contiene la escogencia de la mejor propuesta y ii) que se demuestre que, mediante el sometimiento estricto a las normas que rigen la escogencia del contratista, se deduce que el actor hizo la mejor propuesta. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 15963, 2008).

Acreditado lo anterior, el participante o proponente dentro del proceso de selección de contratista tiene derecho, como marco indemnizatorio, a que se le repare, además del interés negativo (daño emergente: los gastos en que incurrió en el proceso contractual), el interés positivo, pero en los términos que jurisprudencialmente se ha establecido, esto es, al pago de la utilidad esperada con la ejecución del contrato que fue indebidamente adjudicado a otro oferente, pero calculada, dicha utilidad frustrada, sobre el valor o porcentaje que el propio oferente incluyó en su propuesta, y que está establecido en el respectivo AIU que propuso para el contrato:

La Sala, con fundamento en lo expuesto en precedentes providencias, considera que el perjuicio material que padece el sujeto privado injustamente del derecho a ser adjudicatario, está definido a partir de la utilidad proyectada en su propuesta. En consecuencia, habrá de liquidarse la indemnización correspondiente con fundamento en el porcentaje de la utilidad esperada por el actor, calculada con fundamento en el AIU propuesto para el contrato, que corresponde a i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista (A); ii) los imprevistos, que es el porcentaje “destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato” (I) y iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato (U). (Consejo de Estado, Sección Tercera, 15963, 2008).

II. *La etapa contractual.*

Como segunda parte del presente trabajo tenemos lo atinente a la responsabilidad contractual del Estado que, como lo señalamos al inicio, hemos delimitado a dos aspectos sustanciales, que son los que básica y esencialmente resumen todo lo relevante a este tipo de responsabilidad y que concitan el mayor interés de parte de la doctrina nacional

y foránea: el incumplimiento o desfallecimiento contractual, y el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato o “responsabilidad sin culpa”.

Veamos pues, cada una de estas situaciones:

- La responsabilidad del Estado por el incumplimiento contractual

Respecto de la responsabilidad del Estado surgida por el incumplimiento contractual, existe coincidencia entre los ordenamientos jurídicos colombiano y francés frente a la forma de indemnizar al contratista los daños ocasionados con dicho incumplimiento: una indemnización plena en ambos casos.

Sin embargo, el fundamento de esa responsabilidad difiere totalmente en uno y otro caso, pues mientras en Francia resulta ser la noción de culpa contractual (Le Tourneau, 2004, pp. 27-38, 99-120, 121-131), que tiene su origen en el derecho civil, en Colombia el fundamento de esta responsabilidad, como sucede con toda la responsabilidad del Estado en general, se encuentra establecido en el artículo 90 de la Constitución Política (Corte Constitucional, C-333 de 1996).

Teniendo en cuenta lo anterior, a pesar de que en Francia el fundamento de esta responsabilidad se encuentra en las reglas civilistas y en el concepto de la culpa, como régimen subjetivo que resulta inherente a toda la tradición que viene desde el derecho romano (Cortés, 2009, pp. 95-99 y 195-202; Le Tourneau, 2004), y que en nuestro ordenamiento jurídico dicho fundamento se encuentre expresamente recogido en la propia Constitución Política (en el citado artículo 90), en ambos casos los efectos resultan ser los mismos, estos son, el contratista, tanto en Francia como en Colombia, tiene derecho a obtener una indemnización plena de sus perjuicios.

Así las cosas, la diferencia entre ambos ordenamientos se termina evidenciando de cara al proceso judicial en sí mismo: mientras en Francia al contratista le basta con demostrar la “culpa” de la administración que dio lugar al incumplimiento presentado, para que se proceda a la respectiva indemnización de perjuicios de manera plena (incluyendo daño emergente, lucro cesante e, incluso, porque nada lo excluye, los daños inmateriales que se puedan probar en el proceso); en Colombia, para idéntico fin, requiere acreditar los dos elementos de la responsabilidad que se encuentran establecidos en la Carta Superior: la ocurrencia de un daño con categoría de antijurídico, y su imputabilidad a la administración.

Respecto de la configuración de estos elementos de la responsabilidad contractual en el derecho colombiano, la doctrina, con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sección Tercera, 14043, 2004), ha señalado:

El primer elemento determinante de la responsabilidad, el daño, se concreta en el ámbito contractual con la lesión del derecho de crédito del contratista, derecho determinable mediante el análisis de las prestaciones contractuales pactadas, en el entendido de que

solo [sic] es un daño indemnizable el que no se derive de la concreción de un riesgo asumido por él.

En efecto, de conformidad con el principio tradicional de riesgo y ventura, propio de los contratos, el contratista debe soportar su aleas [sic] normal, es decir, las mayores ganancias sobre las previstas y también las posibles pérdidas, todo lo cual guarda consonancia con las premisas del *pacta sunt servanda*, de la *lex contractus*, y del precio nominalista cierto.

