

ISSN: 0124 - 7972

Revista
Holística Jurídica
Facultad de Derecho

7

Palacio de
Justicia de Chile



**UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA**
Calidad Humana y Profesional



P resentación

La apropiación social del conocimiento se ha convertido en la actualidad en la condición necesaria para el reconocimiento de la existencia de los productos o resultados de procesos de investigación o académicos que generen quienes participan en ellos. Hoy se afirma que lo que no se conoce no existe, no basta producirlo y dejarlo en la contemplación, es necesario darlo a conocer. Aplica a esta necesidad, una ley sin la cual el dinero carecería de utilidad y en relación con el conocimiento aplica igual: es la Ley de la Circulación, que no solo denota movimiento, sino retorno, va y regresa, pero no regresa de la misma forma ni en estado idéntico. Pero, ¿Qué significa apropiarse el conocimiento?, esta pregunta ha sido respondida en diferentes contextos nacionales e internacionales con aceptación por la comunidad científica y académica que ha coincidido en que “Apropiarse significa hacer algo propio de alguien, tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueña de ella. Conduce al empoderamiento que significa poner algo en poder de alguien o darle la posesión de ello. Hacerse dueño de algo, ocuparlo, ponerlo bajo su poder. Hacerse poderoso o fuerte. Se debe estimular para que la motivación se acreciente o aumente; lográndose que los receptores dispongan del ánimo para proceder de un determinado modo y conforme a una línea de acción previamente establecida que conduce a la apropiación del conocimiento transferido y al empoderamiento.”¹ La apropiación social del conocimiento se puede procurar con el uso de distintos medios, entre los que se cuentan revistas especializadas, las cuales no solo son una forma de expresión identitaria de una comunidad o de un saber particular, sino un vehículo para que el conocimiento circule y

llegue a la comunidad científica o académica para la cual es útil el saber producido.

En este contexto, sin duda, la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, cuenta hoy con la Revista Holística Jurídica como un importante medio que le permite llegar a comunidades especializadas en el campo del Derecho y a otros actores para apropiarse en ellos los constructos que como Facultad genera. En particular, la Revista Holística Jurídica constituye una de las manifestaciones del compromiso de la Facultad de Derecho con el proceso de investigación, innovación y desarrollo como función sustantiva de la Educación Superior. Ese compromiso investigativo hoy se halla armónico con la Paideia Franciscana en tanto se ha prescrito y propuesto como INVESTIGAR PARA EL BIEN SABER que le implica trabajar hacia una ausencia de conocimiento sin sentido ni significado, un aprendizaje permanente, la búsqueda constante de nuevo conocimiento y de la verdad, la valoración y reconocimiento del saber acumulado, la apropiación de métodos, rigurosidad en la búsqueda y en la argumentación de lo descubierto, la cooperación y el respeto por la dignidad humana y la naturaleza. Con esta propuesta se compromete en la investigación con un saber ético, socialmente responsable, medido, pertinente, validado por la comunidad académica y científica. El bien saber al cual se alude se inspira, entre otros, en el constructo teológico, filosófico, ético, académico, jurídico, sociológico, eterno, creado por Santo Tomás de Aquino quien fundamentado en la concepción Aristotélica, distinguió entre virtudes

¹<http://actualidad.over-blog.com/article-34216735.html>

P resentación

intelectuales y virtudes morales, que aunque fuentes diversas, decimos que alimentan una sola formación integral: las virtudes intelectuales que son los hábitos por los cuales el hombre accede a la verdad: el arte, la ciencia, la prudencia, la sabiduría y el intelecto. Las virtudes morales que son los hábitos por los cuales el hombre accede al bien: prudencia, justicia, fortaleza y templanza. Y esta conjugación de virtudes conducen al bien saber.

Investigar para el bien saber, demanda tal vez un método que haga posible no solo un resultado, sino un resultado gratificante, para ello se estima acompañar la búsqueda del bien saber con el desarrollo de lo que el profesor Howard Gardner ha denominado las cinco mentes del futuro, las cuales ha identificado como la mente disciplinada, la mente sintetizadora, la mente creadora, la mente respetuosa y la mente ética. El profesor Gardner en su texto explicó las cinco (5) mentes del futuro de la siguiente manera:

1. La MENTE DISCIPLINADA como aquella que ayuda a trabajar continuamente en un esfuerzo de mejora permanente; aprendiendo nuevas formas de pensar y volviéndose un experto en alguna profesión u oficio.
2. La MENTE SINTETIZADORA que permite discernir, tener criterio para escoger la información que es importante de la que no lo es, hacerse un juicio de valor y comunicarlo efectivamente.
3. La MENTE CREADORA la cual permite hacer nuevas preguntas, nuevas síntesis, encontrar nuevas respuestas, y tomar riesgos. Las personas que logren desarrollar estas competencias serán aquellas que reciban las

grandes recompensas a su trabajo en el siglo XXI. Todo lo que pueda hacer una maquina a través de un proceso automatizado, lo hará.

4. La MENTE RESPETUOSA la diversidad es un hecho de la vida dentro y fuera del hogar. Hoy en día hay necesidad de ser respetuoso, entender a los demás, sus puntos de vista, sus motivaciones, su inteligencia emocional, mas allá de una mera tolerancia, colocando nuestra confianza en los demás, independientemente de nuestras diferencias, nacionalidades, etnias, religiones, estratos socioeconómicos, etc.

5. La MENTE ETICA que envuelve la capacidad de pensar en uno mismo como trabajador, como ciudadano de una comunidad, de una nación, y como ciudadano planetario.

Dado lo anterior, se aprecia que variables como Investigar para el Bien Saber mediante el desarrollo y cultivo de las cinco mentes del futuro conforman un binomio que se constituye en el presupuesto, elemento y fin de la apropiación social del conocimiento a cuyo servicio y propósito se encuentra la Revista Holística Jurídica.

GLORIA YANETH VÉLEZ PÉREZ

Editora

Coordinadora de Formación Investigativa y Posgrados

Facultad de Derecho Universidad de San Buenaventura

Seccional Medellín

E ditor's Letter

The social appropriation of knowledge has now become a necessary condition for recognizing the products or results generated by the participants of investigative or academic processes. Nowadays it is said that which is not known does not exist, so it is not enough to produce knowledge and leave it in contemplation, it is necessary to make it known.

A law without which money would be useless can be applied to this need as well as to knowledge: the law of circulation, that not only emphasizes on movement, but also on return; the circulating thing comes and goes but it does not return in the same way or in an identical state. But, what does appropriation of knowledge stand for? This question has been answered in different national and international contexts by the scientific and academic community, which has agreed on the fact that “To appropriate means to make something the property of someone, to take something for oneself becoming the owner of it. It leads to the empowerment that means to put something in the hands or in the possession of someone; to become the master of something, to occupy it, to have it under your power, to become powerful or strong. Appropriation must be stimulated in order to increase motivation; achieving in the receivers a spirit to proceed in a certain way and according to a previously determined course of action that leads to the appropriation of the transferred knowledge and to empowerment.” The social appropriation of knowledge can be achieved with the use of different tools, among which are specialized magazines, which are not only the characteristic form of expression of a community or of a particular field, but are also a vehicle for the circulation of knowledge, which can in this way reach the scientific or academic community to which the produced knowledge is useful.

In this context, clearly, is that the Law School of the Universidad de San Buenaventura Medellín has today the Holística Jurídica Magazine as a very important media that allows it to reach specialized communities in the field of Law and to other actors in order to instill in them the constructions of its Faculty. In particular, the Holística Jurídica Magazine is one of the manifestations of the Law School's commitment to the investigation, innovation and development process as a substantive role of higher education. This investigative commitment is in harmony with the Franciscan Paideia since it proposes and prescribes the INVESTIGATION FOR THE WELL KNOWING, which implies a work toward an absence of meaningless knowledge, a continuous exercise of learning, a constant search of new knowledge and of truth, an appreciation and recognition of accumulated knowledge, an appropriation of methods, a rigorous research and argumentation of the findings, a cooperation and respect for human dignity and nature. It is with this proposal that the Law School commits to investigation with an ethical knowledge that is socially responsible, measured, pertinent and validated by the scientific and academic communities. The referred concept of Well Knowing is inspired in the theological, philosophical, ethical, academic, legal, sociological, eternal construction of Saint Thomas Aquinas who, based on an Aristotelic conception, distinguished between intellectual and moral virtues that nourish the same integral formation: the intellectual virtues are habits by which man accesses truth in the form of art, science, prudence, wisdom and intellect; and the moral virtues are habits by which man accesses goodness in the form of prudence, justice, strength and temperance. And the combination of these groups of virtues is what leads to Well Knowing.

E ditor's Letter

To investigate for the Well Knowing demands a method that makes a result not only possible, but also gratifying; that is why it is important to accompany the search for the Well Knowing with the development of what professor Howard Gardner has called “The Five Minds of the Future”, that is, the disciplined mind, the synthesizing mind, the creative mind, the respectful mind and the ethical mind. In his writings, Professor Gardner explained the five minds of the future as follows:

1. The DISCIPLINED MIND is the one that allows us to continually work in our permanent enhancement by learning new currents of thought and becoming an expert in a profession or occupation.
2. The SYNTHESIZING MIND is the one that allows us to discern, to have our own criteria when choosing between important and unimportant information, to make value judgments and to effectively communicate them.
3. The CREATIVE MIND allows us to ask new questions and formulate new synthetic processes, to find new answers and to take risks. The people who accomplish the development of these competences will be the ones who will get the biggest rewards for their work in the 21st century. All the things a machine is capable of doing through an automated process, it will do.
4. The RESPECTFUL MIND diversity is a fact of life, both in and outside our households. Today, there is a special need to be respectful, to understand others, their point of views, their

motivations, their emotional intelligence, beyond the simple act of tolerance and by putting our trust in others regardless of our differences, nationalities, ethnicities, religions, socio-economic stratification, etc.

5. The ETHICAL MIND encompasses the ability to reflect on oneself as a worker, as the citizen of a community, of a nation and of a planetary citizen.

Given the aforementioned, one can see that the variables for achieving the Investigation for the Well Knowing through the development of the five minds of the future is a combination that becomes a precondition, an element and the goal of the social appropriation of knowledge; to which the Holística Jurídica Magazine is committed.

GLORIA YANETH VÉLEZ PÉREZ

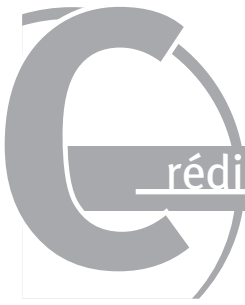
Editor

Coordinator of Investigative Formation and Postgraduate Programs

Law School

Universidad de San Buenaventura

Medellín



réditos

**REVISTA HOLÍSTICA JURÍDICA
FACULTAD DE DERECHO
COORDINACIÓN DE FORMACIÓN INVESTIGATIVA
UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA
SECCIONAL MEDELLÍN
ISSN 0124-7972
Nº. 7 Junio de 2010**

Rector:	Fray Miguel Ángel Builes Uribe, o.f.m.
Secretario General:	Fray José Norberto Agudelo Loaiza, o.f.m.
Decana:	Julia Victoria Montaña Bedoya
Editora:	Gloria Yaneth Vélez Pérez
Comité Editorial:	Julia Victoria Montaña Bedoya Isadora Gonzalez Rojas Carlos Mario Cardona Gloria Yaneth Velez Pérez Beatriz Elena Rios Estrada
Comité Científico:	Doctor Martín Agudelo Ramírez Doctora Cruzana Echeverri Restrepo Magíster Jaime Alberto Echavarría Magíster Bernardita Pérez Magíster Leon Dario Montoya Piedrahíta Doctor José Fernando Ramírez Gómez
Periodicidad:	Semestral
Tiraje:	300 ejemplares
Traductor de Resúmenes:	Carolina Mejía Osorno
Diagramación e impresión:	Departamento de Publicaciones Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín
Portada: Tomadas de:	Fotografías Palacio de Justicia de Chile www.aldebaran.cz/.../santiago_es.html sites.google.com/.../lapruebadeoficio

1

Milton Andrés Rojas Betancur

Enfoque de derechos para las políticas públicas.
Apuntes para su definición y caracterización.

pag 13

2

Cathalina Sánchez Escobar

Particularités du droit des pays de l'Amérique latine.
Particularidades del derecho de los países de América Latina.

pag 27

3

Cristiano Heineck Schmit

Cláusulas Abusivas em Contratos de Planos e de Seguros de Assitência Privada á Saúde.
Cláusulas Abusivas en los Contratos y en Planes de Seguros Privados de Salud.

pag 37

4

Cesar Carranza Alvarez

Sobre las Cláusulas Abusivas.
Una mirada al ámbito civil y de protección al consumidor de Perú.

pag 53

5

Juan David Posada Segura

Normas Interamericanas frente a los Derechos de los Reclusos

pag 81

6

José Fernando Flórez Ruiz

Sobre la naturaleza "parasitaria" del derecho y su interés como objeto más que como ciencia

pag 97

7

Luis Mario Marín Cadavid y María Elena Castro Zapata

La Responsabilidad del Estado por los Actos del Legislador en Colombia

pag 103

Ana Cecilia Calderón Sumarriva

8

Un Intento de Explicar la Aplicación de la Abducción
en el Proceso

pag 131

Cesar Alejandro Osorio Moreno

9

La Era Digital y las Excepciones y Limitaciones al
Derecho de Autor (Reseña de Libro)

pag 137

1

Milton Andrés Rojas Betancur

Human Rights Based Approach for Policy: Notes on its Definition and Characterization.

pag 13

2

Cathalina Sánchez Escobar

The Particularities of Latin American Legal Systems.

pag 27

3

Cristiano Heineck Schmit

Unfair Terms in Private Insurance Contracts and Health Plans.

pag 37

4

Cesar Carranza Alvarez

Unfair Terms – A Brief Look into the Civil and Consumer Protection Legal Regulation of Peru.

pag 53

5

Juan David Posada Segura

Inter-American Law on the Rights of Convicts

pag 81

6

José Fernando Flórez Ruiz

On the “Parasitic” Nature of Law as Well as on Its Importance as a Study Subject Matter, Not as a Science, but as an Object.

pag 97

7

Luis Mario Marín Cadavid y María Elena Castro Zapata

State's Responsibility for Legislative Acts and Omissions in Colombia.

pag 103

8

Ana Cecilia Calderón Sumarriva

An Attempt at Explaining the Use of Abduction in
Judicial Procedures

pag 131

9

Cesar Alejandro Osorio Moreno

The Digital Era and the Limitations and
Exceptions to Copyright (Book Review).

pag 137

ENFOQUE DE DERECHOS PARA LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Apuntes para su definición y caracterización

Por: Milton Andrés Rojas Betancur¹



Resumen

El texto que se presenta, hace consideraciones acerca del enfoque de derechos y su relación con las políticas públicas, identificando puntos en los cuales aquel representa un cambio de paradigma respecto del enfoque tradicional utilizado para el diseño de las políticas públicas. Igualmente, presenta la relevancia de los organismos internacionales encargados de la protección y promoción de los derechos humanos en la asignación de contenido a los derechos, hecho indispensable para la elaboración de políticas públicas con enfoque de derechos.

Palabras clave: Enfoque de Derechos; Enfoque de Políticas Públicas; Derechos Humanos; Órganos Internacionales de Protección y Promoción de Derechos humanos.

Abstract

The following text states some considerations about the human rights based approach and its relationship with public policy, identifying the points in which it represents a paradigm change from the traditional approach used in the design of public policies. Likewise, it presents the relevance of the international organisms charged with the protection and promotion of human rights as well as with describing the content of said rights; an activity that is considered to be essential in the creation of human rights based public policies.

Key words: Human Rights Based Approach; Public Policy Approach; Human Rights; International Organisms for the Protection and Promotion of Human Rights.

¹ Docente tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Coordinador de la línea de investigaciones en Derechos Humanos adscrita al grupo de Investigaciones Derecho, Cultura y Ciudad. Líder del semillero de investigaciones Derechos Humanos y Políticas Públicas de la misma Facultad. Miembro fundador del Colectivo del Interés Público. Correo electrónico: milton.rojas@usbmed.edu.co
Abogado (Universidad de Medellín), Especialista en Derecho Médico (Universidad Pontificia Bolivariana), Candidato a Magíster en Ciencia Política (Universidad de Antioquia)

Introducción

La utilización del denominado enfoque de derecho, para el diseño de políticas públicas, ha estado tomando auge en los últimos tiempos, no sólo entre las organismos estatales, sino también, en aquellos otros agentes no institucionales que diseñan, implementan, evalúan y analizan la política pública, sin profundizar en la discusión de si las políticas públicas pueden ser diseñadas e implementadas por particulares, pues no es el objeto de este escrito.

Esto podría explicarse por dos situaciones que se presentan actualmente y que están estrechamente relacionadas. La primera de ellas es la importancia que actualmente está teniendo el denominado Enfoque de Desarrollo Humano, directriz implementada por las Naciones Unidas, para poder medir, no sólo el desarrollo económico de un país, sino cómo éste, a fin de cuentas, impacta en el bienestar general de la sociedad. Esto último está relacionado a su vez, y como segunda situación, con la posibilidad de obtener, por parte de los gobiernos, recursos financieros derivados de la cooperación internacional y de agentes multilaterales para la implementación de las mismas políticas.

Este artículo, tiene como propósito presentar algunas consideraciones acerca de las implicaciones de utilizar un enfoque de derechos en el diseño de políticas públicas; igualmente, pretende identificar algunos puntos de divergencia entre el enfoque tradicional a partir del cual se ha diseñado las políticas públicas, y los lineamientos básicos que propone un enfoque de derechos para el diseño de la política pública. Finalmente, se resalta la labor y la importancia de los órganos de protección y promoción de derechos humanos en la asignación de contenido de los derechos humanos, y de las obligaciones de los estados en materia de derechos humanos.

El texto está dividido en cinco partes. En la primera de ellas se presentan las principales características del enfoque de políticas públicas, identificándolo como una forma determinada de planear la acción gubernamental. Seguidamente, se enuncian los presupuestos del enfoque de derechos, presentando, en el tercer aparte, la relación de éste con el enfoque de políticas públicas, y los cambios sustanciales que trae aquel a la hora de diseñar la política pública. La cuarta parte, está dedicado a presentar la conexión entre órganos de protección y promoción de derechos humanos y el enfoque de derechos. Finalmente, en la quinta sección, se presentan unas conclusiones sobre el tema presentado.

1. Enfoque de políticas públicas

El enfoque de políticas públicas surge en el periodo de la posguerra de la segunda guerra mundial, debido en parte, a los desarrollos que las ciencias sociales lograron en el periodo de entreguerras, pues se consideró que los logros que estas ciencias, principalmente la economía, habían logrado en este periodo en términos de resultados cuantitativos y predictivos, eran un elemento que debía de incluirse en el análisis y elaboración de la acción pública. Por otro lado, el surgimiento de la “disciplina de Política Pública como policy sciences of democracy tenía como uno de sus objetivos mostrar la superioridad del gobierno democrático sobre el socialista en la solución de los problemas sociales y en la creación de oportunidades para sus poblaciones. Nada extraño entonces el activismo gubernamental para anticipar o atender los problemas inmediatos de sus comunidades”².

En suma, “[el] objetivo disciplinario de la Política Pública, las Policy Sciences/ Policy Analysis, desde su fundación académica en los años cincuenta, consistió en estudiar y racionalizar la policy-decision making, el proceso de diseño-decisión de las políticas para

² AGUILAR Villanueva. Luis F. Recepción y desarrollo de la disciplina de Política Pública en México. EN: Un estudio introductorio Sociológica, año 19, número 54, enero-abril de 2004, Pág. 35

³ *Ibidem*. Pág. 24

fines públicos”³; para lo cual se realizó la inclusión de las metodologías, modelos y marcos conceptuales, principalmente de la economía, en los procesos de decisión de la administración pública; procurando que las razones por las cuales se tomara la decisión fuera por un elemento más técnico que político, pues se procuró “introducir conocimiento en la toma de decisiones a fin de asegurar su eficacia causal y eficiencia económica, por lo que seguía normas técnicas de causalidad, por encima de las normas valorativas (jurídicas, éticas)”⁴; con ello se buscaba, que las decisiones de los gobiernos fueran tomadas a la luz de criterios imperativos, que sean decisiones correctas u “óptimas”, y que a su vez sean eficaces y económicamente eficientes en su producción de beneficios públicos para la comunidad; para lo cual, se tomó principalmente el óptimo de Pareto como referente, por el cual “no será posible reasignar los recursos de tal manera que se pueda mejorar el bienestar de un grupo de individuos sin desmejorar el bienestar de otro grupo”⁵; es decir, el óptimo se logra siempre y cuando, al momento de la distribución de los recursos, se logre beneficios para unos, pero sin la posibilidad de desmejorar el bienestar de otro grupo; en otras palabras, lo que se busca es mejorar las condiciones de bienestar de un grupo determinado, sin que se disminuyan las de otro grupo.

Así,
[...] el enfoque dominante de la disciplina [Policy Sciences] ha sido entonces, 'predecisional' y racionalista, en tanto que sigue normativamente el esquema de elección racional o de soluciones racionales de problemas, cuyos pasos esenciales son: determinar el objetivo y ordenar las preferencias; indicar las opciones de acción que, por los medios que

*emplean y las consecuencias que ocasionan, se consideran idóneos para llegar al objetivo; comparar las opciones en términos de su eficiencia técnica y económica; elegir y poner en práctica la opción óptima eficiente; evaluar resultados, aprender y corregir*⁶.

En este afán por la predicción del comportamiento, se ha utilizado a la Teoría de la Elección Racional (TER), que es el enfoque económico cuyo objeto de reflexión son los motivos que lleva a los sujetos a realizar sus decisiones; es decir, los motivos de las decisiones. Siendo así las cosas, esta teoría, o enfoque como lo llaman algunos, ha tenido gran incidencia en el enfoque tradicional de políticas públicas, tanto para quienes estudian la acción pública –analistas– como para los hacedores de las políticas⁷; pues al preocuparse por la decisión de los agentes, esta teoría tendría plena aplicabilidad tanto en el etapa de la elaboración o diseño de la acción pública, como en el momento de la implementación; pues en estas se contemplan asuntos tan importantes como la decisión acerca de cuál de las opciones de política se va a realizar y de cómo se va a diseñar e implementar el sistema de incentivos en una estructura institucional que se utilizará para cambiar el comportamiento de los agentes por medio de la acción pública. Así, desde la perspectiva del neoinstitucionalismo económico, una política pública es una institución más, que contiene incentivos para conducir a actores racionales a una situación óptima. Con esto último, la TER busca proporcionar elementos predictivos del comportamiento social.

Así, la TER es de gran interés “toda vez que abordan los elementos más abstrusos de los

⁴ *Ibidem*. Pág. 29

⁵ McKENZIE, Kenneth J. Diseño institucional y políticas públicas: una perspectiva microeconómica. *EN: Revista de economía institucional*, N°.1 Noviembre de 1999. Pág.17

⁶ AGUILAR Villanueva. Luis F. Estudio Introductorio. Introducción. MAJONE, Giandomenico. Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas. Colegio nacional de ciencia política y administración pública. FCE, 2005, México. Pág. 21

⁷ PETTIT, Philp. Diseño institucional y la elección racional. En: GOODIN, Robert E (Comp). Teoría del diseño institucional. Gedisa. Barcelona. 2003. Pág. 75

procesos políticos –las decisiones individuales y colectivas de los actores políticos– y pretenden manejarlos conforme un esquema determinista”⁸; y se “centra en las relaciones entre el electorado, los legisladores y los burócratas, y las implicaciones de estas relaciones, en la formulación de la política pública”⁹.

La principal premisa sobre la cual descansa la TER, y sobre la cual pretende explicar los motivos por los cuales los sujetos actúan, es que los sujetos son maximizadores, por lo cual, en el momento de tomar sus decisiones, lo único que tienen en cuenta como motivo de éstas, es la maximización de sus beneficios.

Así, la TER es “un intento de lograr una explicación en términos economicistas no sólo del comportamiento del mercado, sino también de la conducta externa al mercado. La idea que guía esta perspectiva es que, si la economía sirve para explicar la manera en la que se comportan los agentes en contextos más o menos asimilables a un mercado, deberán servirnos igualmente para la explicación de su conducta en otros terrenos”¹⁰; así pretende dar explicación de los comportamientos políticos, con la convicción que los procesos políticos – las decisiones individuales y colectivas de los actores políticos– son posibles encasillarlas y manejarlos conforme un esquema determinista¹¹. Su convicción se fundamenta en el supuesto que los individuos se comportan como si fueran “positivistas lógicos” (optimizadores de sus beneficios); con lo cual “La teoría de la elección racional equivale a «las ciencias sociales por medios economicistas»”¹²; es decir, pretende la realización de las ciencias sociales con la

utilización de medios –métodos, metodologías y tesis– economicistas.

Esta teoría entiende que la conducta de los individuos, por tender a la maximización, es una conducta racional; y una conducta será racional solo si atiende a estos criterios¹³.

a) Coherencia: si A es mayor que B, entonces B es menor que A.

b) Instrumentalidad: Dados los recursos R1 y R2, y las acciones A1 y A2, vinculadas respectivamente a cada uno de dichos resultados, si se prefiere el R1 al resultado R2, el comportamiento se orientará en el sentido de la acción A1.

c) Transitividad: Si A es mayor que B y B es mayor que C, entonces A es mayor que C.

Por otra parte, la TER supone que esta conducta racional del individuo la realiza por referencia a su interés egoísta, el cual bien puede ser de beneficios económicos o de aceptación social¹⁴; “la idea [de la TER] es que las consideraciones egocéntricas desempeñan un papel decisivo en la determinación de lo que hacen los individuos, en su conjunto. Así, la teoría predice que cualquier cambio en las recompensas disponibles para los agentes en función del interés egoísta se traducirá en un cambio en la conducta agregada”¹⁵.

⁸ ALMOND, Gabriel A. Una disciplina segmentada: escuelas y corrientes en las ciencias políticas. Fondo de cultura económica, México, 1999. Pág. 87

⁹ MCKENZIE, Kenneth J. Op. Cit. Pág. 18

¹⁰ PETTIT, Philp. Op. Cit. Pág. 83

¹¹ ALMOND, Gabriel A. Op. Cit. Pág. 87

¹² PETTIT, Philp. Op. Cit. Pág. 75

¹³ Tomado de: HARTO DE VEGA, Fernando. Ciencia política y teoría contemporánea: una relación problemática. Trotta. Madrid. 2005. Pág. 153

¹⁴ PETTIT, Philp. Op. Cit. Pág. 85

¹⁵ Ibídem. P. 89

Sobre la base de los supuestos mencionados, la corriente de la TER ha sido el enfoque teórico prevalente para la elaboración de políticas públicas, de modo que la política es el resultado de interacciones entre actores racionales¹⁶. De manera general, este enfoque considera “la política pública bajo el ángulo de un problema de acción colectiva, utiliza el individualismo metodológico y la modelización como medio de análisis y para la interpretación se apoya en algunas nociones claves como bien colectivo, juego estratégico, diferentes conceptos de equilibrio, de solución y de óptimo”¹⁷, y considera “que las instituciones y las reglas institucionales (institutional rules) alteran los comportamientos de los individuos, considerandos –en conformidad con las perspectivas del individuo metodológico– como racionales y motivados por la búsqueda de su interés personal”¹⁸; así este enfoque, combinándolo con postulados de la Public Choice de la economía clásica, destaca la capacidad de las instituciones formales e informales, en incidir en las políticas públicas, sacando a “relucir el papel de las instituciones [...] proponiendo una visión renovada de éstas bajo el nombre de neoinstitucionalismo”¹⁹, buscando que “los arreglos institucionales deben generar 'costos de transferencia' los más bajos posibles, para evitar la captura de las políticas de los rent-seekers, y garantizar así una mayor eficiencia en el uso de los recursos y, por lo tanto, mejores resultados desde el punto de vista costo-beneficio”²⁰; así “en el campo de las políticas públicas, si una idea sencilla logra presentarse como objetiva, y como económica y administrativamente viable[...], esta idea va a tener mayor posibilidad de ser acogida como verdadera, y puede transformarse más

fácilmente en matriz normativa o cognitiva de política, que una idea más compleja y que corresponde tal vez más a la realidad compleja de los procesos políticos”²¹.

Pero esta TER no ha sido ajena a las críticas. Las principales fuentes de críticas a la teoría de la elección racional se han centrado en cuatro (4) direcciones²²:

a) aquellos que sostienen que es necesario reformar la racionalidad hacia una nueva forma del mismo (de la TER), denominado “racionalidad vinculada”;

b) la crítica que realiza la sociología, que sostiene la importancia de las estructuras sociales y las formas de explicación holísticas al explicar el comportamiento; en este sentido se entiende que la TER no es más que un reflejo imperfecto de la realidad política, pues la TER “sustituye los aspectos contingentes de la elección y acción empíricas por premisas causales y generalizadoras. [...] el resultado final de esta reducción sustantiva es una definición de la elección en función de las relaciones de causa efecto; dicho en otras palabras, una definición de la elección que niega la existencia de la elección! [...] [de esta manera, ésta es] una noción metodológica de necesidad bastante ajena a las realidades de la elección política”²³;

c) La crítica hecha por la psicología, que afirma que los seres humanos no actúan racionalmente en el sentido que lo expone la TER, pues los motivos que pueden explicar el comportamiento humano son complejos;

¹⁶ Al respecto ver: MOLINET, Jonathan. Electores, políticos y burócratas: Dificultades características en el juego de políticas públicas. *EN: Perfiles latinoamericanos*. Vol. 2. N° 3. Diciembre 1993. P. 37-69

¹⁷ ROTH, Andre-Noel, Enfoque y teoría para el análisis de políticas públicas, cambio de la acción política y transformación del estado. Op. Cit. Pág. 40. Cita tomada de BALME, BROUARD, 2005,36

¹⁸ *Ibidem*. Pág. 41

¹⁹ *Ibidem*. Pág. 40

²⁰ *Ibidem*. Pág. 42

²¹ *Ibidem*. Pág. 57

²² Tomado de: HARTO DE VEGA, Fernando. Op. Cit. Pág. 156, que a su vez lo toma de Ward (1997: 89-100)

²³ ALMOND, Gabriel A. Op. Cit. Pág. 89

d) La crítica politológica, que expone lo inverosímil de los supuestos que utiliza la TER, así como los fallos de predicción del modelo; así “si bien la teoría de la elección racional puede ser importante para abordar algunos tipos de problemas, no es una manera satisfactoria de enfrentar los problemas más importantes”²⁴.

Si bien, la TER surge del entusiasmo de los científicos sociales de buscar “poderosas regularidades y uniformidades en las propiedades de la necesidad causal o la alta probabilidad de ocurrencia, [...] [por lo cual, los científicos sociales] han pasado por alto el hecho de que gran parte del cambio social y político no debe explicarse en función de regularidades fuertes o débiles, sino mediante conjunciones accidentales –eventos que tenían poca probabilidad de ocurrencia”²⁵.

A pesar de lo anterior, estas críticas son resueltas por las ganancias metodológicas que proporciona la TER, pues “esta pérdida sustantiva [reduccionismo de la TER] se considera aceptable a la luz de una ganancia metodológica: “El método de la regularidad postulada decididamente es más eficiente, porque permite la fácil generación de hipótesis y ofrece una explicación única y parsimoniosa del comportamiento”²⁶.

2. Enfoque de derechos

El enfoque de derechos es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en el derecho internacional de los derechos humanos y, desde el punto de vista

operacional, está orientado a la promoción y protección de los derechos humanos. Su finalidad es analizar las desigualdades que se subyacen en el centro de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto de poder que obstaculiza el progreso en materia de desarrollo²⁷.

La relación que se presenta entre los instrumentos de derechos humanos y el desarrollo humano, es bajo el supuesto que ambos se

[...] aproximan suficientemente en cuanto a motivos y preocupaciones para ser compatibles y congruentes, y son suficientemente diferentes desde el punto de vista de su concepción y estrategia para complementarse entre sí provechosamente. Tanto los derechos humanos como el desarrollo tienen como propósito promover el bienestar y la libertad sobre la base de la dignidad y la libertad inalienable de todas las personas. El objetivo del desarrollo humano es el disfrute por todas las personas de todas las libertades fundamentales [...] los derechos humanos y el desarrollo humano comparte la preocupación por los resultados necesarios para mejorar la vida de las personas, pero también por la mejora de procesos. Está centrado en las personas y por eso reflejan un interés fundamental porque las instituciones, las políticas y los procesos tengan mayor participación y cobertura más amplia posible, respetando la capacidad de todas las personas²⁸.

²⁴ Cita tomada de una pregunta a Robert Dahl sobre la importancia de la TER en la ciencia política, la cual se encuentra en: El pasado presente y futuro de la política comparada: un simposio. En: Política y Gobierno, Vol. XII, Núm., 1. 1 Semestre de 2005. Pág. 131.

²⁵ ALMOND, Gabriel A. Óp. Cit. Pág. 73

²⁶ Ibíd. Pág. 88

²⁷ Al respecto ver: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos en la cooperación para el desarrollo. En Línea: www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf Pág.15. Fecha consulta: 18 de Noviembre de 2008. Subraya fuera del texto.

²⁸ Ibíd.

Aparte de esta corriente normativa, basada en el derecho internacional de los derechos humanos, existen otras perspectivas para abordar el enfoque de derechos; entre éstas están las que se basan en la lucha y debates sociales, culturales y políticos en los distintos hemisferios relacionados con las reivindicaciones que algunos sectores de la sociedad han logrado, como los indígenas, GLBT, entre otros; y, por otra parte, un enfoque relacionado más con la noción de ciudadanía, relacionándola con los derechos a la participación, el cual ha sido un "cambio significativo para pasar de 'un entendimiento técnico' a un entendimiento político de desarrollo"²⁹; pues " pese a que la titularidad sobre los derechos es reconocida por distintos actores sociales como el principal activo de las personas y como uno de los legados históricos más importantes de la humanidad, los derechos ocupan un lugar marginal en el conjunto de criterios e indicadores con los que se valora el bienestar social en general, y las políticas de desarrollo en particular"³⁰. Esta escisión que se presenta entre diferentes criterios para abordar el enfoque basado en derechos, es parcialmente engañosa; pues todas derivan de la reivindicación de derechos consagrada en los instrumentos de derechos humanos.

Así las cosas, el resultado que se presenta de la sumatoria de los tratados de derechos humanos y el desarrollo humano, es el enfoque de derechos, el cual tiene, entre otras, las siguientes características³¹, la cuales se asemejan a los principios de los de derecho internacional de los derechos humanos:

a- La transversalidad en la concepción de los derechos humanos en todos los ámbitos del Estado y la sociedad. Significa pensar y actuar en el sentido que los derechos humanos son el fundamento ético-moral y

el objeto mismo de la acción del Estado y prerequisite para el bienestar de la sociedad.

b- Principio de no discriminación y de inclusión para la universalidad.

Incorporación de los derechos de grupos sociales que habían estado excluidos del derecho positivo provocando un redimensionamiento del derecho como tal (perspectiva de género, infancia y juventud, perspectiva étnica, política social, etc.).

c- Principio de dignidad humana. Énfasis no tanto en las estructuras sociales sino en las personas y sus relaciones. La integración social supone la incorporación de las personas como sujetos en las redes de acción social.

d- Principio de la democracia. Participación activa, informada y protagónica en todos los niveles del proceso de toma de decisiones que afectan a la ciudadanía.

e- Responsabilidad compartida de todos los actores involucrados, distinguiendo "sujetos de derechos" de "sujetos de obligaciones" o deberes.

f- Predominio de la esfera pública, la deliberación democrática y la resolución pacífica de conflictos. Sin embargo esto no significa, abandonar el ámbito privado sino más bien publicitarlo, visibilizarlo política y socialmente, hacerlo público: los conceptos de lo público y de lo privado se modifican y se redefinen los tradicionales conceptos de paternidad, maternidad, matrimonio, familia, es decir, todas aquellas instituciones sustentadas en jerarquías de poder.

²⁹ VALLENAS, Katuna; ALZA, Carlos. Gobernabilidad, desarrollo y democracia: Un enfoque de derechos humanos en las políticas públicas. *EN: Derecho y sociedad*. Año. XV N^o. 22, 2004.

³⁰ PEREZ MURCIA, Luís Eduardo. RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. DEJUSTICIA IDEP. BOGOTA. 2007. Pág. 87

³¹ Estas características, que a su vez son tomadas de otros autores, se encuentran en: JIMENEZ BENITES, William Guillermo. El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas. *En: Revista Civitas*. Num. 12; Enero-Junio de 2007. Pág. 35.

g- Primacía de lo local en el ejercicio y realización de los derechos, dado que las acciones se dirigen a la efectivización y realización de los derechos en las concretas realidades.

Ahora bien, el desarrollo humano puede entenderse de forma general, como el despliegue de las potencialidades inherentes en el ser humano; de forma particular en el individuo. Significa la realización material de las capacidades de las personas; a nivel social, implica el mejoramiento de las condiciones de calidad de vida en un conglomerado social (desarrollo socioeconómico). Así es que, al incorporarse el enfoque de derechos en la búsqueda del desarrollo, surge una visión integral: económica, política, social y jurídica. En otras palabras, “desde el enfoque de los derechos humanos, dada su visión de integralidad e interdependencia, se ha empezado a construir un puente con las discusiones sobre el desarrollo. Desde la otra orilla [...], también se han dado importantes acercamientos para introducir los temas de los derechos humanos en las diferentes concepciones sobre el desarrollo (desarrollo alternativo, desarrollo a escala humana, desarrollo humano sostenible, entre otros)”³².

Con lo anterior, es posible afirmar el enfoque de derechos como una perspectiva para diseñar y concebir las políticas públicas, las cuales deben impulsar el desarrollo humano, en un proceso de concertación entre el Estado y la sociedad civil³³, lo cual plantea la posibilidad de que el enfoque de derechos se convierta en el integrador de diversas disciplinas –derecho, ciencias políticas, economía y la sociología–; buscando con ello, como principal objetivo, la conexión entre las ciencias jurídicas y las

ciencias políticas, entre lo jurídico-normativo –derecho internacional de los derechos humanos y los desarrollos acerca del contenido y alcance de los mismo que realizan los órganos del derecho internacional– y lo politológico – la acción pública del Estado–.

Por otra parte, la fundamentación de políticas públicas, por medio de un enfoque de derechos, generan tres conexiones en la relación derecho-desarrollo humano-políticas públicas, éstas son: a) la incorporación de los derechos como ámbito de valoración del bienestar, b) la incorporación de los derechos y las libertades como fundamento del concepto de desarrollo humano y c) la propuesta de integrar los derechos como marco de acción a las políticas de desarrollo³⁴.

3. Políticas públicas con enfoque de derechos

El enfoque de las políticas públicas con enfoque de derechos permitirá, entonces, la elaboración de políticas con criterios igualitaristas, permitiendo así que se cumpla la dimensión de universalidad de los derechos humanos contenidos en los instrumentos de derecho internacional. De acuerdo a este enfoque, se “considera el derecho internacional sobre los derechos humanos como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional, capaz de orientar el proceso de formulación, implementación y evaluación de políticas en el campo del desarrollo”³⁵. Así “los derechos humanos se constituyen en el fundamento ético de la formulación y ejecución de las políticas públicas. Los derechos humanos [...] se convierten así en el objetivo mismo de las políticas públicas”³⁶; y más que eso “un enfoque de políticas públicas con enfoque de derechos permite armonizar los principios de derechos

³² Ibídem. Pág. 39

³³ Ibídem. Pág. 34

³⁴ PÉREZ MURCIA, Luís Eduardo. Otros, Op. Cit. Pág. 86

³⁵ ABRAMOVICH, Víctor. Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo de América Latina. En línea: <http://www.iadb.org/sds/doc/SOC-Unaaproximacionenfouque-s.pdf>. Fecha consulta: 8 de mayo de 2008

³⁶ JIMÉNEZ Benítez, William Guillermo. Op. Cit. Pág. 40

humanos y las obligaciones del Estado con el marco de acción propuesto por los hacedores de política [...] tratando de asegurar que las políticas públicas se constituyan en una herramienta para la realización de los derechos humanos de las personas para las que se diseña e implementa”³⁷.

Acorde con lo anterior, se entiende que las políticas públicas con enfoque de derechos no pretenden exclusivamente dar soluciones a los problemas –necesidades– de la sociedad -individuos, actores-; sino que se concentra en resolver las causas que han generado las necesidades. “Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas”³⁸.

Por otro lado, desde este enfoque, se entiende que las normas del derecho internacional de los derechos humanos más que señalar acciones concretas que deba realizar el estado firmante, especifican tipos de obligaciones que contribuyen a la orientación del accionar del Estado.

Estas obligaciones, tradicionalmente, se han diferenciado entre las que implican un “no hacer” y aquellas que implican debe ser en plural “un hacer” por parte del Estado, lo que ha llevado a que se relacionen con un determinado tipo de derecho. Así, para la primera, se ha relacionado con los derechos civiles y políticos y, para la segunda, con los derechos económicos sociales y culturales (DESC).

La anterior posición –acerca de la obligación de hacer y no hacer de acuerdo al tipo de derecho– ha sido reformulada. Ahora se concibe que tanto de los derechos civiles y políticos como los DESC emana una serie de obligaciones de “hacer” y de “no hacer” sin importar el tipo de derecho; bajo el supuesto que la obligación del Estado, por el derecho internacional de los derechos humanos, es respetar, promover, garantizar y promocionar los derechos contenidos en los instrumentos internacionales³⁹.

A partir de esto, se ha establecido que la protección de los derechos debe realizarse de dos formas; por un lado la “protección defensiva” y, por el otro, la “protección progresiva”; lo cual se fundamenta en el entendido que una vez los derechos estén satisfechos –protección progresiva⁴⁰– el Estado solo los puede limitar en casos puntuales –protección defensiva–; pero en principio se entiende que tal acción es violatoria del derecho internacional de los derechos humanos y de la constitución⁴¹. Por otro lado, hay quienes piensan que la protección defensiva se debe entender como una obligación de no regresividad, lo cual “implica un control «agravado» del debido proceso sustancial: [...] por ejemplo la no afectación de la sustancia del derecho, el análisis medio/fin que propone la norma, el análisis de proporcionalidad”⁴².

Según lo expuesto, la acción del Estado debe estar dirigida a la consecución de los derechos humanos –obligación de hacer–⁴³; y una vez satisfechos, u ostenten un determinado

³⁷ PEREZ MURCIA, Luis Eduardo. Otros, Op. Cit. Pág. 79-80

³⁸ ABRAMOVICH, Víctor. Op Cit.

³⁹ Para verificar este argumento, solo es necesario observar los diversos tratados sobre derechos humanos que ha firmado y ratificado el estado colombiano; entre los cuales se puede destacar: Convención Americana de Derechos Humanos –Pacto de San José–, Protocolo Adicional de San Salvador sobre DESC, Declaración Universal de los Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y culturales –PIDESC–.

⁴⁰ Si bien, esta protección progresiva se ha establecido principalmente para los DESC, por el principio de interrelación entre los derechos humanos, también se pueden establecer para los derechos civiles y políticos.

⁴¹ Al respecto: PÉREZ MURCIA, Luís Eduardo. Otros. Op. Cit. Capítulo primero.

⁴² ABRAMOVICH, Víctor. COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Trotta, Madrid, 2002. Pág. 96

nivel de satisfacción, el Estado no puede realizar acciones que vayan en detrimento de los niveles alcanzados de satisfacción –obligación de no hacer–.

Por lo tanto, el objetivo que debe propender el enfoque de política pública con enfoque de derechos, es la elaboración de políticas públicas que tiendan al respeto, protección, garantía y promoción de los derechos humanos y, así mismo, la evaluación de una política pública deberá realizarse para determinar el impacto de ella en el cumplimiento de estos objetivos, y no privilegiando la evaluación de resultados de costo-beneficio.

Por otra parte, al igual que como objetivos, el enfoque de políticas públicas con enfoque de derechos, asume el derecho internacional de los derechos humanos como límite al accionar del Estado, como ya se mencionó, entendiendo que toda acción pública debe partir de su respeto, conforme con los principios de universalidad, interdependencia, inalienabilidad, igualdad y no discriminación⁴⁴.

Por el primero de estos principios, universalidad, se entiende que “todas las personas, sin distinción de ninguna clase, son titulares de los mismos derechos”⁴⁵; por el segundo, interdependencia, se entiende que “todos los derechos humanos gozan de igual jerarquía e importancia para garantizar la dignidad humana”⁴⁶; con el tercero, inalienabilidad, “refiere a que los derechos humanos son tan esenciales para el desarrollo de

una vida digna, que sus titulares no pueden renunciar a ellos”⁴⁷ y; con los últimos, igualdad y no discriminación, se deduce que ambos derechos “se retroalimentan permanentemente. Solo es posible realizar el derecho a la igualdad cuando se encuentra libre de toda forma de discriminación y la vigilancia de su cumplimiento constituyen un requisito indispensable para materializar todos los derechos humanos y para garantizar una vida digna a todas las personas”⁴⁸.

De esta última dupla de derecho –igualdad y no discriminación–, se ve claramente la dualidad de obligaciones que tienen los Estados respecto a los Derechos Humanos, pues como se puede intuir el principio de igualdad pretende una acción del Estado –obligación de hacer o protección progresiva–, mientras que la obligación de no discriminar, obliga al Estado a abstenerse de ejercer acciones discriminatorias –obligación de no hacer o protección defensiva–.

4. El enfoque de derechos a partir del contenido otorgado por los organismos de derecho internacional de los derechos humanos.

El Estado colombiano por medio de los tratados sobre derechos humanos, se ha comprometido con la comunidad internacional para la realización de determinadas actuaciones: promover, garantizar, respetar y satisfacer determinados derechos.

Estos compromisos internacionales que se despliegan de los diferentes instrumentos de

⁴³ De acuerdo a esta obligación se desprenden tres (3) tipos de acción: “hacer para prevenir violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, hacer para proteger a todas las personas de las violaciones y hacer para satisfacer las obligaciones básicas relacionadas con los contenidos esenciales de los derechos. Como parece evidente, el ejercicio de hacer supone la puesta en marcha de políticas públicas por parte del Estado. Conf. PEREZ MURCIA, Luís Eduardo. Otros. Op. Cit. Capítulo segundo.