El segundo elemento, imputación, consiste en la atribución jurídica del daño al Estado, mediante la aplicación de un título o fundamento de imputación. Al efecto resulta necesario demostrar que el daño del co3ws l'kpouytntatista tuvo por causa la obligación incumplida por la entidad [...]. (Hernández, 2008, p.172).

De conformidad con lo señalado, resulta entonces de vital importancia, tanto en el derecho colombiano como en el francés, tener presente la distribución de los riesgos contractuales y el cumplimiento de las cargas precontractuales -entre ellas la estructuración diligente del principio de planeación-, situaciones todas ellas que aunque se configuran en la etapa precontractual, su manifestación se concreta es en la ejecución del contrato, precisamente como factor que conlleva a su desfallecimiento, pero que, en el evento de que el contratista haya sido quien hubiera asumido a su cargo el riesgo que posteriormente se concreta, o dado lugar a su configuración por su falta de diligencia al momento de sentar las bases del contrato, libera entonces de responsabilidad a la entidad contratante.

Para finalizar este tema, resulta importante efectuar una precisión respecto de un asunto en que la normatividad colombiana, a diferencia de la francesa, parece caer en grave confusión: por una desafortunada técnica legislativa, o quizá por una errada conceptualización del ámbito de la responsabilidad contractual del Estado con culpa y sin culpa, el artículo 5° numeral 1° inciso 2° in fine de la Ley 80 de 1993, establece, como uno de los eventos en que procede a favor del contratista el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, el incumplimiento de la entidad estatal contratante. Lamentable error que puede llevar a situaciones injustas para los contratistas.

Como pasaremos a analizar en detalle en el siguiente -y último- tema a abordar de este trabajo, el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato no es una responsabilidad por incumplimiento contractual, por el contrario, se trata de aquellos eventos en los que se presenta un perjuicio para alguna de las partes, pero sin que opere un hecho de alguna de ellas encaminado a obtener esa lesión del crédito de su cocontratante, es decir, son casos que la doctrina, de vieja data, ha considerado como típicos de responsabilidad contractual sin culpa.

En consecuencia, y tal y como lo acabamos de explicar, el incumplimiento del contrato por parte de la entidad estatal tiene como fundamento, aquí, en Francia y en todo el derecho que proviene de la tradición romano-germánica, el concepto de culpa contrac-

tual, de la intención de alguno de los cocontratantes de sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones surgidas en virtud del vínculo negocial, y por ende, se reitera, la forma en que opera la indemnización de perjuicios para la parte afectada es plena, esta es, permite la reparación de todos los perjuicios que el aludido incumplimiento le haya podido ocasionar, tanto materiales (daño emergente y lucro cesante) como inmateriales.

Como bien lo precisa Hernández (2008, p. 186):

El incumplimiento es determinante de la responsabilidad contractual del deudor, independientemente de la forma como se produzca el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, de manera que, una vez que se demuestre aquel [sic] y se prueben los perjuicios materiales e inmateriales derivados del mismo, resulta procedente declarar la responsabilidad contractual de la entidad incumplida y disponer la reparación integral de todos los perjuicios padecidos por el contratista.

Confundir ambos escenarios, totalmente diferentes, como mal lo hace el texto de la norma citada, conlleva a extraer del campo de la responsabilidad contractual con culpa el incumplimiento del contrato por parte de la entidad contratante para integrarlo dentro del ámbito de la responsabilidad sin culpa, algo realmente absurdo, y peor aún, por vía de semejante imprecisión, terminar conculcando los derechos legítimos del contratista afectado con tal incumplimiento, pues perdería su derecho cierto e indiscutible de obtener una indemnización plena de perjuicios, propia de la responsabilidad con falta o culpa, y pasaría al escenario precario de obtener, ya no una indemnización, sino una mera compensación, y a simple punto de no pérdida, como es natural en la mayoría de los eventos de la responsabilidad contractual sin culpa.

Como se observa, realmente ilógico, injusto, inequitativo y contrario a las reglas del derecho de daños y de la responsabilidad propias de esa tradición continental-europea, como lo son los ordenamientos jurídicos francés y colombiano.

- El desequilibrio de la ecuación financiera del contrato (responsabilidad sin culpa).

Ya para culminar esta segunda parte, y con ello la labor pretendida con este escrito, hemos de analizar la figura del desequilibrio financiero -o de la ecuación financiera- del contrato estatal, o como lo llama la doctrina, la responsabilidad contractual sin falta o sin culpa (Benavides, 2004, p. 133).

El equilibrio financiero del contrato, que tiene como fundamento el principio de equidad “frente a la transacción económica que se concreta en el contrato conmutativo” (Benavides, 2004, p. 144), puede ser definido como:

[L]a proporcionalidad o correspondencia existente entre las obligaciones y facultades de cada una de las partes del contrato conmutativo, que surge a la fecha de su celebración y que está concebido para orientar las relaciones de las partes, durante toda la vigencia de un contrato de tracto sucesivo o sometido a plazo o condición. (Hernández, 2008, pp. 172-173).

A su turno, la doctrina francesa lo ha entendido, desde sus orígenes, de modo prácticamente idéntico. De Soto (1950) citado por Benavides (2004, p. 136), lo explica de la siguiente manera:

Se presume que las obligaciones de las partes han sido calculadas de tal suerte que reflejan un equilibrio desde el punto de vista financiero, y el juez del contrato deberá esforzarse por mantener este equilibrio cualquiera sea su costo. Las prestaciones de los contratantes están correlacionadas entre sí, de tal suerte que si las de uno aumentan o disminuyen es necesario, de conformidad con la equidad, la finalidad del contrato (y con la común intención de las mismas partes), que las del otro vayan en el mismo sentido.

Ahora bien, respecto del soporte normativo y el fundamento conceptual en que se cimenta el postulado del “equilibrio financiero del contrato”, tenemos lo siguiente:

Como lo señalamos hace un instante, tanto en Colombia como en Francia se trata de una figura que encuentra sustento en los principios de equidad y buena fe. No obstante, en el derecho francés también lo fundamentan, como principio del derecho contractual público propio de ese sistema, en la solidaridad especial que la administración tiene para con su contratista -lo que no opera en nuestro ordenamiento jurídico-, y en la regla de interpretación de los contratos de la común intención de las partes, que tampoco tiene cabida en nuestro país (Benavides, 2004, pp. 135-139, 144).

Al respecto resulta pertinente traer en cita al profesor Benavides (2004, p. 157), quien explica con claridad estas diferencias conceptuales:

[E]l Consejo de Estado francés desarrolló un sistema de responsabilidad dividido en las distintas teorías de responsabilidad (hecho del príncipe, imprevisión, sujeciones imprevistas) que brindan un tratamiento específico según las circunstancias y la concreción del equilibrio equitativo inherente a cada contrato. Equilibrio entre el interés general y el interés lícito de obtención de provecho por parte del contratista; equilibrio entre el principio de imputación del hecho generador de perjuicio, esencial en todo sistema de responsabilidad, y la solidaridad para con el contratista, colaborador de la administración.

Por el contrario, el artículo 27 de la Ley 80 enuncia como principio fundamental de la responsabilidad la conservación de la ecuación inicial, entendida como el conjunto de derechos y deberes de las partes, definido en el momento de la celebración del contrato. Por consiguiente, las partes y el juez deberían estar obligados a restablecer esta equivalencia cuando los eventos nuevos vienen a romperla. No hay, en consecuencia, una ayuda especial de la entidad contratante para con su contratista, como en el derecho francés, sino un derecho, que tienen no una sino las dos partes (contratista y entidad contratante), a la conservación de la ecuación definida por las condiciones iniciales.

Por otro lado, en cuanto a su previsión normativa, mientras en Colombia se encuentra consagrado expresamente en el estatuto contractual (Ley 80 de 1993), específicamente en sus artículos 5 numeral 1º, 27 y 28; en Francia no existe tal positivización, además

de los soportes conceptuales en que se apoya y que acabamos de señalar, obran en su ordenamiento jurídico reglas civiles generales que le permiten darle fundamento normativo a esta figura, como por ejemplo, el Code Civil en sus artículos 1101 a 1107, pero particularmente sus artículos 1134 (ejecución de buena fe de los contratos) y 1135 (la equidad como criterio para determinar las obligaciones surgidas de los contratos); es decir, se trata de una figura que ha sido desarrollada amplia y preponderantemente por parte de la doctrina y la jurisprudencia francesas.

Teniendo en consideración lo anterior, tenemos, a modo de conclusión preliminar, dos situaciones que resultan totalmente diferentes -casi que contrapuestas- en la forma en que se materializa en el derecho colombiano y el francés el principio del equilibrio financiero del contrato:

Por la clara redacción del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato ha sido consagrado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho-deber para ambas partes, contratista y entidad contratante, lo cual no sucede en el derecho francés, dado que por su lógica y fundamento en el principio de solidaridad para con el contratista, no resulta posible o admisible la alteración de ese equilibrio en contra de la administración, sino única y exclusivamente para el contratista, dado que éste es su colaborador; o como señala Benavides (2004, p. 144) “la entidad contratante nunca puede, en el derecho francés, beneficiarse del principio de la ecuación financiera del contrato”.

Y adicionalmente, concordante con lo anterior, el principio de intangibilidad del precio del contrato también difiere radicalmente en uno y otro ordenamiento jurídico: mientras en Colombia opera a favor de ambas partes, en Francia sólo lo hace a favor del contratista (Benavides, 2004, p. 144).