⁴⁴ Estos principios se desprenden de los tratados de derecho humanos, tales como: La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos,

⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 81

⁴⁶ *Ibidem*. Pág. 83

⁴⁷ *Ibidem*. Pág. 84

⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 84

derecho internacional que ha firmado y ratificado el Estado⁴⁹ y, en particular, los relacionados con derechos humanos, se convierten así en la base sobre la cual el Estado debe de actuar, pues gracias al bloque de constitucionalidad⁵⁰, ellos se incorporan a la normativa interna, con lo cual el Estado debe realizar acciones que procuren su respecto, garantía y protección; pues ellos, al igual que la Constitución representan el marco jurídico a partir del cual se va a realizar la acción pública.

Así mismo, estos instrumentos internacionales han creado una serie de organismos⁵¹ que tienen a su cargo la vigilancia, promoción y fortalecimiento de los derechos allí contenidos, conformando un sistema de protección, promoción y fortalecimiento de los derechos humanos; al cual, el Estado debe rendir cuentas sobre las acciones que ha desplegado en procura de respetar, garantizar y promover los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

En cumpliendo de las funciones puestas a estos órganos, ellos han ido asignado contenido a los derechos, han creando estándares que otorgan contenidos más precisos a esta normativa internacional en materia de derechos humanos, fijando con mayor claridad no sólo las obligaciones negativas del Estado sino también las obligaciones positivas de éste, por medio de una interpretación razonable de los tratados sobre derechos humanos que da cuenta de las dificultades estructurales de la realidad;

en otras palabras, dan sentido a los derechos humanos estableciendo criterios de interpretación y aplicación, dándoles interpretación y sentido a partir de fenómenos reales, y no dogmáticos.

Así, la asignación de contenido y alcance a los derechos humanos, por parte de los órganos de derecho internacional, se realiza a través de diferentes actos en desarrollo de las competencias que los mismos instrumentos de derecho internacional les ha asignado; entre estos actos están: recomendaciones, sentencias condenatorias al Estado por no cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, igualmente están las informes situaciones, ya sea por país o por derecho, como documentos pedagógicos.

Algunos de estos actos son de obligatorio cumplimiento para el Estado, como las sentencias condenatorias, en las cuales se le da alcance a los derechos, pues ahí se mira que conductas del Estado son violatorias de los derechos humanos; los demás actos, quedan entre los cuales determinan el contenido de los derechos humanos, pues se determina cómo ellos pueden ser promovidos, garantizados y satisfechos por el Estado.

5. Conclusiones.

Según lo planteado hasta acá, el enfoque de derecho en la política pública, implica entonces, identificar “a los titulares de derechos y aquello a lo que tienen derecho y los

⁴⁹ Los cuales pueden ser Declaraciones, Pactos, Convenciones o Protocolos, ejemplos de estos son: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración sobre el derecho al desarrollo, por el sistema Universal; y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", por el sistema Regional de derechos humanos.

⁵⁰ El respecto confrontar con los artículos 53, 93, 94 y 214 de la Constitución Política de Colombia.

⁵¹ Para el sistema regional, tenemos, por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y del Instituto Interamericano sobre Derechos Humanos (IIDH); los cuales se desprende a su vez de la Organización de Estados Americanos (OEA) y; para el sistema universal, que se desprende de la Organización de Naciones Unidas (ONU), están, entre otros: Consejo de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social, ACNUR y la Comisión de Consolidación de la Paz de las Naciones Unidas.

correspondientes titulares de deberes y las obligaciones que los incumbe, y procura fortalecer la capacidad de los titulares de derechos para reivindicar éstos y de los titulares de deberes para cumplir sus obligaciones”⁵². Por lo anterior, es que el enfoque de derechos en las políticas públicas representa un cambio de paradigma, respecto al enfoque tradicional de políticas públicas, pues con la inclusión de este concepto, para la formulación de políticas públicas, se pretende tomar al destinatario de las políticas públicas, no como un sujeto afectado por necesidades, que deben ser asistidas, sino uno con derecho a demandar unas determinadas prestaciones.

Sumado a lo anterior, el enfoque de derechos en la política pública, permite superar el enfoque dominante a partir del cual se ha diseñado la política pública (la TER como ya se mencionó); pues el enfoque de derechos, al no partir de la concepción de un individuo reducido en términos económicos, sino de un individuo con derechos y con la capacidad de exigirlos, permite la observancia de otras variables diferentes a las económicas -predominantemente cuantitativas-, y la adopción de otras variables cualitativas que permiten una visión más amplia, completa y necesaria cuando se trata de determinar los niveles de satisfacción, respeto y promoción de derechos a cargo del Estado.

Igualmente, otro de los aportes del enfoque de derechos para la política pública, que puede considerarse también un cambio de paradigma, es que éste apela a una nueva visión del institucionalismo clásico, pues éste es reemplazado por otra formulación: el institucionalismo social, el

cual pretende “tomar en serio a las instituciones y de hacerlo a partir de una perspectiva de filosofía moral y de políticas públicas que le dé tanta importancia a la libertad como a la igualdad, a la eficacia con la inclusión social”⁵³.

Por otra parte, es necesario precisar que la adopción del enfoque de derechos para las políticas públicas no establecen acciones determinadas, no limitará la autonomía del Estado, sino que se propone dar orientación acerca de cómo se puede dar cumplimiento a las obligaciones y satisfacer derechos; lo cual contribuye a la orientación de la acción pública; esto se debe a que “la lógica de derechos no restringe las opciones de políticas públicas que el Estado puede adoptar para realizar sus obligaciones [...], el enfoque de derechos si bien fija un marco conceptual para la formulación y la evaluación de las políticas, no debería conducir a acotar o limitar excesivamente el margen de acción de los gobiernos para la formulación de esas políticas”⁵⁴.

Finalmente, “los derechos humanos no son pensados en la actualidad tan sólo como un límite a la opresión y al autoritarismo, sino también como un programa que puede guiar u orientar las políticas públicas de los Estados y contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas, en particular en procesos de transición o con problemas de democracias deficitarias o débiles”⁵⁵, como la colombiana.

⁵² OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Op.cit. Pág. 16.

⁵³ UPRIMNY Yepes. Rodrigo. RODRIGUEZ Garavito. César A. GARCIA Villegas, Mauricio. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Norma, Colombia. Pág. 26-27

⁵⁴ ABRAMOVICH, Víctor. Op. Cit.

⁵⁵ ABRAMOVICH, Víctor. Op. Cit.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor. Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo de América Latina. En línea: <http://www.iadb.org/sds/doc/SOC-Unaaproximacionlenfoque-s.pdf>. Fecha consulta: 8 de mayo de 2008

_____. COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Trotta, Madrid, 2002.

AGUILAR Villanueva. Luis F. Recepción y desarrollo de la disciplina de Política Pública en México. EN: Un estudio introductorio Sociológica, año 19, número 54, enero-abril de 2004,

_____. Estudio Introductorio. Introducción. EN: MAJONE, Giandomenico. Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas. Colegio nacional de ciencia política y administración pública. México, FCE, 2005.

ALMOND, Gabriel A. Una disciplina segmentada: escuelas y corrientes en las ciencias políticas. Fondo de cultura económica, México, 1999.

HARTO DE VEGA, Fernando. Ciencia política y teoría contemporánea: una relación problemática. Trotta. Madrid. 2005.

JIMÉNEZ Benítez, William Guillermo. El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas. EN: Civilizar, No 14 enero-junio de 2007.

LASSWELL, Harold. La orientación hacia las políticas. En: El estudio de las políticas públicas. Grupo editorial Miguel Ángel Porrúa. México D.F. 1996.

McKENZIE, Kenneth J. Diseño institucional y políticas públicas: una perspectiva microeconómica. EN: Revista de economía institucional, N°.1 Noviembre de 1999. Pág.17

MOLINET, Jonathan. Electores, políticos y burócratas: Dificultades características en el juego de políticas públicas. EN: Perfiles latinoamericanos. Vol. 2. N° 3. Diciembre 1993. P. 37-69

PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo. RODRÍGUEZ GARAVITO, César. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. DEJUSTICIA IDEP. Bogotá. 2007.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos en la cooperación para el desarrollo. En Línea: www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQs_p.pdf. Fecha consulta: 18 de Noviembre de 2008

PETTIT, Philp. Diseño institucional y la elección racional. En: GOODIN, Robert E (Comp). Teoría del diseño institucional. Gedisa. Barcelona. 2003.

ROTH DEUBEL, André-Noël. Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación. Quinta edición. Ediciones Aurora. Bogotá. 2006.

_____. Enfoque y teoría para el análisis de políticas públicas, cambio de la acción política y transformación del estado. En: Ensayos sobre políticas públicas, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2007.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. En línea: dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=47. Fecha consulta: 30 de octubre de 2008

_____. RODRÍGUEZ Garavito. César A. GARCIA Villegas, Mauricio. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Norma, Colombia. 2006

VALLENAS, Katuna; ALZA, Carlos. Gobernabilidad, desarrollo y democracia: Un enfoque de derechos humanos en las políticas públicas. EN: Derecho y sociedad. Año. XV N^o. 22, 2004.

PARTICULARITÉS DU DROIT DES PAYS DE L'AMÉRIQUE LATINE PARTICULARIDADES DEL DERECHO DE LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

Cathalina Sánchez Escobar, Mg*.



Résumé: Con la colonización, los países de América latina, heredaron el sistema de derecho de Europa continental; aquel que los comparatistas denominan “romano-germánico”. Este hecho les ha permitido tener muchas afinidades con los derechos europeos. Sin embargo, la existencia de tradiciones e instituciones autóctonas, implicó una aplicación del derecho, diferente a la europea. Esta particularidad de adaptar el derecho al contexto socio-cultural latinoamericano, y el hecho de buscar soluciones a los problemas locales, en los derechos de otros países; pero con un toque de innovación, constituye la originalidad de los derechos de los países de América latina.

Palabras claves: Derecho Comparado; Derecho Latinoamericano; Originalidad.

Abstract: Avec la colonisation, les pays de l'Amérique latine ont hérité le système du droit de l'Europe continentale ; celui que les comparatistes appellent « romano-germanique ». Ceci leur a permis d'avoir beaucoup d'affinités avec les droits européens. Cependant, l'existence de traditions et d'institutions autochtones ont entraîné une application du droit, différente à celle de l'Europe. Cette particularité d'adapter le droit au contexte socioculturel latino-américain et le fait de chercher la solution aux problèmes locaux, dans les droits des autres pays mais, avec une touche de nouveauté, constitue l'originalité des droits des pays de l'Amérique latine.

Key words: Droit Comparé; Droit Latino-Américain; Originalité.

*Abogada especialista en Derecho financiero y de los negocios de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín; Master en Historia del Derecho de la Universidad Paul Cézanne, Aix-Marseille III France; Candidata al Doctorado en Derecho de la Universidad Paul Cézanne Aix-Marseille III, Francia y Externado de Colombia.

Sommaire: I. Introduction. II. Un droit romano-germanique à l'origine. Similitude avec les droits européens. III. L'autonomie des droits latino-américains.

I. – Introduction

L'évolution des droits de l'Amérique, et de la physionomie nouvelle qu'ils revêtent. Posé dans ses termes les plus simples, le problème est le suivant. Les droits de l'Amérique tendent-ils à s'affranchir des influences européennes qui ont été déterminantes dans leur période de formation, et peut-on dès à présent, et dans quelle mesure, distinguer les grandes lignes d'un « système de droit américain », qui s'opposerait aux droits européens? Existe-t-il un aspect juridique de l'américanisme? Par ailleurs, et dans la mesure où cette originalité des droits américains n'est pas encore notable, les pays qui ont subi, dans le passé, l'influence du Code Napoléon, demeurent-ils fidèles dans leur attachement au droit français ou bien leurs législateurs et leurs juristes se tournent-ils de préférence vers d'autres droits, et comment s'explique alors cet assujettissement à d'autres influences?¹

On verra comment les droits civils de l'Amérique présentent dans l'ensemble les mêmes caractéristiques que ceux de l'Europe, soit qu'une adaptation particulière au milieu américain n'ait pas été jugée nécessaire, soit que cette adaptation n'ait pas pu encore être opérée². Les droits de l'Amérique, demeurent, comme ceux de l'Europe, scindés en deux groupes, qui s'ignorent presque l'un de l'autre, les uns se rattachant à la tradition de la common law d'Angleterre, les autres se rattachant au système de droit de l'Europe continentale.

Le passé colonial romaniste et l'admiration pour l'Europe et sa pensée, conduisaient tout naturellement à la codification. La France avait un Code civil moderne, reflétant une certaine idéologie, et la doctrine faisait bloc pour considérer que tout le droit était dans ce code. L'on suivait l'exemple du droit français, en Amérique latine comme en

Europe, en se donnant un code, aussi voisin que possible du Code français, par son contenu, son esprit, sa technique. L'influence du common law était, en ce début du XIX^e siècle, inexistante pour le droit privé. En revanche, l'influence nord-américaine se fera sentir en droit constitutionnel, en raison du prestige de la Constitution américaine.

Le propos ici, ce n'est pas de faire un traité de droit comparé mais, de prendre certains éléments historiques donnés par la méthode comparative, qui nous permettent de comprendre comment et pourquoi les droits de l'Amérique latine se sont constitués, et de quelle façon l'influence de la science juridique des autres pays a contribué à la formation de leurs institutions.

L'objectif de cette recherche ce n'est pas de dresser une étude complète et détaillée sur l'histoire du droit latino-américain, mais de présenter de manière générale, diverses caractéristiques propres aux droits des pays de l'Amérique latine, en commençant par leur origine (I), commun à plusieurs droits européens, pour finir avec des tendances particulières qui ont imprimé certaine originalité à ces droits (II).

II. – Un droit romano-germanique à l'origine. Similitude avec les droits européens

On peut recourir à la classification faite par la théorie du droit comparé et dire que les pays de l'Amérique latine appartiennent à la famille de droit romano-germanique³. Ceci leur permet d'avoir certaines caractéristiques communes avec le droit des pays européens qui font partie de cette famille, mais aussi d'avoir des spécificités qui leur sont propres par leur culture et histoire, et qui vont les différencier du reste du groupe.

Pour eux, comme pour tous les membres de la famille romano-germanique, la science du droit s'est formée sur la base du droit romain. Ils conçoivent les règles du droit comme étant des règles de conduite, étroitement liées à des

préoccupations de justice et de morale. Déterminer quelles doivent être ces règles est la tâche essentielle de la science du droit.

C'est par l'effet de la colonisation que la famille romano-germanique, dont le berceau est l'Europe, a conquis de très vastes territoires et est arrivée en Amérique latine, où s'appliquent jusqu'à aujourd'hui des droits appartenant à cette famille. C'est bien par la domination des peuples du continent européen que ce droit a été imposé dans le territoire latino-américain, donnant de cette façon son origine à l'histoire du droit romano-germanique dans le continent américain.

Prépondérance européenne dans la science juridique latino-américaine

Au début du XIX^e siècle, les pays de l'Amérique latine ne s'efforçaient pas de développer des conceptions et des institutions juridiques propres, ils avaient pris leurs théories et doctrines politiques aux philosophes et publicistes du XVIII^e siècle et de la Révolution française. De la même manière, le corps de leurs lois avait reproduit les lois européennes. Les droits de l'Amérique latine « gravitaient dans l'orbite de la science juridique de l'Europe occidentale », comme disait le professeur René David⁴. Les juristes latino-américains reconnaissaient entièrement la suprématie et supériorité des juristes européens.

La doctrine latino-américaine s'est peu intéressée à l'application du droit ; les ouvrages de doctrine qui existaient n'étaient guère plus que des commentaires pratiques des lois existantes, sans prétention philosophique ni visée politique, destinés essentiellement à faciliter le travail des praticiens⁵.

La jurisprudence locale était ignorée, c'était celle venant de l'étranger qui était employée pour trouver des théories et des solutions qui pouvaient être appliquées dans les systèmes latino-américains. Depuis le XIX^e siècle un rôle prépondérant est attribué à la loi, les

divers pays appartenant à l'Amérique latine s'étant dotés de « codes ».

L'histoire nous montre comment les codes civils dont ils se sont dotés, étaient des imitations ou des répliques, parfois même la copie exacte du Code Napoléon. La procédure suivait les modèles, antérieurs à l'indépendance, fournis par les Ordonnances espagnoles et portugaises⁶. Pour le droit commercial, les pays latino-américains ont continué une évolution sur laquelle des éléments de diverses sources, surtout le droit italien, ont exercé leur influence.

On peut apprécier l'influence de la science et de l'expérience allemandes dans la législation et la technique législative latino-américaine. Par contre, la doctrine reçoit l'influence italienne; et la jurisprudence est inspirée par celle de la France.

Fusion des droits. Vers une consolidation des droits latino-américains

Les droits des pays de l'Amérique latine ont été élaborés, avant tout, pour des raisons historiques, en vue de régler les rapports entre les citoyens ; les autres branches du droit n'ont été que plus tardivement et moins parfaitement développées en partant des principes du « droit civil », qui est demeuré pendant longtemps le siège par excellence de la science du droit⁷.

Dans les pays de l'Amérique latine on a pu recevoir les droits européens, mais il existait déjà dans ces pays, avant que cette réception n'ait lieu, une civilisation autochtone, comportant certaines manières de voir ou de se conduire et certaines institutions⁸. La réception n'a souvent été, dans ces conditions, que partielle, divers secteurs des relations juridiques demeurant régis par les principes traditionnels ; la plus part de la législation indienne se réfère au droit public. Le droit privé dispose de faibles dispositions, presque toutes de type casuistique, c'est-à-dire, destinées à résoudre des cas concrets.

Indépendamment, les manières anciennes de voir et de se conduire peuvent avoir entraîné une application du droit nouveau, assez différente de ce qui est appliqué en Europe. Le contact de la tradition juridique espagnole, y compris tous ces corps normatif et codifications, avec la réalité américaine produira un rajustement des institutions péninsulaires à la nouvelle atmosphère. En outre, la présence de l'Indien créera des problèmes non prévus par l'esprit européen et fera la place à une législation originale⁹.

C'est certain que quelques pays de l'Europe et de l'Amérique parlent les mêmes langues, sont attachés aux mêmes traditions, participent aux mêmes croyances, et parfois professent le même idéal. Cependant, les conditions géographiques, l'économie des divers pays, leur structure sociale et même raciale, sont essentiellement différentes en Europe et en Amérique. Malgré toutes ces discordances, les juristes de l'Amérique continuaient à être attachés à la tradition et à la manière de voir en Europe, beaucoup plus qu'à souligner l'autonomie et l'originalité de leurs droits.

Les pays de l'Amérique latine ont connu un phénomène particulier : l'acceptation volontaire du droit apporté par les colonisateurs européens dans certains domaines, et l'adaptation dans certains autres. Ce qui a permis le maintien du droit européen dans la culture juridique et la science du droit latino-américaine. Tous les États ont donc fait une certaine place aux idées européennes. Ils ont aussi ajusté ce droit européen au regard du contexte socioculturel¹⁰, parce que cela leur a paru nécessaire pour maintenir leur indépendance et pour réaliser certains progrès.

Après cette affirmation, il est important de se demander, comme l'on fait d'ailleurs quelques comparatistes, s'il y a des traits spécifiques et caractéristiques qui permettent de différencier ou même d'opposer les droits de l'Amérique latine aux droits européens. Il faut aussi s'interroger sur la possibilité de ranger ces

droits en bloc, parmi les droits du système « continental » ou si l'on doit formuler quelques nuances.

Avec un regard historique, et en considérant le processus d'assimilation du droit amené par l'Europe et les « prémisses implicites » de chaque législation, il est possible de concevoir, sans peur de contredire les comparatistes, un sous système composé par les droits latino-américains, qui se situerait dans le groupe du droit français ou dans la famille du droit romano-germanique¹¹.

On essayera d'indiquer les traits typiques de ces droits latino-américains, qui les séparent des droits européens et qui leur accordent une originalité propre.

III. – L'autonomie des droits latino-américains

L'expression « droits latino-américains » elle-même, est bien entendu trop générale ; le problème que l'on veut exposer dans cette partie peut comporter des réponses nuancées selon que l'on considère le droit de tel ou tel État de l'Amérique latine.

Peut-on parler d'un droit latino-américain ? Même s'il y a une certaine unité et uniformité entre les droits des pays d'Amérique latine, les différentes situations et dimensions des divers pays, ainsi que leurs histoires distinctes ne permettent pas de reconnaître l'existence d'un bloc de droit latino-américain. Nonobstant, il y a entre eux un indiscutable dénominateur commun : le respect de l'échelle des valeurs de l'occident. De même il faut reconnaître, dans toutes les lois de la région, l'influence des Ordonnances Philippines (de 1603), l'inspiration des sources judéo-chrétiennes et des principes de la Révolution française, ainsi que le respect des institutions démocratiques¹².

Par son appartenance à la famille romano-germanique, certains comparatistes ont considéré le droit des pays d'Amérique latine comme formant une unité, comme si l'on pouvait

attribuer aux sociétés des divers États du continent la même formation, les mêmes traditions et caractéristiques juridiques¹³. L'autonomie du droit des pays d'Amérique latine a été tardivement reconnue par les auteurs européens, qui le rangeaient simplement dans la famille du groupe français, dans le système du droit occidental, sans reconnaître ses particularités.

Dans la première moitié du XX^e siècle, l'originalité des droits de l'Amérique latine a été analysée par le comparatiste René David, qui a reconnu que ceux-ci méritaient d'être classés à part du groupe français au sein du système du droit continental ; aussi bien pour des raisons historiques que géographiques et sociales¹⁴. Dans son analyse, il conclut que la formation de chaque pays, ses traditions et son niveau de développement économique conditionnent l'interprétation des textes législatifs ; la même loi ne peut pas être appliquée de la même façon dans des régions différentes.

L'adaptation du droit à la réalité

Pendant longtemps les droits locaux ont copié et adapté ceux de l'Europe, mais à un moment donné cette pratique n'était plus efficace, et il y a fallu développer le droit des anciennes colonies espagnoles et portugaises. Les lois héritées des espagnols et portugais étaient « viciées », désordonnées, parfois incompréhensibles, incomplètes, insuffisantes ; et toutes ces « imperfections » les rendaient désormais inapplicables. Même avant l'indépendance on voyait déjà les défauts de cet ancien régime, lequel on devait changer pour l'adapter aux besoins des nouvelles sociétés émergentes.

Inspirés non seulement par le désir d'indépendance de l'ancien système du droit, mais aussi par l'originalité juridique, et par le besoin de donner des solutions aux grands problèmes sociaux et économiques qu'ils devaient résoudre, les juristes ont cherché, et continuent à le faire, dans la mesure du possible,

avec un effort valable de créativité, les solutions qui s'adaptent aux circonstances de leurs pays.

Paradoxalement, on a vu comment en Amérique latine il y a eu un « abîme », pour reprendre les mots de M. Arnaldo Wald, entre des législations qui suivaient l'exemple des Codes européens, et une réalité économique et sociale très différente, de sorte que l'on avait une contradiction entre le « pays légal » et le « pays réel »¹⁵. L'explication à une telle contradiction, c'est l'existence, dans un même pays de l'Amérique latine, des différents niveaux de civilisation.

Les juristes, les juges et les législateurs ont pu donner leurs contributions au progrès et au développement équitable dans leurs pays, en continuant à chercher des possibles solutions, même dans les droits d'autres pays, mais avec une touche de nouveauté¹⁶. Il ne s'agit donc pas d'oublier le passé, mais dès maintenant, de construire l'avenir, sous la pression d'une économie dynamique qui ne pardonne pas les retards.

L'intérêt latino-américain pour connaître des documents constitutionnels d'autres pays de la région est aussi ancien que le début du constitutionnalisme en Amérique latine, au moment de la rédaction des textes fondamentaux, pendant et peu après les diverses guerres d'indépendance. De même, cette connaissance, dans une certaine mesure, s'est reflétée dans les premiers documents et les normes constitutionnelles des nouveaux États.

En ce sens, on peut donc observer comment l'Amérique latine a hérité et a maintenu la tradition romaine de l'Europe occidentale en matière de droit privé, et comment elle s'est inspirée du système anglo-américain en ce qui concerne le droit public¹⁷.

Après l'indépendance des pays de la région, les constituants s'étaient inspirés de la pensée française et anglaise, mais les Constitutions qui avaient influencé la rédaction des documents constitutionnels latino-

américains avaient été, d'abord, l'Américaine de 1787, deuxièmement, l'Espagnole de 1812 et, finalement, l'émergent développement constitutionnel des autres pays latino-américains.

Avec ce simple exemple, impossible de contester la profonde originalité des droits latino-américains, par rapport aux droits européens. Nous allons exposer des autres arguments pour démontrer à quel point les droits des pays d'Amérique latine, sont vraiment originaux.

L'originalité des droits de l'Amérique latine

Les pays latino-américains ont pu concilier les principes d'un droit privé demeuré de la tradition latine, avec les principes d'un droit public rattaché aux conceptions de l'Amérique du Nord. Ceci a permis d'une certaine manière que le droit privé soit influencé, voir modifié, par l'emprise de ces conceptions. On peut donner comme exemple le Mexique ; qui au début de l'Indépendance, adopta le modèle de république représentative, populaire et fédérale et, marqué par l'influence américaine, réserva aux États fédérés la possibilité de légiférer en matière civile¹⁸.

On peut aussi nommer le droit panaméen, qui est en quelque sorte, un rapprochement entre la conception napoléonienne et le droit anglo-américain, gardant chacun leur autonomie juridique dans des domaines ou des branches spécifiques¹⁹. Également, le Porto Rico présente un développement des lois hispaniques, face à un système d'administration de justice de coupe nord-américaine²⁰.

Pourtant, il ne faut pas croire que le modèle de droit public des États-Unis s'est vraiment établi dans les pays d'Amérique latine. Il convient de préciser que le milieu géographique et social a fait que les institutions de droit public ont eu une physionomie différente en Amérique latine de celle qu'elles avaient dans leur pays d'origine. Le droit public des pays

d'Amérique latine a eu dans son origine une inspiration américaine, mais cela ne veut pas dire qu'il n'a pas une originalité inéluctable par rapport au droit nord-américain²¹.

En ce qui concerne le droit civil, comme on l'a déjà exposé, l'inspiration est venue des droits de l'Europe continentale. Cet héritage est dû non seulement à la période coloniale, mais au fait qu'au début du XIX^e siècle l'Espagne et le Portugal avaient cessé d'être à l'avant-garde du progrès ; et que les nouveaux États latino-américains attirés par les principes de la Révolution française, ont emprunté le modèle français pour l'établir dans leurs institutions de droit civil. On observe donc un changement du modèle suivi, mais une permanence dans la même famille de droit.

L'influence de la science juridique française a marqué le développement des droits civils de l'Amérique latine. Il nous faut maintenant encadrer cette influence dans le contexte culturel Latino-Américain, où il existe une élite qui reçoit directement l'influence traditionnelle de la France, tel est le cas des avocats, des professeurs de droit et des juges ; et où en dessous de cette élite, se trouve une foule plus populaire, dont le profil européen ne semble pas caractériser la façon d'agir, et qui sont plongées dans des réalités locales²² et pour lesquelles la culture juridique européenne est tout à fait inconnue.

Même si cela peut paraître un peu paradoxal, l'originalité des droits de l'Amérique latine vient de la variété des modèles et des sources qui les ont inspirés. Ces droits sont originaux parce qu'ils n'ont pas adopté dans leur ensemble ni le droit espagnol, ni le droit portugais, ni le droit français, ni le droit italien. Ils ont cherché à adopter dans chacun de ces droits ce qu'il y avait de plus approprié pour leur théorie et pratique juridique. C'est la façon dont ils ont assimilé et accordé les principes issus de divers droits, qui lui attribue son originalité.

En définitive, l'originalité réside dans la diversité des sources étrangères auxquelles ils

ont emprunté ; dans les traditions indigènes²³ qu'ils ont gardées dans leur science juridique et dans l'esprit créatif des juristes²⁴ qui devaient faire face à des situations différentes de celles de la vieille Europe.

¹ DAVID, René. Rapport Général. En : Travaux de la Semaine Internationale de Droit à Paris, 1950, 723 p.

² Ibid

³ Voir in DAVID, René. Traité élémentaire de droit comparé. Paris : LGDJ, 1950. 557 p.

⁴ ----- Le droit comparé : droits d'hier, droits de demain. Paris : Economica. 1982. p.161. Coll. Etudes juridiques comparatives.

⁵ ----- L'originalité des droits de l'Amérique latine. Paris : Centre de documentation universitaire. p. 1.

⁶ Ibid

⁷ DAVID, René et JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Les grands systèmes de droit contemporains. 11^e éd. Paris : Dalloz. 2002. p. 16-18. coll. Précis.

⁸ En ce qui concerne le droit coutumier indigène, la Recopilación des Indes (loi 4, titre I, livre II) dispose la conservation des lois et coutumes indigènes à condition qu'ils ne s'opposent pas à la religion et aux lois espagnoles en vigueur.

⁹ Le fait que l'Amérique aurait été peuplée au moment de l'arrivée des colonisateurs, a généré une sorte des problèmes de nature juridique, qui a déclenché la naissance du droit indien.

¹⁰ Dans les nouveaux territoires, le droit castillan et le droit commun continuent à s'appliquer, mais le déterminisme de ces terres oblige à dicter des dispositions spéciales qui doivent être d'accord avec les principes de ces deux droits qui étaient à la base. Or, les habitants de ces territoires occupés auraient pu être pris comme esclaves par les colonisateurs, selon les principes du droit commun, cependant, les Rois Catholiques ont reconnu dès le début la liberté aux indigènes

¹¹ À ce respect la doctrine comparatiste est divisée, toutefois qu'il y a des auteurs qui nient l'autonomie des droits de l'Amérique latine et rangent ces droits, sans réserve, dans la famille du droit continental. À leur côté il y a des auteurs, surtout latino-américains, qui s'opposent à cette position et qui ont revendiqué une place spéciale pour les droits de l'Amérique latine, parmi les différents systèmes du droit. Il existe aussi une position plus nuancé,

soutenue pour le professeur René David, laquelle on développera dans la suite, et qui classe les droits latino-américains au sein du système du droit continental, dans une catégorie à part, en raison de certains traits particuliers qui les distinguaient des autres droits du système.

¹² WALD, Arnaldo. L'influence du code civil en Amérique latine. En : Université Panthéon-Assas. 1804 – 2004 Le Code civil, un passé, présent, un avenir. Paris : Dalloz, 2004. p. 856.

¹³ La conquête espagnole avait imposé au Sud du continent américain une unité factice, en retenant sous sa domination des peuples différents, des civilisations diverses, logées au sein des cellules géographiques, séparées par d'immenses espaces. Elle avait réussi à donner les linéaments d'une même culture par l'intermédiaire du castillan, à un ensemble de peuples, jadis Babel aux cent langues, mais elle n'avait pas réussi à abolir les données de la nature, les immenses espaces qui repoussent l'homme.

¹⁴ David, René. L'originalité des droits de l'Amérique latine, op.cit., p. 2-3.

¹⁵ Op. et loc. cit. dans la note 12.

¹⁶ Pour ce qui concerne l'Amérique latine, l'influence du droit Français, qui dans le domaine du droit civil paraissait au XIX^{ème} siècle être, exclusive, se combine aujourd'hui avec celle d'autres droits, européens ou américains. A côté des droits européens, certains droits d'Amérique latine doivent encore être pris en considération, l'influence exercée, au siècle dernier par les travaux de Teixeira de Freitas ou par la codification d'Andrés Bello au Chili, l'adaptation d'autre part, par le Paraguay, du code argentin.

¹⁷ Comme l'exprime le professeur Carpizo, « dans les idées politiques, ce qui est ascendante dans la tradition latino-américaine, a été multiple : l'illustration française, la Constitution américaine et certains de ses principes exégètes, quelques penseurs anglais et le libéralisme espagnol de la Constitution de Cadix de 1812. »

¹⁸ SANCHEZ CORDERO, Jorge. Mexico. En : Association Henri Capitant. La circulation du modèle juridique français – Journées franco-italiennes. Paris : Litec, 1994. p. 150-157

¹⁹ BOUTIN ICAZA, Gilberto. Panamá. En : Op. cit. ; p. 158-163

²⁰ MUNIZ ARGUELLES, Luis. Puerto Rico. En : Op. cit. ; p. 167-172

²¹ Par exemple, les constituants mexicains ont étudié plusieurs œuvres étrangères, traduites et publiées en Amérique du Sud ou aux États-Unis de l'Amérique et qui ont pesé dans leur esprit, comme les écrits de Thomas Paine

²² WALD, Arnoldo. Le droit comparé au Brésil. RIDC, 1999, n^o 4, p. 805

²³ En ce sens s'exprime le professeur R. David, en affirmant que les juristes latino-américains ont fait des nouveaux apports à la science du droit récoltés par eux dans des traditions indigènes. Il mentionne comme exemple, l'organisation foncière mexicaine, avec l'institution des ejidos qui perpétue certaines formes d'appropriation collective, traditionnelles chez les indiens du Mexique. On peut trouver des institutions similaires au Pérou, la Bolivie, la Colombie ou le Venezuela, où des centres importants de population indienne ont subsisté et où des institutions indiennes traditionnelles ont pu être maintenues en place à leur usage.

²⁴ Ils ont su conserver l'apport colonial romaniste, mais ils ont su le dépasser en usant de manière systématique de la méthode comparative, pour se donner des systèmes de droit originaux.

BIBLIOGRAFÍA

BRAVO LIRA, Bernardino. Le Code civil de Napoléon et le droit latino-américain. Lima : Université Pontificale du Pérou, 1997

CARPISO, Jorge. Derecho constitucional latinoamericano y comparado. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Distrito Federal México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, N^o. 14. p. 949-989

DAVID, René. Le droit comparé : droits d'hier, droits de demain. Paris : Economica. 1982. 161 p. Coll. Etudes juridiques comparatives.

----- L'originalité des droits de l'Amérique latine. Paris : Centre de documentation universitaire. 30 p.

----- Traité élémentaire de droit comparé. Paris : LGDJ, 1950. 557 p.

DAVID, René et JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Les grands systèmes de droit contemporains. 11^e éd. Paris : Dalloz. 2002. p. 16-18. Coll. Précis.

GODECHOT, Jacques. L'Europe et l'Amérique à l'époque napoléonienne, coll. Nouvelle Clio, Paris, PUF, 1967, 365 p.

GUITTARD Jean-Michel et HUERTA Mona. Cent ans de thèses françaises sur l'Amérique latine. En : Cahiers des Amériques latines. No. 28/29, 1998, p. 109 - 137

LAMBERT, Jacques. Amérique latine. Structures sociales et institutions politiques. Paris : PUF, 1963, 448 p. Coll. Themis.

----- Os dois Bresis. 13 éd. Sao Paulo: Editora Nacional, 1967. 93 p.

SANCHEZ ESCOBAR, Cathalina. L'influence du "Code" civil Français de 1804 sur les Codes civils de l'Amérique Latine. Aix-en-Provence, 2006, 113 p. Trabajo de grado (Master en Historia del derecho). Université Paul Cézanne. Facultad de derecho.

Travaux de la semaine internationale de Droit, Paris, 1950. L'influence du Code Civil dans le Monde. Paris : A. Pedone, 1954, 912 p.

Travaux de l'Association Henri Capitant. La circulation du modèle juridique français – Journées franco-italiennes. Paris : Litec, 1994. Tome XLIV

WALD, Arnaldo. L'influence du code civil en Amérique latine. En : Université Panthéon-Assas. 1804 – 2004 Le Code civil, un passé, présent, un avenir. Paris : Dalloz, 2004. p. 855 - 870

----- Le droit comparé au Brésil. RIDC, 1999, n^o 4, p. 805

CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS DE PLANOS E DE SEGUROS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

Cláusulas Abusivas en los Contratos y en Planes de Seguros Privados de Salud.

Por: Cristiano Heineck Schmitt*

Resumo:

A preservação da saúde é a forma mais intensa de proteção da vida. Para tanto, em países como o Brasil, que respiram iniciativas e políticas públicas comprometidas com o desenvolvimento de uma justiça social, pode-se tentar sobreviver a partir dos serviços públicos, quando estes são colocados à disposição do cidadão. Contudo, a precaução satisfatória emana de custeio suplementar, que garanta também ao indivíduo o acesso a serviços de saúde privados, por ele custeados. Neste sentido, surgem os contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde, os quais configuram normalmente uma relação de consumo. Uma vez oferecidos no mercado, estes tipos negociais não fogem a padrões registrados em outros setores. O ramo suscitado também denota, em número expressivo, o uso freqüente de artifícios ilícitos, designados como cláusulas abusivas. Passamos a discorrer sobre estas práticas no mercado de saúde privada de grupos.

Palavras-chave: Consumidor; Planos de Saúde; Seguros; Cláusulas Abusivas; Transplantes; Próteses.

Abstract:

The preservation of health is the most intense protection of life. Therefore, in countries like Brazil, initiatives and public policies committed to the development of social justice can allow one to survive when they are made available to the public. However, a good caution depends on additional funding; which also ensures access to private health. In this sense, there are contracts of insurance plans and the private health care, which typically make up a relationship of consumption. Once offered on the market, these types do not escape the trading patterns reported in other sectors. The branch also raised denotes in significant number, the frequent use of illegal fireworks, designated as unfair. We come to discuss these practices in the market of private health.

Key words: Consumer; Health Insurance; Unfair; Transplants; Prosthesis; Stent.

¹ Advogado, Doutorando em Direito pela UFRGS, Mestre em Direito pela UFRGS, Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul- AJURIS, Professor de Graduação e Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis, Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB/RS, Diretor da Comissão Permanente de Controle de Cláusulas Abusivas do Instituto Brasilcon, Membro do Conselho Científico da Escola Superior de Defesa do Consumidor do Rio Grande do Sul, Palestrante convidado do Curso de Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UFRGS, Professor do Curso IDC – Instituto de Desenvolvimento Cultural, Professor do Curso de Especialização em Contratos e Responsabilidade Civil da Unisinos. cristiano.hs@uol.com.br
Maestro y doctorando en Derecho por la Universidad Federal de Rio Grande do Sul.
Posgraduado por la Escuela Superior de Magistratura de Rio Grande do Sul.
Profesor en las materias de Teoría general de las Obligaciones, Práctica de recursos civiles, Derecho Procesal Civil, y Práctica de Derecho del Consumidor en el Centro Universitario Ritter dos Reis – UniRitter.
Profesor de Postgrado en el Centro Universitario Ritter dos Reis – UniRitter.
Fue Profesor de Teoría General de Derecho Civil en la Universidad Luterana de Brasil.
Miembro de la Comisión Especial de Defensa del Consumidor de OAB – RS.
Director de la Comisión Permanente de Control de Cláusulas Abusivas del Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon.
Ha publicado el libro: “Las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo”, por la editorial Revista dos Tribunais.

Resumen:

La preservación de la salud es la forma más intensa de protección de la vida. Por tanto, en países como Brasil, que respiran iniciativas y políticas públicas comprometidas con el desarrollo de una justicia social, se puede intentar sobrevivir a partir de los servicios públicos, cuando éstos son puestos a disposición del ciudadano. Sin embargo, la precaución satisfactoria emana del costeo suplementario que garantiza también al individuo el acceso a servicios de salud privada, por él costeados. En este sentido, surgen los contratos de planes y de seguros de asistencia privada a la salud, los cuales configuran normalmente una relación de consumo. Una vez ofrecidos en el mercado, estos tipos de negocios no están fuera de los estándares registrados en otros sectores. El ramo suscitado también denota, en número significativo, el uso frecuente de artificios ilícitos, designados como cláusulas abusivas. Pasamos a discurrir sobre estas prácticas en el mercado de salud privada de grupos.

Palabras clave: Consumidor, planes de salud, seguros, cláusulas abusivas, transplantes, prótesis.

1. Cláusulas abusivas em contratos de consumo.

Desbravar o campo de aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor é tarefa infundável, pois infinitas são as relações contratuais realizadas pelos indivíduos, sendo que, destas, a grande maioria são relações de consumo, o que torna impossível a elaboração de um catálogo prévio de situações. Entretanto, chamam sempre a atenção do legislador e do intérprete, por mais genérica e ampla que seja a norma, determinadas relações praticadas com frequência na sociedade, constatando-se nestas um intenso contratante entre os participantes, consumidores e fornecedores, registrando-se um beneficiamento destes, de maior poder econômico, em prejuízo daqueles, essencialmente vulneráveis a determinadas práticas comerciais desleais e iníquas.

A massificação das relações contratuais trouxe mudanças na concepção de contrato, trazendo a lume diferentes formas de interpretação e de concepção do instrumento. A produção e a comercialização em grande escala, através de mecanismos de distribuição, provocaram a padronização dos contratos, instrumento responsável pela disposição de produtos e serviços no mercado, gerando os chamados contratos de adesão, as condições gerais dos negócios, entre outras fórmulas similares aptas a garantirem celeridade às práticas mercadológicas.

Com olhos sob o passado, a realidade do século XIX, que se entendera pelo início do século XX, denunciava intenso desequilíbrio contratual sofrido pelo cidadão comum (que hoje desempenha o papel social de consumidor), diante da necessidade de aquisição de determinados produtos e serviços, especialmente aqueles relacionados à subsistência familiar.

Em verdade, a liberdade de fixação do conteúdo, preço e condições do negócio pelo comerciante-fornecedor, apontava para a necessidade de um regime de proteção do consumidor. A dominação do mercado produtor e o sistema de distribuição mantido por empresas de grande porte reduzia consideravelmente a participação volitiva dos adquirentes ou utentes de bens de consumo e de serviços.

Num ambiente que não reconhece a disparidade de forças atuantes, ou seja, que não vislumbra a diferença existente entre o consumidor e o fornecedor, não se consegue alcançar uma justiça distributiva, que promova a repartição dos benefícios auferidos com o mercado.

O surgimento de perspectivas voltadas para o campo do social deu margem a um processo de restauração da vontade legítima do consumidor prejudicado por eventual desequilíbrio contratual, ou afetado por serviços inadequados e ineficientes. Iniciaram-se

processos de preservação da expectativa do consumidor quando da contratação, garantindo-se concretamente a imagem de um negócio seguro e eficiente.

Entre nós, pudemos sentir a força das mudanças, embora isto tenha ocorrido em momento posterior aos movimentos consumeristas europeus e norte-americano. A defesa do consumidor, no Brasil, trata-se de direito fundamental expresso na Constituição Federal², sendo nela igualmente apresentado como princípio conformador da ordem econômica³, sendo um dos fundamentos do Estado e instrumento para constituir-se em uma sociedade livre, justa e solidária⁴, que garanta o desenvolvimento nacional⁵, que busque erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais⁶, promovendo o bem de todos,⁷ sem discriminação⁸.

O consumidor, por sua vez, é reconhecido como indivíduo ou entidade vulnerável no mercado de consumo, como denota o inciso I do artigo 4º do diploma consumerista pátrio. Considerando-se o fato de que a Constituição Federal de 1988 promove intensa reformulação no direito privado, ao conceber a idéia de criação de um diploma de proteção aos direitos do consumidor, reconhecemos que existe uma nova definição de igualdade no direito contratual, ou seja, uma igualdade dos desiguais,

a qual somente será alcançada com a intervenção estatal nas relações particulares, “assegurando direitos aos mais fracos, por exemplo, os consumidores, e impondo deveres para os mais fortes, como os fornecedores de produtos e serviços na sociedade de consumo ou no mercado brasileiro”⁹.

Embora se vislumbre com nitidez um favor debilis na tutela de proteção do consumidor, não se trata, a nosso ver, de um mero assistencialismo. O que se objetiva com esta tutela especial, como ensinam BENJAMIN e outros, é “a superação da idéia – comum no direito civil do século XIX – de que basta a igualdade formal para que todos sejam iguais na sociedade”¹⁰. Em verdade, ao se pugnar por uma tutela efetiva de proteção do consumidor, a pretensão volta-se ao equilíbrio das relações negociais, o qual poderá ser maculado diante de eventual abuso do detentor dos meios de produção, responsável pela inclusão de bens e serviços no mercado.

A partir da revisão do instrumento, diante da possibilidade de contestação de desequilíbrio sofrido pelo consumidor, pode atingir as chamadas cláusulas abusivas¹¹. Em relação a estes instrumentos negociais,

² Assim, inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil. Acrescenta-se o fato de que a própria Constituição Federal ter ordenado ao legislador ordinário, através do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a redação de um diploma consumerista, o que ocorreu no ano de 1990, muito embora o período de vacatio legis tivesse postergado a vigência da referida norma para o ano de 1991.

³ Assim, inciso V do artigo 170 da Constituição Federal brasileira.

⁴ Assim, inciso I do artigo 3º da Constituição Federal.

⁵ Assim, inciso II do artigo 3º da Constituição Federal.

⁶ Assim, inciso III do artigo 3º da Constituição Federal.

⁷ Assim, inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal.

⁸ Assim, caput do artigo 5º da Constituição Federal.

⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe e MARQUES, Claudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.30-31.

¹⁰ Manual..., op. cit., p.31. Segundo BENJAMIN e outros, reconhece-se que “alguns são mais fortes ou detêm posição jurídica mais forte (em alemão, *Machtposition*), detêm mais informações, são experts ou profissionais, transferem mais facilmente seus riscos e custos profissionais para os outros, reconhecimento de que os “outros” geralmente são leigos, não detêm informações sobre os produtos e serviços oferecidos no mercado, não conhecem as técnicas de contratação de massa ou os materiais que compõem os produtos ou a maneira de usar os serviços, são pois mais vulneráveis e vítimas fáceis de abusos” (idem).

divorciados da boa-fé negocial, o regime geral imposto pelo diploma consumerista pátrio revela que a sanção cabível é a nulidade¹². Outrossim, com foco na concreção da função social do contrato, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor revela a eficiente alternativa de manutenção do pactuado (princípio da conservação do contrato), com extirpação da cláusula reconhecida como abusiva, preservando-se do ajuste¹³.

Sobre o tema do direito à saúde, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira carta política no Brasil a reconhecer e assegurar expressamente o direito à saúde, que pode ser

visto tanto como um direito fundamental do homem, ou um direito social. Vários são os dispositivos constitucionais que tratam do direito à saúde, podendo-se mencionar, por exemplo, os seguintes artigos da Constituição Federal de 1988: 6.º, 23, inciso II, 24, inciso XII, 196, 197, 198 e 199¹⁴.