Entrando en el fondo de la materia, tenemos que dentro de la responsabilidad contractual sin culpa existen tres teorías clásicas, de origen francés, a saber: las sujeciones imprevistas (o sujeciones materiales imprevistas), la imprevisión y el hecho del príncipe. Adicional a ello, en Colombia, por virtud de la consagración y ejercicio de las denominadas “cláusulas exorbitantes al derecho común”, también se presenta una clase muy especial de este tipo de responsabilidad, y es el que la doctrina llama *ius variandi*, tema que abordaremos someramente al final del capítulo.

Grosso modo, podemos definir estas teorías de la siguiente manera concisa:

Las sujeciones imprevistas son aquellas dificultades materiales, físicas, de terreno, de carácter absolutamente anormal, totalmente imprevistas e imprevisibles para las partes al momento de celebrar el contrato, y que hacen considerablemente más onerosa su ejecución.

La imprevisión, por su parte, consiste en aquella situación que se presenta cuando por actos o hechos ajenos a las partes, totalmente imprevisibles para ellas al momento de

la celebración del contrato y que se configuran con posterioridad a éste, alteran el equilibrio económico de manera grave y anormal, a tal punto que, sin que imposibilite su ejecución, lo hacen mucho más oneroso.

Finalmente, el hecho del príncipe, en su acepción aceptada y recogida actualmente tanto en el derecho francés como en el colombiano, que es la *stricto sensu*, tenemos que es aquella afectación o alteración grave que sufre la ejecución del contrato (su ecuación financiera) por cuenta de los actos generales y abstractos que expide la propia entidad contratante en ejercicio legítimo de sus funciones públicas.

A partir de esas definiciones generales, podemos entonces, como lo hace el profesor Benavides (2004, p. 134), identificar el criterio de distinción de dichas teorías, por medio del álea que se presenta o configura en cada una de ellas: al álea físico, corresponde las sujeciones imprevistas; al álea económico, la imprevisión; y al álea administrativo, el hecho del príncipe.

Ahora bien, veamos las particularidades de cada una de estas figuras y, bien importante, su aplicación en Colombia y en Francia:

- Las sujeciones (materiales) imprevistas

Como lo vimos hace un momento, se trata de aquella dificultad de orden material, resultante de las condiciones físicas del terreno o de un fenómeno natural, ambiental, climático o geográfico, que por ende, se constituye en un álea material, como por ejemplo, suelos anormalmente inestables, condiciones del subsuelo, rocas más duras de lo esperado, obras o infraestructura enterradas cuya existencia se desconocía por completo, etc. (Benavides, 2004, p. 430). Debe ser además ajeno a las partes, imprevisible e imprevisto para ellas al momento de la celebración del contrato, y de una entidad grave y anormal, de tal suerte, que exceda o “sobrepase de manera extraordinaria el álea normal del contrato” (Benavides, p. 432) y que sus consecuencias frente a la economía del contrato también sean extraordinariamente graves.

En Francia esta figura es reconocida y aplicada por los jueces de manera autónoma a las demás, contrario a lo que sucede en nuestro país, donde este tipo de situaciones (sujeciones materiales imprevistas) son estudiadas y resueltas a la luz de la teoría de la imprevisión, como una especie de ésta (Hernández, 2008, p. 174).

Asimismo, otra diferencia importante entre ambos ordenamientos jurídicos radica en su forma de indemnización, toda vez que mientras en Francia procede para estos casos una indemnización integral o plena del contratista, incluyendo por supuesto todos los daños materiales (en sus vertientes de daño emergente y lucro cesante) e incluso los inmateriales que se puedan llegar a acreditar; en Colombia, por ser una especie o variante de la teoría de la imprevisión, el contratista únicamente tiene derecho al pago de los mayores costos y sólo hasta el punto de no pérdida, por lo que se excluye cualquier posibilidad de reparación o indemnización de la utilidad esperada.

Esta diferencia entre ambos ordenamientos radica en el hecho de que en Francia, como hemos visto, al contratista se le tiene como un colaborador al cual le asiste por ende una ayuda especial por parte de la administración (solidaridad para con el contratista) ante eventos imprevistos y ajenos a las partes que ocasionen un rompimiento del equilibrio económico del contrato; y además, por cuanto en Francia la administración asume todos los riesgos que implican la elaboración de los estudios previos, incluso los imprevistos, entre ellos, los atinentes a las condiciones físicas del terreno y del subsuelo.

- La imprevisión

Retomando la definición general que se hizo líneas atrás, tenemos que la imprevisión es aquella situación “que padece el contratista afectado por un acto o un hecho extraño e imprevisible, que entorpece gravemente la ejecución del contrato” (Hernández, 2008, p. 174), pero sin llegar a imposibilitar de manera absoluta su ejecución, toda vez que si se llega a presentar una imposibilidad de esas, estaríamos entonces frente a la configuración de una fuerza mayor, que tanto en el derecho francés como en el colombiano excluye la responsabilidad de las partes por el incumplimiento contractual que acarrea.