Como direito fundamental, o direito à saúde está inserido no conceito de “dignidade humana”, princípio basilar da República, previsto no inciso III do art. 1.º da Constituição Federal, pois não há falar em dignidade se não houver condições mínimas de garantia da saúde do indivíduo. Da mesma forma, a proteção do

¹¹ Para uma análise mais apurada do tema, sugerimos o nosso Cláusulas abusivas relações de consumo (2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, 239p). ÁLVAREZ ensina que “La capacidad económica, el contar con toda la información disponible respecto a los bienes y servicios ofertados, o su posición dominante en el mercado, pueden llevar al empresario a incorporar en sus respectivos contratos estipulaciones que tendientes a reforzar su poderío negocial, ocasionam severos prejuicios para el contratante que adhiere a ellas, como paso previo a la satisfacción de una necesidad particular. Estas cláusulas no son más que las comúnmente conocidas como abusivas o vejatorias”. ÁLVAREZ, César Carranza. Algunas cuestiones relativas a las cláusulas abusivas en los contratos: a propósito de La Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor de Perú. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº72, outubro-dezembro de 2009, p.201.

¹² Assim, caput do artigo Art. 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que...”. Não resta dúvida que, em se tratando de nulidade, esta é absoluta, natureza que lhe cabe em razão do artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, que revela que a Lei nº8.078/90 instituiu normas de proteção a ordem pública e interesse social. Sem pretender, no presente trabalho, incentivar o debate acerca da natureza da sanção imposta as cláusulas abusivas, embora a maioria denote preferência pela decretação da nulidade, outros optam pela declaração de ineficácia da mesma. Neste sentido, veja-se o que assentou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através de sua 5ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível nº2.361/97, Relator Desembargador Marcus Faver, acórdão de 17.06.97: “Seguro-saúde. Ressarcimento de despesas médico-hospitalares. Contrato firmado entre a Golden Cross e Associação de Servidores da UFRJ-ASUR. Estipulação de condições gerais de plano de saúde, para seus associados. Adesão da genitora da autora. Filha que necessita de internação em UTI Neonatal. Seguradora que recusa-se a pagar o período de internação superior a 30 dias. Existência de cláusula contratual expressa exoneratória de cobertura, para prazo excedente. Sentença monocrática declarando a nulidade da cláusula. Recursos. Não é nula a cláusula limitativa de riscos. Inteligência do art. 1.460 do Código Civil. Em se tratando, todavia, de contrato de adesão, a cláusula que implique em limitação a direito do consumidor tem que ser redigida com destaque. Possibilidade de fácil e imediata compreensão. Circunstância não ocorrente na hipótese. Caso de ineficácia da cláusula, mas não de nulidade. Interpretação do artigo 54, §4.º do Código de Defesa do Consumidor. Provimento parcial do recurso” (grifei). Para uma excelente abordagem desta perspectiva, recomendamos FRADERA, Vera Maria Jacob de. Ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº43, p. 316 a 324, julho/setembro de 2002.

¹³ Assim, o disposto no § 2º do artigo 51: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

¹⁴ Art. 6.º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Art. 23: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. Art. 24: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII – “previdência social, proteção e defesa da saúde”. “Art. 197. São de relevância social as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. Art. 198.: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...)”. Art. 199: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

direito à saúde é manifestada no caput do art. 5º da Constituição, que preconiza a inviolabilidade do direito à vida, o mais fundamental dos direitos. Resta, portanto, inconciliável proteger a vida sem agir da mesma forma com a saúde.

Como direito social, o direito à saúde é mencionado no caput do art. 6º da Constituição Federal, sendo também assegurado no art. 7º da Carta Política, através do inciso XXII, que prevê, como direito do trabalhador, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; do inciso XXIII, que estipula um adicional de remuneração para aqueles que exercerem atividades penosas, insalubres ou perigosas; e do inciso XXXIII, que, em razão da proteção à saúde, proíbe o trabalho de menores em período noturno e em atividades perigosas e insalubres, por se entender, sem exceções, que estes sofreriam sérios prejuízos se expostos a situações de risco.

O art. 196, por sua vez, dispõe: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Enaltece-se, assim, que a saúde deve ser prestada a todos que dela necessitem (princípio da universalidade), em igualdade de acesso. A leitura do dispositivo apresenta a saúde como um direito que, como vimos acima, é tanto um direito fundamental como um direito

social, referindo também que a saúde é também um dever do Estado. Observa-se uma multiplicidade de diretivas constitucionais voltadas ao direito à saúde, dispostas nos arts. 196 a 200 da Constituição. Pode-se encontrar desde a imposição de promoção, pelo poderes públicos, de políticas socioeconômicas que visem a redução do risco de doenças e outros agravos, com acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196), como a remissão da regulamentação, fiscalização e controle dos serviços de saúde ao legislador ordinário (art. 197), a criação e fixação de diretrizes do Sistema Único de Saúde (art. 198), a participação da iniciativa privada, em caráter complementar, na assistência à saúde (art. 199) e o estabelecimento de atribuições do Sistema Único de Saúde em caráter exemplificativo (art. 200)¹⁵.

Contudo, mesmo diante do reluzente acervo normativo, é notória a deficiência das instituições ligadas à saúde pública no Brasil, forçando aqueles que detêm condições patrimoniais viáveis, que contratem com o sistema de assistência privada.

É louvável que se possa contar com a iniciativa privada suprindo setor essencial. No entanto, trata-se de outro ramo do mercado que apresenta deficiências, que culminam em abusos

¹⁵ Acerca da saúde pública no Brasil, além das deficiências notórias, há que se ponderar também, como bem ilustra SARLET, que a universalidade que deriva do artigo 196 da Constituição Federal de 1988 não significa que qualquer pretensão ao atendimento médico deva ser satisfeita em “termos ótimos” (SARLET, Ingo Wolfgang, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, *In Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”* Organização de Ingo Wolfgang Sarlet e de Luciano Benetti Timm. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p.45). Neste sentido, reside um conflito entre o que se pode entender como “mínimo existencial”, voltado à preservação da vida e da dignidade humana, e a “reserva do possível”, que pugna pela disponibilidade orçamentária do ente federado para traar do paciente que ela recorre. Ainda que o “mínimo existencial” deva preponderar, isto não afasta a via crucis imposta ao usuário, que, por vezes, tem que recorrer ao Poder Judiciário, para somente neste âmbito obter a tutela específica do seu direito.

perpetrados contra os usuários¹⁶, mas que acreditamos que o tempo há de consertar, especialmente com a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº9.656/98, como observaremos.

2. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde: alguns casos freqüentes.

Acerca da nossa exposição, elegemos algumas situações ensejadoras de desequilíbrios negociais lançados contra os consumidores de

contratos de planos e de seguro de assistência privada à saúde. As hipóteses são reduzidas, pois não é do desiderato desta pesquisa uma análise que vise esgotar possibilidades, mas sim incrementar o debate sobre o tema.

Cumprir referir que sempre é motivo de muito polêmica, como aduz MARQUES, a aplicação da Lei nº9.656/98 aos contratos ajustados antes sua vigência. Contudo, a jurista sugere, como fator de resolução de conflitos havidos nesta seara, o recurso ao “diálogo das fontes”¹⁷, propondo a aplicação cumulativa e

¹⁶ **Conforme já salientamos** (SCHMITT, Cristiano Heineck, *A proteção do interesse do consumidor através da garantia à liberdade de concorrência*, *Revista dos Tribunais*, nº880, fevereiro de 2009, p.27), o **direito à livre iniciativa e o direito da concorrência devem se submeter à estrutura da preservação da dignidade da pessoa humana, assim como toda a atividade desempenhada pelo fornecedor no mercado de consumo**. A conjugação de determinados preceitos constitucionais voltados à harmonização entre a proteção da concorrência e do consumidor aparece reluzente em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que tratou da dominação de mercado local por parte de cooperativa médica que estava impondo “cláusula de exclusividade” aos seus cooperados. Neste sentido, a seguinte ementa: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. COOPERATIVA DE MÉDICOS. PACTO COOPERATIVO. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. FIDELIDADE DO MÉDICO À COOPERATIVA DO PLANO DE SAÚDE. 1. Os contratos de exclusividade das cooperativas médicas não se coadunam com os princípios tutelados pelo atual ordenamento jurídico, notadamente à liberdade de contratação, da livre iniciativa e da livre concorrência. 2. As relações entre a Cooperativa e os médicos cooperados devem obedecer a cláusula final inserta no art. 18, III, da Lei n. 9.656/98, estando as disposições internas daquele ente em desarmonia com a legislação de regência. 3. O referido dispositivo enuncia: Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos: III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional”. 4. *Deveras, a Constituição Federal, de índole pós-positivista, tem como fundamentos a livre concorrência, a defesa do consumidor, a busca pelo pleno emprego (art. 170, IV, V e VIII da CF), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem assim, a dignidade da pessoa humana, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, incisos III e IV), com vistas na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I) e com ratio essendi dos direitos dos trabalhadores a liberdade de associação (art. 8º, da CF). Regras maiores que prevalecem a interdição à exclusividade*. 5. Destarte, o direito pleiteado pela recorrente compromete, por via oblíqua, os direitos à saúde (CF, art. 196), na medida em que a exclusividade cerceia o acesso àqueles médicos profissionais vinculados à cooperativa. 6. Destarte, a tutela dos interesses privados não podem se sobrepor ao interesse público, notadamente quando envolver interesses constitucionais indisponíveis. 7. Recurso especial desprovido” (grifei). (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº768118/SC, 1ª Turma, publicado no Diário da Justiça de 30.04.08, p01).

¹⁷ De acordo com a jurista, “Polêmica é aplicação retroativa a estes contratos da nova Lei 9.656/98, que somente se poderá dar, parece-me, por força do próprio CDC, um verdadeiro diálogo de fontes, como especificou Erik Jayme. Efetivamente, o CDC trabalha com cláusulas gerais, como a da conduta segundo a boa-fé do combate ao abuso e ao desequilíbrio contratual, logo é possível ao juiz considerar que a nova lei consolidou o que é (e já era) abusivo segundo o CDC e ofensivo, pois as suas normas estão em vigor. O espírito do intérprete deve aqui ser guiado pelo do artigo 7º do CDC, que, como uma interface aberta do sistema tutelar dos consumidores (*lex specialis ratione personae*), estabelece que a legislação tutelar incorpora todos os direitos assegurados aos consumidores em legislação ordinária, tratados, etc. A *ratio legis* é, pois, de incorporar os “direitos” assegurados nas leis especiais, e não os deveres, o ônus, ou o retroceder da interpretação judicial já alcançada apenas com a lista de direitos assegurados pelo CDC. Se a lei nova quisesse revogar algum direito do consumidor assegurado pelo CDC, teria que fazê-lo expressamente ou elaborando normas expressamente em conflito com as do CDC, o que inoocorre, ao contrário, reafirma a aplicação conjunta de ambas as leis. Para os contratos anteriores, pois, vige apenas o CDC, mas sob a luz do que agora foi positivado como legalmente abusivo (limitações, cláusulas de exclusão muito amplas, como a de doenças preexistentes, aumentos desmesurados e não-informados face à idade, etc), assegurando assim novo

complementar do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº9.656/98. Com base nesta brilhante orientação de vanguarda, podemos atrair novas interpretações ao setor em foco, fomentando-se a justiça contratual. Passamos às hipóteses elencadas.

a) A negativa de cobertura de prótese, órteses e “stents”

Litígios envolvendo negativa de cobertura de próteses e órteses convergem em número expressivo aos nossos tribunais, muito embora a jurisprudência venha delimitando os espaços da discussão. Entendemos, aliás, que o Superior Tribunal de Justiça seja a última instância jurisdicional para recebimento de recursos sobre o assunto, já que a matéria encontra regramento suficiente na normatividade infraconstitucional.

Sobretudo, ainda é aspecto conflitante, em razão da resistência infundada por parte de algumas operadoras do setor, a cobertura de custos de material cirúrgico definido como “stent”, bem como dos procedimentos médico-hospitalares empregados na colocação do mesmo.

Antes, contudo, de adentrarmos na explanação acerca do “stent”, passamos à análise acerca da possibilidade, ou não, de limitação de custeio de próteses e órteses em sede de contratos de planos e de seguro de saúde.

Sobretudo, de início, importa referir a existência da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), órgão vinculado ao Ministério da Saúde, criada pela Lei nº9.961/2000¹⁸, e que é incumbida pela fiscalização, regulamentação e monitoramento do mercado de contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde¹⁹.

A razão para o referido controle reside no fato de que, especialmente os contratos de planos de saúde ajustados com pessoas físicas, necessitam de uma proteção especial, em vista do reduzido poder de negociação frente a uma operadora. Outrossim, analisando-se o rol de serviços e produtos colocados no mercado, à disposição do consumidor, notoriamente nenhum deles é mais essencial do que aqueles voltados à preservação de sua saúde, e, por consequência, de sua vida.

brilho aos direitos dos consumidores já assegurados de forma genérica no CDC e, portanto, já incorporados ao contrato anterior). MARQUES, Claudia Lima, Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso, in *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, organização de Ingo Sarlet, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p.212-213.

¹⁸ Art. 1º da Lei nº9.961/00: “É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde”. Parágrafo único: “A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes”.

¹⁹ OLIVEIRA aduz que “Os planos de saúde, no Brasil, desenvolveram-se a partir da década de 70. A insatisfação e a insegurança da população diante da prestação do serviço público de saúde, fizeram com que, em relativo pouco tempo, um número expressivo de consumidores brasileiros se viesse vinculado a um contrato privado de prestação de serviço de saúde” (OLIVEIRA, Amanda Flávio de, “Regulamentação dos planos de saúde e proteção da pessoa humana”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº51, julho/setembro de 2004, p.106). Frisa a autora que, em verdade, por parte do usuário do serviço, inexistente, propriamente, uma opção quanto à contratação, pois a vinculação a contratos de planos de saúde trata-se de uma reação necessária à ineficiência do sistema público de saúde. Ocorre que, assinala a autora, a expectativa do consumidor, no caso, restou frustrada, pois, ao se deparar com os contratos de planos e de seguros-saúde, passava a ter que conviver com instrumentos de adesão, contendo cláusulas genéricas de exclusão, permissivos de aumentos de mensalidades sem critérios definidos, etc. Neste ambiente, uma solução foi buscar salvaguardas junto ao Código de Defesa do Consumidor que, em princípio, teria sido reforçado pela Lei nº9.656/98, editada propriamente para a regulação do sistema de planos e de seguros de assistência privada à saúde, a qual já passou por quarenta e quatro emendas, além de ter tido a eficácia de determinados dispositivos suspensa diante de decisão judicial de caráter liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.931-8.

“Prótese”, como referem BOTTESINI e MACHADO, “tem a finalidade de substituição de partes do corpo humano, destruídas ou danificadas parcialmente em razão de doenças, de acidentes ou excisadas em atos cirúrgicos curativos. Figuram entre as próteses mais conhecidas as válvulas cardíacas, as placas e pinos para reparação ortopédica do esqueleto. Por sua vez, segundo os citados autores, Órteses “são aparelhos com a função complementar ou auxiliar de alguma função orgânica diagnosticada como deficitária. Entre as mais conhecidas figuram marca-passos cardíacos”²⁰.

Diante da Lei nº9565/98, deparamo-nos com o inciso II do caput do artigo 10 (alterado pela Medida Provisória nº2.177-44/01), que dispõe o seguinte: Art. 10: “É instituído o plano ou seguro-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem ou centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim”.

Ou seja, em razão da indicada norma, estar-se-ia eliminando da cobertura do plano de saúde apenas às próteses e órteses relacionadas a procedimentos com fins estéticos, como é o caso das cirurgias plásticas embelezadoras, nas quais são utilizadas próteses mamárias de silicone, por exemplo.

No nosso entender, soma-se ao disposto no caput do artigo 10 da LPS (Lei dos Planos de Saúde) o disposto na alínea “e” do inciso II do caput do artigo 12 da mesma lei, que impõe como cobertura necessária a ser garantida pela fornecedora da assistência à saúde o custeio de materiais utilizados em procedimentos cobertos nos planos que incluam internação hospitalar. Acerca da expressão legal “materiais”, observamos como dever de prestação da operadora do plano o fornecimento de próteses e órteses relacionados ao ato cirúrgico que esteja no seu âmbito de cobertura²¹, o qual deve incluir, por força do artigo 10 da LPS, as patologias listadas na Classificação Internacional de Doenças editada pela Organização Mundial de Saúde²².

Outrossim, mesmo diante de contratos cujo início tenha se verificado antes da vigência da LPS, entendeu-se que a restrição da cobertura de prótese seria ineficaz, tendo-se em vista que referido material estaria ligado a ato cirúrgico cujo custeio fora garantido pelo instrumento

²⁰ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.85.

²¹ Neste sentido, veja-se o seguinte aresto: “APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. MATERIAL CIRÚRGICO. COBERTURA NEGADA PELA SEGURADORA. INADMISSIBILIDADE. REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS. TABELA DA AMB. I - A colocação de prótese é inerente ao ato cirúrgico que se fez necessário. Não são passíveis de exclusão, em contratos de seguro saúde, as despesas com implante de próteses, órteses e seus acessórios ligados ao ato cirúrgico, de acordo com o disposto na Lei nº 9.656/98. Se o médico que assiste a paciente entendeu por bem indicar o material utilizado na cirurgia, é porque está convencido de que esta foi a melhor alternativa na busca do controle/cura da doença. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. II - Reembolso das despesas médicas a ser efetuado de acordo com a tabela da Associação Médica Brasileira, tal como contratado. APELO PARCIALMENTE PROVIDO” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº70031758295, Sexta Câmara Cível, Relatora Des. Liege Puricelli Pires, julgado em 02/12/2009).

²² A título ilustrativo, e de acordo com inciso VI do artigo 18, da Resolução Colegiada nº211 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), órgão fiscalizador do setor, é garantida ao usuário a cobertura de órteses e próteses ligadas aos atos cirúrgicos listados no Anexo desta Resolução.

negocial²³. Aliás, merece elogios a iniciativa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que aprovou a sua súmula nº112, datada de outubro de 2006, a qual sintetiza a orientação desta corte acerca do tema: “é nula, por abusiva, a cláusula que exclui de cobertura a órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como 'stent e marcapasso'”.

Interessante destacar também é a orientação que converge para a aceitação do dever de cobertura de prótese e órtese por parte do fornecedor, mesmo em se tratando de plano antigo, nos casos em que não reste comprovado, nos autos do processo, que o segurado tenha sido cientificado sobre a opção de adaptar seu contrato aos ditames da LPS²⁴.

Cumpra salientar também que, por força do artigo 10-A da LPS (Lei dos planos de saúde), é dever das operadoras do setor fornecer “serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer”. Neste caso, observamos que resta incluído no rol de encargos dos fornecedores de planos e seguros de saúde a obrigação de custeio de prótese mamária.

Ainda, sobre a estrutura designada de “stent”, tema que nos já manifestamos anteriormente²⁵, assevera-se o que segue.

²³ Veja-se, assim, a decisão monocrática que segue: “RITO SUMÁRIO. NEGATIVA DE COBERTURA DA SEGURADORA PARA O FORNECIMENTO DA PRÓTESE NECESSÁRIA AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE ARTROPLASTIA TOTAL DO QUADRIL DIREITO DA AUTORA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9656/98 AO ATO NEGOCIAL ANTERIOR À SUA VIGÊNCIA. POSSIBILIDADE, POR SE TRATAR DE LEI DE ORDEM PÚBLICA, E EM RAZÃO DA NATUREZA DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR, DE TRATO SUCESSIVO, CUJA EXECUÇÃO É CONTINUADA OU DIFERIDA, RENOVANDO-SE ANUALMENTE. NÃO É ADMISSÍVEL QUE SEJA NEGADO AO SEGURADO O FORNECIMENTO DE PRÓTESES OU ÓRTESES LIGADAS AO ATO CIRÚRGICO PRINCIPAL, COBERTO PELO SEGURO, POR SER INEFICAZ A COBERTURA DO SEGURO-SAÚDE QUE SE RESTRINGE APENAS À INTERNAÇÃO E INTERVENÇÃO CIRÚRGICA, SEM O FORNECIMENTO DO MATERIAL INDISPENSÁVEL AO PRÓPRIO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. NULIDADE DA CLÁUSULA QUE EXCLUI DA COBERTURA A ÓRTESE QUE INTEGRA, NECESSARIAMENTE, CIRURGIA OU PROCEDIMENTO COBERTO POR PLANO OU SEGURO DE SAÚDE. SÚMULA Nº 112 DO TJ/RJ. REDUÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO POR DANO MORAIS. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO, NA FORMA DO ART. 557, § 1º-A, DO CPC” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 0172240-75.2009.8.19.0001, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Helena Cândida Lisboa Gaede, julgado em 19.01.2010).

²⁴ Assim: “CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. CONTRATO FIRMADO EM PERÍODO ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI 9.656/98. ADAPTAÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI NOVA. AUSÊNCIA DE CIENTIFICAÇÃO AO SEGURADO, QUANTO A ADAPTAÇÃO AOS NOVOS PLANOS. Autor paga plano de saúde desde 1989. Ao necessitar da cobertura para a realização de um procedimento cirúrgico de remoção de um aneurisma de aorta abdominal dos R\$6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) gastos, a ré prontificou-se a devolver somente R\$ 1.000,00 (um mil reais). Plano anterior à Lei nº 9.656/98. Ausência de notificação para adaptação para novos planos de saúde, sem o devido esclarecimento, quanto às restrições a manutenção do plano existente (impossibilidade de utilização de próteses e limitação de despesas com honorários médicos), em caso de não migração para novo plano. Aplicação do princípio da boa-fé. Dever anexo de informação. A colocação de prótese é inerente ao ato cirúrgico que se fez necessário. Não são passíveis de exclusão, em contratos de seguro saúde, as despesas com implante de próteses, órteses e seus acessórios ligados ao ato cirúrgico, de acordo com o disposto na Lei nº 9.656/98. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Cláusulas devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor. Obrigação de restituição devida R\$5.500,00. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO” (Recurso Cível nº 71001848886, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Hilbert Maximiliano Akihito Obara, Julgado em 17/12/2008).

²⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck. Comentários a decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; SCHMITT, Cristiano Heineck *et alli*. – *Saúde e Responsabilidade 2 – a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 356 a 365. No caso, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, em decisão unânime proferida em 11 de março de 2008, publicada no Diário da Justiça de 26.03.08, acerca do julgamento do Recurso Especial nº986.947/RN, interposto por administradora de plano de saúde, não conheceu do mesmo, e concedeu provimento ao recurso adesivo apresentado pelo consumidor. Tratava-se de pleito formulado por consumidor, que pretendia ver-se ressarcido pelo dano material derivado de gastos efetuados com a colocação de aparelho cirúrgico identificado como “stent” cardíaco, o qual fora negado pela fornecedora administradora do

Sobre este material, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro aponta que a cobertura é devida pela operadora do plano de saúde, uma vez que sua utilização esteja ligada à cirurgia coberta contratualmente, frisando-se que o referido artigo 10 da Lei nº 9.656/98 apresenta restrição somente a próteses fins estéticos.

Frisa-se que já restou comprovado e definido que este material não é tecnicamente uma prótese, não podendo o “stent”²⁶ ter sua cobertura negada a partir desta roupagem, que muito é utilizada na defesa dos fornecedores, especialmente diante dos chamados contratos antigos. Outrossim, sua cobertura faz-se necessária, vez que se trata de material vinculado ao procedimento de angioplastia, normalmente coberto pelo instrumento negocial. Além disto, cabe ressaltar que o “stent” está vinculado a um ato cirúrgico que promove menor risco à vida do paciente, sendo mais simples e menos arriscado que cirurgias como a de “ponte de safena”.

Além disto, a interpretação pró-consumidor prevista no artigo 47 do diploma consumerista é argüível frente a dúvidas ou lacunas na ralação mantida com o fornecedor. O direito básico à informação que detém o consumidor, por força do inciso III do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, tem ramificações explicitadas ao longo deste diploma normativo. Entre elas, destaca-se a proteção conferida aos consumidores de

contrato de adesão, como acabam sendo aqueles que pactuam contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 54, nos parágrafos 3º e 4º, estipula que os contratos de adesão que forem escritos, serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, que permitam sua fácil compreensão pelo consumidor. Entre nós, com base em artigos como o 46 e o 54, §4º, do CDC, é possível decretar a ineficácia do instrumento ou de alguma cláusula do mesmo, em razão de problemas de forma, verificáveis na formação do contrato ou na sua elaboração, que indicam, presumidamente, não ter sido o consumidor suficientemente informado sobre sua presença nos instrumento”.

Este dever de informar do fornecedor é enaltecido pelo artigo 16 da Lei 9.565/98, que, neste sentido, impõe a ele um dever substancial de cooperação para a necessária compreensão do contrato pelo consumidor. Como refere NETO, “O consumidor tem direito de exigir, no momento de sua adesão, o fornecimento de cópia do contrato ou regulamento do plano acompanhada de material explicativo “que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direito e obrigações. Trata-se de providência que pode ser deduzida da obrigação geral de informar, mas a lei inclui regra expressa nesse sentido, enfatizando essa obrigação”²⁷.

contrato de plano de saúde avençado com o paciente. Em primeiro grau, a demanda fora parcialmente acolhida, impondo à fornecedora o dever de indenizar os custos relacionados à colação do “stent”, incluindo o próprio aparelho. Em segundo grau, após apelar da sentença, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte entendeu em dar provimento ao recurso, concedendo ao consumidor indenização no montante de R\$5.000,00 (cinco mil reais). Diante da possibilidade que lhe abria o artigo 500, inciso II do Código de Processo de Civil, o consumidor apresentou recurso adesivo ao recurso especial, requerendo-se fosse majorada a indenização aplicada pela segunda instância. Posto o caso em julgamento no Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se por não conhecer do recurso especial da fornecedora, dando-se provimento ao recuso adesivo apresentado pelo consumidor, aumentando-se o valor indenizatório do dano moral já fixado, elevando-o a R\$20.000,00 (vinte mil reais).

²⁶ O “stent” trata-se de uma estrutura revolucionária, que serve para evitar o encaminhamento de um paciente que sofre de obstrução do sistema arterial a um procedimento de maior risco, como é o caso da cirurgia para colocação de ponte safena. Assim, no procedimento designado de “angioplastia coronária”, alcança-se o ponto de estrangulamento da artéria, e lá é posto o “stent”, por meio de um cateter, para aquela seja mantida aberta, normalizando o fluxo sanguíneo do paciente.

²⁷ NETO, Antonio Joaquim Fernandes. *Plano de saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.169.

É decorrência do espírito protetivo das normas consumeristas que as cláusulas que limitarem direito do consumidor devam ser redigidas com destaque, a fim de permitir ao consumidor sua imediata e fácil compreensão, o que muitas vezes não é verificado.

Contudo, entendemos que, mesmo diante de eventual contrato celebrado com o consumidor que exclua expressamente a cobertura do “stent”, tal restrição deveria ser reputada como nula de pleno direito, pois se estará atentando contra a finalidade crucial do pacto, e que se trata da preservação da vida do aderente. Ainda que outros procedimentos possam subsistir como tratamento da patologia que recai sobre o usuário do plano, há que se viabilizar o uso da técnica de menor risco e sofrimento ao paciente.

b) A restrição do custeio de procedimentos de transplantes

Acerca do tema, tivemos a oportunidade de nos manifestar, comentando acórdão da lavra do Superior Tribunal de Justiça, em obra coletiva da qual participaram renomados juristas, que

abrilhantaram o estudo da matéria com inestimável colaboração²⁸.

Na situação versada, se entendera que fora adimplido o dever de informação devido ao consumidor, nos termos do artigo 54, parágrafos 3º e 4º do diploma consumerista, não se tendo, portanto, como reputar-se abusiva a cláusula limitativa em foco. Contudo, o assunto não se esgota somente o cumprimento do dever de informação, podendo apresentar outras soluções, algumas delas favoráveis aos consumidores.

Ressalta-se que muitos julgados oriundos do Superior Tribunal de Justiça têm superado a barreira gerada pelos enunciados das súmulas nº05 (“a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”) e nº07 desta corte (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”), e adentram no mérito de recursos especiais, passando à interpretação de instrumentos contratuais de planos e de seguros de saúde, bem como de aspectos relacionados a elementos fáticos da causa. Tal orientação se deve ao fato de o objeto da discussão revelar a

²⁸ SCHMITT, Cristiano Heineck. Comentários a decisões..., op. cit., p. 324 a 343. Sobre o caso, o Ministro Humberto Gomes de Barros, em decisão monocrática, proferida no âmbito do Recurso Especial nº378.863/SP, negara provimento ao mesmo, em pleito formulado por consumidor que pretendia ver declarada como abusiva cláusula contratual de plano de saúde ajustado com o fornecedor. Com relação ao julgado recorrido do Tribunal de Justiça de São Paulo, este havia sido ementado da seguinte forma: “*Contrato. Plano de saúde. Transplante heterólogo. Exclusão de cobertura. Cláusula expressa. Abusividade. Não caracterização. Consumidor que aderiu ao contrato com plena consciência das exclusões nele previstas. Ação improcedente. Recurso não provido*”. Inconformado, o consumidor que pretendia obter a declaração de cobertura de transplante, a ser promovida por seu plano de saúde, interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça. Ao apreciar o recurso especial, o Relator Ministro Humberto Gomes de Barros negou-lhe provimento, asseverando que o Superior Tribunal de Justiça tem opinado pela legalidade de cláusulas limitativas de cobertura e, por conseqüência, de direitos do consumidor, uma vez que seja expressa e de fácil compreensão, como era o caso analisado. Diante desta decisão, o consumidor interpôs novo recurso, desta vez, Agravo Regimental em Recurso Especial, o qual teve provimento negado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que seguiu a orientação anterior do Relator do Recurso Especial, acrescentando que a clareza dos termos contratuais não está obrigatoriamente vinculada ao modo como foram grafados. Entenderam também os eminentes componentes da Terceira Turma, que o caso enfocado não guardava relação direta a situações envolvendo limitação de prazo de internação, tampouco à negativa de cobertura de tratamento de doenças infecto-contagiosas, como a AIDS. Diante da solução apontada, o consumidor interpôs recurso de Embargos de Divergência (2006/0120002-6) à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, sustentando que a decisão atacada divergiu de entendimentos da Terceira, da Quarta e da Segunda Seção desta corte, acerca do pleito formulado. Os referidos embargos foram apreciados através de decisão monocrática do Ministro Jorge Scartezzini, o qual negou seguimento, indeferindo liminarmente seu processamento. Por fim, tentara o recorrente a interposição de recurso de Agravo Regimental em Embargos de Divergência. **No novo julgamento realizado pela Segunda Seção, fora mantida a decisão da Terceira Turma, proferida no âmbito do agravo regimental em recurso especial. Restara decidido, entre outros fatores, que a cláusula contratual do ajuste firmado entre as partes, e que limitava a cobertura de transplantes, não seria naturalmente abusiva, podendo constar do instrumento negocial, como o foi, mesmo representando limitação a direito do consumidor.**

preservação da vida humana que emana da situação.

Através da Resolução nº12, datada de 04.11.98, o CONSU – Conselho de Saúde Suplementar²⁹, órgão auxiliar na coordenação do mercado e planos e seguros de saúde, tratou sobre a cobertura de transplante e seus procedimentos por parte das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde. Neste sentido, no artigo 2º da mencionada resolução estabeleceu que os planos e seguros referência em sua segmentação hospitalar deverão cobrir transplantes de rim e de córnea, bem como as despesas com seus procedimentos vinculados.

No rol de despesas compreendidas como procedimentos vinculados, estão incluídas, por força do parágrafo primeiro do aludido artigo 2º, todas aquelas necessárias à realização do transplante, como, por exemplo, as despesas assistenciais com doadores vivos, os medicamentos utilizados durante a internação, o

acompanhamento clínico no pós-operatório imediato e tardio, exceto medicamentos de manutenção e as despesas com captação, transporte e preservação dos órgãos na forma de ressarcimento ao SUS³⁰.

Em razão da Resolução normativa nº211, da Diretoria Colegiada da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, datada de 11.01.2010, houve uma atualização do rol de procedimentos e de eventos em saúde que devem ser cobertos pelos fornecedores do setor, inclusive determinados transplantes³¹, como o cutâneo, ósseo, muscular, de medula óssea, vascular, de alguns membros (dedos do pé para a mão), de intestino, de testículo, entre outras disposições constantes do Anexo da referida resolução.

A celeuma acerca de eventual expansão dos ditames da resolução supra apontada aos contratos ditos antigos reside justamente em delimitar-se a natureza da Lei nº9.656/98. Assim caso seja concluído que esta lei apresenta caráter cogente e de ordem pública, como ocorre

²⁹ O Consu fora criado pela Lei nº9.656/98 (artigo 35-A), tratando-se de órgão colegiado integrante do Ministério da Saúde, sendo composto pelo Chefe da Casa Civil da Presidência da República, na qualidade de Presidente, pelo Ministro da Justiça, pelo Ministro da Saúde, pelo Ministro da Fazenda e pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão. Entre suas competências, destaca-se a de estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar (art. 35-B da LPS). Assevera-se que, como órgão auxiliar e consultora da política de saúde suplementar, as resoluções e normas emanadas do Consu não podem sobrepor-se aos ditames da LPS, tampouco da legislação de proteção do consumidor.

³⁰ Interessante previsão no parágrafo segundo do mesmo artigo aponta para o dever das operadoras em ressarcir tais transplantes quando realizados por instituições integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS.

³¹ Assim, como a Resolução nº12 do Consu, o texto da Resolução nº211 da ANS informa que seu âmbito de aplicação cinge-se aos contratos celebrados após 02 de janeiro de 1.999 (ou adaptados à LPS). A data de vigência prevista para a Resolução nº211 é 07.06.2010. No artigo 8º desta Resolução nº211 restou determinado que: “Os procedimentos de transplante, no âmbito da prestação de serviços de saúde suplementar, deverão submeter-se à legislação específica vigente. § 1º Na saúde suplementar, os candidatos a transplante de órgãos e tecidos provenientes de doador cadáver deverão obrigatoriamente estar inscritos em uma das Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos - CNCDO e sujeitar-se-ão ao critério de fila única de espera e de seleção. § 2º As entidades privadas e equipes especializadas interessadas na realização de transplantes deverão observar o regulamento técnico – legislação vigente do Ministério da Saúde - que dispõe quanto à forma de autorização e cadastro junto ao Sistema Nacional de Transplante -SNT. § 3º São competências privativas das CNCDO, dentro das funções de gerenciamento que lhes são atribuídas pela legislação em vigor: I - determinar o encaminhamento de equipe especializada; e III - providenciar o transporte de tecidos e órgãos ao estabelecimento de saúde autorizado em que se encontre o receptor”. O artigo 18 da referida resolução indica que, quanto a planos de cobertura hospitalar, restam compreendidos na cobertura os transplantes listados no Anexo desta Resolução Normativa, e os procedimentos a eles vinculados, incluindo: as despesas assistenciais com doadores vivos; os medicamentos utilizados durante a internação; o acompanhamento clínico no pós-operatório imediato e tardio, exceto medicamentos de manutenção; e as despesas com captação, transporte e preservação dos órgãos na forma de ressarcimento ao SUS (assim, o inciso IV, alíneas a, b, c, e d do indicado artigo). Sobretudo, a alínea K do inciso X do mencionado artigo 18, contempla como cobertura obrigatória o acompanhamento clínico no pós-operatório imediato e tardio dos pacientes submetidos aos transplantes listados no Anexo, exceto fornecimento de medicação de manutenção.

com o Código de Defesa do Consumidor, não será aceitável a geração de dois tipos contratuais distintos. A entender que a LPS e as normas criadas sobre ela somente beneficiem “contratantes novos”, será flagrante a discriminação com os consumidores que, por vários anos, contribuíram para o fortalecimento do plano de saúde. Neste sentido, onde reside a lógica em contemplar-se os novos usuários do sistema, com coberturas ampliadas, e discriminarem-se os consumidores tradicionais do plano, que deverão conviver com atendimento restrito?

Ainda, em recente decisão, datada de 17.12.09, proferida nos autos do Recurso Especial nº1053810 (Relatora Ministra Nancy Andrighi), a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça declarou como nula cláusula contratual de exclusão de transplante realizado no exterior. Restara entendido pela corte julgadora que o fornecedor do seguro-saúde não poderia limitar as possibilidades de tratamento diante do risco de vida que recai sobre o paciente, mesmo que o procedimento indicado pelo médico-assistente se tratasse de transplante de órgãos efetivado em hospital norte-americano. Segundo o voto da Ministra Relatora, “A seguradora se obriga a indenizar o segurado pelos custos com o tratamento adequado desde que sobrevenha a doença, sendo esta a finalidade fundamental do seguro-saúde”. Outrossim, destacou a emérita julgadora que “cercear o limite da evolução de uma doença é o mesmo que afrontar a natureza e ferir, de morte, a pessoa que imaginou estar segura”.

Ainda, é possível que, em um contrato de plano ou de seguro-saúde, sejam consideradas lícitas determinadas cláusulas limitativas de cobertura. Consta do artigo 54 do diploma consumerista o permissivo legal genérico, viabilizando a confecção de restrição a direitos do consumidor. Contudo, para que a cláusula restritiva não venha a assumir também o caráter

de abusiva, é imperioso analisar como a cláusula está inserida no contrato, qual o grau de informação do consumidor sobre o seu conteúdo, de maneira que limitação imposta não desconfigure equilíbrio contratual e as expectativas geradas no usuário do sistema de saúde privada. Neste sentido, como aduz MIRAGEM, uma das formas de manifestação da abusividade em contratos de consumo reside na forma de contratação, quando não é permitido ao consumidor tomar conhecimento dos elementos essenciais do pacto, bem como acerca de seus efeitos e conseqüências, limitando ou impedito uma decisão racional sobre o negócio entabulado, o que redundará em verdadeira violação da qualidade de consentimento³². Sendo constatada esta situação, ou se considera abusiva, ou ineficaz, a cláusula contratual deficitária, apresentada nos moldes referidos.

Conclusão

As normas de proteção do consumidor aplicam-se normalmente sobre o sistema privado de planos e de seguros de assistência à saúde. Por vezes, o conflito gerado em torno do arcabouço normativo, que inclui o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de planos de Saúde, as resoluções, instruções e demais regramentos emanados da Agência Nacional de Saúde Suplementar, incluindo-se o Código Civil, podem gerar soluções diferenciadas nos tribunais da federação.

Contudo, a premissa de proteção do sujeito frágil da relação, o vulnerável e hipossuficiente consumidor, deve ser considerada quando da interpretação contratual.

³² MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº72, outubro-dezembro de 2009, p.52.

Notamos, a partir da temática pesquisada, que a nova teoria contratual, que surgiu para enfrentar os intensos abusos cometidos durante o século XIX e início do XX, não compactua com artifícios mercadológicos intitulados de cláusulas abusivas. Tais elementos têm o condão de ocasionar desequilíbrio à relação negocial, notadamente em prejuízo do consumidor, garantido supremacia ao fornecedor.

Nos tipos observados, que envolvem a discussão sobre o dever de cobertura de próteses, órteses, “stents” e de transplantes, há construções favoráveis aos consumidores, mesmo que contratantes dos chamados contratos antigos, que são tratados, ainda, de forma bastante discriminatória por parte dos operadores do sistema.

Outrossim, a celeuma persiste. Não obstante o fato de se aguardar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal junto à Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº1.931³³, entendemos que a matéria é suficientemente delimitada à jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, o qual revela profundo interesse na resolução de pleitos que revelam distúrbios negociais no âmbito analisado, em razão do “valor-vida” esculpido na saúde. O tema permanece instigante, persistem distorções a serem corrigidas, e tudo isto gera um ambiente propício ao estudo contínuo.

³³ Por meio desta ação, debate-se se é possível aplicar os preceitos da Lei nº9.656/98 aos contratos de planos e de seguros de saúde celebrados antes da vigência dela. Com a referida lê, os consumidores passaram a deter um número maior de coberturas para os eventos relacionados à saúde.

BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ, César Carranza. Algunas cuestiones relativas a las cláusulas abusivas en los contratos: a propósito de La Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor de Péru. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº72, outubro-dezembro de 2009, p.201.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe e MARQUES, Claudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CASTILHO, Ricardo. Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº43, p. 316 a 324, julho/setembro de 2002.

GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 210p.

MARQUES, Claudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil. Revista da Ajuris, Porto Alegre, nº64, p. 34 a 77, julho de 1995.

_____. Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade de cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor (parecer). Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº31, p. 129 a 169, julho/setembro de 1999.

_____. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso, in Constituição, direitos fundamentais e direito privado, organização de Ingo Sarlet, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p.185 a 222.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A Boa-Fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.436.

MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº72, outubro-dezembro de 2009, p.52.

NETO, Antonio Joaquim Fernandes. Plano de saúde e Direito do Consumidor. Belo Horizonte: Del Rey. 2002, p.169.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O Código de Defesa do Consumidor e os planos de saúde: o que importa saber. Revista de Direito do Consumidor, nº49, p. 126 a 129, janeiro/março de 2005.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de, Regulamentação dos planos de saúde e proteção da pessoa humana, Revista de Direito do Consumidor, nº51, julho/setembro de 2004, p.106.

SARLET, Ingo Wolfgang, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, In Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível” Organização de Ingo Wolfgang Sarlet e de Luciano Benetti Timm. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p.11. 54.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas nas relações de consumo”.São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, 242p.

_____. Indenização por dano moral do consumidor idoso no âmbito dos contratos de planos e de seguros privados de assistência à saúde. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº51, p.130 a 153, julho /setembro de 2004.

_____. Reajustes em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº60, p. 58 a 79, outubro de 2006.

_____. Direito à cobertura de custeio de remoção aérea como dever de auxílio à recuperação do consumidor do plano de saúde, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº63, p.259 a 258, julho-setembro de 2007.

_____. Cláusulas de restrição de transplantes em planos de saúde não são abusivas: comentários aos acórdãos do STJ que julgaram o REsp 378.863/SP e os respectivos embargos de divergência e agravos regimentais, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº64, p.223 a 234, outubro/dezembro de 2007.

_____. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº70, abril-junho de 2009, p. 139 a 171.

_____. A proteção do interesse do consumidor através da garantia à liberdade de concorrência, Revista dos Tribunais, nº880, fevereiro de 2009, p. 09 a 32.

_____. Indenização por dano moral face à ilegalidade na exclusão de stent da cobertura securitária: comentários ao acórdão do STJ que julgou o REsp 986.947 – RN, Revista de Direito do Consumidor, nº67, julho-setembro de 2008, p. 303 a 316.

_____. Comentários a decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; SCHMITT, Cristiano Heineck et alli. –

Saúde e Responsabilidade 2 – a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 356 a 365.

SCHMITT, Cristiano Heineck e MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In “Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal”. Organização de Márcio Iorio Aranha e Sebastião Botto de Barros Tojal. Brasília: 2002, p. 285 a 373.

_____. A Aids e os contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde nos tribunais. Revista Aids, Direito e Justiça, Porto Alegre, vol. IV, p. 29 a 54, 2004.

SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

UNA MIRADA AL ÁMBITO CIVIL Y DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE PERÚ

Por: César Carranza Álvarez¹

Resumen

En las líneas siguientes, el autor centra su atención en un problema acuciante: las cláusulas abusivas. Para ello, se precisan en primer lugar algunas cuestiones doctrinarias de interés que permitirán encarar de mejor manera la cuestión desde el plano legislativo. Así, inicia el recorrido por el frustrado Proyecto de Reforma al Código civil peruano, que entre otras modificaciones, incorporaba disposiciones relativas a las cláusulas abusivas, mejorando cualitativa y cuantitativamente las disposiciones del Código sustantivo.

Finalizado este punto, el autor recalca en el tratamiento dual que sobre cláusulas abusivas presenta el derecho peruano. La normativa del Código civil, así como la Ley de Protección al Consumidor (y la relativa al consumidor de servicios financieros) y su reciente modificatoria –Decreto Legislativo 1045 –, permiten mostrar un panorama suficientemente amplio de las respuestas del legislador nacional de cara a la tutela del consumidor frente a cláusulas que introducen desequilibrios importantes en cuanto a la atribución de derechos y obligaciones, que por igual, deberían corresponderle en las relaciones que entabla con el empresario en sede del mercado.

Finalmente, se presentan algunos comentarios relativos al Anteproyecto de Código de Consumo, que entre otras, regula lo concerniente a las cláusulas abusivas.

Palabras clave: Cláusulas Abusivas; Consumidores; Consumo; Contrato; Contratos Masivos.

Abstract

In the following lines, the author focuses on the disturbing subject of Unfair Terms. In order to study this subject a few doctrinal issues must be presented so as to better address the issue from a legislative perspective. Thus, the author begins with an presentation of the failed Peruvian Civil Code Reform Project which, among other things, incorporated some provisions regarding the matter of Unfair Terms in a way that would have improved the Code both qualitatively and quantitatively.

Afterwards, the author emphasizes on the dual treatment the matter of Unfair Terms is given by Peruvian Law. The regulation contained in the Civil Code, the Consumer Protection Act (as well as the one specifically directed to the protection of the consumer of financial services) and its recent amendment contained in the 1045 Legislative Decree clearly present a wide spectrum of answers given by the Legislator regarding consumer protection against unfair terms which create a significant imbalance on the matter of rights and responsibilities, a balance that the consumer should be entitled to have in the commercial relationships he establishes.

Finally, the author presents some comments regarding the Consumer Code Draft, which directly addresses the matter of unfair terms.

Key words: Unfair Terms; Consumers; Consumption; Contract; Massive Contracts.

¹ Abogado Universidad privada Antenor Orrego, Trujillo Perú. Docente de la misma universidad en las materias de historia del derecho, metodología de la investigación y contratación internacional. Candidato a master en derecho de la empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Comité editorial y coordinador académico de "foro empresarial", revista de la maestría en derecho de la empresa de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Conferencista nacional e internacional. Autor de libros y ensayos publicados en revistas nacionales y extranjeras.

SUMARIO:

1. Una historia para empezar.
2. Delimitando el contexto: algunas cuestiones doctrinarias de interés.
3. Un frustrado intento: el Anteproyecto de Reforma al Código civil.
4. Regulación de las cláusulas abusivas en Perú.
 - 4.1. Las disposiciones del Derecho común.
 - 4.2. Las cláusulas abusivas en el ámbito de Protección al Consumidor.
 - 4.2.1. El estado de la cuestión antes de la Ley Complementaria.
 - 4.2.2. Las cláusulas abusivas en la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor.
5. El nuevo Código de Consumo: un esfuerzo en aras de la protección del consumidor peruano.
6. A modo de conclusión.
7. Referencias bibliográficas .

1. UNA HISTORIA PARA EMPEZAR

Cierta noche el profesor A., luego de participar en unas jornadas académicas, asiste a la cena que en su homenaje ha preparado un colega. En ella, y por un azar (o revés) del destino, conoce a una dama a quien llamaré M., con quien luego de intercambiar el saludo protocolar programa para el día siguiente un paseo para conocer la ciudad que por primera vez visita. Aquél transcurre sin mayores sobresaltos, pero prontamente descubrirán algo más en esas largas horas compartidas.

Al retornar del viaje, nuestro amigo empezará a entablar comunicación epistolar con su compañera de andanzas, la cual se irá intensificando al aumentar a diario el repertorio de complicidades e intereses comunes. En ese ínterin descubren que la fuerza que los mueve prácticamente a permanecer atados al computador no puede ser otra que la fuerza del amor. Ante tal revelación, el profesor A. decide buscarla para hacerle saber sus sentimientos.

Primero, acude a una aerolínea para adquirir boletos ida y vuelta a la ciudad de

residencia de M. Luego, y ante la inminencia de la partida, decide pasar por el centro comercial a fin de adquirir algunos presentes, porque no es de caballeros llegar con las manos vacías. Así, escoge un portarretrato, un libro de SÁBATO y una bufanda con motivos andinos para el frío. Entusiasmado por sus elecciones se dirige a la caja a cancelar el monto total de los productos. Se ve tentado a comentar respecto al precio de la bufanda, que le parece un poco excesivo, pero prefiere callar al darse cuenta que sus palabras no producirán mayor resultado.

Al salir del almacén, toma un taxi rumbo a casa. Al llegar, enciende el computador con la esperanza de encontrar algún nuevo mensaje en la bandeja de entrada del correo electrónico. Mientras accede a él, recuerda que la mañana siguiente es treintiuno, día de aniversario, y entonces decide comprar por Internet un ramo de flores. Seleccionado el más bello para la ocasión y colocado en la canastilla de compras, anota los datos domiciliarios de la destinataria; y como pasos finales, digita el número de tarjeta de crédito, y por último, un clic en la opción comprar para concretar la transacción. ¡Y listo!

Horas antes del viaje, el profesor A. reservó telefónicamente una habitación de hotel para cinco días, y ahora se presta a tomar su auto rumbo al aeropuerto. Al llegar, estaciona el vehículo en la zona establecida para pasajeros, e inmediatamente procede a cancelar el importe correspondiente a los días que permanecerá fuera del país. Se sorprende al ver que la empresa concesionaria se exime de responsabilidad por los daños que el vehículo pudiera sufrir en ausencia del dueño. Sin embargo, como la emoción es tanta apura el paso hacia el counter de la aerolínea. Por lo pronto, sólo queda esperar el momento del encuentro definitivo.

Esta historia que puede parecer trivial, aunque no lo sea por cierto, ayuda a distinguir una sucesión de relaciones que a diario una cantidad innumerable de personas entabla en sede del mercado, ese espacio de confluencia entre quienes ofrecen bienes y servicios y

quienes están prestos a consumirlos para satisfacer una necesidad particular²

Estas relaciones, que son posibles gracias al mecanismo jurídico del contrato, conducen a su vez a admitir en todas sus líneas aquella vieja expresión de TOULEMON, según la cual el contrato está en la persona como el esqueleto en la piel³, pero además a establecer rasgos característicos comunes a todas ellas.

No hay duda que el contrato está presente en cada una de nuestras actividades diarias, pero también es cierto bajo circunstancias y procedimientos que distan mucho de los establecidos por la teoría clásica, en la cual la discusión, el análisis y la ponderación previa a la aceptación de las cláusulas contractuales eran imprescindibles para el nacimiento del vínculo.

En el curso de la historia reseñada, nuestro personaje se ha enfrentado a un sinnúmero de necesidades que tenía que satisfacer irremediamente, si es que pretendía el encuentro con su dama. La adquisición de boletos aéreos, regalos, presentes por aniversario; la reserva de un espacio para el cuidado del vehículo y de hospedaje para sus días de viaje, ha sido resuelto apelando al contrato pero bajo un cariz

especial y recurrente: en todas las transacciones que efectuó, no tuvo jamás posibilidad alguna de “discutir” el procedimiento de compra, sus condiciones o el monto a pagar, pues eso ya estaba decidido de antemano. En suma, todo quedó resumido a un lo tomas o lo dejas.

La explicación tenemos que buscarla en el tiempo. La revolución industrial, el surgimiento de la gran empresa y la producción en serie, ocasionaron que los cimientos sobre los cuales reposaba la contratación privada se vieran seriamente afectados por un hasta entonces fenómeno que exigía la readecuación de sus estructuras: me refiero a la contratación masiva o estandarizada⁴.

Era incuestionable que la estructura del contrato tradicional no estaba preparada para adecuarse a las nuevas exigencias del mercado que requería celeridad en la circulación de bienes y servicios. No era posible que el empresario discutiera con cada uno de sus potenciales clientes las condiciones mediante las cuales efectuaría la transacción, o que en su defecto, éstos tuvieran a su alcance cierto grado de manejo respecto a ella para celebrarla, por lo que un esquema estandarizado para relaciones entonces masificadas resultaba del todo necesario⁵. Como expresa DÍEZ – PICAZO, “no es posible que la gran empresa económica

² En palabras de Oppo, el mercado debe ser entendido, además, como “lugar de producción y trabajo”. OPPO, GIORGIO. “¿Deshumanización del contrato?”, en: Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código civil italiano (1942 – 2002), León H., Leysser (selección, traducción y notas), Ara Editores, Lima, 2003, p. 348; que se convierte “en el verdadero poseedor del poder soberano en la sociedad de consumidores”. BAUMAN, ZYGMUNT. Vida de consumo, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, p. 93.

³ Tomo esta frase de ARIAS – SCHREIBER PEZET, MAX. Exégesis del Código civil de 1984, Gaceta Jurídica editores, t. I, Lima, 1995, p. 12.

⁴ Sobre la influencia de éstos, y otros cambios, en el ámbito contractual, puede revisarse con provecho VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO. “Las condiciones generales de los contratos”, en: Contratos, Libro Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, Trigo Represas, Félix A. y Rubén S. Stiglitz, (Directores), Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2001, p.120 y ss.

⁵ Pone de relieve Vallespinos, “(...) el medio económico en el cual se ha venido desarrollando el individuo en su vida de relación ha ido marcando, al igual que en otras instituciones del derecho, el `tipo contractual` capaz de satisfacer sus necesidades. Por ejemplo, a un hombre de requerimientos sencillos que se movía en un ámbito reducido, formalista y regido por una economía primaria, le correspondió un contrato tipificado, ceremonial, solemne, como lo fue el que estuvo vigente durante los primeros tiempos del derecho romano. Por el contrario, el sujeto de nuestros días, agobiado por la insuficiencia de recursos, a quien le toca desenvolverse en una economía esencialmente dinámica y caracterizada por la presencia de monopolios u oligopolios capaces de controlar la ley de la libre competencia le corresponderá, lógicamente, un mecanismo contractual extremadamente diferente al vigente en el derecho romano o al previsto por las legislaciones liberales e individualistas del siglo pasado”. Ibídem, p. 125.

establezca contratos peculiares con cada uno de sus eventuales clientes. Un mínimo de criterio de racionalización y de organización empresarial explica la necesidad del contrato único o contrato tipo, establecido por medio de formularios e impresos...”⁶.

De tal suerte que no puede negarse que la contratación masiva constituye uno de los signos de nuestro tiempo.

Nacida para viabilizar los desafíos que implicaban las transformaciones advertidas en la producción en masa de bienes y la prestación de servicios, dicho mecanismo ha oscilado entre su aptitud para facilitar el tráfico comercial y las consecuencias gravosas que para el sujeto adherente trae aparejado ese poder del cual se encuentra premunido el empresario de predisponer de manera exclusiva un conjunto de estipulaciones, que si bien permiten el establecimiento de innumerables vínculos contractuales, posibilitan también la incorporación de limitaciones de responsabilidad, así como beneficios o prerrogativas que colocan a quien las acepta en una situación de indefensión absoluta, al estarle vedada toda posibilidad de discusión.

Tal poder es el artífice, o mejor dicho, el causante de la aparición de ciertas cláusulas que van a trastocar el equilibrio que todo contrato supone, con grave desmedro de la equivalencia entre derechos y obligaciones de los contratantes, y que inclinan la balanza hacia el lado del más fuerte. Aquellas, que reciben el nombre de abusivas o vejatorias, constituyen el enemigo agazapado del contrato, el cáncer que puede afectarlo en parte o en todo, impidiendo con ello la generación de consecuencias que necesariamente debe producir⁷.

Sobre este tipo de cláusulas versan las líneas que presento seguidamente, para lo cual nos detenemos en el análisis del Decreto Legislativo N° 1045 que introduce modificaciones a la Ley de Protección al Consumidor (LPC), pero sin perder de vista la regulación contenida en el Código civil (Cc) y su Proyecto de Reforma, así como también la existente en las normas de protección al consumidor de servicios financieros. Finalmente, algunos comentarios respecto a los trabajos que actualmente se vienen efectuando en mi país para la dación de un Código de Consumo.

2. DELIMITANDO EL CONTEXTO: ALGUNAS CUESTIONES DOCTRINARIAS DE INTERÉS

Antes de exponer la regulación existente en Perú en materia de cláusulas abusivas, quiero destacar algunas cuestiones que a mi modo de ver concurren a caracterizar estas singulares estipulaciones contractuales.

Tanto las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales, como los esfuerzos regulatorios en el terreno contractual, encontraron sustento en la idea de igualdad y proporcionalidad. En palabras simples: todo aquello que se desprenda del contrato –con las partes situadas en un mismo plano de actuación negocial- debe aplicar siempre por igual a cada uno de los contratantes.

Sin embargo, pronto la igualdad evidenció un retroceso producto de relaciones contractuales en las cuales se presentaba la preeminencia de un sujeto respecto a otro, por lo general quien ostentaba mayor poderío económico.

⁶ DÍEZ - PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. Derecho y Masificación social. Tecnología y Derecho Privado (Dos esbozos), Editorial Civitas S.A., Madrid, 2da. ed., 1987, p. 43.

⁷ Entre la amplia bibliografía existente sobre el particular, destaca el libro del joven y talentoso Profesor CRISTIANO HEINECK SCHMITT, titulado Cláusulas abusivas nas relações de consumo, Editora Revista dos Tribunais, Biblioteca de Direito do Consumidor, 2da. ed. (revisada, actualizada y ampliada), Sao Paulo, 2008, 239 pp.; que desde aquí recomendamos vivamente.

Similar tesitura ocurría con la proporcionalidad. Frente al hecho de vinculaciones surgidas de un plano de desigualdad era posible advertir que las prestaciones nacieran desequilibradas, o que nacidas de un contexto de absoluta equiparidad, con el acontecer de determinada circunstancia se desnivelaran en perjuicio de una de las partes.

Estos desequilibrios prestacionales pueden imputarse a una acción humana o a hechos que la trascienden. El aprovechamiento que efectúa un sujeto de la necesidad apremiante de su par, en el caso de la lesión contractual (artículo 1447 Cc.); la alteración de las circunstancias que origina una excesiva onerosidad en la prestación del obligado a cumplir, como acontece en la imprevisión (artículo 1440 Cc.), e incluso el pedido del deudor de reducir el monto de la cláusula penal cuando ésta resultare manifiestamente excesiva (artículo 1346 Cc.), pueden mostrarse como ejemplos de lo afirmado, pero también como fuente de mecanismos llamados a recuperar el ansiado equilibrio que debe existir entre las prestaciones asumidas por los contratantes.

Ambas cuestiones –igualdad y proporcionalidad– ceden también, desde luego, en los contratos celebrados masivamente. Aunque su finalidad económica sea la de acelerar el flujo de bienes y servicios del empresario a una gran masa de consumidores, la realidad suele mostrar casi siempre un rostro distinto.

La capacidad económica, el contar con toda la información disponible respecto a los bienes y servicios ofertados, o su posición dominante en el mercado, pueden llevar al empresario a incorporar en sus respectivos contratos estipulaciones que tendientes a reforzar su poderío negocial, ocasionan severos perjuicios

para el contratante que adhiere a ellas, como paso previo a la satisfacción de una necesidad particular. Estas cláusulas no son más que las comúnmente conocidas como abusivas o vejatorias.

No hay mayor discrepancia en doctrina en cuanto a que el rasgo definitorio de esta modalidad contractual es la redacción previa y unilateral del contenido del contrato, a la cual se suman, por supuesto, las cuestiones atrás señaladas.

La redacción previa y unilateral nos coloca frente a un abanico de situaciones de preocupación inocultable. La igualdad deja su lugar a la preeminencia de un contratante sobre otro. Esta, a su vez, deriva en una situación de poderío que se traduce en la eliminación de toda posibilidad para discutir el contenido del contrato y su posterior deliberación para concretarlo, cuando media sobretodo un estado de necesidad⁸. Es decir, un contexto en el cual el contrato no es más el resultado del obrar conjunto sino la actividad exclusiva y excluyente de uno de los sujetos de la relación contractual.

Así entonces, afirmamos con MOSSET ITURRASPE que “la existencia como regla general de cláusulas de positivo beneficio para una de las partes –el predisponente– y correlativamente gravosas o vejatorias para la otra –el adherente– no es sino la consecuencia de la redacción unilateral y falta de discusión”⁹.

A estas alturas del discurso parece posible tener en claro una caracterización de lo que constituye una cláusula abusiva. Pero antes pasemos revista, brevemente, a lo que nos informa la doctrina.

Según enseña LARROUMET, debe hablarse de cláusulas abusivas “...cuando una de las partes,

⁸ Se ha señalado, en afirmación que no comparto, que si bien la adhesión elimina la discusión, en ningún modo lo hace respecto a la deliberación, o sea, la posibilidad de sopesar los riesgos y beneficios del contrato. Al respecto, RISOLÍA, MARCO AURELIO. Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil, Abeledo – Perrot, 2da. ed., Buenos Aires, 1958, ps. 146 – 147. En modo alguno puede existir “deliberación” cuando la celebración del contrato se vuelve imperiosa para la satisfacción de una necesidad que apremia al adherente.

⁹ MOSSET ITURRASPE, JORGE. Contratos, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 135.

que está en posición ventajosa en un contrato que es de adhesión, ha estipulado, ya sea obligaciones muy gravosas a cargo de la otra, ya sea derechos a su favor, que no se pueden equiparar con los que se asignan a la otra parte”¹⁰. Nada más claro, pienso, para graficar la ausencia de igualdad y proporcionalidad en la celebración de estos contratos.

Centrando el análisis en el desequilibrio de las prestaciones que ellas producen, se ha escrito también que “una cláusula abusiva confiere a uno de los contratantes una ventaja desmesurada y, por consiguiente, implica un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes”¹¹. Y de manera general, “...condiciones generales que agravan la posición del adherente respecto de la disciplina general del contrato”¹².

Una primera cuestión a resaltar es que las cláusulas abusivas encuentran cabida en aquellos contratos redactados unilateralmente –en el caso de mi país, los celebrados por medio de cláusulas generales de contratación (CGC) y por adhesión- por una de las partes, que ostenta generalmente una posición ventajosa o de predominio en el mercado, o posee mayor poder económico, informativo o de negociación en comparación con la otra”¹³.

Las cláusulas abusivas se incorporan al contrato de manera arbitraria, en flagrante violación del principio de buena fe, entendido en su vertiente objetiva. Si bien fortalecen la posición contractual de quien elaboró el conjunto de estipulaciones, su finalidad última es la obtención de ventajas o beneficios desmedidos,

atribución excesiva de prerrogativas, que de otro modo –circunscribiendo su actuación al principio antes referenciado no se hubieran obtenido.

Aquellas pueden consistir, como se verá más adelante, en una limitación o exclusión de responsabilidad; en facultades para modificar el contrato, suspenderlo, o dejarlo sin efecto en cualquier momento; imponer una vía distinta a la natural para la solución de conflictos; o supeditar los compromisos asumidos al cumplimiento previo de formalidades onerosas, etc. En otras palabras, cuando su inclusión provoca un detrimento importante en el equilibrio que debería existir entre los derechos y obligaciones asumidos por los contratantes.

“No todas las condiciones generales ni las cláusulas impuestas por un contratante unilateralmente –ha escrito el profesor SANTOS BALLESTEROS- ostentan, por sí mismas, la condición de abusivas, que sólo lo serán en la medida en que involucren facultades o atribuciones que, en general, desmejoren la situación del contratante más débil, o que limiten el ejercicio de las acciones para hacer efectivo las prestaciones estipuladas a su favor, o que restrinjan el reconocimiento de las indemnizaciones a que tiene derecho por incumplimiento de la parte predisponente...”¹⁴.

Permítanme detenerme brevemente en este punto. Mencioné, entre otras consideraciones, que la inclusión de cláusulas de excesivo beneficio para el predisponente fortalece su posición en el contrato. ¿Qué acontece, entonces, con quien sólo dispone de la adhesión como único mecanismo

¹⁰ LARROUMET, CHRISTIAN. Teoría General del Contrato, Editorial Témis, vol. I, Bogotá D.C., 1993, p. 310.

¹¹ PIZARRO WILSON, CARLOS. “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el Derecho chileno”, en: Revista Estudios Socio-Jurídicos, Universidad del Rosario – Facultad de Jurisprudencia, 6 (2), Bogotá D.C., 2004, p. 124.

¹² BIANCA, MASSIMO. Derecho Civil. 3. El Contrato, Universidad Externado, Hinestrosa, Fernando y Edgar Cortés (traductores), 2da. ed., Bogotá D.C., 2007, p. 373.

¹³ Sin dejar de reconocer, como señala Llamas Pombo, que la abusividad de una cláusula puede aparecer en cualquier tipo de contrato, y no solo en las relaciones con consumidores, pues –agrega- incluso es factible apreciarla en relaciones entre empresarios y profesionales. Véase: “Buena fe y cláusulas abusivas en la contratación con consumidores”, en: Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Editorial La Ley, t. II, 1ra. reimp., Córdova, Marcos A. (Director), Garrido Cordobera, Lidia M. y Viviana Kluger (Coordinadoras), Buenos Aires, 2005, ps. 227–228.

¹⁴ SANTOS BALLESTEROS, JORGE. Instituciones de Responsabilidad Civil, Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores N° 21, t. II, Bogotá D.C., 2005, p. 116.

para celebrarlo, en aras a satisfacer su necesidad de bienes y servicios?

Si bien la adhesión constituye una forma peculiar –dadas las características de la contratación masiva de consentir la celebración del contrato– a pesar de quien cree ver en ella una ausencia de voluntad, que implicaría que no pueda hablarse de contrato tal como se lo concibió antaño, esto es, como el encuentro de dos o más voluntades¹⁵, ella trae ínsita algunas consecuencias que a lo largo de las líneas precedentes ha sido posible advertir, y que ahora es menester resumirlas.

La incorporación de cláusulas abusivas va a trastocar groseramente la atribución de derechos y obligaciones que por igual deben corresponder a los contratantes. Esta situación, sumada a la rapidez del acto, trae como efecto que el adherente no pueda leer detenidamente el clausulado del contrato, o leyéndolo, no esté en condiciones de entenderlo por la inclusión de un lenguaje excesivamente técnico, para sopesar los beneficios y riesgos que su consentimiento puede generar.

Con todo, si a ello le sumamos el estado de necesidad que generalmente suele rodear la celebración de este tipo de contratos, nos encontraremos con un mecanismo que por un lado facilita el comercio de bienes y servicios en el mercado, pero al mismo tiempo acrecienta la condición de parte débil de quien sólo tiene la posibilidad de contratar o de no hacerlo.

Frente a ello el Estado reacciona oponiendo fórmulas idóneas en pro del restablecimiento del equilibrio del contrato y sanción contra prácticas de

tal naturaleza. La inclusión de reglas interpretativas particulares, la prevalencia de ciertas cláusulas respecto a otras redactadas con antelación¹⁶ y la eliminación del entramado contractual, mediante la declaración de invalidez¹⁷, de cláusulas gravosas, entre otras, forman parte del esfuerzo legislativo por contrarrestar los efectos perniciosos de la redacción unilateral por parte del empresario.

La consideración de una cláusula como abusiva parte por una respuesta del legislador en cuanto a señalarla exhaustivamente, o por el contrario, incorporar fórmulas abiertas que permitan al Juzgador declararla como tal, sobre la base de su sano criterio.

Se ha escrito que la opción del legislador por una lista taxativa favorece la seguridad jurídica y la función interpretativa del Juez, puesto que resulta más sencillo determinar si una cláusula es o no abusiva recurriendo a un repertorio preestablecido, que acudir a otro tipo de consideraciones basadas en formulaciones genéricas¹⁸.

Del mismo modo, se le atribuye una función preventiva. Al contarse con una “lista negra” de cláusulas abusivas, y al ser consciente el empresario del riesgo que correría de incorporar una estipulación semejante a las previstas en la norma, entonces, por el fundado temor a su declaración de ineficacia, prácticamente se vería constreñido a no imponerla a su par en el contrato¹⁹.

Por su parte, las formulaciones latas o genéricas presentan la ventaja de encauzar en

¹⁵ Tal pensamiento corresponde a DE BUEN LOZANO, NÉSTOR. La decadencia del contrato, Editorial Porrúa S.A., 2da. ed., México D.F., 1986, p. 289; con específica referencia al “contrato por adhesión”.

¹⁶ Sobre estos temas, véase el apartado 4.1., referente a la regulación de las cláusulas abusivas en el Derecho común.

¹⁷ Como se verá más adelante, esta es la sanción prevista por el artículo 1398 del Código civil.

¹⁸ BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE - ANA GIMÉNEZ COSTA. “Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en: Revista crítica de Derecho Inmobiliario, N^o 692, Año LXXXI, noviembre - diciembre, 2005, p. 1773.

¹⁹ Loc. Cit.

ellas aquellas que el mercado va generando periódicamente por medio de las transacciones realizadas en él. No constituyen un espacio cerrado sino por el contrario, permiten ir a la par del tráfico mercantil, siempre cambiante, siempre por delante de las previsiones legislativas.

Más que en los catálogos taxativos de cláusulas abusivas, aquí juega un rol preponderante la actividad del Juez, quien sobre la base de las cláusulas impugnadas, los principios de Derecho concurrentes, la peculiar connotación de los contratos masivos y su juicio particular, resolverá la cuestión litigiosa.

La labor del Juez en este aspecto puede generar preocupación, por no existir vallas legales que limiten su función jurisdiccional en el caso concreto. Sin embargo, considero que al momento de efectuar el control sobre las cláusulas llamadas a declararse ineficaces, debe atender no solo al interés del adherente –muy válido por cierto- sino correlativamente al del empresario, y aún, a los objetivos del negocio celebrado; y claro está, ponderar debidamente el impacto que su decisión puede generar en el mercado.

Cotejando ambas soluciones, se ha escrito que “Es insuficiente la propuesta de listas de cláusulas prohibidas por no contemplar una cláusula general que pueda subsumir aquellas estipulaciones abusivas que vaya creando el tráfico mercantil y que reconozca una labor activa a los tribunales en el control de dichas nuevas cláusulas. Lo contrario (...) implica una rigidez del sistema de protección que dará lugar con el tiempo, a un modelo anquilosado”²⁰.

Pienso que entre una y otra opción legislativa, la incorporación de una norma general puede convertirse en una válvula de oxígeno para el control efectivo de las cláusulas abusivas, dentro de un sistema de contratación

que, día tras día, adquiere fisonomías distintas en base a las exigencias de un mercado en constante cambio, que puede ocasionar la elaboración de estipulaciones, que ajenas a las previstas por la regulación particular, trastocan igual el equilibrio del contrato con severo perjuicio para la parte más débil. La labor judicial juega aquí un rol estelar, como ya mencioné.

El Código Civil nacional así como la Ley de Protección al Consumidor, no incorporan una definición de cláusula abusiva; aunque de la lectura atenta de sus normas sea posible delinear algunas de sus notas más saltantes. Sin embargo, como lo veremos más adelante, el Reglamento de transparencia de información y disposiciones aplicables a la contratación con usuarios del sistema financiero, sí ha previsto una definición legal al respecto.

3. UN FRUSTRADO INTENTO: EL ANTEPROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

En el año 2003, mi país fue escenario de una polémica entre algunos profesores de Derecho que consideraban necesaria la derogación del Código Civil, frente a otros que propugnaban tan solo la expedición de una Ley de enmiendas a ciertas instituciones del mismo, que en casi 19 años de vigencia no habían demostrado mayor operatividad.

Intentando terciar en este cruce de opiniones, que parecía inclinarse por la derogatoria antes que por una modificación parcial del Código, escribí que “(...) antes de decidir si la reforma debe o no ser parcial, habría que preguntarse si es necesario emprender una reforma, si tenemos en cuenta que el Código apenas acaba de cumplir la mayoría de edad”. Y agregaba, “Convengo con algunos autores en la afirmación de que el proceso de maduración de un Código es largo, y que en tal proceso desempeñan un papel estelar tanto los estudios doctrinarios como la jurisprudencia emanada de

²⁰PIZARRO WILSON, CARLOS. Op. cit., p. 139.

los Tribunales. Sin duda esto es cierto, pero no debemos soslayar el hecho que desde su dación en 1984 hasta la fecha, muchas de sus normas han demostrado no responder ya a las exigencias de los tiempos actuales, lo cual exige su completa revisión a fin de adecuarlas al entorno presente. Por ello creo firmemente en que una reforma del Código es necesaria”.

Y finalizaba diciendo: “Adecuemos las normas, derogemos las que han generado inconvenientes en su aplicación e introduzcamos otras necesarias, para construir así un contrapeso normativo con aquellas que aún conservan actualidad y vigencia plenas”²¹. Mi opinión, por tanto, estaba dirigida a proponer una reforma parcial.

Tiempo después, esta discusión mantendría vigencia ahora sobre la base de los trabajos que venía efectuando la Comisión Especial encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código civil, cuyo resultado fue la publicación de un documento, que entre otras modificaciones, pretendía introducir cambios importantes al Libro VII de Fuentes de las Obligaciones, en lo referido a disposiciones generales, consentimiento, contratos preparatorios y con prestaciones recíprocas, obligaciones de saneamiento, etc.

En lo que hace al tema de cláusulas abusivas, el Anteproyecto mejoraba cuantitativa y cualitativamente la regulación contenida en el Código Civil. En primer lugar, se ampliaban los supuestos de abuso contractual en contraposición con los contenidos en el artículo 1398, el cual vio reducido su alcance por medio de la 1ra. Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil de 1993, que suprimió del texto sustantivo la referencia a la fijación de cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje por parte del predisponente del contrato.

En segundo término, se introdujo la denominación cláusulas vejatorias para referirse a aquéllas que establecen, en favor de quien las ha redactado, beneficios desmedidos en pugna con el ansiado equilibrio que toda relación contractual supone.

Asimismo, el texto ampliaba el espectro del vigente artículo 1398, pues disponía que las cláusulas abusivas o vejatorias no sólo tenían lugar en los contratos por adhesión, sino también en los concertados mediante cláusulas generales de contratación, sin importar si éstas habían sido o no aprobadas por la autoridad administrativa; con lo cual se alejaba del enunciado de dicha norma que establece que ellas únicamente pueden presentarse en las no aprobadas administrativamente.

Otro cambio importante es el que se refiere a la sanción por su inserción. Se reemplaza la invalidez por la ineficacia, al considerarse que esta última es más precisa que la primera, que admite varias modalidades como la nulidad y la anulabilidad²².

Pero sin duda el aspecto más relevante del Anteproyecto fue el viraje del legislador hacia la inclusión de un catálogo de cláusulas abusivas acompañado de una fórmula abierta que permitía tener como perjudicial cualesquier otra estipulación que implicara para el adherente condiciones desventajosas.

Dicho catálogo consideraba abusivas o vejatorias las cláusulas que establecieran:

- a) Exoneraciones o limitaciones de responsabilidad.
- b) Facultades de suspender la ejecución del contrato o de resolverlo; salvo en los casos previstos en la ley.

²¹ CARRANZA ÁLVAREZ, CÉSAR. “La reforma del Código Civil peruano: ¿de vuelta al dilema?”, en: Revista Hechos & Derechos, Editora Normas Legales, Lima – Trujillo, Año I, N° 4, 2003, p. 5.

²² Exposición de Motivos, Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código civil. Claramente se ha escrito que “(...) la invalidez es la ineficacia producida por vicios intrínsecos al acto, en tanto que la ineficacia en general, es cualquier situación en la que el acto deja de producir efectos”. RUBIO CORREA, MARCIAL. Nulidad y anulabilidad: la invalidez del acto jurídico, en: Biblioteca para leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. IX, 5ta. ed., Lima, 2001, p. 18.

- c) Facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones.
- d) Facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.
- e) Renuncias o limitaciones al derecho de la otra parte de resolver el contrato en los casos previstos por la ley.
- f) Renuncia a la competencia de la autoridad judicial o administrativa, limitaciones a los medios de prueba o inversiones de la carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, correspondería al predisponente.

Recordemos que la referencia a la cláusula de sometimiento al arbitraje fue suprimida por una modificación legislativa introducida al Código Civil. El Anteproyecto, por su parte, en una feliz solución, la reincorporaba por medio del inciso f) arriba anotado, lo cual permitía la protección de aquellos que al verse impedidos de acceder a este mecanismo de resolución de disputas por su excesivo costo, sufrían las consecuencias del poder económico y negociador del empresario. Como se anotaba en la Exposición de Motivos de dicho documento, la inclusión de una cláusula de arbitraje en contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación coloca al adherente en una verdadera situación de indefensión en la mayor parte de las relaciones de consumo, cuya magnitud económica no lo justifica.

Es indudable que el arbitraje constituye hoy en día la vía más idónea y rápida para la solución de conflictos de índole patrimonial, frente a la lentitud de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, aquel sólo es posible cuando ha sido establecido de común acuerdo por las partes que deciden someter el diferendo a la resolución de un árbitro. Por el contrario, es perjudicial y atentatorio contra el equilibrio contractual forzar a una de las partes a optar por un ámbito que posiblemente desconoce o respecto del cual no posee mayor

información y en ciertos casos cuando no dispone de los recursos para costearlo, frente a un sistema como el judicial cuyo acceso supone un costo relativamente bajo y donde además se permite la defensa gratuita para las personas de escasos recursos (art. 139, inc. 16, Constitución).

Otras cláusulas insertas en el proyectado dispositivo, pueden mencionarse a continuación:

- g) Prohibiciones o limitaciones al derecho de la otra parte de oponer la compensación al predisponente.
- h) Facultades de modificar unilateralmente el contrato sin previo aviso y sin incluir en el contrato el derecho de la otra parte de resolverlo.
- i) Restricciones a la obligación del predisponente de respetar los compromisos asumidos por sus representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades onerosas.

Mencioné que el Anteproyecto representaba un avance respecto al vigente Código Civil. En efecto, el artículo 1398 introdujo un repertorio de cláusulas abusivas cuya enumeración llevó a un sector de la doctrina a decir que ella era limitativa y no simplemente ejemplificativa de todas las situaciones de abuso, aunque susceptible de interpretarse extensivamente, siempre y cuando la cláusula no prevista de forma expresa participe de la misma ratio de aquella codificada²³.

Este hecho quedó a salvo con la fórmula introducida por el Anteproyecto, que permitía declarar ineficaz la cláusula de un contrato no sólo cuando correspondiera a la prevista por el legislador sino a cualquier otra que a criterio del juzgador reportara un perjuicio a la parte adherente.

²³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, en: Biblioteca para Leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. XI (primera parte), t. III, 3ra. ed., Lima, 1996, ps. 210 y 212.

La inclusión de una fórmula general en el tratamiento del tema que nos ocupa suponía, sin temor a equivocarnos, un paso adelante respecto a la regulación que propuso el legislador de 1984, toda vez que al abrir sus compuertas las denominadas “cláusulas abiertas”, capturan las nuevas condiciones gravosas que suministra el desarrollo de las nuevas fórmulas del tráfico mercantil²⁴.

A pesar que el Anteproyecto no quedó más que en buenas intenciones –un frustrado intento como reza el título de este apartado- al no convertirse en Ley de Reforma, lo cierto es que puso sobre el tapete uno de los temas más acuciantes del ámbito contractual y que ha hecho correr mucha tinta por quienes se han detenido en su problemática en sede nacional, al destacar y corregir las deficiencias de la actual norma, sea en cuanto al repertorio de cláusulas, sanción jurídica y la incorporación de una válvula de escape que permita al Juez ampliar su horizonte interpretativo cuando es sometido a su fuero un contenido contractual impugnado por una de las partes contratantes.

4. REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PERÚ

El legislador nacional ha previsto un sistema dual para el abordaje de las cláusulas abusivas. El primero, constituido por las normas del Derecho común (Código Civil); el segundo, por las disposiciones de tutela al consumidor, dentro del cual puede advertirse un subsistema –complementario– referido al consumidor de servicios financieros.

4.1. Las disposiciones del Derecho común

La regulación de las cláusulas abusivas se engarza dentro de aquella que se dispensa a

los contratos celebrados por adhesión y en base a CGC (Libro VII, Título II, artículos 1390 – 1401, Cc.).

De acuerdo con la tónica del Código, se introducen sendas definiciones de las modalidades que comprende la contratación masiva. Es por adhesión –se dice– el contrato según el cual una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra, declara su voluntad de aceptar (artículo 1390); en tanto que CGC serán aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares con elementos propios de ellos (artículo 1392).

En los contratos por adhesión, como lo indica la propia denominación, nos encontramos frente a un auténtico negocio premunido de todos sus elementos configurativos, que solo aguarda la adhesión del contratante que no participó en su modelación. Si bien, como afirma DE LA PUENTE, es la contratación en masa la que ha propiciado la utilización de este tipo de contratación, no es el único campo donde el contrato por adhesión juega su rol²⁵.

Las CGC, por su parte, son simples estipulaciones redactadas de manera unilateral y previa a la celebración del contrato. Fuera de éste no tienen mayor relevancia jurídica, la cual adquieren cuando ingresan a formar parte del contrato particular que será “sometido” al sujeto que desee contratar con arreglo a ellas. Es por esa razón que el primer párrafo del artículo 1398, referido a las cláusulas abusivas, presenta un error de concepto. En él se menciona que “En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no

²⁴ STIGLITZ, RUBÉN S. - GABRIEL A. STIGLITZ. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 98.

²⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL. Op. cit., p. 31. Paralelamente, el profesor peruano construye conceptualmente la modalidad denominada contrato necesario por adhesión, en el cual se encuentra un sujeto que por la imperiosa necesidad de disfrutar un bien o servicio, acepta sin más (se somete, mejor dicho) a las condiciones establecidas por el empresario. El contrato necesario por adhesión, dada su peculiaridad, no es ajeno tampoco a la inclusión de cláusulas abusivas. *Ibidem*, p. 30 y ss.

aprobadas administrativamente...” no serán válidas ciertas estipulaciones que generen perjuicio en el adherente, con lo cual se estaría asumiendo que, fuera del contrato, dichas cláusulas tienen existencia propia, lo que sin duda es incorrecto, pues solo por medio del contrato encuentran su razón de ser.

De otro lado, se introducen dos reglas que permiten atemperar el “poder” de quien predispone el contenido del contrato. La primera corresponde a la interpretatio contra stipulatorem (artículo 1401), que “reconoce su fundamento en el deber de buena fe y de hablar claro (clare loqui) que pesa sobre el predisponente”²⁶; la segunda, a la prevalencia de cláusulas agregadas al formulario sobre las de éste, en caso de existir incompatibilidad entre ambas, lo cual ocurrirá en el supuesto de cláusulas no aprobadas por la autoridad administrativa (artículo 1400).

En el primer caso nos encontramos frente al reproche de no expresar con claridad las condiciones del contrato, que permita al aceptante manifestar su voluntad sobre la base del conocimiento certero de su contenido, como también en cuanto a las consecuencias jurídicas que de aquél se derivarán. La segunda regla, por su parte, nos coloca ante la preferencia de la voluntad común por sobre la predisposición unilateral, al asumirse que en dichas cláusulas se ha ejercitado en toda su dimensión la libertad de configuración interna por parte de ambos contratantes, y no sólo por uno de ellos, como generalmente suele acontecer.

Tratándose de CGC, la propia normativa las clasifica en aquellas que han merecido aprobación administrativa frente a otras que no han traspasado este tamiz. Solo en estas últimas (y en los contratos por adhesión), asume el legislador, es posible advertir cláusulas

contractuales que alteran el correcto equilibrio entre las obligaciones de los contratantes.

El fundamento es el control previo de las estipulaciones insertas en las CGC. Se asume que la inexistencia de un filtro que asegure el examen de las cláusulas generales puede conllevar el riesgo que algunas de ellas incorporen un contenido gravoso para la parte que las acepta; lo cual no sucedería en el supuesto de aprobación administrativa, que previo análisis de las mismas, aislarían cualquier posibilidad de establecer en favor del estipulante mayores ventajas respecto a su contraparte. Tal es la razón de su inclusión automática a todas las ofertas formuladas para contratar con arreglo a ellas, según prescripción del artículo 1393 C.C.²⁷. Conviene determinar ahora el alcance del artículo 1398 del Código sustantivo.

Es lugar común afirmar que en ejercicio de la autonomía privada, y con el ánimo de satisfacer intereses diversos, los particulares tenderán a relacionarse entre sí por medio del mecanismo jurídico del contrato, del cual derivarán derechos y obligaciones en perfecto equilibrio.

Esta autonomía, que permite decidir no sólo con quién se contrata sino además el contenido de la futura relación contractual (art. 1354 Cc.), suele encontrar algunas vallas que impiden su ejercicio fuera de todo límite, más aún si éste proviene de quien ostenta poder económico, informativo y de negociación, lo cual podría devenir en arbitrario, y por tal, perjudicial o dañoso para el más débil de la relación.

“Si bien es cierto las partes en ejercicio de su autonomía privada pueden determinar libremente los términos del contrato que han convenido (...) también lo es que dicha autonomía privada está sujeta a ciertas

²⁶ MOISÁ, BENJAMÍN. “Las cláusulas abusivas en la República argentina”, en: Las cláusulas abusivas en los contratos, en el Derecho de Iberoamérica, Acedo Penco, Ángel y César Carranza Álvarez (Directores), obra próxima a publicarse.

²⁷ El Código civil permite, a su vez, que las partes acuerden expresamente la exclusión de algunas CGC aprobadas por la autoridad administrativa de la oferta del contrato particular que celebran. Al respecto, el artículo 1395.

limitaciones que le impone la ley”²⁸. Estas barreras son la moral, las buenas costumbres y el cumplimiento estricto de normas de orden público (artículos V, Título Preliminar y 1354 Cc.), a las cuales podríamos sumar la buena fe y el abuso del derecho.

Todo esto nos indica, pues, que frente al vasto campo de actuación negocial que confiere la ley a los particulares se imponen barreras infranqueables fuera de las cuales la relación jurídica entablada no tendrá mayor eficacia o la conservará provisoriamente en tanto no sea declarado el cese de sus consecuencias. Ello con el fin de preservar lo decidido por las partes, el respeto de las formalidades exigidas, y lo más importante, morigerar el poder del cual puede estar premunida una parte del contrato y su correlato de evitar la configuración de un contenido contractual atentatorio para la contraparte, por lo general, desprovista de los atributos ya mencionados con anterioridad.

Consecuentemente nos alineamos con quien menciona que “(...) se ha producido un cambio significativo respecto del siglo XIX, en la medida en que la autonomía privada está más amenazada, o al menos lo está más visiblemente por situaciones de poder unilaterales y se ha agudizado la conciencia de que no es posible hablar de una configuración de relaciones jurídicas con autodeterminación si existe una situación de poder unilateral. Numerosas limitaciones del campo de vigencia de la autonomía privada en la moderna evolución jurídica encuentra su explicación en ello”²⁹.

Conforme a dicha tesitura aparece la prescripción contenida en el artículo 1398, que no es más que una limitante de la autonomía privada –en estricto, de la libertad de

configuración interna–, según la cual “en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato”.

Sobre el particular, encontramos dos posiciones que pretenden explicar la “excepcionalidad” de esta norma. En efecto, se argumenta que el artículo 1398 es norma de excepción si la cotejamos con lo previsto por el artículo 1354 C.C., que consagra la libertad que tienen las partes para modelar el contrato que celebran de acuerdo a sus más supremos intereses y necesidades, el que a su vez debe conjugarse con lo dispuesto por el artículo 1362 que contempla la observancia del principio de buena fe en la negociación, celebración y ejecución del contrato. Por constituir norma de excepción, no sería posible su aplicación analógica a situaciones o hechos distintos, pues tal es la prohibición del artículo IV del Título Preliminar del Código sustantivo, pero sí susceptible de interpretación extensiva³⁰.

En la orilla contraria, quien argumenta que el artículo 1398 no constituye norma de excepción en relación al artículo 1354, por cuanto este último se refiere a la libertad de ambas partes para modelar el contrato, situación que no se presenta en los contratos concertados bajo CGC y por adhesión; ámbito éste donde opera ciertamente lo contemplado por el artículo 1398. Así pues, nos encontraríamos frente a situaciones totalmente distintas³¹.

²⁸ Cas. N° 984–2000 / Cajamarca, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. En: Jurisprudencia Civil, Editora Normas Legales, t. I, Carranza Álvarez, César (Editor), Trujillo, 2002, ps. 266–267.

²⁹ La cita pertenece a Werner Flume. Tomado de: SANTOS BALLESTEROS, JAIME. Op. cit., ps. 103–104.

³⁰ A favor de esta posición: DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL. Op. cit., p. 211; y CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS. “Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas”, en: *Ius et Veritas*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 13, Año VII, p. 24.

³¹ ESPINOZA ESPINOZA, JUAN. “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”, en: *Derecho de los Consumidores*, Editorial Rhodas, Lima, 2006, ps. 153–154.

Estimo que la cuestión, en tales términos, puede merecer otra interpretación. Si bien el artículo 1354 es aplicable a aquellos contratos en los cuales las partes concurren por igual a la determinación de su contenido, y a cuya libertad de configuración el legislador impone límites, lo mismo puede pensarse para el caso de contratos celebrados mediante CGC y por adhesión, en los cuales también se establecen barreras a la actuación del empresario en cuanto a la inclusión de ciertas cláusulas en los contratos que aspira celebrar.

Se ve, entonces, que en ambos casos hay un recorte a la libertad contractual. Por ello no veo dificultad alguna en ampliar el espectro del artículo 1354 C.C. para conectarlo al supuesto de contratos estipulados unilateralmente, guardando reserva, por supuesto, de sus peculiares características. De esta forma, la disposición a que se refiere el artículo 1398 puede considerarse de excepción respecto de aquélla.

Por otra parte, el artículo en examen contempla un listado de cláusulas que el legislador sanciona como inválidas por alterar la equivalencia entre los derechos y obligaciones de las partes. Interesa saber si esta relación de cláusulas tiene la connotación de un catálogo taxativo o, por el contrario, opera únicamente de manera ejemplificativa.

La doctrina nacional no parece concordar sobre el punto. Por un lado, se sostiene que tal relación es taxativa, descartando la posibilidad de considerar abusiva a cualquier otra cláusula distinta a las previstas en la norma³². En el otro extremo, quien sostiene que sólo nos encontramos ante una relación abierta, habida

cuenta de la orientación del Estado por defender el interés de los consumidores y usuarios, y en virtud además del principio pro consumidor (arts. 65, Constitución y 2 LPC, respectivamente)³³.

Convento en que la segunda orientación es la correcta, y la que más se ajusta al espíritu que alimenta las normas protectoras del adherente en las relaciones contractuales masivas, aunque esto amerite modificar una postura anterior, que con el correr de los días, los debates en clase, y el inevitable volver tras los pasos para confirmar, ampliar o rebatir las propias ideas, se ha revelado extremadamente incompleta, y por ende, equívoca.

Así, mencioné con referencia a dicho artículo que se "...ha optado por un repertorio cerrado. Esto quiere decir que con prescindencia de otras posibilidades, el codificador nacional sólo tiene como tales a las expresamente consignadas en su texto"³⁴.

No es posible mantener esta idea, porque la norma bajo análisis no puede entenderse aisladamente, sino como parte de un contexto en el cual la figura del consumidor cobra especial relevancia. Por tal razón, me parece pertinente la alusión a la norma constitucional y a la LPC que efectúa dicho sector doctrinario; pero sin descartar otro conjunto de normas contempladas por el Código civil, precisamente respecto a la disciplina de los contratos masivos, destinadas a equilibrar la situación de desventaja en que se encuentra el adherente. Piénsese en las disposiciones relativas a la prevalencia de ciertas cláusulas respecto a las que presenta el formulario, la interpretación contra proferentem, o a la ineficacia –en contratos nominados celebrados por adhesión o

³² Comparten esta posición DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL. Op. cit., p. 210; CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS. Op. cit., p. 24; y MORALES ACOSTA, ALONSO. Versión grabada de la conferencia pronunciada en el Seminario Internacional "Derecho de Consumo y Protección al Consumidor", organizado por el Colegio de Abogados de La Libertad, el 8 de agosto de 2008, en el cual tuvimos el honor de participar.

³³ ESPINOZA ESPINOZA, JUAN. Op. cit., p. 153.

³⁴ Véase mi escrito, "La Justicia contractual en el contrato de hoy", publicado en: Boletín de Información, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, N° 2057, Año, LXII, 2008, p. 18; y en Vox Iudex, Revista de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (Perú), N° 1, Año I, 2008, p. 18.

por CGC no aprobadas administrativamente– de estipulaciones que contraríen las normas establecidas para el correspondiente contrato (art. 1399 Cc.). Si por un lado el legislador protege, sería ilógico pensar que en el caso del artículo 1398 esta protección se quiebre de un plumazo³⁵.

Estas disquisiciones podrían superarse con la inclusión de una fórmula genérica, en el modo que lo propuso el Anteproyecto de Reforma, para permitir así que el Derecho camine a la par de un tráfico comercial en permanente evolución. Mientras esto sucede, debemos convivir con la actual regulación.

4.2. Las cláusulas abusivas en el ámbito de Protección al Consumidor

Señalé al inicio del numeral 4) que el legislador peruano ha previsto un sistema dual para el tratamiento de las cláusulas abusivas. El primero, integrado por las normas del Código Civil, concretamente el artículo 1398. Veamos ahora el que corresponde al ámbito de protección al consumidor.