Se trata, veámos también, de un álea económico, cuyas características esenciales son su imprevisibilidad al momento de contratar, la externalidad (es un hecho ajeno a las partes) lo que excluye de tajo, desde luego, cualquier comportamiento culposo de las partes, debe tener la facultad de afectar sustancialmente las prestaciones contractuales estipuladas desde un principio, y debe constituir una situación verdaderamente extracontractual como consecuencia de la presencia del hecho imprevisto, que obliga al contratista a asumir unos efectos que escapan al marco contractual y que ponen en serio riesgo no sólo la ejecución misma del contrato, sino su propia estabilidad económica.

Tanto en Colombia como en Francia, el propósito de esta teoría es “evitar que el contrato se paralice y se posponga la satisfacción del interés público... evita[r] que el contratista detenga la ejecución del contrato, en perjuicio de los intereses comunes que orientan la contratación estatal” (Hernández, 2008, p. 174); incluso, en Francia, si acaso el contratista llega a paralizar o suspender la ejecución del contrato “pierde el derecho a ser indemnizado sobre la base de la teoría” (Benavides, 2004, p. 443).

En punto a la indemnización que procede por la aplicación de la teoría de la imprevisión, existe identidad en el derecho colombiano y el francés, en cuanto que en ninguno de los dos esta figura estructura la responsabilidad del Estado, dada la ausencia de imputación del hecho a la administración por ser, precisamente, totalmente externo a las partes, y en consecuencia, el contratista, sea en Colombia o sea en Francia, no tiene derecho a una indemnización plena o integral de los perjuicios que le pueda ocasionar el hecho imprevisto, sino única y exclusivamente a que se le compensen o reintegre el valor de los mayores costos en que hubiere incurrido para poder cumplir con el contrato en esas nuevas y adversas condiciones, es decir, la administración está obligada solamente a llevar a su contratista a un punto de no pérdida (Benavides, 2004, p. 443; Hernández, 2008, pp. 176-180).

- El hecho del príncipe.

Ahora bien, como tercera teoría tenemos el hecho del príncipe, que como anotábamos supra, se ha enmarcado dentro de su noción estricta, por ser la que opera tanto en el derecho colombiano como en el francés, y que, recordemos, consiste en la alteración grave del equilibrio financiero del contrato “a consecuencia de la incidencia refleja de un acto general y abstracto que profiere la propia entidad contratante, en ejercicio de sus funciones públicas” (Hernández, 2008, p. 184).

Corresponde a esta teoría, decíamos, un álea administrativa, y se configura bajo las siguientes características: se trata de un hecho imprevisible para las partes al momento de celebrar el contrato, pero a diferencia de las anteriores, no es ajeno a ellas, pues un elemento sustancial del hecho del príncipe es que el acto que genera el desequilibrio económico del contrato debe ser imputable exclusivamente a la entidad contratante. Además, el perjuicio que ocasiona al contratista debe ser grave, cierto y directo, por lo que se excluye la eventualidad o incertidumbre del mismo; y finalmente, el acto que expide la entidad contratante debe ser abstracto o general.

Sobre los anteriores elementos identificadores, resulta importante hacer las siguientes precisiones, para encontrar los puntos de convergencia y de distanciamiento entre ambos ordenamientos jurídicos. Básicamente en ambos países se ha tomado la noción de manera muy similar, empezando por la conceptualización misma, dado que en los dos se adoptó en su sentido estricto, compartiendo las mismas características, salvo por lo siguiente:

Respecto de la entidad que debe expedir el acto que impacta el equilibrio económico del contrato, hay consenso en ambos ordenamientos respecto de su margen estricto, esto es, que debe ser la misma entidad contratante, pues de lo contrario -que fuere cualquier entidad pública, como lo sostiene la teoría lata-, se estaría ya no ante el hecho del príncipe, sino ante un caso de imprevisión.

No obstante, mientras en Colombia se ha entendido de manera estricta este requisito, en el entendido de que, en efecto, debe ser “la misma” entidad contratante y no otra (Consejo de Estado, Sección Tercera, 14577, 2003), el Conseil d’État en Francia admite un concepto amplio de “entidad contratante”, de la mano de la institución adjetiva de la personalidad jurídica, con lo cual se tiene como hecho del príncipe el evento en que, por ejemplo, un ministerio profiere un acto que afecta el contrato celebrado por otro ministerio diferente o por un departamento administrativo, en razón a que se entiende que, en todo caso, proviene dicho acto de la misma persona jurídica contratante general, que es la Nación en el ejemplo propuesto (Benavides, 2004, p. 437).