4.2.1. El estado de la cuestión antes de la Ley Complementaria

En el ámbito de tutela al consumidor³⁶ es dable referir a un antes y un después, cuya línea

divisoria lo constituye el Decreto Legislativo N° 1045 que introduce reformas a la LPC.

Antes de la modificación legal, la LPC no dio cabida a las cláusulas abusivas. Sí, en cambio, en lo atinente al principio pro consumidor (art. 2), y de manera general, a la obligación del proveedor de brindar la información necesaria respecto a los bienes y servicios ofertados en el mercado (arts. 5, inc. b y 15), incluso en aquellos supuestos de operaciones comerciales donde se concedía crédito al consumidor (art. 24)³⁷, y a la protección contra métodos comerciales coercitivos³⁸.

Por esa razón centraré la atención en las disposiciones relativas a la protección del consumidor en materia de servicios financieros, en especial la Ley N° 28587 (la Ley, en adelante) y su Reglamento –Resolución SBS N° 1765 – 2005-, de Transparencia de Información y Disposiciones Aplicables a la Contratación con Usuarios del Sistema Financiero (el Reglamento), por incorporar normas vinculadas a cláusulas abusivas.

La Ley N° 28587, Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de Servicios Financieros, parte por una exigencia fundamental: la obligación, por parte de los proveedores del servicio, de brindar a los usuarios toda la información que sea necesaria,

³⁵ Incluso si prescindieramos –forzando la cuestión- de las consideraciones mencionadas, para poner en juego únicamente el artículo constitucional en relación con el artículo 1398 del Código civil, llegaríamos al mismo punto: siempre cabría la posibilidad de incorporar supuestos distintos a los previstos por esta norma, para lograr así la tutela efectiva del consumidor. Salvo por supuesto, mejor parecer.

³⁶ Sobre la noción de consumidor en el derecho nacional, puede revisarse mi escrito titulado: “El nuevo perfil del consumidor en la legislación peruana”, publicado por: Revista de Derecho de la Competencia – CEDEC IX, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas, Vol. V, N° 5, enero – diciembre 2009, ps. 107 – 132.

³⁷ Modificado por artículo 8, D. Leg. N° 1045, de 26 de junio de 2008.

³⁸ Modificado por artículo 6, D. Leg. N° 1045. Sobre el particular, es conveniente resaltar la Resolución Final N° 220 – 2004/CPC, expedida en el procedimiento de oficio que siguió la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI contra Financiera CMR S.A., en la cual se sancionó a esta última por haber modificado las condiciones originalmente pactadas con los usuarios de su tarjeta de crédito, y que supuso su incorporación a servicios no autorizados previamente. Este fallo, que permite relacionar (y contrastar) la obligación de informar que pesa sobre el proveedor con los denominados métodos comerciales coercitivos, fue posteriormente confirmado por la Resolución N° 0612 – 2004/TDC - INDECOPI. Lo resuelto por la Comisión ha merecido el comentario de AMAYA AYALA, LEONI RAÚL. “El consumidor y sus operaciones a «ojos cerrados». La autonomía privada en los tiempos de la contratación en masa”, en: Diálogo con la Jurisprudencia (Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial), N° 75, Año 10, Lima, 2004, ps. 85 – 98.

de manera previa a la celebración del contrato (art. 2), la cual se satisface cuando:

a) El proveedor pone a disposición de los usuarios –sea en su página web o en sus locales– los formularios contractuales.

b) Se designe a personal especializado para asesorar a los clientes respecto al alcance de los mismos.

Dicha disposición guarda estrecha relación con lo prescrito en el artículo 3 del Reglamento en cuanto a la transparencia en la información, la cual se considera “un mecanismo que busca mejorar el acceso a la información de los usuarios y público en general, con la finalidad que éstos puedan, de manera responsable, tomar decisiones informadas con relación a las operaciones y servicios que desean contratar y/o utilizar con las empresas”.

Fuera de estos dispositivos, que pueden considerarse el marco general de la Ley y el Reglamento, encontramos otros relacionados a cuestiones de forma y fondo.

En efecto, en concordancia con la obligación arriba señalada y en un afán por eliminar viejas prácticas consistentes en la redacción de contratos en letra diminuta y por medio de un lenguaje difícilmente comprensible para quien deseara contratar con instituciones bancarias y financieras, se incorporan en ambos dispositivos normas relacionadas a la presentación de formularios y redacción de los términos en ellos incorporados.

El artículo 3 de la Ley exige que los formularios contractuales sean presentados con caracteres legibles (3 milímetros) y escritos de manera que los clientes puedan comprenderlos con facilidad. Esta exigencia, planteada en términos muy genéricos, debe complementarse a su vez con el artículo 40 y, particularmente, con el Anexo N° 3 del Reglamento.

El artículo 40 referenciado reitera lo señalado en el artículo 3, en lo que se refiere a la presentación de formularios y redacción de sus términos y condiciones. Pero además, el propio Reglamento da cuenta de una “Guía para la determinación de los caracteres que se utilizarán en el texto de las condiciones contractuales” (Anexo N° 3), en la que se indican los tipos de fuente para computadora que podrán ser utilizados por las empresas en sus contratos. Estas fuentes son: arial arrow, arial, tahoma, verdana, trebuchet, latha, tunga, century gothic, todas en tamaño 11.

Aunque no se puede desconocer el espíritu que encierran estas prescripciones, que se desprende de su simple lectura, se advierte que “No es posible sostener que las reglas de claridad y transparencia en la redacción de los contratos con contenido predispuesto vayan a evitar que los sujetos de derecho se adhieran o acepten condiciones generales abusivas que no están en situación de comparar con otras. En consecuencia, la propuesta de resguardo del consentimiento resulta insuficiente y, en cierta forma, prescindible. Por una parte, la parte débil, por regla general, se encuentra en un verdadero estado de necesidad de celebrar el contrato que le es impuesto y, por otra, las personas que se adhieren o aceptan las condiciones generales rara vez las leen. (...) las posibles ventajas que se pudieran obtener con la lectura y comprensión de las condiciones generales se desvanecen frente a la necesidad de celeridad del tráfico negocial que constituye uno de los factores principales de la práctica de contratos de adhesión”³⁹.

Admito que el margen de reflexión que media entre la lectura del contenido del contrato y su celebración posterior es mínimo, por no decir nulo, y que la rapidez del tráfico comercial camina siempre por delante de cualquier previsión y ponderación que el consumidor pueda oponer con miras al negocio a concretar.

³⁹ PIZARRO WILSON, CARLOS. Op. cit., p.136.

Aún así, considero loable la regulación efectuada en este punto por el legislador nacional, en miras a colocar a las instituciones bancarias y financieras en la obligación de expresarse con claridad, con términos que no induzcan a confusión al usuario del servicio, que lo remitan a formularios que por la celeridad y necesidad de contratar jamás estaría en condiciones de revisar, y lo más grave, modifiquen las obligaciones que por ley le corresponden con severo perjuicio para quien se adhiere a ellos, etc.; y en cuanto al usuario, para generar conciencia de la necesidad de contar con consumidores y usuarios informados, diligentes, prestos siempre a reclamar por un derecho conculcado o una disposición abusiva. Ninguna norma legal relativa a estas cuestiones es prescindible. Cualquier sistema de tutela al consumidor requiere contar con ciertas bases, que con el transcurrir del tiempo y la propia experiencia, puedan corregirse. Tenemos, en lo mencionado, un claro ejemplo de ello.

Tratándose de las cuestiones de fondo, me interesa poner de relieve, en primer lugar y de manera muy breve, lo concerniente a la aprobación administrativa de las CGC.

Como he mencionado en este escrito, la celebración de un contrato debe tener necesariamente como correlato la atribución equitativa de derechos y obligaciones para ambas partes contratantes. Sin embargo, en el caso de contratos celebrados por medio de CGC y por adhesión, este equilibrio contractual puede quebrarse cuando quien predispone el contenido logra introducir en él limitaciones de responsabilidad o prerrogativas inadmisibles en perjuicio de la contraparte.

Esta situación da pie a que el legislador introduzca mecanismos tendientes a lograr el ansiado equilibrio, para que el contrato no se

convierta así en terreno fértil para el abuso. En el caso que nos ocupa, se ha previsto dentro de aquéllos, la aprobación administrativa de las CGC así como la identificación y prohibición de cláusulas abusivas en materia de intereses, comisiones y gastos (art. 41, Reglamento). La razón que se esgrime es lograr el establecimiento del equilibrio contractual entre empresas y usuarios, garantizar la operatividad del servicio financiero y respeto de los derechos de los usuarios (art. 4, Ley).

El propio Reglamento establece un listado de cláusulas que necesariamente deben pasar por el tamiz de la aprobación administrativa, las cuales están referidas a la resolución del contrato cuando la causal no se refiera al incumplimiento; conclusión anticipada del contrato; limitación o exoneración de responsabilidad de las empresas; limitación y/o exclusión de los derechos de los usuarios; y centralización de las cuentas del cliente, salvo que se trate del derecho de compensación (art. 43). De igual modo, aquellas referidas a actividades activas⁴⁰, pasivas y servicios (art. 44)⁴¹.

Por otro lado, hace bien el Reglamento en conceder al usuario del sistema la posibilidad de recurrir ante las instancias administrativas y judiciales –no obstante la aprobación de CGC y la determinación de cláusulas abusivas efectuadas por parte de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS)- para salvaguardar sus derechos respecto de cualquier aspecto pactado con las empresas, esté comprendido o no en las CGC aprobadas previamente por la autoridad administrativa. Tal es lo dispuesto por el artículo 42. Con este dispositivo no se hace sino reforzar aún más la tutela del usuario de servicios financieros.

⁴⁰ Corresponde esta tarea a la Superintendencia de Banca y Seguros.

⁴¹ En el caso de empresas que hayan sometido sus estipulaciones contractuales a la aprobación previa de la autoridad administrativa, y que por alguna razón requieran modificarlas, deberán observar los procedimientos de aprobación previstos en el mismo (art. 43).

La regulación que dispensa la Ley al tratamiento de las cláusulas abusivas es bastante discreta. Baste con observar la disposición contenida en el artículo 11 para confirmar esta aseveración. En efecto, tan solo se indica que la SBS y las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones identificarán las cláusulas abusivas en materia de tasas de interés, comisiones o gastos, emitiendo normas de carácter general que impidan su inclusión en los contratos.

Esta escueta disposición, nuevamente debemos emparentarla con las contenidas en el Reglamento. Entre los aspectos más resaltantes, citamos los siguientes:

a) Se define las cláusulas abusivas (art. 46), como “(...) todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”; considerándose que una cláusula no se ha negociado “cuando haya sido redactada previamente y el usuario no haya podido influir en su contenido”.

b) Se incorpora un listado de cláusulas abusivas (art. 46) referentes a tasas de interés, comisiones y gastos; particularmente:

- Las que faculten a la empresa a variar las tasas de interés, las comisiones y gastos sin previo aviso, cuando ello implique un mayor costo o un perjuicio al usuario, según lo dispuesto en el Capítulo V del Título II del Reglamento.
- Las que faculten a la empresa a variar las tasas de interés, las comisiones y gastos mediante el establecimiento de mecanismos de información que no cumplan con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Reglamento.
- Las que faculten a la empresa a cobrar tasas de interés, comisiones y/o gastos que no

cumplan con los criterios establecidos en el marco legal vigente para tener la calidad de tales.

- Las que faculten a la empresa el cobro de gastos y/o comisiones futuras sin que se establezca la obligación de informar previamente los conceptos y la oportunidad en que resulten exigibles.
- Las que vayan contra las normas de orden público.
- Las que identifique la Superintendencia, con opinión previa del INDECOPI⁴², de conformidad con las normas sobre la materia, las que serán incorporadas al presente listado mediante norma de carácter general.

c) La regla según la cual el hecho que ciertos elementos de una cláusula, o que una cláusula aislada se haya negociado, no excluye la aplicación del artículo 46 (referente a su carácter abusivo) al resto del contrato, si de él se desprende que se trata de uno por adhesión.

Tanto la Ley N^o 26702⁴³ (artículo 9), como la Ley Complementaria (artículo 6), conceden a las empresas del sistema financiero la libertad de poder determinar los montos relacionados a tasas de intereses, comisiones y gastos. Sin embargo, el artículo 11 de esta última prescribe que la SBS, con opinión de INDECOPI, identificará las cláusulas abusivas en materia de tasas de interés, comisiones y gastos. La pregunta que surge es ¿cómo?, y además, partiendo por la libertad concedida, ¿cuáles serán los parámetros para establecer si una cláusula relativa a intereses, comisiones y gastos es o no abusiva? De hecho, habrá que estar atentos a la forma cómo la SBS resuelve esta clara incongruencia.

Si bien la abusividad de una cláusula nos coloca frente al desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, como reza la

⁴² Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

⁴³ Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

definición glosada, para su determinación es necesario apelar a ciertos criterios que parten por la situación de los contratantes al tiempo del contrato, las consecuencias de su celebración e incluso por la forma cómo debe interpretarse el acuerdo para arribar a dicha consideración. Estos criterios responden a:

- a) La situación ventajosa que se genera para la empresa en perjuicio del consumidor.
- b) Naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato.
- c) Circunstancias concurrentes al momento de celebrarse el contrato.
- d) Análisis del conjunto del contrato o de otro del que dependa, para dilucidar el carácter abusivo de una cláusula en particular.

Una cuestión que ha motivado la preocupación de la doctrina nacional es lo concerniente al *ius variandi* de las empresas del sistema financiero; que no es más que el poder para modificar los términos contractuales originalmente pactados con el usuario, frente a lo cual corresponde a éste aceptarlos o apartarse del contrato.

La Ley permite a las empresas modificar sus contratos, informando de ello al contratante. Sin embargo, se señala (art. 5) que la variación efectuada no será oponible inmediatamente sino después de transcurridos 30 días calendario. Esto quiere decir, y aquí reside la principal crítica de los especialistas, que cumplido tal plazo, los usuarios quedarán atados a los nuevos términos contractuales⁴⁴. Es curioso entonces que por un lado se exijan ciertas formalidades en la presentación de formularios contractuales para su cabal entendimiento por los usuarios, y de otro, se les someta sin más a modificaciones

unilaterales que bien podrían resultarles perjudiciales⁴⁵.

Este hecho encuentra cierta morigeración en las normas del Reglamento, donde conjuntamente con la modificación unilateral del contrato en lo relativo a tasas de interés, comisiones, gastos y otras disposiciones contractuales, permite el apartamiento del usuario del contrato.

Según el artículo 20, las modificaciones unilaterales referidas a los puntos arriba mencionados solo proceden en la medida que hayan sido previamente acordadas por las partes y comunicadas dentro de los plazos expresamente previstos, salvo el caso de modificaciones (en tasas de interés, comisiones y gastos) que impliquen condiciones más favorables para el usuario. De verificarse esta última situación, y a tenor de la parte final del párrafo primero de este artículo, los cambios efectuados serán aplicados inmediatamente.

A renglón seguido encontramos el contrapeso del poder de modificación unilateral del que dispone la empresa financiera. Así, conjuntamente con la comunicación de la variación de las estipulaciones del contrato, se exige a la empresa la indicación expresa de la alternativa del usuario de dar por concluida la relación contractual, cuando estime que los nuevos términos no se ajustan a sus reales intereses o lo coloquen en una situación desventajosa, distante de aquella existente a partir de los estipulaciones modificadas (párrafo segundo).

Los medios para hacer efectiva la comunicación al usuario de las modificaciones del contrato, deben permitirle tomar conocimiento

⁴⁴ Señala Trejo Maguiña: “(...) en efecto, con la Ley Complementaria, sólo bastará que la empresa financiera plantee una modificación (de cualquier tipo) y aunque perjudique al consumidor, deberá esperar el transcurso de 30 días calendario para que proceda a su operatividad”, citado por ESPINOZA ESPINOZA, JUAN. Op. cit., p. 211.

⁴⁵ Ello (la exigencia de formalidades) no soluciona el verdadero problema del consumidor: “su imposibilidad de enfrentarse al excesivo *ius variandi* que esta ley permite tener al proveedor de servicios en el sistema financiero”. *Ibidem*, p. 212.

adecuado y oportuno de ellas, para lo cual –según disposición del artículo 25 del Reglamento– “La empresa deberá pactar con el cliente los medios de comunicación más idóneos para efecto de cumplir con la disposición de comunicación previa...”, precisándose a renglón seguido que “(...) la empresa deberá identificar los medios de comunicación que se podrán utilizar en función a la naturaleza de la operación”.

4.2.2. Las cláusulas abusivas en la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor

Dictada con la finalidad de “(...) dotar al país de un marco institucional que garantice una tutela efectiva de los derechos de los consumidores, en el nuevo entorno de relaciones de consumo que se derivará de la pronta implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de América”⁴⁶, la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor (LCSPC)⁴⁷ modifica varios artículos de la LPC⁴⁸ e incorpora otros de particular interés, aunque para efectos de este escrito centraré la atención en el artículo 18, relativo a “Reglas generales sobre contratos de consumo”.

Este dispositivo presenta igualmente cuestiones de forma y fondo. Dentro de las primeras, la reiterada referencia a las exigencias para la presentación de formularios, con el fin de lograr su comprensión por parte de los consumidores que hagan uso de ellos.

Respecto a las segundas, merecen destacarse aquellas que apuntan al respeto irrestricto de los derechos reconocidos al

consumidor por medio del contrato, impidiéndose la incorporación de cláusulas que supongan obstáculos onerosos o desproporcionados para su ejercicio; así como el reconocimiento del derecho del consumidor a desvincularse del contrato, en la forma, lugar y medios a través de los cuales el contrato se celebró (literales a y b, art. 18, respectivamente).

Lo concerniente a cláusulas abusivas lo encontramos en el literal d)⁴⁹, que considera como tales, y por ende las tendrá como no puestas en contratos celebrados mediante CGC y por adhesión, las que permitan al proveedor:

- a) Modificar unilateralmente los términos y condiciones del contrato en perjuicio del consumidor.
- b) Sustraerse unilateralmente de sus obligaciones.
- c) Prorrogar el contrato.

En todos estos casos, y a efectos que el proveedor pueda ejercitar alguna de las acciones indicadas, se exige el consentimiento explícito e informado del consumidor.

No existe en la norma que revisamos referencia alguna a la aprobación administrativa, como acontece con el artículo 1398 Cc., en el cual se consideran inválidas ciertas estipulaciones de contratos celebrados mediante CGC no sometidas al filtro de la aprobación previa.

En la evaluación de las cláusulas abusivas señaladas se tendrá en cuenta, reiterando lo prescrito en la Resolución SBS N° 1765 – 2005, párrafo cuarto de su artículo 46, la

⁴⁶ A la fecha de conclusión de este escrito, el Acuerdo Comercial arriba anotado se encuentra ya en plena vigencia.

⁴⁷ Aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1045, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26.6.08.

⁴⁸ Las normas modificadas son las siguientes: Literal a) del artículo 3; 7A; 8; 11; 12; 13; 19; 24; 24B (modifica literal g e incorpora literal h); 31, primer párrafo (con incorporación de dos párrafos finales); 41 (se agrega, además, artículo 41 – A).

⁴⁹ El texto completo es como sigue: “En las cláusulas generales de contratación y en los contratos por adhesión, se tendrán por no puestas las cláusulas que, entre otras, tengan por objeto:

- (i) Permitir al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos del contrato en perjuicio del consumidor o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones, sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor; o,
- (ii) Establecer la prórroga del contrato sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor”.

naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y las circunstancias concurrentes al momento de su celebración; agregándose como “novedad” lo relativo a la información suministrada al consumidor.

Finalmente, y dado que en estas líneas se ha mencionado a la Ley 28587, Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de Servicios Financieros, viene al caso mencionar que de acuerdo a la Única Disposición Complementaria Final de la LCSPC, la aplicación de esta última norma no afectará la vigencia ni aplicabilidad de aquélla, como tampoco sus normas reglamentarias, las que mantienen su vigor y prevalencia respecto a la norma comentada en este apartado. Por tanto, se agrega, las disposiciones de la LCSPC, que se vinculen al sistema financiero, sólo serán aplicadas en concordancia con la Ley N° 28587 y disposiciones reglamentarias.

Es prematuro hacer un balance del impacto de esta Ley en el sistema de tutela al consumidor peruano. Sin embargo, resalto las señales que emite el Estado en cuanto a mantenerse atento respecto al funcionamiento del mercado en general, y básicamente, en lo que concierne a la actuación de su actor más importante: el consumidor. No cabe duda que esta Ley Complementaria es una buena muestra de ello, aunque queda claro que el esfuerzo no puede cesar y, por el contrario, debe continuar por medio de medidas que refuercen la protección del consumidor frente a los abusos cometidos por las empresas. Esperemos para ver qué nos deparan los meses venideros.

5. EL NUEVO CÓDIGO DE CONSUMO: UN ESFUERZO MÁS EN ARAS DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR PERUANO

Mi país asiste por estos días a la discusión de un nuevo texto legal: el denominado Código de Consumo. En efecto, por medio de una Comisión especial creada por el

Poder Ejecutivo se pretende dotar al país de una norma especial orientada a una tutela más plena del consumidor, incorporando aquellos aspectos que la vigente LPC –modificada, como vimos en anteriores páginas, por la LCSPC- no previó, y que el avance de la actividad de consumo ha ido mostrando a lo largo de todos estos años.

Las primeras críticas al Anteproyecto publicado el pasado 18 de octubre de 2009 no se han hecho esperar, como en su momento también se hicieron respecto a su dictado. En efecto, por un lado encontramos quienes se muestran contrarios a contar con una nueva norma sobre consumidores, en el entendido que el país cuenta ya con numerosa legislación que, precisamente, acude a solucionar los problemas derivados de las relaciones de consumo entabladas en el mercado. Por esta razón la consideran innecesaria, por el riesgo que podría introducirse de reglar aquello que ya se encuentra, al día de hoy, debidamente legislado.

Y en la orilla contraria, los que ven en este esfuerzo una oportunidad para contemplar, normativamente, aquellos supuestos que con el correr de los años no tienen ya cabida –o teniéndola, podrían mejorarse– en las actuales previsiones de la legislación de consumo. De todo lo escrito, puede fácilmente advertirse nuestra particular posición.

En cuanto al texto mismo –sin pretender por ahora un análisis exhaustivo, pues muchas de sus normas podrían modificarse, total o parcialmente, antes de su aprobación, lo cual haría infructuoso el pronunciarse al respecto– baste señalar que en lo que a cláusulas abusivas se refiere, el tratamiento que les dispensa el Anteproyecto es bastante amplio a diferencia de la regulación que tratamos líneas arriba, concretamente en el Título II (Relación Consumidor – Proveedor), Capítulo V (Contratos), Subcapítulo II (Cláusulas abusivas).

En el subcapítulo en cuestión se introduce una noción de cláusula abusiva⁵⁰, reglas para determinar el carácter abusivo, para luego dar paso a un amplio catálogo de cláusulas que podrán ser declaradas ineficaces (el Anteproyecto alude a ineficacia relativa) frente a otras que, de plano, serán declaradas ineficaces (ineficacia absoluta, según reza el Anteproyecto), artículos 85⁵¹ y 86⁵², respectivamente. Entre otras cuestiones, se legislan reglas para los casos de contratos de servicios financieros, y una disposición

particular referida a la inaplicación por parte de la autoridad administrativa de las cláusulas abusivas, bajo el principio pro consumidor.

Conjuntamente con los trabajos de la Comisión, que ha dado lugar al Anteproyecto de Código de Consumo, otros pasos se han dado –y aún se proyectan dar– de cara al reforzamiento del sistema de tutela al consumidor. En el primer caso, tenemos el recién creado Registro de Consumidores “Gracias...no insista”, que permite a los inscritos en él no recibir más los

⁵⁰ En el artículo 83, apartado 1, se señala que “En los contratos celebrados entre consumidores y proveedores, se consideran abusivas las cláusulas contractuales que establecen un significativo desequilibrio en los derechos y obligaciones derivadas del contrato en perjuicio del consumidor”; presumiéndose la existencia de desequilibrio cuando “a. La cláusula es incompatible con la finalidad y naturaleza del contrato; o, b. La cláusula limita los derechos esenciales de los consumidores” (apartado 2). Por último, en el apartado 3, se precisa que serán también consideradas abusivas “...las cláusulas en las que se expone al consumidor a encontrarse implicado en situaciones contractuales diversas y desventajosas, respecto de las que éste podía razonablemente imaginar o prever”.

⁵¹ Entre ellas se contemplan: “a. La que establece un plazo irrazonable para que el proveedor brinde el servicio o entregue el producto; b. La que establece a favor del proveedor el derecho a modificar las cláusulas contractuales, a menos que dicha modificación pueda ser razonablemente esperada por el consumidor y su interés haya sido tomado en cuenta; c. La que impone al consumidor, en los supuestos de incumplimiento parcial o total de cualesquiera de las prestaciones que le correspondan, el pago de una suma de dinero a título de resarcimiento, penalidad, u otro equivalente, cuyo valor sea manifiestamente excesivo; d. La que establece cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como la que establece cargas económicas irrazonables o procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o suponga cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos; e. La que permita al proveedor delegar la ejecución de su prestación a un tercero salvo que sea una práctica habitual informada y no se perjudique los derechos de los consumidores; f. La que establezca obligaciones que puedan ser consideradas abusivas que coloquen al consumidor en desventaja exagerada, o que sean incompatibles con la equidad”.

Se agrega, en el apartado 85.2, que la lista es meramente enunciativa.

⁵² Las cláusulas consideradas de ineficacia absoluta son las siguientes: “a. La que excluye o limita la responsabilidad del proveedor por la inexecución o ejecución parcial o defectuosa de la prestación principal o accesoria; o las que trasladan la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor; b. La que de cualquier forma limita o restrinja las acciones o los derechos de los consumidores ante el incumplimiento del proveedor; c. La que establece a favor del proveedor la facultad unilateral de ejecutar o no el contrato; d. La que establece a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar tácitamente el contrato; e. La que excluye o limite la posibilidad de que el consumidor pueda realizar pagos anticipados, establecer la prelación de pagos conforme a ley, compensar una deuda, ejercer el derecho de retención, o la que establezca cualquier fórmula de aplicación de pagos parciales o de otra naturaleza en perjuicio de sus intereses, sin perjuicio de los costos administrativos liquidados razonablemente; f. La que faculte al proveedor a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, o la que lo faculte a resolver un contrato de duración indeterminada en un plazo breve o sin previa notificación realizada en un plazo razonable; g. La que establece la extensión de la adhesión del consumidor a cláusulas que no fueron expresamente contempladas al momento de contratar; h. La que establece que el precio del producto o del servicio sea determinado al momento de la entrega de aquel o la prestación de éste; i. La que reserva al proveedor de forma exclusiva el derecho a constatar la idoneidad del producto o servicio prestado o le confiere el derecho exclusivo de interpretar alguna o todas las cláusulas del contrato; j. La que limita o excluye la oponibilidad de la excepción de incumplimiento por parte del consumidor; k. La que establece a cargo del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concerniente al debido proceso; l. La que permite al proveedor atribuir consecuencias contractuales a la realización u omisión de un acto por parte del consumidor en reemplazo de su manifestación de voluntad expresa; m. La que implica renuncia a la tutela jurisdiccional o administrativa, o la que establece el sometimiento al arbitraje ordinario, salvo que se pacte una vez surgido el conflicto; n. La que sea contraria o violatoria a la legislación de protección de los consumidores, y/o infrinjan o posibiliten la violación de normas ambientales”.

anuncios que por vía telefónica fija, celular y correo electrónico, suelen realizar las grandes empresas a los consumidores, casi siempre de manera inoportuna, generando malestar en quienes los reciben⁵³. Al tiempo de escribir estas líneas, el Registro cuenta ya con más de 20 mil inscritos.

Del mismo modo, la SBS ha anunciado la modificación del Reglamento de la Ley de Transparencia del Sistema Financiero, con el propósito de establecer las comisiones y gastos que las entidades bancarias y financieras no podrán cobrar más a los usuarios, y así frenar el abuso que en esta materia es posible advertir; esto es, impedir que se cobre al usuario por concepto de evaluación crediticia, consultas a las centrales de riesgo, presentación de quejas, o por entrega de constancias de no poseer deudas.

En último término, también desde los predios de la SBS, se alista una Ley de Créditos orientada a regular los préstamos otorgados por las casas comerciales para la adquisición de productos con altas tasas de interés.

Como se aprecia, existe todo un conjunto de acciones que en los próximos meses seguramente modificarán –ojalá de manera positiva- el ámbito normativo de protección al consumidor en Perú; obligando con ello a nuevos estudios en pro de analizar sus alcances. Habrá que estar atento para cuando llegue el momento.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cierro el discurso con una frase que considero sumamente gráfica para mostrar la realidad con la cual nos enfrentamos día a día, y de la que sin duda forman parte las cláusulas abusivas.

El texto corresponde al formidable escritor argentino ERNESTO SÁBATO⁵⁴, y es el siguiente:

“El capitalismo moderno y la ciencia positiva son las dos caras de una misma realidad desposeída de atributos concretos, de una abstracta fantasmagoría de la que también forma parte el hombre, pero no ya el hombre concreto e individual sino el hombre-masa, ese extraño ser con aspecto todavía humano, con ojos y llanto, voz y emociones, pero en verdad engranaje de una gigantesca maquinaria anónima”.

Usted, apreciado lector, que ha tenido la paciencia de llegar a esta parte del escrito, y que seguramente se desempeña como litigante, magistrado, asesor de empresa, funcionario público, o quizá sea al día de hoy un estudiante esforzado que recorre la Facultad de Derecho con la cabeza llena de sueños y el espíritu predispuesto, tal vez se ha enfrentado alguna vez a la adquisición de un bien o servicio, o estampado mecánicamente su firma en decenas de papeles y formularios que le han permitido acceder a un crédito, un seguro, adquirir una tarjeta de crédito o un boleto de avión.

Es posible que por la rapidez con que todo transcurrió sólo haya reparado en que tal proceder le permitía satisfacer una necesidad más, de tantas que suelen agobiarnos cotidianamente, sean éstas reales o vengan impuestas por la publicidad agresiva. O por el contrario, haya opuesto reparos a las condiciones, calidad del producto o servicio, garantías ofrecidas, etc., pero que sin embargo de poco sirvieron pues todo quedaba reducido a contratar o no. ¿Recuerda al personaje de la historia que da inicio a estas líneas?

⁵³ Una práctica muy usual son las llamadas que efectúa una compañía prestadora del servicio telefónico, televisión por cable e internet -generalmente a la hora del almuerzo-, ofreciendo una modificación en las condiciones del servicio, supuestamente más beneficiosas para quien decide en ese sentido; aunque por supuesto, eso no sea siempre así.

⁵⁴ Antes del Fin, Seix Barral, 1999, p. 117.

Se ha expuesto en este ensayo sobre un problema del cual no somos ajenos y que, advierto, está muy lejos de sugerir que el empresario sea el malvado que manipula a su antojo los engranajes de esa gran maquinaria anónima que es el mercado. Pero, claro está, no se puede negar que el mercado presenta grietas por las cuales este mismo empresario puede apartarse del camino de una actuación leal y honesta, con severo perjuicio para quienes deben relacionarse jurídicamente con él.

El asunto es grave: afuera existe alguien que impone las condiciones y otro que debe aceptarlas; alguien que maneja toda la información frente a quien no la tiene, o la posee de manera deficiente, o simplemente no la entiende⁵⁵. Diversidad de ofertantes, pero enfrentados casi siempre al mismo contenido contractual⁵⁶. Alguien que actúa por necesidad y otro que precisamente puede satisfacerla. Pero hay que contratar, so pena de quedar al margen, excluido, apartado del sistema. Las necesidades diarias no dejan ningún resquicio posible de escapatoria.

Ante esto, se suele voltear la mirada al legislador como quien alza las manos al salvavidas en busca de la boya milagrosa que lo rescate de las aguas embravecidas.

Más allá de las categorías que hemos revisado aquí, lo que importa es no perder de vista –aunque se piense que la afirmación es más que obvia– que detrás del título de adherente o

consumidor, hay un ser humano, de carne y hueso, con carencias, necesidades, angustias económicas, al que debe protegerse de la actuación deshonestas de quien provee los bienes y servicios.

La regulación actual es importante, pero considero que hay aún mucho camino por recorrer. El mercado es cambiante, como también las necesidades de los particulares, frente a lo cual los empresarios amoldan su accionar en busca de maximizar sus ganancias. Se trata, pues, de una tarea que debe hacerse y rehacerse continuamente, sin descanso.

Este esfuerzo no corresponde sólo al legislador. Lo es también de Jueces, profesores de derecho, abogados, estudiantes, y dentro de este grupo, el empresario. Los primeros, para mantenerse alerta con las prácticas comerciales que el mercado va renovando a diario y que pueden resultar perjudiciales a la población; y en cuanto al empresario, para que asuma que la obtención de ganancias o beneficios económicos en modo alguno resulta irreconciliable con un proceder ajustado a los parámetros impuestos por la ley y la buena fe.

El objetivo fundamental es uno solo: mantener y actualizar permanentemente un régimen legal que proteja adecuadamente al consumidor, y a quien escape de su noción jurídica estricta⁵⁷; en fin, una regulación que tutele a ese ser de ojos y llanto, necesidades y aspiraciones; ese ser que somos todos, incluido Usted, querido lector.

⁵⁵ En el Perú, según cifras ampliamente difundidas por la prensa y el Gobierno, más del 70% de nuestros jóvenes en edad escolar y pre – universitaria, no entienden lo que leen.

⁵⁶ Un sector de la doctrina nacional observa que “(...) la realidad nos muestra cómo los sujetos no suelen tener plena libertad en escoger una oferta contractual de un proveedor u otro, tanto porque las condiciones o términos que lo integran suelen ser los mismos y una oferta no mejora la otra sino muchas veces la empeora, como también se vuelve innegable el hecho que cada persona suele encontrarse en diversas situaciones que le impiden renunciar a la adquisición del servicio o bien deseado”. AMAYA AYALA, LEONI RAÚL. Op. cit., p. 88.

⁵⁷ Sobre la noción de consumidor, pueden revisarse las Resoluciones N° 101 – 96 – TDC/INDECOPI, que resolvió el caso Cheenyi EIRL vs. Kónica S.A., y 0422 – 2003/TDC – INDECOPI, caso Reynaldo Moquillaza S.R.L. vs. Milne & CO. S.A. Advirtiendo que la noción de consumidor reposa en una opción legislativa, ha escrito el Profesor Ossola: “cada ordenamiento jurídico brinda su propio concepto legal de «consumidor», cuyo fundamento y razón de ser es estrictamente económico”. OSSOLA, FEDERICO ALEJANDRO. “Las relaciones de consumo en el ordenamiento jurídico argentino. Algunas precisiones acerca del ámbito de aplicación de la Ley 24.240 de defensa del consumidor”, en: Estudios de Derecho Privado Contemporáneo – Teoría general, contratación predispuesta, de consumo y financiera, Oviedo Albán, Jorge y César Carranza Álvarez (Directores), Editorial Industria Gráfica Libertad, t. I, Trujillo, 2005, p. 281.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- AMAYA AYALA, LEONI RAÚL. “El consumidor y sus operaciones a «ojos cerrados». La autonomía privada en los tiempos de la contratación en masa”, en: *Diálogo con la Jurisprudencia (Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial)*, N° 75, Año 10, Lima, 2004.
- ARIAS – SCHREIBER PEZET, MAX. *Exégesis del Código civil de 1984*, Gaceta Jurídica editores, t. I, Lima, 1995.
- BAUMAN, ZYGMUNT. *Vida de consumo*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- BIANCA, MASSIMO. *Derecho Civil. 3. El Contrato*, Universidad Externado, Fernando Hinestrosa – Edgar Cortés (traductores), 2da. ed., Bogotá D.C., 2007.
- BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE - ANA GIMÉNEZ COSTA. “Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en: *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 692, Año LXXXI, noviembre - diciembre, 2005.
- CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS. “Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas”, en: *Ius et Veritas*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 13, Año VII.
- CARRANZA ÁLVAREZ, CÉSAR. “La Justicia contractual en el contrato de hoy”, publicado en: *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, N° 2057, Año, LXII, 2008.
- _____ “La reforma del Código Civil peruano: ¿de vuelta al dilema?”, en: *Revista Hechos & Derechos*, Editora Normas Legales, Lima – Trujillo, Año I, N° 4, 2003.
- _____ “El nuevo perfil del consumidor en la legislación peruana”, en: *Revista de Derecho de la Competencia – CEDEC IX*, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas, Vol. V, N° 5, enero – diciembre 2009.
- DE BUEN LOZANO, NÉSTOR. *La decadencia del contrato*, Editorial Porrúa S.A., 2da. ed., México D.F., 1986.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, en: *Biblioteca para Leer el Código Civil*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. XI (primera parte), t. III, 3ra. ed., Lima, 1996.
- DÍEZ - PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. *Derecho y Masificación social. Tecnología y Derecho Privado (Dos esbozos)*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 2da. ed., 1987.
- ESPINOZA ESPINOZA, JUAN. “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”, en: *Derecho de los Consumidores*, Editorial Rhodas, Lima, 2006.
- HEINECK SCHMITT, CRISTIANO. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*, Editora Revista dos Tribunais, Biblioteca de Direito do Consumidor, 2da. ed. (revisada, actualizada y ampliada), Sao Paulo, 2008, 239 pp.
- LARROUMET, CHRISTIAN. *Teoría General del Contrato*, Editorial Témis, vol. I, Bogotá D.C., 1993.
- LLAMAS POMBO, EUGENIO. “Buena fe y cláusulas abusivas en la contratación con consumidores”, en: *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Editorial La Ley, t. II, 1ra. reimp., Córdoba, Marcos A. (Director), Garrido Cordobera, Lidia M. y Viviana Kluger (Coordinadoras), Buenos Aires, 2005.

- MOSSET ITURRASPE, JORGE. *Contratos, Ediar, Buenos Aires, 1988.*
 - MOISÁ, BENJAMÍN. “Las cláusulas abusivas en la República argentina”, en: *Las cláusulas abusivas en los contratos, en el Derecho de Iberoamérica, Acedo Penco, Ángel y César Carranza Álvarez (Directores), obra próxima a publicarse.*
 - OPPO, GIORGIO. “¿Deshumanización del contrato?”, en: *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código civil italiano (1942 – 2002), León H., Leysser (selección, traducción y notas), Ara Editores, Lima, 2003.*
 - OSSOLA, FEDERICO ALEJANDRO. “Las relaciones de consumo en el ordenamiento jurídico argentino. Algunas precisiones acerca del ámbito de aplicación de la Ley 24.240 de defensa del consumidor”, en: *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo – Teoría general, contratación predispuesta, de consumo y financiera, Oviedo Albán, Jorge y César Carranza Álvarez (Directores), Editorial Industria Gráfica Libertad, t. I, Trujillo, 2005.*
 - PIZARRO WILSON, CARLOS. “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el Derecho chileno”, en: *Revista Estudios Socio – Jurídicos, Universidad del Rosario – Facultad de Jurisprudencia, 6 (2), Bogotá D.C., 2004.*
 - RISOLÍA, MARCO AURELIO. *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil, Abeledo–Perrot, 2da. ed., Buenos Aires, 1958.*
 - RUBIO CORREA, MARCIAL. *Nulidad y anulabilidad: la invalidez del acto jurídico, en: Biblioteca para leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. IX, 5ta. ed., Lima, 2001.*
 - SANTOS BALLESTEROS, JORGE. *Instituciones de Responsabilidad Civil, Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores N° 21, t. II, Bogotá D.C., 2005.*
 - STIGLITZ, RUBÉN S. - GABRIEL A. STIGLITZ. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.*
 - VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO. “Las condiciones generales de los contratos”, en: *Contratos, Libro Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, Trigo Represas, Félix A. y Rubén S. Stiglitz, (Directores), Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2001.*
- Jurisprudencia:**
- *Jurisprudencia Civil, Editora Normas Legales, t. I, Carranza Álvarez, César (Editor), Trujillo, 2002, ps. 266–267.*
 - *Resolución N° 101–96–TDC/INDECOPI, caso Cheenyi EIRL vs. Kónica S.A.*
 - *Resolución N° 0422 – 2003/TDC – INDECOPI, caso Reynaldo Moquillaza S.R.L. vs. Milne & CO. S.A.*
 - *Resolución Final N° 220 – 2004/CPC, Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI vs. Financiera CMR S.A. (Procedimiento de oficio).*
 - *Resolución N° 0612 – 2004/TDC - INDECOPI.*
- Legislación:**
- *Constitución Política del Perú. Landa Arroyo, César y Ana Velasco Lozada, compiladores, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.*
 - *Código civil. Jurista editores, edición actualizada, Lima, 2009.*
 - *Código Procesal Civil. Jurista editores, edición actualizada, Lima.*

- Decreto Legislativo N° 716. Ley de Protección al Consumidor.
- Decreto Legislativo N° 1045. Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor. Separata de Normas Legales del Diario Oficial El Peruano, junio 26 de 2008.
- Ley N° 28587. Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios financieros.
- Resolución SBS N° 1765 – 2005. Reglamento de Transparencia de Información y Disposiciones aplicables a la contratación con usuarios del sistema financiero.
- Ley N° 26702. Texto concordado de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.
- Anteproyecto de Código de Consumo. Publicado el 18 de octubre de 2009, en Separata especial del Diario Oficial El Peruano.

NORMAS INTERAMERICANAS FRENTE A LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS

Juan David Posada Segura (Ph.D)¹



Resumen:

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, de la OEA, no existe un cuerpo normativo que desarrolle específicamente los derechos de las personas privadas de la libertad con fuerza vinculante; sin embargo, de los instrumentos interamericanos es posible extraer un catálogo de derechos relacionados con la privación de la libertad, que permitan sustentar normativamente en las Américas la protección a los derechos de las personas privadas de la libertad, mientras es creado el instrumento normativo vinculante a partir del trabajo de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

Palabras Clave: Convención Americana de Derechos Humanos; Derechos Humanos; Personas Privadas de la Libertad; Reclusos; Sistema Interamericano.

Abstract:

In the Inter-American Human Rights System of the OAS, there is not a set of binding regulations that specifically refer to the human rights of convicts; nevertheless, it is possible to extract a catalogue of rights related to the situation of inmates from the Inter-American instruments; a catalogue which provides sufficient ground for the normative upholding of the protection of these people's human rights in America, while a binding legal instrument is created from the work of the Rapporteurship on the Rights of Persons Deprived of Liberty in America.

Key Words: American Convention on Human Rights; Human Rights; Prisoners; Inter-American System.

¹ Profesor de Derecho Penal y Penitenciario de la Universidad de San Buenaventura y la Universidad de Antioquia. Director del Semillero de Derecho Penitenciario. www.derechopenitenciario.org
Abogado (Universidad de Antioquia), Magíster en Derechos Humanos (Universidad Internacional de Andalucía) y Doctor "Cum Laude" en Derecho, Sociología Jurídico-Penal (Universitat de Barcelona).
www.posadasegura.org

BREVE INTRODUCCIÓN

El presente, es un escrito básicamente descriptivo jurídico en el que deliberadamente se omite una valoración sobre el estado real de los derechos de las personas privadas de la libertad en las Américas, para centrarse en elementos de la norma jurídica interamericana relacionada con los derechos de los reclusos. Se desarrolla en tres apartados, el primero se ocupa de extraer de diversos instrumentos normativos interamericanos los elementos que resultan pertinentes en materia de derechos humanos de personas privadas de la libertad; en el segundo apartado que es el más amplio se presenta un catálogo de derechos implicados en la privación de la libertad a partir de las principales normas generales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; y el tercer apartado plantea la labor de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, en tanto única oficina encargada del tema en el ámbito interamericano de la OEA.

1. Instrumentos Interamericanos que se relacionan con los Derechos Fundamentales de las personas privadas de la libertad

El derecho interamericano emanado de la OEA no ha proclamado una declaración específica de derechos de las personas privadas de la libertad sino una Resolución denominada Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las

Américas, a diferencia de lo que ha hecho el sistema de la ONU² y en el ámbito regional el sistema europeo³; sin embargo la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad fue plasmada desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 25 al declarar que “Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a (...) un tratamiento humano durante la privación de su libertad”; lo que supone, de acuerdo con lo planteado por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC 10/89 que estamos en frente de una norma que confiere derechos a las personas privadas de la libertad, y que ella está revestida con un carácter de obligatoriedad para los Estados miembros de la OEA aunque no hayan firmado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde la protección especial a los derechos de las personas privadas de la libertad fue confirmada en el artículo 5 al consagrar que “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Sin embargo, a pesar de no existir aún un desarrollo normativo específico en materia penitenciaria o de las personas privadas de la libertad con carácter vinculante⁴, si existen otros desarrollos normativos que tienen especial importancia para los derechos implicados en el mundo de la prisión, además de la Declaración y la Convención Americanas sobre Derechos Humanos, como son: el Protocolo Adicional a la

² Entre las construcciones normativas emanadas de la ONU específicas o relacionadas con los derechos de las personas privadas de la libertad, destacan: los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; los Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; las Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio); los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental; las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil; y el Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal.

³ Las Reglas Penitenciarias Europeas de 1987 R (87) 3; y las Reglas Penitenciarias Europeas de 11 de enero de 2006 R (2006) 2.

Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de las personas.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre la Abolición de la Pena de Muerte estableció en su artículo 1 que: “Los Estados partes en el presente Protocolo no aplicarán en su territorio la pena de muerte⁵ a ninguna persona sometida a su jurisdicción”. Una de las relaciones de este Protocolo con el tema penitenciario, además de las que se expondrán al desarrollar el derecho humano a la vida, se encuentra en el preámbulo del mismo donde se afirma “Que la aplicación de la pena de muerte produce consecuencias irreparables que impiden subsanar el error judicial y elimina toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del procesado”, así se vincula la no aplicación de la pena de muerte con el fin legalmente atribuido a la pena privativa de la libertad.

Con un cuerpo de veinticuatro artículos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁶ establece una detallada definición sobre la tortura e indica quiénes pueden ser sujetos activos responsables del delito; en virtud de ella los Estados Parte⁷ se comprometen a castigar severamente a los perpetradores de la tortura y a tomar medidas para prevenir y sancionar cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante dentro de sus jurisdicciones. Tal como se mencionará en el apartado pertinente a la prohibición de torturas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura hizo una expresa alusión al mundo penitenciario en su artículo 5 al señalar que “Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura”.

⁴ Ha de tenerse en cuenta que una de las actividades señaladas en el Plan de trabajo de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, relativa al desarrollo normativo del Sistema Interamericano, es la de elaborar un proyecto de “Declaración de Principios sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad”, frente a lo que hasta el momento se ha emitido un cuerpo normativo denominado **Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, mediante resolución 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA.**

⁵ Aprobado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el Vigésimo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General. En tanto se trata de un Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo se encuentra abierto a la firma de los Estados parte en la Convención; su artículo 4 consagró que entrará en vigencia para los Estados que adhieran a él mediante el depósito del correspondiente instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la OEA; por el momento, habiendo transcurrido ya más de 19 años, sólo lo han firmado nueve (Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela) de los veinticinco Estados que hacen parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ha entrado en vigencia en ocho ya que Chile lo ha firmado, pero no ha depositado la ratificación. Los antecedentes de este Protocolo se encuentran en 1969 en los debates que se tuvieron al momento de redactar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde no tuvo éxito un esfuerzo concertado para incluir una norma que hubiera prohibido absolutamente la pena capital para todos los Estados firmantes de la Convención, por lo que fue necesario esperar 21 años más para adoptar el protocolo y probablemente aún se tendrá que esperar mucho tiempo para que su vigencia sea generalizada en América.

⁶ Esta Convención se adoptó el 9 de diciembre de 1985, en desarrollo del XV periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, que se celebró en Cartagena de Indias, Colombia y entró en vigencia el 28 de febrero de 1987, treinta días después del depósito del segundo instrumento de ratificación, tal como lo establecía el artículo veintidós; cuenta con una convención homónima en el ámbito Universal “Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes” que fue adoptada justo un año antes por la Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984.

⁷ Veinte Estados la han firmado: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela; de ellos, cuatro no la han ratificado: Bolivia, Haití, Honduras y Nicaragua.

La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas⁸ Es un instrumento desarrollado en veintidós artículos, que establece una detallada definición de la desaparición forzada e indica quiénes pueden ser sujetos activos responsables del delito; en virtud de ella los diez Estados que la han ratificado⁹ se han comprometido a no practicar, permitir, o tolerar la desaparición forzada y a sancionar a los autores, cómplices y encubridores de este delito dentro de sus jurisdicciones; además se comprometieron a adoptar las medidas legislativas para tipificar la desaparición forzada como delito y a cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar tales desapariciones tomando las medidas necesarias para cumplir con los compromisos de la Convención. Asimismo, tipifica el delito entre aquellos que justifican la extradición¹⁰. La Relación de esta Convención con el mundo de la prisión la encontramos en la definición que hace de la desaparición forzada, donde expresamente se menciona la privación de la libertad como acción inicial necesaria para incurrir en ella a la que deberá seguir la falta de información. Para reforzar esta relación el artículo diez de la Convención consagró que aún en circunstancias excepcionales o emergencia pública “el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para

determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva”; y el artículo once estableció que “Toda persona privada de libertad deber ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad judicial competente”.

2. Derechos Fundamentales de las personas privadas de la libertad en la Declaración y Convención Americana de Derechos Humanos

En este apartado, básicamente se confrontarán los derechos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, con los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹, cuando haya supuesto un importante cambio de enfoque se exaltarán las diferencias entre estas importantes construcciones normativas americanas de Derechos Humanos, teniendo siempre como referente lo que interese a las personas privadas de la libertad.

⁸ Fue adoptada durante la vigésimo cuarta Sesión Ordinaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 y entró en vigor el 28 de marzo de 1996, treinta días después del depósito del segundo instrumento de ratificación, según lo estableció el su artículo veinte.

⁹ Dieciséis Estados la han suscrito: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; de los cuales seis no han ratificado: Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Honduras y Nicaragua.

¹⁰ En este sentido, RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Página en Internet del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

<http://www.iidh.ed.cr/Documentos/HerrPed/pedagogicaspecializado/sistema%2oidh.htm>.

¹¹ Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. La adopción de este protocolo resultaba necesaria para complementar la Convención Americana equiparando su desarrollo de derechos al nivel alcanzado en el ámbito universal con la adopción de los Pactos de 1966 en la ONU; ya que en su momento la Convención Americana, siendo posterior a los Pactos, sólo contó con un artículo en el que establecía el compromiso a desarrollar progresivamente los Derechos Sociales, Económicos y Culturales “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (Artículo 26 CADH).

2.1. Derecho a la libertad

Este derecho fue consagrado desde el primer artículo de la Declaración Americana, haciendo alusión a la libertad física en su sentido más básico, por cuanto otros derechos de libertad fueron consagrados en artículos posteriores, sin embargo sólo se consagró en este artículo a diferencia de la Declaración Universal donde se consagró como un atributo con el que nacemos todos los seres humanos, como prerrogativa de todos sin discriminación alguna y como un derecho de todo individuo, en los artículos 1, 2 y 3 respectivamente; Por su parte la Convención Americana postergó el tema hasta el artículo séptimo.

En tanto la libertad es un derecho que se ha fragmentado en variedad de ramas, se hace necesario clarificar cuál es la rama que se encuentra directamente comprometida en la privación de la libertad, como medida de aseguramiento procesal o como ejecución de pena privativa de la libertad, en tanto son estas las dos formas legales de encontrarse privado de la libertad en una cárcel o penitenciaría y consecuentemente de estar sometido a las normas del derecho penitenciario. El derecho a la libertad que se ve comprometido en las legales privaciones de la libertad no ha de ser otro que el de la libertad de abandono; que en principio no implica la libertad de locomoción, ya que las decisiones judiciales someten al detenido o condenado a la imposibilidad de abandonar el lugar de reclusión, sin que ello implique la imposibilidad de desplazarse dentro del o los sectores, pabellones o patios que le sean asignados para su reclusión; otra cosa es lo que termina sucediendo con la reclusión celular, de aislamiento o reclusión en calabozo¹² que por razones de espacio físico impide la libertad de locomoción a las personas allí reclusas¹³. De acuerdo con lo anterior, en desarrollo de la

privación de la libertad de abandono continúan vigentes los demás derechos de libertad –tal como se irá viendo en desarrollo de este trabajo– incluida la libertad de locomoción que sólo podrá ser limitada con el cumplimiento de las garantías establecidas por la normatividad nacional e internacional, en los países que expresamente la consagren como sanción disciplinaria, en virtud de decisión judicial y bajo un procedimiento igualmente ajustado a derecho.

2.1.1. Garantías de tipo Procesal

Se trata obviamente de garantías trascendentales en el ámbito de la privación penal, no sólo porque de ellas depende que no se prive de la libertad arbitrariamente, sino en tanto se constituyen en herramientas a usar por parte de las personas privadas de la libertad en desarrollo de los procesos penales en los que son juzgadas o en los procesos disciplinarios penitenciarios. Al ser elevadas a la categoría de Derechos Humanos, estas garantías de carácter procesal pretenden asegurar en el plano normativo el respeto de los demás Derechos Humanos involucrados en la cuestión penal y penitenciaria. En la Declaración Americana estas garantías resultarían en la mayoría de los casos incluidas dentro de redacciones normativas amplias y en la Convención Americana fueron expresamente consagradas en el artículo 8. Estas garantías han de ser aplicables en materia penitenciaria en los procesos disciplinarios, en tanto se trata de procesos en los que pueden llegar a aplicarse sanciones que afectan a la libertad más allá de lo establecido en la decisión judicial de detención o condena, tal como se detallará en las garantías que se consagran a continuación.

¹² Aplicable sólo en los países que la contemplen legalmente como sanción disciplinaria y siempre bajo los límites impuestos en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU.

¹³ En este sentido ver POSADA SEGURA, Juan David. Ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal. En: Revista Nuevo Foro Penal, número 64, Medellín, enero-abril de 2003.

a. Derecho a ser oído por un Tribunal

Este Derecho Humano en concreto ha de ser asumido en materia penitenciaria como el derecho que tiene todo preso a poder acceder a un juez de vigilancia penitenciaria o de ejecución de penas en los casos de procesos disciplinarios penitenciarios que puedan dar lugar a la afeción de un derecho fundamental dentro de la privación de la libertad. Esta garantía procesal fue consagrada como Derecho Humano en varias ocasiones en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en términos bastante similares a los establecidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Además se consagró expresamente el derecho a la indemnización en caso de condena por error judicial.

b. Presunción de inocencia

Obviamente en el caso de los condenados ya no se discute la presunción de inocencia respecto del delito que dio lugar a la pena, en tanto resultó desvirtuada judicialmente por la sentencia condenatoria, por lo que este derecho ha de entenderse como presunción de inocencia respecto de la falta que se impute en materia disciplinaria penitenciaria, o en otras palabras las personas privadas de la libertad (detenidos y condenados) se presumirán inocentes mientras no se demuestre mediante decisión firme en un proceso disciplinario justo, la realización de conductas violatorias del régimen disciplinario vigente. En el caso de los detenidos preventivos la presunción de inocencia que se predica frente al delito por el cual están detenidos ha de implicar una serie de situaciones dentro de los centros de reclusión, como la separación respecto de las personas condenadas consagrada en el artículo 10.2.a del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966; o la no sujeción a un tratamiento penitenciario resocializador como el dispuesto para los condenados, tal como lo dispone el artículo 10.2.a del Pacto; entre otras medidas, además de

lo dicho en cuanto a las faltas que se imputen en materia disciplinaria, que es aplicable a todos los privados de la libertad.

c. Derecho de defensa con plenas garantías

Se exaltaron tanto en la Declaración Americana como en la Declaración Universal las características de imparcialidad y publicidad del juicio; por su parte la Convención Americana se extendió un poco más en la enumeración de las características que han de verificarse en un proceso que verdaderamente pretenda garantizar el derecho de defensa a las personas que son investigadas o acusadas. En materia penitenciaria este Derecho Humano supone que se vele por las garantías propias de un proceso sancionatorio como es el disciplinario penitenciario, especialmente el acceso a un juez que pueda cumplir con la condición de independencia frente a la administración penitenciaria, además de la imparcialidad y la preexistencia legal de los códigos disciplinarios aplicables.

2.1.2. Prohibición de esclavitud y servidumbre

Este Derecho Humano guarda una relación con el mundo penitenciario por la definición misma de la esclavitud, “sujeción excesiva por la cual se ve sometida una persona a otra, o a un trabajo u obligación”¹⁴; ya que han de tomarse todas las medidas necesarias para evitar que esa relación especial de sujeción que existe entre el preso y la administración penitenciaria llegue a convertirse en una sujeción excesiva, que implique explotación de mano de obra en virtud de los trabajos forzados en los ordenamientos que no los contemplan como pena o de indebido aprovechamiento del trabajo cuando se obliga a realizarlo sin una remuneración y con beneficio económico para la administración penitenciaria o para terceros.

¹⁴ Diccionario de la Real Academia Española.

2.1.3. Prohibición de detención o encarcelamiento arbitrarios

Es de resaltar que el que no se consagrara en la Declaración Americana una prohibición de detención prisión o destierro arbitrarios como en la Declaración Universal, no supone que no se considere valiosa políticamente aquella libertad física que con la prohibición se protege, ya que el valor o principio de la libertad fue consagrado en esta Declaración Americana desde su artículo primero, además como refuerzo a la prohibición de prisión arbitraria se encuentra el artículo 25 una prohibición, que buscando el establecimiento de la legalidad, consagra: “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes”. Además de la obvia relación que tiene este derecho con el mundo penitenciario por cuanto constituye una garantía para todas las personas, en el sentido de que no ingresarán en prisión de manera arbitraria, también ha de ser entendido como el derecho a que no se agraven aún más las condiciones de prisión de manera impropia, como sucedería en el caso de imponer sanciones no contempladas en el régimen disciplinario penitenciario vigente o por fuera de los procedimientos legalmente establecidos para imponerlas.

2.1.4. Prohibición de trabajos forzados

Al tiempo que se prohibió el trabajo forzoso, se insistió en que no se entienda como tal el que desarrollan las personas que cumplen una condena legalmente impuesta, de la misma manera que lo había hecho ya en su momento el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 8º. El trabajo en las prisiones ha de ser tratado con sumo cuidado debido a la relación especial que existe entre el recluso y la administración, ya que si bien la normatividad internacional establece que en el caso de los reclusos, se puede imponer esta pena como accesoria –en los ordenamientos que así lo permitan–, ha de tenerse en cuenta que no puede aplicarse donde el ordenamiento no lo contemple expresamente. Además aunque se

estipuló que no son trabajos forzados los que realizan los reclusos, ello no quiere decir que puedan ordenarse trabajos sin garantías.

2.1.5. Derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión

En el ámbito de la prisión y de acuerdo con la normatividad interamericana, este derecho debe ser garantizado mediante diversas acciones u omisiones según el caso, como por ejemplo no imponiendo la celebración de ritos religiosos; no impidiendo el ingreso de los representantes de los diversos cultos que quieran entrevistarse con los miembros de su religión; y no impidiendo que cada persona privada de la libertad ejerza su culto y las acciones que de él se derivan, como no ingerir ciertos alimentos o realizar oración en determinados horarios, etc.; siempre que tales actividades no afecten a los derechos de otras personas o fundamentalmente al funcionamiento del establecimiento.

2.1.6. Derecho a la libertad de expresión y opinión

Un importante antecedente de la consagración de este derecho en el ámbito interamericano lo encontramos en la Resolución XXVII sobre Libertad de Información adoptada en la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz celebrada en 1945. Llama la atención, el que la Declaración Universal incluyera la expresión “este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones”; porque constituye la consagración normativa del interés porque exista una protección que vaya más allá de la posibilidad de emitir opiniones, adicionando el que no recaerán consecuencias negativas posteriores para aquel que las emite. Este derecho supone que los presos podrán desarrollar medios de comunicación internos, sin más censura que la que acaba de mencionarse o la que se establezca legalmente en atención a las condiciones de seguridad de los establecimientos de reclusión, en el sentido que lo establece el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.1.7. Derecho a la libertad de reunión y asociación pacífica

Este derecho encuentra su contenido penitenciario en el derecho que tienen las personas privadas de la libertad a reunirse o asociarse para la realización de actividades con fines religiosos, deportivos, culturales, laborales, etc.; en tanto justamente estas actividades fortalecen la resocialización, como objetivo legal perseguido con la pena. Obviamente tendrán aplicación las restricciones que la misma normatividad internacional consagra para todas las personas en general y las mencionadas en el apartado anterior referido a la libertad de expresión, para el caso concreto de las personas privadas de la libertad.

2.2. Derecho a la vida

Este derecho resulta comprometido en el sistema penal en general no sólo porque se ha de tener presente la imposibilidad de que sea aplicada la pena capital en los países que no la regulan expresamente o cuando a pesar de estar consagrada, no se aplica dentro de los causes legales; ya específicamente en lo penitenciario, este derecho tiene relevancia porque la administración adquiere frente a la vida de los reclusos una especial “posición de garante” según la cual debe implementar todas las medidas necesarias para salvaguardar la vida de los reclusos. Así, de acuerdo con lo señalado por la normatividad interamericana, las autoridades penitenciarias deberán responder, no sólo en caso de acciones que vulneren el derecho, sino también en el caso de omisiones de atención médica o de situaciones especiales de seguridad que desemboquen en vulneraciones o graves puestas en peligro del derecho a la vida.

2.3. Prohibición de torturas, penas o tratos crueles inhumanos o degradantes

No siempre es fácil determinar los límites entre las penas o sanciones penitenciarias legales o ajustadas a derecho y los malos tratos; entre estos y las penas inhumanas o degradantes; o entre estas y la tortura. Además

es un hecho suficientemente conocido y en algunos casos probado judicialmente, la aplicación de torturas en centros de reclusión, como mecanismo para obtener una confesión o como “sanción” para mantener el orden o la disciplina o simplemente como mecanismo de terror que cumpla una función de prevención general negativa o intimidación.

2.4. Derecho a la igualdad y prohibición de discriminación

La Convención Americana mostró especial interés por este derecho, al consagrarlo en términos de obligación de los Estados firmantes para garantizar el respeto de los Derechos Humanos. De éste se desprende la aplicación de todos los demás Derechos Humanos a los reclusos, en tanto enfatiza que no podrá discriminarse a ninguna persona por ningún motivo del goce de todos los derechos y libertades que no queden expresamente comprometidos en virtud de la ley y de acuerdo a un procedimiento legal, como sucede con la clasificación penitenciaria. Además el derecho a la igualdad debe ser respetado en materia penitenciaria evitando la imposición de tratos discriminatorios que no estén fundados en normatividad nacional e internacional.

2.5. Prohibición de injerencia arbitraria en la correspondencia

La correspondencia se constituye en el contacto con el entorno personal y familiar de la persona privada de la libertad y consecuentemente en una herramienta para la búsqueda del objetivo asignado legalmente a la pena privativa de la libertad -la resocialización-. La normatividad interamericana no estableció excepciones a este derecho y por el contrario estableció el derecho a la protección legal cuando se sufran injerencias; sin embargo las expresiones “arbitrarias o abusivas” que adjetivan a las “injerencias”, han sido cuestionablemente interpretadas como una posibilidad de ingerir en la correspondencia siempre que no se llegue a la arbitrariedad o el abuso.

2.6. Derecho a elegir y ser elegido

En tanto el derecho de sufragio y el derecho de ejercer cargos públicos se ve comprometido en la sentencia de condena privativa de la libertad, resulta necesario clarificar que en el caso de las personas detenidas preventivamente el derecho a votar continúa vigente; además en los sistemas que permiten la participación de los presos como representantes ante comités, ha de verse favorecida por la posibilidad de elegir y ser elegido para ejercer las actividades propias de representación de sus compañeros.

2.7. Derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales contra violaciones de derechos fundamentales

En tanto es un hecho que en el mundo de la prisión pueden verse comprometidos y vulnerados varios derechos fundamentales se constituye en una herramienta imprescindible que garantiza el respeto de los derechos fundamentales, el que pueda accederse a un juez facultado para garantizar la protección de esta categoría de derechos; así según lo diseñe el sistema legal de cada país, deberá estar facultado para conocer de estas denuncias y proferir decisiones judiciales obligatorias, el juez de ejecución de penas o de vigilancia penitenciaria ó el juez facultado para conocer los recursos de amparo o de tutela.

2.8. Principio de legalidad

En el ámbito americano se estableció expresamente la consecuencia del principio de legalidad en términos de Derecho Humano al consagrar el derecho a ser puesto en libertad si existe por parte del juez demora en la verificación de legalidad de la medida que privó de la libertad o si existe dilación injustificada en el proceso penal. Este tema tiene una importancia mayúscula en el mundo carcelario porque el respeto o desconocimiento de este derecho implica consecuencias de hacinamiento. Además de la exigencia general de respeto por el principio de legalidad que ha de bañar toda

actuación de los funcionarios estatales encargados de hacer cumplir la ley; en materia penitenciaria el principio de legalidad cobra especial importancia en lo referido a los procesos disciplinarios penitenciarios a la aplicación de beneficios penitenciarios y en general a cualquier decisión de la administración frente a los reclusos, debido a la conocida propensión a la vulneración de derechos que cobija al mundo de la prisión.

2.9. Derecho al trabajo, a igual salario y a descanso

En América no ha existido, desde sus cimientos normativos -la Declaración y la Convención sobre Derechos Humanos- un compromiso con derechos como el del trabajo lo que se deduce no sólo de su ausencia en las construcciones normativas generales sino también en la ausencia de instituciones interamericanas que desde la OEA promuevan el respeto y cumplimiento de este derecho que concretamente en materia penitenciaria es clave no sólo para la búsqueda de la tan remarcada resocialización que persigue la pena, sino que en los países en los que la normatividad lo permite se convierte en acceso a descuentos en el tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad ó en beneficios penitenciarios. Existe una serie de derechos que se derivan directamente del derecho al trabajo, como son: el derecho a una remuneración que asegure una subsistencia digna y decorosa; la promoción o ascenso; la estabilidad; la seguridad e higiene; el descanso; el disfrute del tiempo libre; las vacaciones pagadas; así como a la remuneración de los días feriados nacionales. Todos estos derechos relacionados con el derecho al trabajo, permanecen vigentes en el trabajo penitenciario en tanto el Protocolo Adicional a la Convención Americana no señala la posibilidad de limitaciones o restricciones y por el contrario estableció la Obligación de no Discriminación. En los ordenamientos que admiten la redención de pena, el derecho a tener un trabajo deberá estar especialmente reforzado, por cuanto el no garantizar este derecho supone la imposibilidad de acceder a una pronta libertad, además de una

exclusión de las oportunidades de resocialización en tanto fin legalmente establecido a la pena.

2.10. Derecho a la seguridad social

El derecho a la seguridad social ha de continuar vigente para los reclusos como para las personas que no lo son, lo que supone, entre otras, que el derecho a la obtención de una pensión por invalidez, vejez o muerte del beneficiario ha de ser garantizado a quienes realizan un trabajo penitenciario por lo menos en los mismos términos que lo está para todas las personas no privadas de la libertad, según el ordenamiento de cada país.

2.11. Derecho a la salud y al bienestar

El acceso a la prestación de los servicios médicos es uno de los derechos que por efecto de la privación de la libertad, no pueden garantizarse a sí mismos los reclusos, quedando completamente en manos de la administración el ofrecer el acceso a la atención médica y consecuentemente la garantía del derecho a la salud; puede afirmarse que estamos frente a un derecho en el que el Estado representado por la administración penitenciaria asume un especial compromiso, ya que ha de velar por la salud de aquellos a quienes recluye. La alimentación, el vestido, la vivienda, y la asistencia médica en tanto medidas encaminadas a preservar la salud, deben ser entendidas en materia penitenciaria como el derecho a recibir una adecuada alimentación gratuita por parte de la administración; un uniforme -en los casos en los que el ordenamiento lo establezca- que sea adecuado a las condiciones climáticas del lugar o las estaciones del año, o en los casos en que el uniforme se encuentra prohibido o no se dispone de los recursos para proporcionarlo se ha de proporcionar vestido, igualmente adecuado al clima del lugar o las estaciones, a aquellas personas que no pueden proporcionárselo a sí mismas.

2.12. Derecho a la alimentación

Este derecho supone que se suministre a las personas privadas de la libertad una alimentación proporcionada por la administración penitenciaria que cumpla con las características básicas de nutrición y además que asegure en todo momento el respeto por ciertas dietas recomendadas médicamente en tanto podrían comprometer el derecho a la salud o incluso a la vida de los presos; de igual manera se ha de respetar en todo momento la exclusión de algunos alimentos para las personas que así lo dispongan por sus convicciones religiosas de cara a garantizar el respeto del derecho a la libertad religiosa.

2.13. Derecho a la educación

Al igual que sucede con el derecho al trabajo, en los ordenamientos que permitan el descuento del tiempo efectivo de ejecución de la pena por la realización de estudios, este derecho ha de ser garantizado por la administración penitenciaria ya no sólo por su carácter de Derecho Humano sino por su relación con el derecho a la libertad, que se podrá obtener de manera más pronta. La educación y el trabajo son herramientas fundamentales para el cumplimiento de la resocialización como fin legalmente otorgado a la pena privativa de la libertad, por lo que tales derechos han de garantizarse de manera gratuita de acuerdo con los niveles (bien sea primario, secundario o universitario) para los que se encuentre capacitado el interno.

2.14. Derecho a las artes y la cultura

En tanto dentro de los centros de reclusión y como parte del tratamiento penitenciario es factible que se incentive el que las personas se dediquen a la producción literaria, artística o artesanal, ésta deberá ser tenida en cuenta no sólo para obtener beneficios como rebajas en el tiempo de ejecución de la pena, en los ordenamientos que así lo consagren para el trabajo, sino que las personas que

realicen este tipo de producción tendrán derecho a gozar de los intereses morales y materiales que se deriven de su obra.

2.15. Derecho a la constitución y protección de la familia

De este Derecho Humano emana en materia penitenciaria el que no se puedan derivar más efectos nocivos a la familia de los que ya supone tener a un familiar privado de la libertad, lo que se concreta en el derecho a un trato digno a los familiares que acuden a visitar a los reclusos; en la imposibilidad de alejar arbitrariamente a las personas privadas de la libertad de la localidad en la que se encuentre su núcleo familiar; y en la imposibilidad de suprimir infundadamente el derecho a la visita de los familiares. El derecho a la visita íntima se constituye en uno de los pilares necesarios para mantener la unión familiar que a su vez es necesaria para velar por sus derechos sexuales y reproductivos.

2.16. Derecho a un tratamiento humano durante la privación de la libertad

La Declaración Universal sí prohibió las penas degradantes en su artículo 5 pero no se pronunció expresamente sobre el derecho a un tratamiento humano durante la privación de la libertad como pena o como detención. Con lo que puede afirmarse que fue en el ámbito de la normativa interamericana donde se dio el primer paso en la consagración del tratamiento humano durante la privación de la libertad como un Derecho Humano; proceso que evidentemente no continuó como si lo hizo en la normatividad de la ONU que se ocupó del tema sólo ocho años más tarde con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos¹⁵; el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las

Personas Sometidas a Cualquier forma de Detención o Prisión¹⁶; y los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos¹⁷. Se destaca este derecho por cuanto adquiere en el orden interamericano una cualidad especial al ser proclamado específicamente como derecho que ha de aplicarse al colectivo de las personas privadas de la libertad, lo que supondría en principio un compromiso del sistema normativo interamericano por el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en tanto establece para ellos el derecho a un tratamiento humano, lo que para el caso concreto de una Declaración de Derechos Humanos no sería otra cosa que el respeto por todos los derechos consagrados para la humanidad en general en igualdad de condiciones o si se quiere con especial recelo en atención a su situación. Se consagró el derecho a un tratamiento humano durante la privación de la libertad al exaltar en ella el derecho a la dignidad humana, que además fue consagrado posteriormente de manera general para todos los seres humanos en el artículo 11 de la Convención Americana así: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”. Sin embargo no fue esa la única norma que consagró derechos específicos para las personas privadas de la libertad en la Convención Americana, ya que en el mismo artículo 5 se establecieron otros derechos o condiciones mínimas de la privación de la libertad.

Ante la ausencia de regulación específica de los derechos de las personas privadas de la libertad o un catálogo de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos en el ámbito normativo de la Organización de Estados Americanos, éstas llegan a ser las únicas normas adoptadas en el ámbito americano, específicamente en esta materia penitenciaria, por lo que tienen una especial importancia para

¹⁵ Adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 y Aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU, en Resolución 663 C I (XXIV) de 31 de Julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

¹⁶ Adoptado por la Asamblea General de la ONU en Resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988.

¹⁷ Adoptados y proclamados por la Asamblea General de la ONU en Resolución 45/111 de 14 de diciembre de 1990.

este trabajo. No obstante, nuevamente debe quedar claro que el hecho de que no exista un cuerpo normativo en materia de derechos implicados en la privación de la libertad en América no quiere decir que éste no pueda extraerse de las normas que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos o que se desconozca la plena vigencia en todos los países americanos que hacen parte de la ONU de unos catálogos específicos; se hace alusión a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier forma de Detención o Prisión; y los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, entre otros instrumentos normativos.

3. Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas

Las Relatorías no hacen parte autónomamente del Sistema Interamericano de

Protección de los Derechos Humanos, pero sí constituyen una importantísima herramienta en el camino de la protección de los Derechos Humanos, en tanto su trabajo tiene una influencia especializada y directa en la Comisión debido a que los Comisionados son a su vez los Relatores; las Relatorías se encuentran establecidas en el Reglamento de la Comisión¹⁸. En el caso concreto de los Derechos Humanos implicados en la privación de la libertad, el trabajo de la Relatoría supone la más importante herramienta específica para el diagnóstico y la eventual producción normativa internacional creada por los Órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; tal como se desprende de su mandato¹⁹. Una de las actividades a destacar en el Plan de trabajo de la Relatoría, por sus implicaciones para el desarrollo normativo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos,

¹⁸ La Comisión podrá crear relatorías para el mejor cumplimiento de sus funciones. Los titulares serán designados por mayoría absoluta de votos de los miembros de la Comisión, y podrán ser miembros de dicho órgano u otras personas seleccionadas por ella, según las circunstancias. La Comisión establecerá las características del mandato encomendado a cada relatoría. Los relatores presentarán periódicamente al plenario de la Comisión sus planes de trabajo. **Artículo 15.1 Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

¹⁹ "a) Informarse sobre la situación de todo tipo de personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión en los Estados miembros, por cualquier fuente fidedigna de información, independientemente de la edad, sexo o condición de encarcelamiento o privación de libertad; b) Realizar visitas a los Estados miembros de la Organización con el objeto de recopilar información o solicitarla de las autoridades del Estado respecto de toda persona privada de libertad y sobre sus condiciones carcelarias; c) Visitar lugares de detención o centros de privación de libertad de menores de edad, aún sin previo aviso a las autoridades carcelarias; entrevistar libre y privadamente a personas detenidas o en prisión y a funcionarios y autoridades carcelarias; entrevistar a los familiares de las personas detenidas, a personas en prisión en calidad de testigos, miembros de organizaciones no gubernamentales, o a cualquier funcionario, autoridad o persona; filmar, grabar, tomar fotografías, recoger documentos o utilizar cualquier otro medio adecuado para informarse sobre la situación de las personas privadas de libertad; d) Preparar para la Comisión informes sobre la situación carcelaria en un centro de detención en particular, en un país, o a nivel regional o subregional, con las recomendaciones que considere necesarias para la Comisión; e) Emitir recomendaciones a los Estados miembros sobre las condiciones de detención o encarcelamiento y darle seguimiento al cumplimiento de dichas recomendaciones; f) Realizar actividades de promoción y educación en materia de Derechos Humanos aplicable a las personas privadas de libertad, con énfasis en la protección de los derechos y garantías fundamentales de las personas detenidas y sus familias; sobre los deberes y prohibiciones de las autoridades carcelarias; y sobre las reglas internacionales aplicables al uso de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; g) Promover acciones o llamamientos urgentes a los Estados en casos de gravedad respecto de personas detenidas, en orden a que se cumplan sus obligaciones internacionales en esta materia; h) Promover la adopción de medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole a fin de que se garanticen los derechos de las personas privadas de libertad y de sus familias; i) Coordinar acciones de promoción con organizaciones no gubernamentales o con otras instancias de protección internacional; j) Coordinar acciones de verificación y seguimiento de las condiciones carcelarias en los Estados miembros con las Defensorías del Pueblo o las instituciones nacionales de Derechos Humanos; k) Realizar cualquier otra acción o gestión que considere necesaria para la protección de las personas privadas de libertad, dentro del mandato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". Ver página en Internet de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

http://www.oas.org/main/main.aspxLang=S&sLink=http://www.oas.org/OASpage/humanrights_esp.htm

es la de elaborar un proyecto de “Declaración de Principios sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad”; ya que, como se ha dicho antes, en el seno de la OEA no se ha desarrollado una normatividad específica vinculante en materia de Derechos Humanos implicados en la privación de la libertad, aunque si resulta muy importante tener en cuenta que existe un cuerpo de Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. En tanto no existe un informe general a nivel americano, sino a lo sumo a niveles nacionales o locales, otra de las funciones a destacar en el plan de trabajo del Relator es la de elaborar un informe regional sobre la situación de las personas privadas de libertad y las condiciones de la detención en las Américas.

OBSERVACIONES:

En el ámbito normativo interamericano no existe ningún instrumento normativo vinculante en materia específica de derechos de los reclusos, sin embargo los Derechos Humanos implicados en la privación de la libertad pueden extraerse de la normatividad que conforma el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como de la normatividad de Derechos Humanos del orden universal, vigente para todas las personas sin discriminación, donde encontramos un extenso catálogo de derechos que es aplicable a situaciones de privación de la libertad y que si cuenta con fuerza vinculante.

En el ámbito interamericano obviamente también cuentan con plena vigencia las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; o El Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier forma de Detención o Prisión, entre otras. Así, estas normas no sólo son aplicables de manera directa por ser adoptadas por la ONU -a la que pertenecen muchos países americanos- sino como criterio de interpretación de la normatividad Interamericana.

De acuerdo con lo anterior por el momento en las Américas el único cuerpo normativo específico en materia de derechos de los reclusos que puede invocarse es la resolución de Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, que aunque no cuente con fuerza vinculante puede invocarse directamente para la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad en las Américas, mientras la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, impulsa la creación de una herramienta normativa interamericana que vincule.

BIBLIOGRAFÍA

BERRAONDO LÓPEZ, Mikel. Los Derechos Humanos en la globalización. Mecanismos de garantía y protección. Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

GÓMEZ ISA, Felipe. La Declaración Universal de Derechos Humanos: Algunas reflexiones en torno a su génesis y a su contenido. En: Instituto de Derechos Humanos, La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar. Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: Revista latinoamericana de Derecho, año I, número 1, enero-junio de 2004.

INREDH, Conferencia Regional sobre la Situación Carcelaria en la Región Andina, Quito, 2000.

OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LA ONU PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Protección de los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad, Bogotá, 2004.

PONS RAFOLS, Xavier (Coordinador) La Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo. Icaria, Barcelona, 1998.

POSADA SEGURA, Juan David. El Sistema Penitenciario. Estudio sobre Normas y Derechos relacionados con la privación de la libertad. Comlibros, Medellín, 2009.

POSADA SEGURA, Juan David. Los derechos de las personas privadas de la libertad en las normas del Sistema Interamericano. Editorial mediterránea, Córdoba, 2006.

POSADA SEGURA, Juan David. Ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal. En: Revista Nuevo Foro Penal, número 64, Medellín, enero-abril de 2003.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. Los derechos fundamentales en la privación de la libertad. Análisis socio-jurídico de la normativa internacional. En: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coordinador) Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos. J.M. Bosch editor, Barcelona, 1992.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. J.M. Bosch editor, Barcelona, 1997.

RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Página en Internet del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. <http://www.iidh.ed.cr/Documentos/HerrPed/>

[pedagogicasespecializado/sistema%20idh.htm](http://www.iidh.ed.cr/Documentos/HerrPed/pedagogicasespecializado/sistema%20idh.htm).

RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel. Desarrollo Histórico-Filosófico en las Américas. Página en Internet del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. <http://www.iidh.ed.cr/CursosIIDH/intranet/cursos.aspx>.

Normatividad Interamericana Citada

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

Declaración Americana de los Derechos del Hombre.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Convención Interamericana para Prevenir y sancionar la Tortura.

Convención Interamericana sobre los Derechos Políticos de la Mujer.

SOBRE LA NATURALEZA “PARASITARIA” DEL DERECHO Y SU INTERÉS COMO OBJETO MÁS QUE COMO CIENCIA

Por: José Fernando Flórez Ruiz¹



Resumen

Desde un punto de vista científico, el Derecho es una disciplina intelectualmente estéril. Sólo cuando se le aborda desde ciencias externas se convierte en un objeto de estudio interesante.

Palabras clave: Derecho Constitucional; Filosofía del Derecho; Interdisciplinariedad; Normativismo; Sociología del Derecho.

Abstract

From a scientific perspective, Law is an intellectually barren exercise. It is only as an object of external sciences that it becomes an interesting subject.

Key words: Constitutional Law; Interdisciplinarity; Juridical Sociology; Normativism; Philosophy of Law.

¹ Candidato a Doctor (PhD) en Ciencia Política por la Universidad París II Panthéon-Assas. Magíster en Administración y Políticas Públicas, Universidad París II (2007). Especialista en Derecho Constitucional, Universidad París II (2006). Abogado de la Universidad Externado de Colombia (2005). Investigador invitado a la Universidad de Buenos Aires (2008) y la Universidad Autónoma de México, IJR (2008). *Visiting Scholar* de Columbia University, New York (2009-2010). Email: florezjose@hotmail.com, <http://iuspoliticum.blogspot.com>

Introducción: la sociología del derecho, un primer encuentro con la interdisciplinariedad

El derecho sólo se hace científicamente interesante cuando se le somete a un análisis externo: Iustoria, Sociología Jurídica, Ciencia Administrativa, Análisis de Políticas Públicas, Ciencia Política, entre otros. Los abogados sólo lidian con el bagazo de un universo fascinante.

Esta aseveración surgió a raíz de mi *parcours interdisciplinaire* del último lustro y se reafirmó hace unos meses gracias al curso de Sociología Jurídica del maestro Vincenzo Ferrari. Tuve la gran fortuna de asistir por primera vez al espectáculo intelectual de su pensamiento hace seis años, cuando decidí escribir mi monografía para obtener el título de abogado, en el “ladrilludo” ámbito de la Sociología del Derecho.

En aquella época me aventuré en forma temeraria, desde mi modesta formación de jurista, a explorar la sociología por medio de algunos autores inteligibles (Radcliffe-Brown², Malinowski³, Veblen⁴), pero también de otros que aún sigo sin entender del todo, bien sea por su densidad (Talcott Parsons⁵) u oscuridad (Niklas Luhmann, cuya dificultad atribuí en su momento a las deficiencias en la traducción de la edición en inglés que debí leer⁶, pero que el profesor Ferrari, que lo ha leído en alemán, afirma que le es intrínseca). Sin embargo, en medio de la turbación que produce siempre la navegación en aguas desconocidas, la claridad de autores como Robert King Merton⁷ y Vincenzo Ferrari⁸, fueron el

faro que necesitaba mi pensamiento para llegar a buen puerto, y el solaz que requería mi voluntad para terminar mi tesina de pregrado. Trabajo monográfico⁹ que permanece por fortuna en el muy merecido anonimato, inédita, principalmente a causa de sus deficiencias, pero también en cierta medida por la natural reticencia que despierta un trabajo sociológico dentro de una facultad de derecho.

¿En qué consistió mi esfuerzo intelectual prematuro de aquel entonces? Intenté aplicar con muy relativo éxito, hay que decirlo, el paradigma de análisis de “alcance medio” (MiddleRangeTheory) propuesto por Merton, que distingue entre las funciones sociales “manifiestas” (las consecuencias objetivas de la acción social que son buscadas y reconocidas por los participantes en el sistema) y las funciones “latentes” (aquellas no buscadas ni reconocidas por los participantes) de las instituciones, para dilucidar varias de las del segundo género que tiene la Corte Constitucional colombiana: “Algunas funciones latentes de la Corte Constitucional en Colombia: un estudio desde el análisis funcional”, intitulé mi trabajo de tesis. Es decir que quise aplicar una metodología propia de la sociología, a una institución jurídica, en una empresa similar a la que realizó el sociólogo noruego Vilhelm Aubert con la legislación de su país en los años sesenta¹⁰. Aunque no quedé del todo satisfecho con el resultado final de mi trabajo, siempre le estaré agradecido por haberme abierto los ojos a la que hoy considero la mayor virtud que puede tener un

² ALFRED R. RADCLIFFE-BROWN. *El método de la antropología social*, Barcelona, Editorial Anagrama, 1975.

³ BRONISLAW MALINOWSKI. *Una teoría científica de la cultura y otros ensayos*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1948.

⁴ THORSTEIN VEBLEN. *Teoría de la clase ociosa*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.

⁵ TALCOTT PARSONS. *Ensayos de teoría sociológica*. Buenos Aires, Editorial Paidós, 1967 y *El sistema social*. Madrid, Alianza Editorial, 1999.

⁶ NIKLAS LUHMANN. *A sociological theory of law*, London, Routledge & Keagan Paul, 1985.

⁷ ROBERT K. MERTON. *Teoría y estructuras sociales*, segunda reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1970. ANOTO QUE DEBERIAN IR PRIMERO LOS APELLIDOS DE AUTOR

⁸ VINCENZO FERRARI. *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000 y *Funciones del derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1989.

⁹ JOSÉ FERNANDO FLÓREZ RUIZ. *Algunas funciones latentes de la Corte Constitucional en Colombia: un estudio desde el análisis funcional*, Tesis de grado para obtener el título de Abogado, dirigida por el Dr. NÉSTOR OSUNA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2005.

¹⁰ VILHELM AUBERT. *Some Social Functions of Legislation*, 1966.

científico social: la interdisciplinariedad, entendida como la capacidad para establecer un diálogo, a propósito de una misma temática, entre distintos campos del conocimiento.

I. La lucha contra el normativismo

Desde entonces decidí distanciarme de cualquier enfoque normativista, por considerarlo de una aridez intelectual insoportable. Entiendo por "normativismo" la tendencia a reducir la realidad a la norma, que es la práctica más común entre los juristas a la hora de investigar, la cual resulta de extrema utilidad en los tribunales, pero nefasta para el trabajo científico. La "verdad judicial" o "procesal" poco tiene que ver con la "verdad científica". No obstante, cabe aclarar que el rechazo de una aproximación de tipo exclusivamente normativo no supone la adopción de una perspectiva antijurídica, que termina por ser tan nociva como la primera. El derecho es una herramienta cuya buena utilización es indispensable para evitar el vicio opuesto o "antinormativismo", entendido como la propensión a desembarazar de su carga lingüístico-simbólico-jurídica, una realidad cuya materia prima fundamental son las normas jurídicas, como lo es el derecho¹¹. En otras palabras, en un enfoque interdisciplinario que aborde instituciones jurídicas, la perspectiva jurídica no se puede abandonar sino que debe acompañarse de otros elementos de análisis: se trata en todo momento de ver "más allá" del derecho, pero también "por medio" del derecho.

El maestro VINCENZO FERRARI expresa una idea similar de la siguiente manera: "el sociólogo del derecho pero también el historiador, el antropólogo, el politólogo, el economista, que intentara construir una propia

visión del derecho menospreciando este material normativo, se expondría al grave riesgo de alejarse del campo mismo de su observación y de hacer más ardua la comunicación precisamente con los sujetos cuya acción representa el eje de su reflexión"¹². Y, con relación a la diferencia entre las actividades del "jurista puro" y la del sociólogo, escribe: "El sociólogo del derecho enfrenta su objeto el derecho desde una perspectiva diferente respecto de la del jurista comprometido en el análisis y en la aplicación del derecho positivo, del «jurista positivo», como se usa decir. En síntesis, podemos afirmar en efecto que el derecho es asumido por el jurista positivo como un elemento constante, el presupuesto y el horizonte de su acción. Por el contrario, para el sociólogo el derecho aparece como una variable, que se debe considerar y medir en relación con otras variables que influyen en la acción humana"¹³. Sin embargo, no se trata de renegar de la formación de jurista: "si es verdad que hacer sociología del derecho significa situarse, como se suele decir, al exterior del sistema jurídico, también es verdad que es mejor adoptar esta perspectiva tras haber pasado por su interior, y ello no de manera fugaz"¹⁴. Y es que el propio profesor FERRARI, al adoptar para su sociología jurídica una definición del derecho¹⁵ minimalista, centrada en la noción de norma como "núcleo" alrededor del cual gira toda reflexión sobre el derecho, se define a sí mismo como un "normativista realista", mas no formalista, es decir, como un científico social que a pesar de realizar un acercamiento externo (desde la sociología) al derecho, asume una "definición explicativa" (en términos de SCARPELLI), tan estrecha cuanto rigurosa y conveniente para la aplicación empírica.

¹¹ Ver sobre este tema, referido al nacimiento de la Ciencia Administrativa en Francia como reacción al normativismo propio del Derecho Administrativo: JACQUES CAILLOSSE, « La décentralisation. Mode d'emploi », *RD* n° 5, septembre-octobre 1988, p. 1244.

¹² VINCENZO FERRARI. *Derecho y sociedad*, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 6

¹³ *Ibidem*, p. 18.

¹⁴ *Ibidem*, p. 12.

¹⁵ *Ibidem*, p. 63.

En últimas, el investigador enfrenta siempre el dilema de adoptar definiciones más o menos inclusivas, que afectan a su vez la facilidad en el manejo de los conceptos, es decir, el que éstos sean empíricamente más o menos operacionales. Es lo que ocurrió por ejemplo en la Ciencia Política con la definición de democracia, concepto particularmente complejo que se hubo que “procedimentalizar”, en especial a partir de la celeberrima definición meramente electoral, de JOSEPH SCHUMPETER¹⁶, y otras de la misma naturaleza luego planteadas por varios autores, entre ellos GIOVANNI SARTORI¹⁷, ROBERT DAHL¹⁸ y SAMUEL HUNTINGTON, para quien un sistema político es democrático “en la medida en que los más poderosos responsables de las decisiones son seleccionados mediante elecciones justas, honestas y periódicas, en las cuales los candidatos compiten libremente por votos y en las que virtualmente toda la población adulta es apta para votar”¹⁹. Todas estas definiciones procedimentales tuvieron un éxito incuestionable por su fácil manejo y aplicación, en particular para la elaboración de tablas estadísticas mundiales sobre los procesos de “democratización” y consolidación democrática de los países, que sin embargo, contrastan con la riqueza de otras definiciones más complejas, que incorporan a la noción de democracia aspiraciones de igualdad económica y justicia social así como elementos relativos a la “calidad” del ejercicio democrático, que hacen sin embargo, su aplicación al estudio de casos u

objetos concretos más difícil. La riqueza teórica de los “ideales tipo” de MAX WEBER varía en función inversa de su operatividad empírica.

II. La supervivencia del Derecho Constitucional

Por mi parte, si aún disfruto y me resulta útil mi formación como constitucionalista, ello es sólo por razones que se corresponden con lo hasta aquí expuesto: pienso que lo único que ha mantenido el interés del Derecho Constitucional como disciplina en las últimas décadas y evitado que se convierta en un fósil similar al Derecho Administrativo ha sido, de un lado, en lo que concierne al paradigma de análisis de los derechos fundamentales y principios constitucionales, su “oxigenación” con herramientas externas como la “Teoría del Discurso” (ALEXY²⁰, GADAMER²¹, KAUFMANN²²) y la Filosofía del Derecho (¡qué haríamos sin RONALD DWORKIN!) y, de otra parte, en su dimensión institucional, el romance íntimo que ha mantenido con la Ciencia Política²³. Algo similar ha ocurrido en el Derecho Penal, que se ha visto enriquecido con la sociología neofuncionalista de NIKLAS LUHMANN (y su “traductor” a la dogmática penal, GÜNTHER JAKOBS), y supongo que ocurre en otras ramas del Derecho, siempre gracias al remozamiento intelectual que le instilan otras disciplinas sociales mucho más ricas. En suma, el interés del que carece el derecho como ciencia, se ve ampliamente recompensado por el que rezuma como objeto de las otras.

¹⁶ “Aquel acuerdo institucional para llegar a decisiones políticas en el cual los individuos adquieren el poder de decidir mediante una lucha por el voto de las personas”. JOSEPH SCHUMPETER. *Capitalism, Socialism and Democracy*, 2nd ed., New York: Harper, 1947, p. 269.