Y como segundo aspecto diferenciador entre el derecho colombiano y el francés, en punto a esta teoría, está precisamente la categoría del acto que debe proferir la entidad contratante, pues si bien es cierto en nuestro ordenamiento jurídico se exige que dicho acto debe ser de carácter general y abstracto, toda vez que en caso contrario

estaríamos frente al ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración y, por ende, ante un evento de *ius variandi* y no del hecho del príncipe (Hernández, 2008, p. 185); en Francia existe una discusión tanto doctrinal como jurisprudencial, tornando la cuestión compleja (Benavides, 2004, p. 437), pues hay quienes consideran, como en Colombia, que sólo el acto general puede dar lugar a la configuración de la teoría, pero también hay una tendencia fuerte de considerar el hecho del príncipe únicamente ante la presencia de un acto particular, excluyendo la posibilidad de que el general lo pueda constituir, entre otras razones, porque consideran que en dicho evento se estaría es más bien frente a un caso de responsabilidad extracontractual por rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas, salvo que -sostienen- ese acto general “afect[e] un aspecto considerado esencial por el contratista cuando hizo su oferta o cuando suscribió el contrato” (Benavides, pp. 437-438).

Por último, y en cuanto a la indemnización que procede por esta teoría, ambos ordenamientos jurídicos coinciden en dichos efectos: le otorgan al contratista el derecho a obtener una indemnización plena e integral de perjuicios, sobre la base de que, en este evento, no se trata de un hecho totalmente externo a las partes, particularmente a la entidad contratante quien es precisamente la que profiere el acto que ocasiona el desequilibrio económico del contrato, pero más importante aún, en razón a que se encuentran estructurados los elementos de la responsabilidad de la administración: el daño, que es la lesión del derecho de crédito del contratista (Hernández, 2008, p. 185); y su imputación jurídica a la entidad contratante, por ser quien profirió el acto que causa el daño al contratista.

No obstante, y ya para cerrar este aspecto, ha menester realizar una observación muy importante y es referente a que el hecho del príncipe, si bien hemos dicho reúne los elementos de la responsabilidad del Estado (daño e imputabilidad a la entidad contratante), y que por ello procede la indemnización plena de perjuicios al contratista, no quiere ello decir, ni se ha insinuado por tanto, que estemos frente a un caso de responsabilidad extracontractual, para nada, toda vez que, por la naturaleza del derecho lesionado (Henaó, 2005), que no es otro que el derecho de crédito del contratista, se ubica entonces en el campo de la responsabilidad contractual, eso sí, sin culpa, que es diferente (Hernández, 2008, p. 185).

- Aspecto final: el *ius variandi*

Para finalizar el objeto del presente artículo, hemos de abordar muy brevemente el tema del *ius variandi*, como evento en el cual se pueda generar un rompimiento del equilibrio económico del contrato. Como lo señalamos líneas atrás, se trata de una figura que encuentra sustento en nuestro estatuto contractual, en sus artículos 14 a 18, como ejercicio de las denominadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común.

En efecto, el propio artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que “[e]n los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan

derecho las personas objeto de tales medidas”, con lo cual no queda duda alguna que el ejercicio, por parte de la entidad contratante, de ese poder excepcional, genera al contratista el derecho a ser compensado o indemnizado, según sea el caso.

Ahora bien, el punto está precisamente en determinar en qué eventos procede la compensación y en cuáles opera la indemnización. Así, el aspecto que determinará ese marco resarcitorio será si el ejercicio de esos poderes, de esas facultades exorbitantes, lo fue de manera legal o ilegal. En el primer caso (ejercicio regular y legítimo de ese poder) se genera a favor del contratista el derecho a recibir una compensación, no indemnización plena, que cubra

[E]l valor de las prestaciones que efectivamente ejecutó, la mayor cantidad de obra o la obra adicional, toda vez que no hay daño antijurídico imputable a la entidad, que permita deducir la existencia de la responsabilidad del Estado.

En efecto, el contratista, al suscribir el contrato, asume la obligación de acatar la modificación unilateral del contrato que se llegara a presentar, siempre que se ajuste al límite del 20 por ciento de su valor, previsto en el artículo 16 del referido estatuto, lo que traduce en una carga que debe soportar, a cambio de que se le pague lo realmente ejecutado.

Se tiene entonces que, si la modificación del contrato determina la ejecución de mayores o menores cantidades de obra o de obras adicionales, la entidad está en el deber de pagar al contratista su valor total, calculado con fundamento en los costos directos y el correspondiente porcentaje de AIU [...]. (Hernández, 2008, p. 182).

Por lo anterior, y de conformidad con el citado artículo 16 de la Ley 80, mientras la entidad contratante se ajuste, en el ejercicio de su poder exorbitante, al tope referido (veinte por ciento), al contratista no le asistirá entonces derecho a obtener una indemnización producto de esas mayores cantidades de obra, obras adicionales o tiempo adicional que la modificación unilateral implique.