¹⁷ GIOVANNI SARTORI. *Democratic Theory*, Detroit: Wayne State University Press, 1962.

¹⁸ ROBERT A. DAHL. *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Haven: Yale University Press, 1971.

¹⁹ SAMUEL P. HUNTINGTON. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, 1993, p. 7.

²⁰ ROBERT ALEXY. *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995; y *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho No. 28, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

²¹ H. G. GADAMER. *El giro hermenéutico*, Cátedra, Madrid, 1990.

²² ARTHUR KAUFMANN. *Filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

²³ PHILIPPE RAYNAUD. “Le droit et la science politique” en *Jus Politicum*, No. 2 “Droit politique et justice constitutionnelle”, mars 2009: <http://www.juspoliticum.com/Le-droit-et-la-science-politique.html>

No quisiera terminar esta reflexión sin recordar A GILBERTO ALZATE AVENDAÑO quien, con una rara lucidez para lo que suele ser la "dignidad" del abogado, declaró: "Ejercí la abogacía. Podría asegurar que con bastante competencia, pero no lo hago. No me gusta el oficio. No obstante he trabajado con los mayores bríos, poniendo cuanto soy en el ejercicio profesional. Mi mayor anhelo es abandonar el foro porque me impresiona morir leguleyo, con el alma prendida de un inciso. Tengo demasiada imaginación para consagrarme al Derecho, que exige dotes menores, crítica y dialéctica. El abogado no crea. No produce nada útil. Es una actividad parasitaria. Para sostener a uno de nosotros, muchos campesinos y obreros tienen que estar sudando plusvalía"²⁴.

En efecto, el derecho, entendido como la actividad de mera aplicación e interpretación de las normas jurídicas (paraíso de los abogados), es sin duda tan socialmente necesario (y lucrativo, desde luego), como intelectualmente estéril o "parasitario" pues, desde una perspectiva utilitarista, los abogados no somos nada distinto de los "parásitos" de los problemas ("conflictos", dirían los sociólogos) ajenos.

²⁴ GILBERTO ALZATE AVENDAÑO. *Obras Selectas*, Colección "Pensadores políticos colombianos", Cámara de Representantes, Bogotá 1979, p. XVII

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY ROBERT. Teoría del discurso y derechos humanos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

ALEXY, ROBERT. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho No. 28, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALZATE AVENDAÑO, GILBERTO. Obras Selectas, Colección "Pensadores políticos colombianos", Cámara de Representantes, Bogotá 1979, p. XVII-XVIII.

AUBERT, VILHELM. Some Social Functionsof Legislation, 1966.

BROWN, ALFRED R. El método de la antropología social, Barcelona, Editorial Anagrama, 1975.

CAILLOSSE, JACQUES. « La décentralisation. Moded'emploi », en RDP (Revue du droit public et de la science politique en France), No. 5, septembre-octobre 1988.

DAHL, ROBERT A. Polyarchy: Participation and Opposition, New Haven: Yale University Press, 1971.

FERRARI, VINCENZO. Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho, Madrid, Editorial Dykinson, 2000.

FERRARI, VINCENZO. Funciones del derecho, Madrid, Editorial Debate, 1989. FERRARI, VINCENZO. Derecho y sociedad, Universidad Externado de Colombia, 2006.

FLÓREZ RUIZ, JOSÉ FERNANDO. Algunas funciones latentes de la Corte Constitucional en Colombia: un estudio desde el análisis funcional, Tesis de grado para obtener el título de Abogado, dirigida por el Dr. NÉSTOR OSUNA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2005.

HUNTINGTON, SAMUEL P. The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century, University of Oklahoma Press, 1993.

KAUFMANN, ARTHUR. Filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

LUHMANN NIKLAS. A sociological theory of law, London, Routledge & Keagan Paul, 1985.

MALINOWSKI, BRONISLAW. Una teoría científica de la cultura y otros ensayos. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1948. MERTON, ROBERT K. Teoría y estructuras sociales, segunda reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1970

PARSONS, TALCOTT. Ensayos de teoría sociológica. Buenos Aires, Editorial Paidós, 1967.

PARSONS, TALCOTT. El sistema social. Madrid, Alianza Editorial, 1999. RADCLIFFE

RAYNAUD, PHILIPPE. "Le droit et la science politique" en Jus Politicum, No. 2 "Droit politique et justice constitutionnelle", mars 2009.

SARTORI, GIOVANNI. Democratic Theory, Detroit: Wayne State University Press, 1962.

SCHUMPETER, JOSEPH. Capitalism, Socialism and Democracy, 2nd ed., New York: Harper, 1947.

VEBLEN, THORSTEIN. Teoría de la clase ociosa, Madrid, Alianza Editorial, 2004.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR EN COLOMBIA

Luis Mario Marín Cadavid*
María Elena Castro Zapata**



Resumen

El Estado colombiano ha respondido patrimonialmente por los daños ocasionados a terceros, como consecuencia de las actividades realizadas por los poderes ejecutivo y judicial, de ello se ha excluido al poder legislativo, sin razón jurídica atendible, empero el actual modelo del Estado colombiano, Social de Derecho, exige conforme a la Constitución Política vigente, fundamentalmente su artículo 90, que éste igualmente responda, pues no debe ser excluido de las consecuencias negativas que su actuación llegue a generar.

Palabras clave: Estado Social de Derecho; Poderes Ejecutivo Legislativo y Judicial; Responsabilidad Patrimonial; Daño a los Ciudadanos.

Abstract

The Colombian State has been found economically responsible for damages caused to third parties as a consequence of the activities displayed by both the executive and judiciary powers. The actions of the legislative power have been excluded from this treatment with no legal reason. Nonetheless, the Social and Democratic Model of State that rules in Colombia, based on article 90 of the Constitution, demands that the State should also be responsible for the actions of the legislative organ, because the negative consequences of its actions should not be excluded from this treatment.

Key words: Social and Democratic State; Executive; Legislative and Judiciary Powers; Economic Responsibility; Damages to Citizens.

*Abogado de la U. de Antioquia, especialista en Derecho Administrativo de la U. Pontificia Bolivariana y docente universitario en las facultades de Derecho de la U. de Antioquia y San Buenaventura.

** Abogada de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Administrativo de la U. Pontificia Bolivariana y en Derecho Constitucional de la U. de Antioquia, docente universitaria en la facultad de Derecho de la Universidad San Buenaventura.

NOTAS PRELIMINARES

No es fácil abordar un tema que aun se considera novedoso, no obstante, con algunos elementos doctrinarios y jurisprudenciales se intentará, en términos muy simples, construir un ensayo que permita como mínimo, plantear la importancia del análisis del tema: “LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR EN COLOMBIA”

Desde la aparición del Estado de Derecho se generan nuevas y grandes implicaciones frente al ejercicio del poder, en el que no sólo se somete a todas a las autoridades públicas al bloque de legalidad, sino que además se establece una serie de responsabilidades de diferente naturaleza para los servidores estatales y para los particulares que cumplen funciones públicas, como consecuencia del incumplimiento de los deberes que les corresponden, por la gestión irregular de sus competencias o por la omisión en que se incurra en el ejercicio de sus funciones.

Se sustenta el principio de responsabilidad, en la superación del Estado despótico, arbitrario, caracterizado esencialmente por la irresponsabilidad de sus agentes y por la verticalidad de las relaciones entre los asociados y las autoridades. Es claro frente a la clase de Estado que definió el constituyente de 1991, que de las responsabilidades, legalmente establecidas, no puede sustraerse ningún órgano del Estado, ni sus servidores.

El establecimiento de estas responsabilidades armoniza con los principios de solidaridad e interés general, consagrados igualmente en la actual Carta Política colombiana, pues se pretende proteger la integridad no sólo del patrimonio público, sino el de los mismos particulares, cuando con sus actuaciones el Estado les inflige un daño.

Pero a pesar de los avances que se han logrado para equilibrar las cargas entre Estado y particulares, aun hoy, en el Estado colombiano no se encuentra establecido que el legislador, así como los otros entes estatales deba responder

por sus acciones ante el daño antijurídico que puede causar como consecuencia del desarrollo de la función esencial que le corresponde: La de legislar.

No es razonable que una de las ramas del poder público se encuentre excluida del principio de responsabilidad por sus actos, cuando se tiene claro que al legislador corresponde interpretar y configurar la Constitución, para que en efecto, con su actuar establezca un sistema de garantías de todos los derechos, en igualdad de condiciones y de oportunidades para todos los miembros de la comunidad a la que se debe y en su calidad de representante y garante, por excelencia, de la realización de la voluntad popular.

Ahora bien, es cierto que las actuaciones del legislador se encuentran enmarcadas dentro del principio de la libertad de configuración política que le ha otorgado la misma Carta, pero ello no le permite asumir posiciones meramente partidistas, de diferenciaciones injustificadas, arbitrarias o ajenas a los contenidos superiores. Al contrario, a este órgano del poder compete, fundamentado en los nuevos esquemas del derecho, establecer claras políticas legislativas, las que considere más adecuadas para el desarrollo cabal de la Constitución. Sus atribuciones se encuentran enmarcadas en los principios y valores que sustentan, primordialmente, los derechos fundamentales y en su eficacia están comprometidas todas las ramas del poder público, es a la legislativa a la que corresponde crear los medios necesarios para que las demás autoridades los ejecuten y los asociados vean así satisfechas sus necesidades básicas, en condiciones de igualdad para todos.

DEL LEGISLADOR

1. ¿Por qué debe responder patrimonialmente el Estado por los actos del legislador?

La responsabilidad del Estado por los actos del legislador en Colombia, como se advirtió en las notas preliminares, es un tema novedoso. Doctrinariamente el tema ha sido poco tratado, sin que pueda sostenerse que es del todo desconocido; ciertamente, existen serios e interesantes estudios, pero que presentan contradicciones significativas con los fallos emitidos por la Corte Constitucional (tal como se verá en el desarrollo de este escrito), lo que en nada aclara este panorama.

Para iniciar el análisis sobre el tema se considera importante señalar que la racionalización del poder es hoy uno de los elementos fundantes del Estado. Ciertamente, como consecuencia de la actual forma de organización jurídico política, se espera sin excepción alguna, de todos los servidores estatales el ejercicio de una función pública ajustada a los fines y propósitos superiores, un actuar responsable dirigido al mejoramiento de la calidad de vida de las personas, al aseguramiento del derecho a la igualdad, a la efectiva y real promoción del derecho a la participación en el ejercicio y control del poder, a la decidida protección de los derechos del ser humano, todo, sustentado en la actual concepción del derecho que no se limita sólo a la ley formal y material, sino que parte de los valores y de la principialística que dirige a los modernos estados constitucionalizados.

La citada racionalización del poder en la actual concepción del Estado constituye un elemento esencial, pues hoy no se conciben poderes absolutos, arbitrarios o ajenos al orden jurídico. Los actos de los diferentes órganos del Estado deben estar en consonancia con la Norma Fundamental, lo que definitivamente limita el ejercicio del poder, asegura la protección de los derechos y la eficacia de los contenidos superiores, de tal modo que la actividad de los órganos del Estado no se haga inoperante, ni las

normas que expide el legislador se conviertan en meras reglas simbólicas, vacías o contrarias a la Constitución. Es ésta justamente, la causa por la que los órganos estatales no pueden dejarse sin control y el legislador, por supuesto, no está exento de las responsabilidades que corresponde asumir al Estado, cuando éste actúa de manera irregular o simplemente deje de cumplir la función que le ha sido encomendada. Y es que no puede olvidarse que la fórmula jurídico-política a la que aludimos, no es otra que la de ser un Estado Social de Derecho, lo que por sí solo tiene profundas y significativas implicaciones frente a la eficacia de los derechos de los ciudadanos.

2. Evolución de la ley.

La actual concepción de la ley es el resultado de un proceso histórico en el que múltiples factores sociales, económicos y políticos inciden tanto en su creación como en su función. El primer antecedente legislativo conocido es el de las XII Tablas, encontramos luego el Código de Hammurabi con 228 sentencias o proposiciones normativas¹, pero es en la Grecia antigua donde surge la ley con carácter antropológico, con un significado filosófico; la discusión de la ley se da en el seno de la politeia y la Constitución es un instrumento de educación (Paideia) del ciudadano² que reviste varias características adicionales: 1. Su espíritu que implica la justificación de su creación. 2. La facultad de ser cambiada y 3. La posibilidad de ser aplicada conforme a su literalidad. Es en Roma donde la ley empieza a regular los comportamientos sociales y tiene además otras funciones como la de servir de instrumento de juzgamiento para expandir y vigorizar el imperio. La Ley -lex- en Roma, se forma en los comicios del pueblo con el voto positivo o negativo frente a las propuestas que hacía el senador romano y así se obtenía una ley válida para toda la población, de la misma manera asumía la característica de ser general.

En la época medieval ya aparece el significado moderno de la palabra Estado, con un poder bien definido que se ejerce sobre una

población y un territorio claramente determinados. Se considera el hacer las leyes como una forma de poder para regular el comportamiento de los súbditos, esta forma de implementarla trajo conflictos entre estamentos y el monarca detentador del poder, que hacía y deshacía las leyes. Ya la ley, era un instrumento para preservar y garantizar el poder, la producción jurídica se encontraba en manos del Estado.

Hacia 1215 en Inglaterra, aparece la primera manifestación de Estado de Derecho, el monarca se sujeta a normas establecidas por el poder terrenal y la primera norma de sujeción fue la que señaló derechos para el pueblo, tales como el debido proceso, habeas corpus y restricciones al tributo, el rey no podía imponerlos sin el consentimiento de los estamentos del reino, nació así en Inglaterra la idea de someter el rey a la ley.

Es en 1689 en la misma Inglaterra, donde se concretan realmente una serie de límites frente a quienes poseían el poder. Se conceden derechos a los ciudadanos y surgen los principios del liberalismo, pese a la resistencia de la monarquía; pero ésta empieza a decaer mediante la concesión de derechos y libertades, lo que definitivamente, marca el punto de partida de lo que se conoce como Estado Liberal, en el que siempre se consideró que la ley era absoluta. Esta clase de Estado se caracterizó por la concepción de la ley como acto deliberado de un parlamento representativo, que se concreta en la supremacía de la ley sobre el actuar de la administración, la subordinación de la ley a los derechos de los ciudadanos y la presencia de los jueces “aplicadores” de la ley, en los conflictos que bien podían surgir entre particulares o entre éstos y el mismo Estado o entre entidades estatales.

Como se dijo, la ley ocupaba la posición más alta entre todos los actos jurídicos, no tenía por encima ninguna regla o norma que sirviera para establecer límites, para imponer orden; la ley todo lo podía, por esto gozaba de un carácter vinculante en el contexto político y social, definido y homogéneo.

La ley, hoy en día, se crea considerando necesariamente las continuas transformaciones sociales, a través de los órganos de representación popular en la mayoría de los países del mundo. Ahora bien, el legislador debe actuar siempre atendiendo el componente que se le ha agregado al Estado de Derecho, esto es, lo “social”, término que como bien se sabe tiene una trascendental significación, por contener una moderna filosofía de la organización socio política, que pretende garantizar una mejor comunicación entre el derecho y la realidad, y es el legislador, el llamado a descifrarla con el propósito de asegurar la realización de los fines que se pretenden alcanzar: el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los derechos y la efectividad de los principios, es al menos, lo que propugna La Carta de los colombianos.

Ninguna Constitución como la de 1991, dejó tan claramente establecido que la actividad del Estado es eminentemente finalista. Precisamente para el cumplimiento de los principios y objetivos previstos se encuentran instituidos los órganos del Estado, cada uno con una función básica, pero en virtud del principio de colaboración armónica, cada uno de ellos contribuye a su promoción y a la efectiva realización de los derechos.

Es esta visión finalista, la que establece en el Estado constitucional contemporáneo, nuevas exigencias para los diferentes órganos del poder. Así igualmente a la rama legislativa, frente al actual contexto socio jurídico y político, corresponde asumir nuevos retos y es que las leyes hoy requieren adaptarse a las cambiantes realidades, a las específicas circunstancias. Las prescripciones legales más que simples formalismos, tal como lo plantea Dworkin, deben propender por los “derechos en serio”. Por todo ello, a partir del nuevo modelo de derecho, no puede seguir considerándose la ley sólo como un acto de manifestación soberana, ella debe ser la expresión clara y precisa de aquello que permite transformar de manera positiva lo que afecta a la sociedad.

En virtud de lo anterior, todas las situaciones que se presentan, exigen una nueva visión, una nueva manera de legislar, en la que se deben tener en cuenta, como mínimo, entre otros, los siguientes aspectos:

1. Una adecuada y razonada motivación de la ley. (carga argumentativa del legislador).
2. Una actividad legislativa orientada a la satisfacción del interés general, que se sustraiga de toda desviación de poder o de la utilización de la misma, sólo para fines particulares o de interés exclusivamente partidista.
3. La razonabilidad y la racionalidad, la proporcionalidad, la neutralidad y la imparcialidad, como elementos esenciales del debate legislativo.

Y es que en la concepción moderna de Estado, el legislador debe garantizar a la comunidad que las leyes son instrumento vivificador del derecho, por lo que es de vital importancia definir cuál es la razón de ser y cuál debe ser el objetivo primordial de la función legislativa, en otras palabras, debe tenerse claro: qué es legislar, para qué se legisla y cuál es el contenido de la función legislativa.

Al legislador entonces le corresponde desarrollar los contenidos constitucionales, los cuales son vinculantes para todas las autoridades públicas, la razonabilidad de sus actos no obedece a situaciones subjetivas, por el contrario, deben desarrollarse como razón objetiva del derecho, con espacios para el pluralismo, la diversidad, para el logro de una justicia real y material que en efecto procure una vida más digna fundada en el respeto y en la verdadera solución de los conflictos que surgen de la convivencia social.

Así lo reconoce la Corte Constitucional, en la sentencia C 047 de 2001, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynnet, cuando señala:

“La Corte considera que el Legislador goza de amplio margen de configuración política en la escogencia de los mecanismos tendientes a la solución del conflicto armado en Colombia. La Constitución no señala fórmulas precisas para ello, porque aquellas decisiones corresponden a momentos históricos, sociales y políticos que deben ser evaluados por los órganos políticos, principales responsables de la conformación del ordenamiento jurídico de nuestro país.”

De otra parte, para esta Corporación es claro que la búsqueda de soluciones pacíficas a los conflictos internos desarrolla la filosofía humanista de la Constitución de 1991 y legitima la acción de las autoridades públicas en un Estado democrático. En consecuencia, las partes en controversia, particularmente en aquellos conflictos cuya continuación pone en peligro el mantenimiento de la convivencia pacífica y la seguridad nacional, deben esforzarse por encontrar soluciones pacíficas que vean al individuo como fin último del Estado”. (Negrilla y resalto fuera de texto).

De manera definitiva, la importancia de la ley no radica en que ésta se obedezca porque proviene de una voluntad superior o divina, sino porque justamente, emana de la voluntad popular, la cual se entrega al órgano encargado de representar los intereses de la colectividad. Los ciudadanos depositan toda la confianza en sus representantes, a quienes corresponde interpretar sus necesidades, y el instrumento del que se vale para satisfacerlas, no es otro que la ley. Lo anterior, en virtud del principio democrático, dado que constituye uno de los elementos que estructuran o fundamentan el Estado constitucional y que en consecuencia, irradia al restante orden jurídico, es el respeto por este principio el que legitima el poder que ejercen las autoridades públicas, tal como se deduce del Preámbulo y de los artículos superiores 1, 2, 3, 5, 40, entre otros.

La representación que corresponde a los legisladores se concreta en la deliberación seria, razonada, consciente y objetiva de la realidad social, económica y política de cada Estado para lograr, a través del contenido normativo la satisfacción, realización y concreción de los derechos que corresponden a los asociados.

Ahora bien, la expedición de la ley se vale de una serie de etapas a través de las cuales se debe asegurar la voluntad general, y se tiene que en dicho proceso de formación, la discusión –la deliberación– se torna en el eje conductor, pues es esencia de la democracia, es a partir del disenso, pero a su vez del posterior consenso que se logra la voluntad mayoritaria para la expedición de una ley abstracta e impersonal, que debe canalizar las necesidades de la colectividad³; pero por supuesto, se requieren las restantes etapas del proceso legislativo que permitan generar los efectos jurídicos esperados para la realización cierta y efectiva de los derechos⁴.

En todo caso, la actividad legislativa tiene su límite en la Constitución, los principios y valores los cuales determinan el alcance que debe dársele a las normas, de tal modo que la interpreten, que le fijen sentido y que la configuren, es decir, le amplíen el espectro constitucional⁵.

Legislar entonces, es desarrollar la Constitución, es interpretarla, es desentrañar su espíritu, es darle vida y hacerla más asequible a todos, de tal manera que el derecho pueda hacerse más dúctil y adaptado a la realidad, tal como lo plantea Zagrebelsky⁶.

3. Quien debe ser legislador.

Por todo lo que se ha indicado, el legislador no puede ser aquel que se limite a expedir normas jurídicas sin un contenido finalista, su papel consiste en representar fielmente a los asociados con el único propósito de buscar de manera constante y permanente solución a sus necesidades; para ello debe estar revestido de una serie de cualidades ajenas a

aspectos meramente subjetivos y a presiones externas indebidas, pero sobre todo, debe caracterizarse por su nobleza, honestidad, rectitud, capacidad de compromiso social, liderazgo, pujanza y constancia entre otros. Los legisladores también deben tener conocimientos amplios, claros, precisos y detallados de las necesidades de sus electores, tener capacidad para vislumbrar y discernir la problemática social, económica y política del Estado y de la comunidad a la cual pretenden servir.

En suma, el legislador debe desentrañar el alcance y sentido de la Constitución, pero sobre todo, le corresponde actuar en beneficio de la colectividad, dejando de lado todo interés oscuro y contrario a los fines generales, debe ser el garante de la igualdad, de la imparcialidad, de la construcción permanente del verdadero Estado Social de Derecho. Es entonces el legislador, el representante del pueblo, de sus intereses, así lo previó el constituyente, cuando en el artículo 133 superior, señaló:

“Los miembros de cuerpos colegiados, de elección directa representan al pueblo y deberán actuar consultando la justicia y el bien común.

El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”

En consideración a la necesidad de contar con representantes que aseguren la eficacia de los postulados supremos, el constituyente de 1991 estableció unos requerimientos mínimos para la elección de los legisladores, de tal manera que se concilien los aspectos jurídicos con los políticos, y es que, no puede entenderse la representación popular a la que aluden los artículos 133 y 260 de la Constitución Política, por fuera de los marcos legales establecidos; pero no es suficiente el establecimiento de normas que limiten su actuar, se precisa considerar en todo momento los propósitos propios de la función legislativa, de manera que realmente se satisfagan las

demandas sociales, como razón y esencia de esta específica función.

Se precisa elegir, se insiste, servidores que puedan asegurar una cabal representación de los intereses colectivos. Los electores son los que definen quienes habrán de representarlos, otorgando en consecuencia, un mandato del que se derivan responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas. Así lo admite la Corte Constitucional en la misma Sentencia C 047 de 2001, cuando señala:

“Por ende, sólo pueden acceder a los cargos de elección popular los candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes, por cuanto las decisiones de los órganos políticos deben corresponder a la voluntad de los electores. De ahí que la escogencia de las personas que acceden a las corporaciones públicas de elección popular no sea irrelevante, pues el elegido debe ejecutar los programas que los electores le confiaron y debe responder políticamente frente a ellos, por lo que 'existe una conexidad necesaria entre la representación política y la elección popular de uno u otro candidato, de modo que solamente pueden ser considerados representantes aquellos titulares de cargos públicos cuya designación resulta directamente de la elección popular'”.

La Constitución y las leyes, igualmente establecen unos mecanismos que permiten la elección de candidatos probos, moralmente capaces para salvaguardar, además de la legalidad, la legitimidad de las decisiones. En efecto, se espera que quienes asuman las disposiciones en nombre del pueblo actúen dentro de los más estrictos criterios de rectitud y moralidad. La consagración de institutos como las inhabilidades, incompatibilidades, conflicto de intereses, pérdida de investidura, entre otros, permiten asegurar decisiones al margen de intereses ajenos a los fines constitucionales. Así,

la canónica suprema prevé, por ejemplo, que no pueden ser elegidos representantes, quienes hayan sido condenados mediante sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; quienes hayan perdido la investidura, o quienes tengan parientes hasta el tercer grado de consanguinidad con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política; también se les prohíbe realizar gestiones en nombre propio o ajeno, ante las entidades públicas; así mismo tienen prohibido, desempeñar simultáneamente cargos o empleos públicos o privados. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades persigue garantizar la eficacia de la función pública, se pretende evitar que los miembros del Congreso estén incurso en conductas y actividades que puedan afectar de manera indebida el ejercicio de la función que les corresponde, lo que es necesario para preservar la transparencia, las sanas costumbres y la separación entre el interés público y privado. Los límites previstos afianzan de alguna manera, las cualidades y condiciones que debe reunir quien aspira a ser representante de los intereses colectivos.

Tal sustento moralizador y ético tiene plena justificación en el interés general, pues la restricción impuesta a quienes legislan o aspiran a legislar en nombre del pueblo, pretende asegurar, en la mayor medida posible, el cumplimiento de los propósitos colectivos. La posibilidad de acceder a la función pública, al control y efectivo ejercicio del poder no es absoluta a pesar de ser un derecho de carácter fundamental, las limitaciones que se imponen no son injustificadas, pues quienes asumen la difícil tarea de legislar deben estar desprovistos de todo elemento contaminante que impida el ejercicio correcto de dicha labor. No existe razón para elegir legisladores que hayan incurrido en conductas que no conduzcan al cumplimiento de los deberes que se les impone o que en el ejercicio de su profesión hayan obrado con negligencia o impericia, o hayan actuado de mala fe, o hayan cometido abusos o fraudes; es necesario minimizar los riesgos que la condición humana impone, para lo que se precisa de un positivo y objetivo sistema de controles. En el

ejercicio del poder, en cualquiera de sus manifestaciones debe estar ausente la opacidad, la vaguedad, la sombra o la confusión, pues sin transparencia en el ámbito público tiene poco sentido la participación política.

OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

En principio, como ya se ha insinuado, por considerarse el Estado un ente supremo con autonomía e independencia absoluta, sus actuaciones no tenían ninguna consecuencia jurídica, mucho menos de orden patrimonial; no se pensaba siquiera que éste tuviera que compensar al particular que sufriera un perjuicio derivado de sus actos.

El Estado todo lo podía y al ciudadano sólo le quedaba someterse a sus decisiones. Actualmente con la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado se hace necesario indemnizar a quien se le cause un perjuicio como consecuencia de la actividad estatal y no sólo por la que realizan los poderes ejecutivo y judicial, sino también por los perjuicios o daños derivados de la actividad legislativa, hasta hace poco al margen de dicha responsabilidad.

La teoría de la responsabilidad del Estado, tiene actualmente una forma y un contenido diferente, su relevancia es mayor, ya que debe responder por sus actos y omisiones y por los daños que cause con ellos.

En este sentido la Guardiana de la Constitución, en la sentencia C- 430 de 2000, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, indicó:

“RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURÍDICO- Alcance. En la responsabilidad del Estado el daño no es sólo el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también del ejercicio de una actuación regular o lícita, pues lo relevante es que se cause injustamente un daño a una persona. Como lo ha señalado la doctrina y la

jurisprudencia, la licitud o ilicitud no se predica de la conducta de sus agentes, sino sólo del daño. Por consiguiente, cuando el daño no puede reputarse como antijurídico, en razón de que es el resultado del ejercicio legítimo de los poderes del Estado, no está obligado a indemnizarlo, dado que en este evento todas las personas están obligadas a asumirlo como una obligación o una carga. Se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia que el daño antijurídico es aquél que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, razón por la cual deviene en una lesión injusta a su patrimonio.” (La negrilla y el resalto no son originales).

Han quedado atrás de manera definitiva, los normales y cotidianos abusos del Estado, sus inequitativas prerrogativas generadoras de desigualdad o que simplemente atentaban contra los derechos de los asociados.

El principio de la igualdad, el valor justicia, no sólo permiten, sino que reclaman el resarcimiento que se debe a los particulares, cuando son afectados injustamente. La reparación, la indemnidad del patrimonio privado, cuando se les causa daño antijurídico, es el objeto último de la responsabilidad estatal en el moderno concepto de Estado Constitucional. La esencia del Estado Social de Derecho, recae en el respeto al orden jurídico, pero además, en la efectiva realización de los derechos.

Parte esta teoría de los planteamientos de Jossierand⁷, quien ha indicado la necesidad de responder por los daños y perjuicios que se irroguen a terceros, dado que frente a éstos “sólo quedaba padecer de manera silenciosa las afectaciones causadas por el sinnúmero de actividades que se generaban tanto por particulares como por el Estado”.

La irresponsabilidad del Estado estaba cimentada en su omnipotencia, en su superioridad frente al particular, pero la teoría ha evolucionado; en principio, los pagos para

compensar los daños y perjuicios sufridos, sólo se ordenaban si existía el fundamento subjetivo de la culpa: “no hay responsabilidad sin culpa comprobada”, con el grave antecedente que era la víctima del daño la que tenía la carga de la prueba, a ella, correspondía demostrar el perjuicio, el causante del mismo, así como la culpa con la que obró el agente público (lo que en la mayoría de las veces se convertía en una prueba diabólica), además le correspondía demostrar el nexo de causalidad entre la conducta y el daño, teoría que viene revaluándose por considerarse una carga injusta para la víctima y en esa medida la responsabilidad deja de ser eminentemente subjetiva y adquiere un carácter más objetivo que se desarrolla a través de algunas teorías, básicamente: teoría del riesgo, teoría del abuso de los derechos, teoría de las culpas negativas y sistema de presunciones, como se a continuación se exponen:

Teoría del riesgo. Esta modalidad de responsabilidad que no requiere ni exige demostración de culpa, o falla en el servicio, se presenta cuando el Estado en desarrollo de una obra de servicio público, utiliza recursos, medios o instrumentos que ponen a los particulares o a sus propios bienes en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que por su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los particulares como contrapartida de las ventajas que resulten de la prestación del servicio público. Si el riesgo se llega a producir y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a la responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio.

Teoría del abuso de los derechos. Amplía el dominio de la culpa, pues aun en el ejercicio de los derechos puede causarse daño, es posible hacer uso de éstos más allá de lo permitido y generar con ello perjuicio a terceras personas, por lo que sin lugar a dudas, debe responderse. Si hacemos mal uso o abusamos de nuestros derechos, comprometemos nuestra responsabilidad, tal como lo señala Emmanuel Lévy⁸.

Teoría de las culpas negativas. Sustenta la responsabilidad patrimonial en la abstención de conductas que se consideran obligatorias.

Sistema de presunciones. Consiste según el derecho probatorio, en la inducción de un hecho conocido a otro desconocido.

Es importante resaltar que es la jurisprudencia la que ha hecho menos gravosa la carga de la prueba para la víctima, al punto que la culpa comprobada y efectiva ha llegado a ser sustituida por la culpa presunta y problemática. Esto significa que el punto de vista objetivo tiende a desplazar al subjetivo y el riesgo se va imponiendo frente a la culpa.

EVOLUCIÓN DE ESTE TIPO DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

1. Origen de la Responsabilidad Patrimonial en los diferentes Estados.

La época de la monarquía se caracterizaba por su absolutismo, en los monarcas se concentraban todos los poderes, lo que hacía imposible que los súbditos tuvieran la facultad de ejercitar acciones para obtener indemnización alguna. Era impensable que los actos realizados por el soberano, pudieran producir un daño, su abuso debía tenerse, en caso extremo, como un daño causado por fuerza mayor o caso fortuito. En la antigüedad no existían derechos individuales o privados, pues ello era totalmente opuesto y ajeno a la soberanía.

Es el principio inglés: “*The King can do no wrong*” -el rey no puede equivocarse- el punto de partida de la irresponsabilidad del Estado; no obstante es importante resaltar que en Inglaterra se comienza a responder, aunque de manera personal, esto es, sin comprometer al rey, por las actividades ejecutadas por su mandato. El funcionario respondía con su propio peculio, por extralimitación en el ejercicio de sus funciones, era él quien debía afrontar las consecuencias de su actuar, pero por ser tan escaso su patrimonio,

para solucionar los conflictos presentados, finalmente la Corona llegó a respaldar económicamente al funcionario ejecutor de las órdenes. No obstante, para evitar las actuaciones indebidas de los funcionarios, se crearon una serie de mecanismos que tenían como consecuencia sanciones muy drásticas para ellos. A este sistema se le conoce con el nombre de “acusado nombrado”.

Hacia 1946 es la Cámara de los Lores, la que modifica esta práctica y surge una referencia legislativa, denominada “Crown Proceedings” y nace así la responsabilidad de la Corona. Se le trató entonces, en las mismas condiciones de los particulares, como si fuese una persona del derecho privado, es decir, se le consideraba sujeto de derechos y obligaciones, pero vía legislativa la responsabilidad sólo se presenta por la perturbación de la propiedad, la ocupación y la posesión. En Inglaterra se consagró esta responsabilidad en la Sección Segunda de la *Crown Proceedings Act* de 1947.

En Norteamérica la responsabilidad también evolucionó a partir del mismo principio inglés, pero éste deja de tener vigencia por el desarrollo de leyes privadas, luego con la creación de la Corte de Reclamaciones, que se erigió en verdadero Tribunal, dada la multiplicidad de solicitudes que se formulaban para lograr indemnización. Al igual que en Inglaterra, se reconoce responsabilidad por el hecho de otro, siendo necesario establecer la actuación culposa de los agentes o de los causantes del daño.

En el sistema jurídico norteamericano no aparece como una responsabilidad directa, sino como pago de los daños cometidos por los actos ilícitos de los funcionarios y entes públicos (Subsección b de la Sección 1346 de la Federal Torts Clams Act de 1946), es decir, el Estado responde de la misma manera que un particular cuando con su actuar produce un daño. No obstante no se establecía la responsabilidad del Estado cuando se declaraba inconstitucional una ley.

En Alemania la responsabilidad estatal comienza en forma indirecta con la denominada “Teoría del Derecho Público” que se fundamentaba en los actos ilícitos de los funcionarios por omitir o infringir el cumplimiento de los deberes; lo importante es que la misma se atribuía a la entidad estatal para la que se prestaba el servicio. Paralelamente a esta teoría surge la llamada indemnización del Derecho Público, igualmente cimentada en la conducta del funcionario, pero esta vez, actuando incluso, dentro de los marcos del derecho, lo que a partir de la Constitución de Weimar, se liga a la idea del traspaso forzoso de derechos o de expropiación, considerada como “sacrificio especial del particular, para dejar pasar el interés colectivo”, pero debía ser indemnizado por el Estado para compensar o retribuirle al ciudadano la carga injustificada que había soportado. Por las múltiples actuaciones de la Administración, surge otra hipótesis denominada “Teoría del Riesgo”, a través de la cual se consideró el daño y el perjuicio que se causaba a la víctima con prescindencia de la conducta o la culpabilidad de quien actuaba. En el país germano se consagró esta responsabilidad en el artículo 34 de la Constitución de Bonn en 1949.

En el derecho francés, sucede lo mismo que en los otros estados ya citados, en los que como norma general se presenta la responsabilidad del Estado por sus actos, pero también hay excepciones como por ejemplo: daños por la construcción de obras públicas, daños causados por tumultos, daños de guerra, que debían tener expresa consagración legal, para poder obtener del Estado una indemnización. Toda negligencia, error u omisión que, aún siendo censurables, sean ineludibles en el quehacer diario de la Administración, constituyen una falta en el servicio, comprometiendo de esta manera la responsabilidad de las entidades públicas, es decir, la responsabilidad es directa del Estado. El hecho de que dicha responsabilidad sea trasladada al Estado asegura al afectado la solvencia indiscutible del deudor. Lo anterior porque cuando el funcionario debía responder

con su propio patrimonio por extralimitación de sus funciones, éste no siempre era suficiente para cubrir la totalidad de la indemnización. El sustento del traslado de la responsabilidad del Estado radica esencialmente en que éste debe responder por los actos de los funcionarios, dado que a él corresponde la adecuada prestación del servicio para lo que se vale de personas físicas que el mismo prepara, forma y vincula.

En 1873 surge la responsabilidad patrimonial del Estado con el famoso fallo Arrét-Blanco, la falla en el servicio constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración. A partir de 1951 se consagra la responsabilidad extracontractual del Estado en forma amplia, pues se reconoce ésta tanto por las faltas personales de sus servidores como por las irregularidades o fallas en la prestación del servicio. Pero debe advertirse que previamente ya había sido concedida una solicitud de reconocimiento formulada ante el Consejo de Estado Francés, tal como se presentó en el caso “La Fleurette” de 1938 (por reclamación que formuló una compañía productora de un sustituto de leche, luego de que a raíz de una ley se prohibiera su producción y comercialización).

En Francia esta clase de responsabilidad es objetiva. La Administración responde por las lesiones que sufran los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público.

En España la responsabilidad patrimonial de la Administración surge con la expedición de la ley del 9 de abril de 1842, que consagró la indemnización de los daños materiales causados tanto en el ataque, como en la defensa de sitios públicos, tales como las plazas, pueblos, edificios, etc., pero también se representó en diversas normas del ordenamiento jurídico español, así: ley de policía de ferrocarril, instrucción de sanidad, indemnización a condenados cuando se demuestre su inculpabilidad, indemnización por muerte o incapacidades ocasionadas por el uso de armas de las fuerzas militares, entre otras. A tal punto llegó la evolución de la responsabilidad del

Estado en España que se consagró constitucionalmente en 1931, a través del Instituto Resarcitorio, para responder subsidiariamente por los actos de un funcionario público que en ejercicio de sus funciones causara daños a un tercero. Se consolida una responsabilidad subsidiaria sin descartar la responsabilidad directa.

En el derecho español en los artículos 121 de la LEF¹⁰ y 139¹¹ de la L.A.P., se consagra como una responsabilidad directa, no como una normativa referida a la simple cobertura de daños, en los que han incurrido los funcionarios públicos. Este tipo de responsabilidad se elevó a rango constitucional, de la misma manera que lo ha sido en Colombia, con excepción de la responsabilidad por los actos del legislador, la cual no ha sido consagrada de manera expresa pero se deduce de algunas de sus normas como ya se insinuó.

En Italia se consagró en el artículo 28 de la Carta Fundamental de 1948. En algunos casos se establece la responsabilidad directa del Estado y en otros la indirecta. Es directa, cuando el funcionario haya realizado un acto ilícito en ejercicio de sus funciones y es indirecta de acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil. En Italia hoy en día, la responsabilidad se encuentra fundamentada en el hecho de proteger el patrimonio de los ciudadanos, siempre que éste sea lesionado o disminuido por la actividad estatal. (Párrafo suelto)

En Argentina la responsabilidad extracontractual del Estado surge en 1933 a partir de la sentencia, “Toma Devoto y Cía. S.A.C.- Gobierno Nacional, por daños y perjuicios”, en la que el poder judicial, aceptó que el Estado podía ser responsable aun actuando en su condición de persona jurídica únicamente cuando los daños provenían de una actuación irregular del Estado.

2. La responsabilidad patrimonial en la moderna concepción de Estado.

La responsabilidad patrimonial hoy se justifica por la clase de Estado que se tiene, el cual ha cambiado del modelo absolutista, arbitrario o despótico al Estado liberal o de Derecho y de éste, al Estado Social, a lo que es justo y razonable. Todas y cada una de las autoridades que hacen parte de su estructura y organización deben someterse al ordenamiento jurídico.

Superado el protagonismo del rey quien personificaba al poder, se imponen restricciones a quienes lo ejercen o detentan, se les somete inicialmente a un control como el del “parlamento”, el cual sin constituirse aun en órgano creador de leyes, cumplía con una función consultiva, lo que dio lugar al debilitamiento de la monarquía y empieza así el afianzamiento del denominado parlamento; surge entonces un nuevo interlocutor: “el legislador”, el cual adquiere calidad de verdadero representante de los intereses populares (al menos esa era la convicción), se trataba de un cuerpo distinto e independiente de los demás organismos estatales. Hechos históricos como el Bill of Rights, dan cuenta de este proceso y se constituye en un verdadero contrato en el que el parlamento se consolida como un intérprete de la nación, lo que dio lugar a la división entre el poder ejecutivo y legislativo, pero sólo con la intención de controlarlo, no de derrocarlo, para alcanzar el equilibrio entre las necesidades fundamentales de la nación y quien ejercía el poder.

Se llegó a idealizar tanto al legislador como representante del interés colectivo, que se le conoció como:

“...aquel representante del pueblo, que tenía como misión buscar el bien común, la voluntad general (no se sabía si era interpretada, delegada o descubierta) recaía en este sujeto que la respetaría, pues su estructura basada en las mayorías, era la garantía de que el

representante del pueblo jamás estaría en contradicción con su voluntad”¹².

La fortaleza atribuida al legislador generaba la confianza de tener garantizadas las libertades y derechos del pueblo, y si éstos son protegidos y están asegurados a partir de la verdadera expresión de la voluntad del pueblo por radicar la voluntad en ese querer general, no existen motivos para dudar de ella, al contrario, la ley ofrece certeza de la efectividad de los derechos.

Pese a que el legislador se consideró como un órgano emanado de la voluntad general y por tanto intachable, intocable, soberano, que no se equivoca, representante de la democracia y soberanía popular ¿Se podrá seguir predicando su irresponsabilidad, aún siendo éste parte integrante del Estado?

Para llegar al Estado Constitucional, fue necesario que se diera una crisis del poder legislativo, único soberano por ser representante de la nación y garantía máxima contra el arbitrio de los gobernantes, pero por mostrar incapacidad para asegurar la indisponibilidad de valores y principios del ordenamiento, se vio desplazado por una nueva concepción: La supremacía de la Constitución¹³.

Esta crisis también es explicada por Peña Freire¹⁴, diciendo que obedece a dos factores:

1. Al Estado de Derecho lo ha seguido una “fuerte dimensión axiológica” que lo fundamenta y lo define, pues el Estado legislativo no ha sido efectivo en las funciones y los cometidos propios del Estado de derecho.

2. El Estado legislativo tenía un carácter conflictivo con la realidad social, contraviniendo con ello su misma finalidad, ya que la ley debía ser parte integrante de ella, con mayor razón, si ésta es producida por una mayoría representativa de la voluntad popular. La ley deja de ser absoluta y medida única del derecho y cede su paso al Estado Social, cuyos pilares se sustentan en el concepto de derecho

fundamental: “El Estado no tiene sentido sino está encaminado a la realización de los Derechos”¹⁵.

En todo caso y a pesar de la crisis del modelo exclusivamente legislativo, no puede olvidarse que el parlamento o el congreso según sea la forma de gobierno, constituye el seno de la democracia y los representantes populares al expedir la ley se subordinan a la Constitución, que en definitiva, es construcción de la voluntad popular y simboliza los intereses de todos. La ley, no sólo debe garantizar la voluntad mayoritaria, igualmente, debe proteger el respeto por el pluralismo; es esencial además, reconocer las libertades colectivas, pero igualmente las individuales, por lo que el legislador debe actuar dentro de los parámetros que garanticen, a su vez, los derechos de las minorías, no puede pensarse que sólo las mayorías tienen derecho y acceso a la justicia. Es esta la esencia del principio democrático.

Es justamente este principio el que nos permite cuestionar si el legislador debe o no ser considerado como causante de daño por sus actos u omisiones y por ende, también debe responder patrimonialmente, tal como sucede con los otros poderes públicos. En este orden de ideas, vale la pena preguntarse: ¿Puede mantenerse la irresponsabilidad del Estado por los actos u omisiones del legislador en el actual concepto del Estado Social de Derecho? ¿Qué razones existen para excluir al legislador de las responsabilidades que puedan derivarse del ejercicio de sus funciones, cuando para las restantes autoridades públicas, por el contrario, se encuentran establecidas de manera clara y expresa?

Analizadas las normas constitucionales, no se encuentran razones lógicas que permitan tal exclusión, pues al legislador, así mismo le compete garantizar y hacer efectivos los mandatos superiores; sin duda alguna, se encuentra sujeto a la voluntad popular, dentro del marco que fija la misma Constitución y ésta es norma que se impone a cualquier poder, es por ello que en los estados constitucionalizados, la

única soberanía que existe es la misma Constitución.

Sólo a partir de la nueva concepción de Estado Social de Derecho o de la constitucionalización del derecho, es que puede predicarse la responsabilidad del Estado por los actos del legislador, máxime, si como lo entendemos, los principios son normas de obligatorio acatamiento, entre los que se podrían enunciar: moderación o racionalización del poder, igualdad ante la ley, separación de poderes que suponen el ejercicio de diferentes funciones para el cumplimiento de sus fines, el compromiso por la defensa de los contenidos jurídicos materiales, los mecanismos de participación ciudadana, la democracia participativa y pluralista, el respeto por la dignidad humana, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la efectividad de los principios y la garantía de los derechos fundamentales, principios a los cuales están sujetos todos los poderes públicos, los que a su vez se encuentran limitados por los diferentes sistemas de control. Por ello, como sostiene Ferrajoli, el poder ejercido por fuera de la ley (Principio de legalidad) y que no haga efectivas las garantías, genera responsabilidad¹⁶.

El órgano legislativo no se encuentra aislado del Estado, a él igualmente compete la garantía de los derechos, valores y principios, que hoy enmarcan el actual concepto constitucional de derecho, no asegurar su cumplimiento a través de la ley, implica la creación de leyes inconstitucionales, ello contraría los mandatos que le han sido impuestos por la misma voluntad general.

La facultad del legislador, como representante del querer colectivo, hoy se ve restringida, no puede actuar a su propio arbitrio, todas y cada una de sus actividades, de sus funciones, están supeditadas a la voluntad popular, según lo prevé el artículo 3º de la Carta Política; no hay actuación pública sin límites, así lo proclama el principio de la supremacía de la Constitución, lo cual tiene importantes consecuencias en la configuración del orden jurídico.

La garantía de los derechos y condiciones dignas para la vida, son fines esenciales del Estado, ellos sólo se logran a través de la consagración de reglas claras, específicas y concretas para el ejercicio del poder; de la manera como se instituya y funcione la organización estatal y de los instrumentos que se establezcan, depende la segura realización de los derechos, no puede olvidarse que éstos constituyen para los individuos y los grupos sociales una esfera fundamental; su realización es condición ineludible para la convivencia pacífica. El poder se legitima en la medida que éstos se hagan efectivos.