Pero si la entidad supera dicho tope, tampoco varía sustancialmente la posición del contratista, toda vez que éste tiene dos opciones: o ejercer su derecho de no continuar con la ejecución del contrato, evento en el cual la entidad deberá pagarle lo que haya efectivamente ejecutado hasta ese momento, más “la proporción del porcentaje de utilidades de la que se le priva por la terminación anticipada y el reembolso de los costos razonables en que haya incurrido hasta entonces, con miras a la ejecución de todo el contrato” (Hernández, 2008, pp. 182-183); o si acepta continuar con su ejecución, seguirá en la misma situación, es decir, no podrá reclamar ninguna indemnización por ese mayor costo, sino solamente tendrá derecho a que se le pague lo realmente ejecutado, en razón a que ha dado su consentimiento para continuar la ejecución contractual bajo esas nuevas circunstancias más gravosas.

No obstante, la situación varía si la entidad contratante ejerce de manera irregular o ilegal esas potestades exorbitantes, ya que en este caso sí se configura claramente los

elementos de la responsabilidad del Estado, con la estructuración de una evidente culpa o falta por ese ejercicio ilegal, y en consecuencia, procede la indemnización plena o integral al contratista (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias 11197 y 15326 de 1999 y 2005, respectivamente).

CONCLUSIONES

De lo desarrollado a lo largo de este trabajo, podemos extraer algunas conclusiones específicas en punto a la responsabilidad precontractual y contractual del Estado, tanto en el derecho colombiano como en el francés, a saber:

En primer lugar, tenemos como elemento común tanto del derecho colombiano como del francés, que respecto de la contratación estatal subyacen las reglas, principios y normas del derecho privado, las que sirven para orientar no sólo la actividad de la administración en la etapa de formación del contrato público (etapa precontractual) sino también cuando nos encontramos frente a su ejecución (etapa contractual). De este modo, los principios que de antaño se establecieron para el régimen general de las obligaciones y de los contratos (buena fe, equidad, prestaciones recíprocas del contrato conmutativo, la culpa, la fuerza mayor, etc.) son los que permiten estructurar todas las instituciones de la responsabilidad pre y contractual del Estado, tanto en Colombia como en Francia, aunque de manera más fuerte en éste.

En segundo lugar, Colombia, a diferencia de Francia, posee un detallado y muy estructurado estatuto de la contratación pública, que si bien es cierto puede ser objeto de múltiples críticas dadas las imprecisiones, contradicciones, incoherencias y vacíos que presenta en algunos aspectos, resulta muy valioso a la hora de analizar los eventos de la responsabilidad de las partes, las obligaciones que surgen de ella, y todo lo relativo a su indemnización. Así, contar con una codificación al respecto, debidamente reglamentada en múltiples aspectos, permite que podamos contar con una especificidad y especialidad en materia de contratación pública, lo que no sucede en Francia y que, por lo mismo, les ha llevado una mayor dificultad el construir una doctrina relativamente uniforme sobre aspectos fundamentales, y no sin tener que sortear largas discusiones y debates tanto en sede académica como judicial.

Como tercera conclusión, podemos sostener que, precisamente gracias a esa especialidad y especificidad que en Colombia ostenta el derecho contractual público, tenemos un régimen de protección de los intereses superiores mucho más detallado y estricto, en razón a que, contrario a lo que sucede en Francia, donde solamente cuentan con las reglas contenidas en el derecho común, que son genéricas y, por su naturaleza misma, tienen como sustento axiológico la autonomía de la voluntad privada; en nuestro país, además de esas mismas reglas generales del derecho privado, tenemos consagrado un extenso y muy preciso catálogo de situaciones que, de manera objetiva, pueden poner en peligro el contrato estatal y, con ello, la consecución de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses y necesidades de la sociedad, y que por tanto, se encuentran consagradas como causales específicas de anulación del contrato que se llegue a celebrar en contravía de las mismas.

En cuarto lugar, frente a la responsabilidad contractual del Estado, por el origen común de los ordenamientos jurídicos colombiano y francés, ella se cimienta en el concepto de la “culpa contractual”, y en consecuencia, siempre procederá, frente al desfallecimiento del contrato por culpa de la entidad contratante, el derecho del contratista a ser indemnizado integralmente. Sin embargo, tanto en Francia como en Colombia, se han previsto eventos o situaciones, excepcionales y muy puntuales, en los cuales procede la responsabilidad del Estado aun cuando no incurra en culpa o falta alguna, y son aquellos casos que la doctrina ha identificado como de “responsabilidad contractual sin culpa” o mejor conocidos como eventos de desequilibrio de la ecuación financiera del contrato.

En efecto, estos eventos de responsabilidad sin culpa por parte de la administración comparte mayoritariamente rasgos comunes entre el derecho colombiano y el francés, y a ese punto, bien podríamos llegar a una regla general, cual es, que frente al desequilibrio económico del contrato, si no estamos frente a eventos que impliquen una “culpa” de la entidad contratante o en donde se le pueda estructurar los elementos de la responsabilidad del Estado (daño antijurídico e imputabilidad de dicho daño a la entidad), no será posible entonces para el contratista afectado tener derecho a una indemnización plena de perjuicios, sino solamente a una compensación y, dependiendo del caso, en mayor o menor medida.

Finalmente, como conclusión general de este trabajo, podemos aseverar que el tener claridad y precisión en los orígenes y fundamentos de nuestro derecho contractual público, así como en sus reglas y aplicación práctica, nos permitirá no sólo comprender mejor su funcionamiento sino, más importante aún, ejercer de manera más idónea y eficaz un seguimiento y control a toda la actividad contractual de la administración, con lo que se puede prevenir la afectación no sólo del patrimonio público, sino la amenaza de imposibilitar la consecución de los fines del Estado y la satisfacción de las necesidades de la sociedad, que son los fines ulteriores del contrato estatal y, en general, de las políticas públicas y, con éstas, de la finalidad de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

REFERENCIAS

Doctrina

- Benavides, J. (2004). *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado* (2ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cortés, E. (2009). *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano* (2ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. (2005). *De tal derecho lesionado, tal acción*. En V Jornadas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo (pp. 486-541). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández, A. (2008). *La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?* *Revista de Derecho Privado*, 14, pp. 171-191. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- Hinestrosa, F. (2002). Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Jiménez, W. (2013). Políticas públicas, normas jurídicas y papel de los jueces. *Revista Republicana*, 14, pp. 111-130. Bogotá D.C., Colombia: Corporación Universitaria Republicana.
- Le Tourneau, Ph. (2004). La responsabilidad civil. (J. Tamayo, Trad.). Bogotá D.C., Colombia: Legis. (Trabajo original publicado en 2003).
- Mendieta, J. (2011). La culpa in contrahendo. Historia, evolución y estado actual de la cuestión. *Revista e-Mercatoria*, 10 (2), pp. 40-74. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 15 de junio de 2018 de la siguiente dirección electrónica: www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/HTML2/125.html
- Ospina, G. (2008). Régimen general de las obligaciones (8ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Temis.
- Ospina, E y Ospina, G. (2005). Teoría general del contrato y del negocio jurídico (7ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Temis.
- Oviedo, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Revista Vniversitas*, 115, pp. 83-116. Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado el 15 de junio de 2018 de la siguiente dirección electrónica: revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/14577/11759
- Piñarte, J. (2018). Las fronteras externas e internas del contrato administrativo. Un estudio de Derecho comparado entre Francia y Colombia. (Tesis de Maestría). Recuperado el 15 de junio de 2018 de la siguiente dirección electrónica (en caché): <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:p9mndEPyPSsJ:repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11043/memoire%-2520traducido%2520PDF.pdf%3Fsequence%3D1+%&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>
- Rodríguez, L. (2008). Derecho administrativo general y colombiano (16ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Temis.
- Vidal, J. (2008). Derecho administrativo (13ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Legis.
- Younes, D. (2004). Curso de derecho administrativo (7ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Temis.

Legislación colombiana

- Constitución Política de Colombia (1991). Legis.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). Leyer.
- Código Civil (Ley 84 de 1873). Leyer.
- Código de Comercio (Decreto 410 de 1971). Legis.
- Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) [Derogado]. Leyer.
- Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993). Legis.
- Ley 1150 de 2007. Recuperado el 23 de junio de 2018 de la siguiente dirección electrónica: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Ley 446 de 1998. Recuperado el 23 de junio de 2018 de la siguiente dirección electrónica: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0446_1998.html

Legislación francesa

- Code Civil. Recuperado el 15 de junio de 2018 de la siguiente dirección electrónica: https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf

Jurisprudencia colombiana

- Consejo de Estado, Sección Tercera. (1999). Sentencia 11197.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (29 de mayo de 2003). Sentencia 14577 [CP Ricardo Hoyos].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (26 de febrero de 2004). Sentencia 14043 [CP Germán Rodríguez].
Consejo de Estado, Sección Tercera. (15 de mayo de 2005). Sentencia 15326 [CP Alier Hernández].
Consejo de Estado, Sección Tercera. (22 de marzo de 2007). Sentencia 28010 [CP Alier Hernández].
Consejo de Estado, Sección Tercera. (21 de mayo de 2008). Sentencia 15963 [CP Ramiro Saavedra].
Consejo de Estado, Sección Tercera. (22 de abril de 2009). Sentencia 14667 [CP Myriam Guerrero].
Consejo de Estado, Sección Tercera. (12 de agosto de 2014). Sentencia 26332 [CP Enrique Gil].
Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.
Corte Constitucional, sentencia C-1048 de 2001.