Si bien se ha entendido que la ley es la fuente primera del orden jurídico por provenir de quienes representan los intereses generales, no puede desconocerse, como se ha insistido, la supremacía de la Constitución ya que de ella parte el orden jurídico, independientemente de quien cree la norma, todo poder con facultad normativa debe respeto irrestricto a la Carta. Esto es, no sólo el legislador tiene la función de expedir normas, el ejecutivo igualmente y de manera “excepcional” puede crear normas con fuerza de ley, por ello, la ley formal y materialmente hablando, es una fuente más del ordenamiento jurídico pero no la única; el ejecutivo día a día se hace más fuerte, sus facultades ya no son tan extraordinarias, cada vez, con mayor frecuencia, expide normas que en principio son de competencia del órgano legislativo, se ha convertido, podría decirse, en un co-legislador. Esta circunstancia nos permite deducir que el poder ejecutivo igualmente, debe responder por su función normativa. En Colombia, esta novísima perspectiva redimensiona el quehacer del Estado y sus consecuentes responsabilidades, hoy todas las autoridades públicas y no sólo el juez, deben materializar los derechos mínimos y vitales de los individuos.

Por todo lo dicho, es preciso insistir que no actuar conforme a la Carta Política lesiona intereses de los asociados, por contener las leyes creadas un sentido diferente al que ha querido darle la Constitución, es a partir de esta

premisa, que no puede concluirse que el órgano legislativo es irresponsable por sus actos y omisiones cuando con ellos se cause perjuicio a las personas y no podría predicarse tal irresponsabilidad por el hecho de ser el representante de las mayorías, pues hoy puede afirmarse con certeza que éstas -las “mayorías”- no siempre representan la idea de un Estado pluralista en el que se reconozcan y promuevan los derechos de las minorías, pues no pocas veces, se los han recortado con el argumento de la consecución y logro de los fines colectivos.

Ciertamente las mayorías no constituyen el ideal de una verdadera democracia, no siempre sus decisiones se adoptan en consideración a sus propios intereses, son muchas las determinaciones que se adoptan bajo la influencia de pasiones comunes pero temporales y tal situación puede anular el Estado de Derecho como lo indica Jon Elster¹⁷. Sólo podemos decir que existe decisión mayoritaria a partir del “consenso” y cuando ello sucede se puede afirmar que se protegen los derechos de las mayorías y de las minorías pues es en los acuerdos que se refleja la voluntad popular y los verdaderos valores de la Carta Política, lo que sólo sucede si el legislador atiende a este propósito y actúa dentro de los límites señalados por ella. Es en este contexto que el legislador es el verdadero representante del pueblo. Así, cumple su tarea cuando expide leyes en las que considere los fines constitucionales y concrete en ellas el querer popular. Se debe propender por la protección de los derechos fundamentales y por ello, deben existir mecanismos o instrumentos dirigidos a defender a las minorías de las acciones incontroladas de la voluntad mayoritaria. Mecanismos o instrumentos anti-mayoritarios, como el constitucionalismo, la separación de poderes, el sistema de pesos y contrapesos y la justicia constitucional, son los que permiten reducir los peligros de la democracia representativa.

El constitucionalismo, porque se opone al absolutismo y se centra en el respeto por los principios que permiten o hacen posible que cada Estado se edifique en la norma establecida

por el constituyente primario que es la voz y sentimiento popular, para ello crea una Carta Política, una Constitución, una Carta de Navegación que consagre derechos para toda la comunidad y limite el ejercicio del poder. **La separación de poderes**, porque estructura la relación entre las instituciones del Estado y disminuye los riesgos que pueden producir el régimen de las mayorías. **La justicia constitucional**, por considerar que su salvaguardia y protección está encomendada a un tribunal, que se supone actúa en consideración a una opinión ponderada, racionalizada y que representa el interés tanto de las mayorías como de las minorías, sin obedecer a caprichos pasajeros, además porque dicho Tribunal da vida a la Constitución, esto es, la trasciende, hace que no sea una simple hoja de papel y al guardarla a través de sus decisiones, protege y asegura así mismo, el más preciado de los derechos: la dignidad humana. Y **el sistema de pesos y contrapesos**, porque racionaliza el poder y evita la arbitrariedad.

Para analizar las normas que vinculan al legislador de la responsabilidad propuesta, es preciso insistir que todas las autoridades deben actuar dentro de los límites que le impone el derecho y que su actividad no puede estar exenta de ningún control. Entre otras, las siguientes normas se constituyen en el fundamento de la responsabilidad que se deriva de sus actos u omisiones.

FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS ACTOS DEL LEGISLADOR EN COLOMBIA

1. Consideraciones previas.

Una de las fuentes de responsabilidad por los actos del legislador o por el hecho de las leyes como se le llama en Francia, es el rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas, producido por un acto legítimo y soberano como lo es la ley, para lo cual los tribunales histórica y actualmente han mostrado muy poco interés y la más desafortunada de las inercias.

La Constitución de 1991 -artículo 90- es la que sin duda alguna ha generado una posibilidad conceptual lo suficientemente amplia para establecer y deducir igualmente, la responsabilidad del Estado por los actos, omisiones y dilaciones del legislador y la indemnización por los daños antijurídicos causados para significar que lo necesario en cada caso concreto es analizar la antijuridicidad del daño producido con la actuación u omisión del ente estatal, es decir, si la víctima estaba obligada a soportar o no el daño sufrido. Si estamos ante la negativa de que la víctima debía soportarlo, la consecuencia es evidente: Debe resarcirse el perjuicio causado por el Estado.

Del artículo 90 Superior no se concluye que la responsabilidad estatal surja de manera exclusiva por los hechos de la administración, igual puede derivarse de actos judiciales y del legislador, sin que necesariamente deba predicarse de ellos la ilegalidad, esto es, que la antijuridicidad puede presentarse incluso por actos ajustados al ordenamiento jurídico¹⁸.

No obstante lo expuesto hasta ahora frente a la responsabilidad por la acción, omisión y dilación del legislador, existen críticos de esta teoría que fincan su argumento en que la irresponsabilidad deviene justamente del pacto social, de la facultad de representación que de él emana y de la soberanía que ostenta este poder público, porque permiten que el órgano creador de la ley pueda producir, sin responsabilidad alguna, afectaciones a los derechos de los administrados, dada además, la generalidad que la caracteriza y la contribución que para asegurar el interés colectivo deben realizar todos los ciudadanos. Es ésta la razón en la que se fundamentan para sostener que a los administrados les corresponde soportar las cargas que de la ley provienen; se sostiene que esa representación popular releva al Estado de responder patrimonialmente por la función legislativa. Empero, es el principio de igualdad el que garantiza que no tienen por qué sufrirse menguas, lesiones, o daños, si se llegan a generar con cualquiera de las tareas estatales obligaciones inequitativas o en perjuicio de un

determinado individuo o grupo social. Si el equilibrio se rompe por la acción, omisión o extralimitación de cualquiera de sus órganos, el Estado es el que debe compensar el daño que causa.

La responsabilidad por los actos del legislador en normas anteriores ni siquiera se vislumbraba ni aún con las reformas de 1936 y de 1945 de la anterior Constitución, sólo en 1990, un año antes de la vigencia de la actual Constitución, se tocó tangencialmente por la justicia contencioso administrativa, en la sentencia 1322 del Consejo de Estado, en la cual el Máximo Tribunal, señaló: “...bien podría abrirse paso por la vía jurisprudencial a esta nueva fuente de responsabilidad del Estado...”, aludiendo a la que podría generarse por los actos del legislador, postulado que sólo adquirió, como ya se advirtió, consagración normativa a partir del año siguiente con la vigencia de la Constitución.

Sostiene la profesora Bernardita Pérez Restrepo que:

“...la fuerza normativa de la Constitución que se manifiesta como el requerimiento mayor de la teoría jurídica contemporánea, como ya se advirtió, va a estar de manifiesto en instituciones como: a) incorporación de contenidos sustantivos en las cartas constitucionales verbi gracia, los derechos fundamentales, b) constitucionalización de los principios y valores superiores como fundamentos rectores a la actividad del legislador c) garantías de la supremacía constitucional a través de mecanismos bien elaborados de control de constitucionalidad, d) desconfianza en la actividad del legislador a través de los controles judiciales de las leyes, y en general, límites y mandatos al legislador impuestos desde la norma de superior jerarquía. De todas estas instituciones está pletórica nuestra Carta de 1991 y precisamente de ellas, es de donde es viable nutrir una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos del legislador”²¹⁹.

2. Marco constitucional.

Son las siguientes normas constitucionales, las que nos permiten una construcción de este tipo de responsabilidad:

Preámbulo: Entendida como está la naturaleza normativa del preámbulo a partir de la sentencia C 479 de 1992, Magistrados Ponentes José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, no queda ninguna duda que ella vincula jurídicamente en materia de responsabilidad a las tres ramas del poder público, cuando señala que a los colombianos se debe “...asegurar la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo...”

Del preámbulo se desprenden una serie de principios y valores que rigen nuestro Estado, como manifestación de voluntad constituyente del pueblo colombiano, como creador primario del poder soberano. Es el primer instrumento de la Carta Política que vincula a las autoridades que están llamadas a su efectiva realización; entre las que se encuentran el poder legislativo, es su responsabilidad desarrollar una legislación que haga efectivo este postulado normativo.

Artículo 1º. Proclama esta regla constitucional que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo que obedece al dinamismo y mutabilidad que caracteriza el orden jurídico, el cual evoluciona al ritmo de las cambiantes realidades sociales. La Constitución Política de 1991, fue la respuesta a las necesidades del pueblo colombiano y determina una serie de aspectos que caracterizan esta clase de Estado: Supremacía de la Constitución, estándares mínimos de educación, salud, vivienda y salario, también reconoce como elementos fundantes la dignidad del hombre, el reconocimiento de los derechos sociales, la solidaridad y establece igualmente mecanismos de control y participación ciudadana, todos enmarcados dentro de la principalística y fundamentación dikelógica que condicionan el restante orden jurídico.

Artículos 2 y 13. Los fines esenciales del Estado, como el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía y efectividad de los principios, derechos y deberes, que consagra nuestra Carta no pueden ser simple retórica, los órganos del Estado deben crear los mecanismos necesarios para su eficacia, entre ellos el legislador, creando leyes que aseguren su cumplimiento. Las que contraríen el interés general o afecten el particular, o bien aquellas que favorezcan intereses de determinados grupos en detrimento de otros, o que los excluyan sin ninguna justificación, generan sin lugar a dudas responsabilidad cuando con ellas se cause algún perjuicio, pero ésta igualmente surge cuando con las leyes se genere injusticia o desigualdad social. Estos artículos en síntesis, sustancian la teleología de la Constitución.

Artículo 3º. “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público, el pueblo la ejerce en forma directa o a través de sus representantes” (Negrilla y subraya entre comillas ajenas al texto). Es el Congreso el representante popular por excelencia, las facultades que se le otorgan y ejerce son la consecuencia del mandato entregado por el pueblo soberano, se obliga por ende a cumplir con las aspiraciones de los asociados en las condiciones establecidas en norma previa, es decir, es la misma Constitución la que señala los límites y procedimientos que debe cumplir. El sometimiento al orden jurídico es lo que da validez y legitimidad a las actuaciones del poder constituido, pero las competencias otorgadas no facultan al Congreso para causar perjuicios, si éstos se llegan a causar injustamente debe proceder la reparación.

Artículo 5º. “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona...”. Esta norma impone a las autoridades públicas el cumplimiento de una de las características esenciales del Estado Social de Derecho, su efectividad es tarea propia de todas las autoridades colombianas sin exclusión alguna y

se satisface desde la creación de la normas hasta su aplicación. La norma en examen es una garantía institucional que impide que los poderes consagrados en ella las supriman y desfiguren con su actuación, dilación u omisión.

Artículo 6º. El contenido de esta norma cimienta y estructura la responsabilidad del Estado por los actos del legislador, al señalar que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, ora por omisión ya por extralimitación en el ejercicio de sus funciones, tal como lo señala el artículo 123 de la misma Carta que incluye al poder legislativo dentro la categoría de los “servidores públicos”.

Artículo 90º. “Responsabilidad extracontractual del Estado. El Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...” Se constituye esta norma en el sustento basilar de la responsabilidad estatal de la que no puede excluirse, por lo visto, al legislador, quien igualmente se encuentra comprometido en la realización de los fines estatales y de los derechos de los asociados, la eficacia de éstos no es exclusiva de la Administración, ni de los jueces. Si con su actuación, cualquiera de los órganos del Estado llegare a ocasionar perjuicio o imponer a las personas cargas inequitativas, injustas o desiguales, es el Estado el que debe procurar la compensación de los perjuicios producidos.

Artículo 113º. El principio de la separación de poderes, como una de las más importantes conquistas del Estado de Derecho, es consustancial a la función de control que es esencia de esta clase de Organización Jurídico Política. Es el sistema de pesos y contrapesos garantía de los fines supremos, cada rama del poder público, debe responder por sus actuaciones, pero de ser necesario, el poder judicial debe declarar la responsabilidad estatal, si por la acción u omisión del legislador, se llegan a afectar derechos de los administrados, es el juez el garante del respeto a la Constitución y de la efectiva protección de los derechos. Tal como

lo sostiene la Corte Constitucional: “Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados”²⁰.

Artículos 114º y 150. “Corresponde al Congreso de la República, reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer el control político”. “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:...”. En virtud del respeto al principio democrático, es al legislador a quien corresponde configurar la Constitución a través de la ley. Su actuación se encuentra sometida a los límites establecidos por la propia Norma Superior, se trata de una libertad que si bien es amplia, no es omnímoda o de una discrecionalidad sin control alguno. Los límites se encuentran establecidos bajo dos perspectivas: Una en sentido amplio, definida por el acatamiento a los demás principios constitucionales, los cuales deben ser considerados por el Congreso al momento de expedir las leyes. Así debe considerar, entre otros a saber: El respeto por los derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso, la equidad, el acceso a la administración de justicia; y otra, en sentido estricto, que comprende las normas establecidas por el Constituyente cuando atribuye competencias a ciertos órganos del Estado, es decir, no le es dado al legislador afectar las facultades que han sido otorgadas expresa y directamente por la Carta a otras autoridades a través de imposiciones que las limiten, tampoco le es posible afectarlas por dilación u omisión en la regulación que se requiere para ejercerlas.

Estos dos artículos entonces consagran de manera general las funciones que corresponden al congreso, las que debe realizar en todo momento teniendo en cuenta la ponderación de los principios y valores constitucionales, y es que, como lo señala Peña Freire: “...al poder legislativo corresponde la configuración de los poderes individualizados por el poder constituyente, lo que quiere decir que el ordenamiento no tiene otro sentido último

que el constitucional, es decir, que el sentido político que configura el ordenamiento es tal porque es posible desde los valores y normas constitucionales...”²¹

Artículo 121º. Esta preceptiva en concordancia con el artículo 6º, señala que ninguna autoridad puede ejercer funciones diferentes a las que le atribuyen la Constitución y la Ley, al legislador sólo le queda crear la ley desde la Constitución Política, esta norma es su límite, le corresponde implementarla y configurarla, para hacer efectivas las garantías sociales.

La creencia en la suficiencia de la ley como mecanismo de garantía, queda desplazada por otra norma de mayor rango, con contenido principialístico y axiológico, legitimadora de los intereses sociales y cuya pretensión no es otra que la eficacia de los derechos. Se desmitifica así al legislador y ya no se le considera infalible; al contrario, se acepta que éste pueda errar en sus actuaciones, incurrir en prácticas legislativas irregulares, vulnerar derechos esenciales, en fin, no cumplir con los cometidos estatales y ocasionar con sus actuaciones u omisiones perjuicios que por lo analizado, deben ser reparados. La inatacabilidad de sus decisiones se considera hoy anacrónica, frente a los modernos postulados del Estado Social de Derecho.

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Para demostrar la responsabilidad patrimonial se requiere, como de manera insistente lo ha señalado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que se presente en forma concurrente una falla en el servicio, un daño y una relación de causalidad entre uno y otro²². Esa responsabilidad deviene, como ya se ha señalado, de la Carta Política en el artículo 90, el cual establece que el Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos como consecuencia de la acción o de la omisión de una autoridad pública.

El doctor Juan Carlos Henao²³ afirmó que en las diferentes ponencias presentadas a la Asamblea Nacional Constituyente, se definió el daño como “aquel que causa un detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido y que excede el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social”. En tal sentido se entiende que son dos los elementos que comporta la definición a saber: (i) carencia de título en el deber de soportar el daño y (ii) que exceda la carga normal que debe soportarse por vivir en comunidad. En definitiva lo que se requiere es que no exista una obligación constitucional o legal válida que le imponga al particular el deber legal de soportar el daño.

Al respecto ha expresado la jurisprudencia del Consejo de Estado que la responsabilidad estatal puede establecerse ante la ausencia de un título jurídico válido para exigir el cumplimiento de una obligación y para que proceda la indemnización, es necesario que exceda el conjunto de cargas que el individuo debe soportar por el hecho de vivir en sociedad.

Obviamente, no podemos abordar el análisis de cada uno de los elementos que integran la responsabilidad estatal por no ser el objeto central de este ensayo. Pero consideramos de esencial importancia, analizar en lo sucesivo, otros aspectos que se estiman relevantes para determinar esta clase de responsabilidad por los actos, omisiones y dilaciones del legislador frente a la función básica de legislar.

1. Circunstancias integrantes de la responsabilidad del Estado por los actos del legislador.

La responsabilidad del Estado por los actos del legislador puede darse : a) Por la contrariedad entre una norma jurídica y la norma constitucional; b) Por actos que aún ajustados a derecho generan cargas inequitativas, injustas o desiguales para un grupo o para un individuo frente al resto de los administrados que no están obligados a soportar; c) Por la expedición de una ley ineficaz y/o que desvirtúe la realidad social; d) Por la omisión en la que incurra cuando tiene el

deber constitucional de regular una específica situación y no lo hace; e) por la dilación injustificada en el cumplimiento de su función. “Es el daño un elemento primordial y el inicio común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se de responsabilidad sin daño demostrado”²⁴. Como norma general si éste no se ha producido y demostrado no hay lugar a indemnización.

Todo desmedro patrimonial colectivo o individual causado por razones de interés público debe ser resarcido; principio de derecho aplicable a todos los supuestos de lesión al patrimonio particular y debe consistir en una disminución significativa del mismo, sin que se requiera necesariamente su consolidación, pero sí debe ser evidente que puede llegar a configurarse o a prolongarse, de ser así, se tiene el daño como cierto y éste será proyectado a períodos futuros por el juez. En todo caso el daño debe ser directo, personal y cierto.

En el desarrollo de sus funciones el legislador debe producir normas encaminadas a satisfacer las necesidades de la colectividad, su misión es propender por el cumplimiento de los cometidos estatales, pero puede suceder que con la creación de algunas normas se contraríen los principios de la Carta Política o simplemente se creen leyes no eficaces para el logro de sus fines. Cuando las normas expedidas por el congreso, no configuran el querer del constituyente, pueden generar resultados que afecten los intereses de los asociados, se deriva de allí una responsabilidad patrimonial del Estado por los actos del legislador.

De otro lado en el tipo de responsabilidad al que aludimos, el primer elemento que se debe descartar es el de la culpa, ésta no se discute, la responsabilidad es objetiva, pues la imputación se fundamenta en factores como la equidad, la solidaridad y la igualdad.

Si bien las leyes expedidas por el legislador, en principio se ajustan a los preceptos constitucionales, es decir, se han expedido en cumplimiento de sus fines, puede ocurrir que se cause un perjuicio a sus destinatarios. Un evento que ilustra esta situación es el denominado “hecho del príncipe”

2. La ley como generadora del hecho del príncipe.

Para abordar este tema tomemos como punto de referencia la sentencia del Consejo de Estado²⁵, en la que se ordenó a una entidad pública a indemnizar a un contratista por haber sufrido un desmedro patrimonial, con la creación de una nueva ley en la que se ordenó el pago de unos impuestos imprevisibles al momento de la firma del contrato.

Se entiende por hecho del príncipe el rompimiento del equilibrio financiero o económico del contrato; que afecta cuando la entidad pública contratante (el príncipe) agrava por un hecho suyo las condiciones del contrato, es decir, la alteración en las condiciones del contrato, obedece a las prerrogativas o poder que ostenta El Estado.

La ley 1150 de 2007 no se opone a la aplicación del “principio del equilibrio económico” pero introduce importantes ajustes, con lo que, según la motivación de la ley, se pretende evitar el abuso que de él se ha hecho, para lo que se impone en la operación administrativa contractual considerar de manera seria, clara y oportuna, desde los pliegos de condiciones la estimación y tipificación de los riesgos previsibles, en consecuencia, la carga de los riesgos se asume según se hayan distribuido en el proceso contractual, pero los riesgos imprevisibles siguen siendo retenidos por el Estado.

En la sentencia del Consejo de Estado antes citada, se señala que para el profesor Marienhoff, esta teoría surge de un acto de carácter general que puede provenir de la misma entidad contratante o de cualquier órgano del

Estado, actos que pueden ser leyes, medidas económicas, tributarias etc., con las cuales se puede llegar a ocasionar un daño patrimonial, generándose la responsabilidad del Estado por el hecho del príncipe. El fundamento de esta responsabilidad radica en la vulneración al derecho a la igualdad (art. 13 C.P.), al exigírsele al contratista, el pago de unos impuestos no previsibles al momento de firmarse el contrato, pues además de estar compelido a su cumplimiento, se le imponen unas nuevas cargas, que no estaba obligado a soportar, por ser inequitativas e injustas. Precisamente el hecho al que alude la sentencia, afecta las condiciones de un contrato con ocasión de la expedición de una nueva ley que empezó a regir con posterioridad a la iniciación del contrato. Esa nueva ley tal como lo consideró el Consejo de Estado Colombiano de acuerdo con Marienhoff, configuró un hecho irresistible que disminuyó la utilidad prevista por el contratista, acto que si bien no provino de la entidad contratante sí de un órgano del Estado: El legislador.

En síntesis el Consejo de Estado aceptó los argumentos de la demanda y sustentó su decisión en la Constitución argentina; señalando:

“El fundamento de tal responsabilidad del Estado hacia su co contratante, basada en “el hecho del príncipe”, radica en los “principios” de los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, pues so pretexto de que cumpla el contrato administrativo (de obvio interés general o público), al contratante se le estaría dando un trato desigual respecto a los demás habitantes, ya que, aparte de que la norma “general” dictada afecta los derechos individuales de tal contratante, al exigirle el cumplimiento del expresado contrato haríase incidir sobre él una carga que no pesa sobre las demás personas, cuyo derecho en especie, no experimenta desmedro específico alguno por razones de interés público. No es concebible con un individuo en especial, que a través del cumplimiento de un contrato administrativo, sufra el

detrimento en su patrimonio, obedeciendo esto a razones de interés público, tampoco es concebible que, en beneficio público, a raíz de la norma “general” dictada que trastorna o altere la economía o ecuación financiera de su contrato, el administrado reciba menoscabo patrimonial sin indemnización, como ocurriría, si en circunstancias expuestas, se pretendiera que el co contratante cumpla igualmente sus obligaciones, cargando con una lesiva situación que exceda todas las previsiones del contrato: habría ahí, un menoscabo de la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad, (artículo 17 de la Ley Suprema)- la que forma parte del derecho nacido de un contrato-, ya que en beneficio del interés general se lesionaría el patrimonio del cocontratante”.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EJERCICIO DE SU FUNCIÓN LEGISLATIVA EXCEPCIONAL

En consideración al principio de unitariedad del Estado, la función básica de legislar, corresponde al legislador y sólo al legislador, no obstante de manera excepcional y en las específicas circunstancias contempladas en la Constitución, el ejecutivo puede expedir normas con fuerza de ley. En efecto, en ejercicio de las competencias que el congreso tiene, puede conferirle al gobierno facultades extraordinarias pro tempore y para unos determinados fines, a través de los cuales, el gobierno puede dictar decretos leyes, reemplazando al legislador ordinario y asumiendo el carácter de legislador excepcional, en tales eventos sus actuaciones igualmente, son susceptibles de responsabilidad, dentro de los mismos términos señalados para el legislador ordinario.

En el derecho comparado, en los estados con control de constitucionalidad, para que exista alguna responsabilidad de la administración por actos del legislador, es menester declarar la ley inconstitucional, referida ésta, generalmente a la expropiación de propiedades en las que no se consagra una justa

indemnización, hay excepciones, como por ejemplo en Argentina y Alemania, que no necesitan declaratoria de inconstitucionalidad, en el primero porque con la indemnización directa, se resarce el perjuicio causado, en el segundo la justa indemnización la consagra la ley.

Entre tanto hay Estados que sin tener un control de constitucionalidad de las leyes aceptan responsabilidad proveniente de los actos del legislador, tales son los casos de Francia y Gran Bretaña, en el primero surge a raíz del dinamismo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, por la protección de los derechos a sus nacionales cuando las leyes son violatorias de la Constitución. En el segundo, son dos los argumentos en los que se basa este tipo de responsabilidad “The King can do no wrong” (El rey no se equivoca) y la rule of law del Crown Procceding Act de 1947, la cual al señalar la máxima de que el rey no puede errar, no es más que una versión equivocada de la tesis que sostiene que el rey no puede ser castigado por una lesión del derecho ni demandado en proceso civil, salvo que exista de por medio una petición de derecho. Sin embargo, a través del Common Law se establece que si hay una expropiación material a través de una ley, sin que se haya establecido la justa indemnización debe resarcirse el perjuicio.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS OMISIONES Y DILACIONES INJUSTIFICADAS DEL LEGISLADOR

1. De las omisiones del legislador.

Cuando el legislador guarda silencio, teniendo el deber constitucional de producir normas para crear situaciones jurídicas determinadas que permitan la concreción de los derechos y no lo hace, con su omisión, está impidiendo el cumplimiento de lo establecido por la Constitución; su inactividad lo que hace es permitir la perpetuidad de situaciones injustas e inequitativas existentes. Así, la Carta Suprema como voluntad originaria de la Nación, no logra

ser eficaz y por ende, sus postulados se convierten en simple retórica, con la lógica consecuencia de hacer inoperante sus contenidos materiales.

El parlamento es el órgano de expresión de la voluntad popular y política del Estado y, la democracia exige del órgano a través del cual expresa su poder, un compromiso permanente, de modo que el congreso como cuerpo de deliberación y de creación, asegure la gestión diaria de un país hacia el logro de los fines supremos.

La adopción de medidas políticas, para hacer efectivos los postulados constitucionales, no es una simple facultad del legislador, constituye un deber positivo, el cual debe estar vinculado con una actividad dirigida a eliminar la marginación existente y la discriminación injustificada, así como a transformar las condiciones materiales de manera que se concrete la justicia social.

Para el Estado colombiano debe constituir un desafío permanente la erradicación de cualquier injusticia, para ello existen unos deberes positivos que consisten en la concreción de mecanismos, de órdenes contentivas de elementos suficientes para lograrlo: “las leyes”, con las que se suelen imponer una serie de acciones dirigidas a promover la prosperidad, pero primero y ante todo, la satisfacción de necesidades básicas y que corresponde ejecutar a otros órganos de la Administración, a través de medidas que permitan lograr las finalidades estatales, de modo que cada individuo o grupo social sientan amparados sus derechos de manera oportuna y eficaz.

Cuando el Estado no se allana, o ha dejado de concurrir a prestar el apoyo requerido y no ha puesto en marcha los mecanismos necesarios para lograr sus propósitos, se considera que incurre en una abstinencia, en una negligencia y, puede con su omisión, lesionar en forma directa los derechos de los asociados, haciendo nugatorios los propósitos de un Estado Social de Derecho, que no pueden ser

otros que los queridos por el pueblo como voluntad soberana.

Puede sostenerse que la omisión legislativa, no siempre genera violación de derechos, pero no puede afirmarse, sino se han creado los mecanismos legislativos necesarios para desarrollar la Carta Política, que sus preceptos sean siempre efectivos, el Estado debe entonces, de manera indispensable, remediar o mejor, buscar soluciones a todo aquello que no permite el cumplimiento de los contenidos y postulados democráticos que rigen el Estado Social de Derecho.

En algunos Estados se ha acudido a las llamadas “recomendaciones o exhortaciones” al legislador, para que mediante la ley logre el desarrollo que requiere la respectiva norma constitucional con el fin de hacer efectivos sus contenidos. Otros tribunales han recurrido a las “sentencias aditivas”, en las que se expresan las hipótesis que debían contener las leyes aún no creadas y por medio de las cuales debían consagrarse los elementos que los hagan efectivos para que sus prescripciones no sean meramente simbólicas. Los deberes del legislador no son optativos y las alternativas propuestas no siempre contienen soluciones efectivas al problema pues se sigue aceptando el “silencio” del legislador, su desidia y negligencia para actuar y continúa sin cumplirse la voluntad soberana, y no se ha considerado en nuestro medio que la actitud silente del representante del pueblo, produce en múltiples oportunidades situaciones contrarias a sus intereses.

Explica Ignacio Villaverde que, el silencio legislativo puede ser contrario a la Constitución si con él se logra desplazar la voluntad del pueblo soberano, lo que altera en consecuencia el contenido normativo de la Carta, la cual debe configurarse de cierta forma, y si su representante con su silencio crea situaciones contrarias, éstas deben ser declaradas inconstitucionales. “El silencio del legislador se transforma en una omisión inconstitucional si el incumplimiento se convierte en infracción constitucional.”²⁶

La omisión legislativa genera consecuencias precisas, por lo que, tal como se ha consagrado en la aclaración del voto de la sentencia C-543 de 1996: “Las omisiones legislativas tienen efectos normativos, pues la ausencia del texto legal produce norma”. Esta afirmación es la consecuencia de considerar que la omisión legislativa no implica un vacío de regulación, sino una regulación diversa, toda vez que en los ordenamientos jurídicos, como siempre se ha señalado, no existen vacíos o lagunas normativas; los principios y la actividad judicial llenan los vacíos legales. En efecto, existen normas derivadas de las omisiones legislativas absolutas.

Como se ha dicho, la norma que se deriva del silencio del legislador puede ser contraria a la Carta, y ésta es norma de normas, no sólo señala derechos y prohibiciones, exige también el cumplimiento de deberes positivos a los poderes públicos, incluido, claro está, el legislador. Si los deberes no son acatados puede incurrirse en una violación de la Ley Suprema y, en ese supuesto, ya es competente la Corte, por lo que no pudo haber estimado que su facultad, se limitaba sólo a las “actuaciones” del legislador²⁷, si la Constitución es vulnerada, aún por omisión absoluta, a la Corte corresponde su control, la existencia de un texto legal no puede ser requisito indispensable para que ella cumpla con la función que se le ha asignado: “La guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”.

El texto de la norma es objeto de interpretación y las reglas de derecho o proposiciones normativas son las que de él se desprenden, así “La relación entre norma y enunciado normativo, no es siempre unívoca”, un mismo texto puede contener enunciados normativos, y a su vez, una sola norma puede estar contenida en diferentes textos legislativos. Se concluye entonces que norma y texto no son siempre iguales, lo que implica el necesario control constitucional sobre el contenido material de la ley, o bien, la norma que se deriva de la omisión legislativa; pues en el ordenamiento jurídico no pueden permanecer reglas contrarias a la Carta.

Así, una omisión legislativa no implica un vacío de legislación, por lo siguiente:

- . La omisión genera consecuencias precisas.
- . La omisión tiene efectos normativos.
- . La ausencia de texto legal produce normas.

Las consecuencias enunciadas son precisamente, las que conforman el contenido material, el contenido normativo que se deriva de la interpretación y que constituye la existencia de regulación.

Si la Constitución ha impuesto al legislador el deber de expedir determinadas leyes y no lo ha hecho, como ya lo advertimos, incurre en una omisión legislativa, debemos examinar por tanto, en este aspecto, que alcance tiene el control constitucional:

- . La creación de la ley para desarrollar la Constitución, debe partir de un mandato expreso y no sólo facultativo.
- . La omisión debe ser manifiesta, para lo que deben analizarse entre otros, los siguientes aspectos:

Si existe o no plazo para la expedición de la ley. Si no se ha estipulado término alguno, será necesario considerar: razonabilidad de tiempo transcurrido, tentativas del legislador para la expedición de la ley, dificultades presentadas, consecuencias o implicaciones generadas por la omisión.

La Corte debe declararse inhibida si la Constitución no le impuso al Congreso la obligación positiva de legislar en determinados asuntos, o bien, si el plazo aún no ha transcurrido.

Cuando se evidencia una omisión legislativa, pero es posible deducir consecuencias jurídicas de la existencia de diversas regulaciones, en principio, no es competencia de la Corte desarrollar las normas que el legislador ha dejado de expedir. En la legislación portuguesa, al juez constitucional,

solo le queda la posibilidad de declarar la omisión, sin establecer regulaciones sustitutivas o sin pretender realizar lo que corresponde al legislador, pues su tarea esencial sigue siendo la de expulsar del ordenamiento jurídico, las normas que le sean contrarias a los mandatos superiores, es decir, la del “legislador negativo”.

No obstante, en un Estado Social de Derecho, las garantías establecidas para los asociados no pueden quedar suspendidas, simplemente porque el órgano al que se le ha dado la competencia, no ha creado adecuadamente los mecanismos necesarios para lograrlo; su eficacia es lo esencial según lo prevé el artículo 2º de la Carta Política, en ese sentido correspondería entonces al juez, fortalecido en la Norma Superior, ser guardián y defensor de los derechos inherentes a toda persona a través de sus decisiones, lo que es perfectamente compatible con los mandatos de la Carta. Argumentar lo contrario sería desconocer los valores y principios constitucionales que propenden por la efectividad de los derechos individuales y desconocer el contenido del artículo 228 superior que consagra la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental.

No puede simplemente argumentarse que si hay ausencia de ley, como lo señala la Corte, no hay acto que comparar con la Norma Suprema y que por ello no es competente para conocer las omisiones absolutas, dado que el control puede perfectamente recaer sobre la norma derivada de la interpretación que se hace cuando existe la omisión, y si ésta es contraria a la Constitución, no queda otra salida diferente a la de asegurar su supremacía, pues en el orden jurídico no pueden permanecer normas que no se ajusten a la más alta Ley.

La omisión legislativa que origina norma jurídica, puede ser contraria a la Carta y si con ello se generan perjuicios a los asociados, el Estado –órgano legislativo- deberá responder. No legislar cuando se está obligado a hacerlo, es negar, es suprimir los postulados esenciales de un Estado Social de Derecho.

2. Dilación injustificada de la ley.

En la misma sentencia C-543 de 1996, la Corte Constitucional colombiana señala: “La Constitución no impone plazos para que el legislador pueda cumplir con su obligación de legislar. En consecuencia, mal podría sostenerse el incumplimiento de una obligación de hacer, sino se señala el tiempo dentro del cual debe realizarse éste, requisito que también es indispensable para determinar si la omisión es justificable o no”.

Pero tal como se ha indicado, tanto en la acción como en la omisión del legislador, se precisa verificar si con una dilación injustificada se vulneran o no derechos o libertades contemplados en la Carta, de obtener una respuesta positiva, no hay duda que existe una infracción a la Norma Suprema, pues **“el plazo razonable para legislar se aplica en el momento en que se prueba la infracción constitucional”**²⁸ (Se resalta).

Como se ha sostenido, no sólo se lesionan derechos de los asociados cuando se expide una ley, sino cuando se omite hacerlo, o bien, cuando hay una dilación ilegal o injustificada, pues ésta, igualmente, constituye una inacción, es decir, la dilación es simplemente una “omisión legislativa”, la que como se ha señalado es un incumplimiento de las obligaciones, asignadas por la Carta para el logro de sus fines. Ahora bien, en este sentido es indispensable anotar, que el silencio legislativo debe ser relevante, la consecuencia jurídica que de él se derive, debe ser manifiestamente contraria a la Constitución y afectar en forma grave los intereses de los miembros de la comunidad.

Es importante anotar que en el Estado Social Constitucionalizado, son los cometidos de esta clase de Estado los que imponen al legislador, los que le obligan a no permanecer en silencio ante el statu quo. De ahí que el asunto de las omisiones inconstitucionales del legislador, es decir, los silencios legislativos que violan la Constitución, se asociación

exclusivamente, hasta la identificación, con el incumplimiento de los mandatos propios del Estado Social²⁹.

derechos sea respetada y garantizada por todas y cada una de las autoridades instituidas para ello.

Al respecto, Mortati³⁰ señala:

“...una omisión inconstitucional es un incumplimiento doloso de un mandato constitucional cometido por el legislador mediante su silencio, sugiriendo que lo lesivo no es el silencio o sus consecuencias, sino la decidida voluntad política de no legislar, y frustrar con ello el mandato constitucional. Es la voluntad infractora del legislador, y no las consecuencias del silencio doloso, lo que debe someterse al control jurídico, pues semejante voluntad hace relevante jurídicamente el silencio legislativo al infringir la Constitución”.

Se concluye que la dilación es un tipo de silencio legislativo. No puede esperarse que por plazos indeterminados el legislador dilate la creación de las leyes o de los mecanismos necesarios para el logro de los postulados supremos: el bien común y el interés colectivo. Tampoco puede olvidarse que la Constitución es de eficacia inmediata y la protección de los derechos fundamentales no da espera, es más, éstos no pueden quedar suspendidos en el tiempo sometidos al arbitrio y a la voluntad del legislador para su adecuada protección.

Como corolario de todo lo anterior, es imperativo concluir que es la forma de organización jurídico política que actualmente rige nuestro Estado, la que vincula así mismo al legislador, como sujeto de las responsabilidades que puedan derivarse de su acción o bien de su conducta omisiva o dilatoria injustificada. Sostener que no es viable reparar los daños o las consecuencias negativas que dicho silencio genere a los asociados, es simplemente afectar de manera significativa los postulados superiores que, como bien se señaló, han sido creados por el constituyente con la única finalidad de asegurar la construcción de una sociedad en la que la eficacia real de sus

¹ Con carácter divino (Ciudad de Dios de San Agustín) y por ende carente de cualquier cuestionamiento o rechazo humano por considerarse proveniente de un dios legislador.

² Frossini, Vittorio. La letra y el espíritu de la ley. Barcelona. Ariel, S.A. 1995 p.16.

³ La discusión, en efecto, se convierte en un elemento esencial del principio democrático, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia 668 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴ Ver Corte Constitucional. Sentencia C 543 de 1999. Magistrado Ponente, Carlos Gaviria.

⁵ PEÑA FREIRE Antonio Manel. La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Madrid Trotta. 1997.pg. 200

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Ed. Trotta. 1997. Pags. 156

⁷ Conferencia dada por el profesor Josserand en las facultades de derecho de Lisboa, Coimbra, Belgrado, Bucarest, Oradea y Bruselas; en el Instituto Francés de Madrid y en los Centros Jurídicos del Instituto Marroquí de altos estudios, en Rabat y Casablanca.

⁸ LÉVY EMMANUEL. Evolución de la responsabilidad. En JOSSERAND, Louis Conferencia citada.

⁹ FERNÁNDEZ Tomás Ramón y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Curso de Derecho Administrativo. Madrid; Civitas S.A. 1997, página 368.

¹⁰ Ley Federal de Expropiación Forzosa de España de 1954 que señaló que había lugar a la indemnización de los particulares si con ocasión de esa ley se le causaba lesión en sus bienes y derechos.

¹¹ Ley 30 del 26 de noviembre de 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Común (LRJ-PAC), señala que debe indemnizarse por los daños sufridos por los particulares en cualquiera de los bienes y derechos por el mal funcionamiento del servicio público, por la ejecución de acuerdos ilegales, por la omisión del servicio público y la omisión de una actividad ordenada o retraso en el obrar.

¹² GÓMEZ ISAZA, MARÍA CRISTINA. El Mito del legislador racional. Ed. Universidad Pontificia Bolivariana. Colección de Estudios Políticos No. 5. 1998. Pag. 7.

¹³ “La primacía de la Constitución implica que todas las fuentes del derecho, incluida la ley tienen la posición que la Constitución les asigne y que los términos en que el reglamento se subordina a la ley no dependen ya de ésta, sino de prescripciones constitucionales” DE OTTO, Ignacio.

Derecho constitucional, sistema de fuentes. Ariel S.A., Barcelona, 1995. pag. 139

¹⁴ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Ob. cit. Pág. 54.

¹⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992. Mag. Ponente Ciro Angarita Barón.

¹⁶ “...no existen, en el Estado de derecho, poderes sin regulación y actos de poder incontrolables: En él todos los poderes se encuentran limitados por deberes jurídicos relativos no solo la forma sino también a los contenidos de su responsabilidad por sus autores” FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Trotta. 1995. pág. 857.

¹⁷ ELSTER, Jon. Régimen de mayorías y derechos individuales. Contenido en el libro “De los derechos humanos”. ED. Trotta. Madrid. Pag. 171.

¹⁸ Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, en sentencias del 25 de agosto de 1998, Magistrado Ponente Jesús María Carrillo, expediente IJ-001 y la del 8 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández, expediente IJ-002.

¹⁹ PÉREZ RESTREPO, Bernardita. Apuntaciones en torno a una Teoría del Estado por los Actos del Legislador en: Revista del Instituto Colombiano de Responsabilidad. Medellín. Nro 2 (sep. 1996). P.136

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T 406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

²¹ Peña Freire. Op cit P. 201. en la tesis pág. 114.

²² Consejo de Estado col., Sección III, sentencia de 24 de septiembre de 1993. C.P. Daniel Suárez Hernández. Para no citar sino una entre las muchas que al respecto existen

²³ Henoa, Juan Carlos. Presentación General de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. Conferencia dictada en el marco de las II jornadas colombo venezolanas de derecho público. 1996.

²⁴ Henoa, Juan Carlos. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés. Santafé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. pag. 36.

²⁵ Consejo de Estado Colombiano. Sentencia de marzo 26 de 1992, expediente 6353, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, actor CEAT General de Colombia S.A. Vs Empresas Públicas de Medellín.

²⁶ Villaverde Menéndez, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. Madrid: Mc Graw Hill, 1977. pág. 242 .

²⁷ Así lo ha reiterado, entre otras, en las sentencias: Corte Constitucional. Sentencia C-555 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-247 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-073 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-101 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-407 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-745 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-067 de 1999. M.P. Martha Victoria SÁCHICA M., C-132 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-1433 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonel, C-041 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-427 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-780 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-823 de 2005. M.P. Alvaro Tafur Galvis, C-854 de 2005, C-1009 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda, C-1154 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁸ CALVO CHARRO, María citada por Villaverde Menéndez. Op cit. Pag. 45.

²⁹ VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio. Op cit. Pag. 1

³⁰ MORTATI, Constantino, citado por Villaverde Pag. 71.

UN INTENTO DE EXPLICAR LA APLICACIÓN DE LA ABDUCCIÓN EN EL PROCESO

Por: Ana Cecilia Calderón Sumarriva¹



Resumen

En este artículo explicaré cómo los jueces pretenden dar solución a los diversos casos y situaciones jurídicas que a diario afrontan y confrontan a las personas, así como al Estado. En tal sentido, los jueces optan por algunos métodos y técnicas para dar fin a los suscitados conflictos. Analizaré cuáles son algunos de los criterios que aplican los jueces a la hora de interpretar la ley o la doctrina, como también trataré sobre los métodos que utilizan en la hipótesis de casos, siempre y cuando estos contrasten con la realidad.

Palabras claves:

Solución de conflictos, métodos, técnicas, jueces, Derecho.

Abstract

In this article, the author explains how Judges attempt to solve the different cases and legal situations people face every day, which make them confront each other or the State. In this sense, Judges choose different methods and techniques that help them give an end to such conflicts. The author analyzes some of the criteria that are applied by Judges when they interpret Law or Doctrine, as well as the method they use to create case hypothesis, so long as they contrast with reality.

Key words

Conflict Resolution; Methods; Techniques; Judges; Law.

¹ Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Miembro Titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Codirectora Fundadora de la Escuela de Altos Estudios Jurídicos EGACAL (Perú).

INTRODUCCIÓN

Las reflexiones realizadas sobre este tema son un intento temerario de aplicar el conocimiento transmitido en el Curso de Metodología de la Investigación Científica.

Si tomamos la definición de inmadurez como el insuficiente grado de desarrollo afectivo que puede darse en personas cronológicamente e intelectualmente adultas, así debemos sentirnos en el Derecho respecto al desarrollo de la investigación científica en nuestra área, como bien afirmaba CARNELUTTI “La comparación entre la ciencia del Derecho y las matemáticas, la física y la biología, podrá llevar a la conclusión de que éstas son más maduras que la nuestra...”,² y por ello, creemos que se explican las grandes dificultades que tenemos para asimilar y por ende, para aplicar los métodos científicos, quedándonos sólo en el nivel de cuestionamiento y de reflexión, sin generar soluciones efectivas a los problemas que corresponden a nuestro campo.

ABDUCCIÓN EN EL PROCESO

Pretendimos asimilar y aplicar lo apprehendido en el ámbito de nuestro desempeño profesional, es decir, dentro del derecho procesal. Partimos de la idea de que existe una abundante materia prima para el desarrollo del trabajo intelectual en nuestra especialidad, puesto que en ella se presentan problemas de toda índole, los mismos que se resuelven no sólo con la aplicación de reglas jurídicas y no jurídicas (requiere la contribución de varias disciplinas

científicas como la medicina, la psicología, la sociología), sino con el sentido común³ y la contrastación con la realidad.

En el proceso, el Juez suele enfrentarse cotidianamente a situaciones desconocidas, estas situaciones se presentan como una probabilidad y tienen diversas aristas, llegando a él, por las afirmaciones que proviene de quien en ejercicio de su derecho de acción y contradicción, pretenden la resolución de un conflicto intersubjetivo ante el Estado.

En este marco, el proceso sería la “vía para obrar”, es decir el método. No se puede sostener que dentro de él se actúa sólo en base a la intuición o imitación, no se trata únicamente de un obrar empírico, se obra según ciertas reglas, de tal manera que constituye un “obrar técnico”⁴. El problema que se dio en el proceso (civil, penal, laboral o constitucional) en nuestro país, fue que justamente, durante mucho tiempo, no se pudo sustituir el empirismo por la técnica.

Uno de los obstáculos y creemos, que es el mayor, es la ausencia de instrumentos de precisión para captar los datos⁵, siendo nuestra mayor herramienta, la observación, por ello, la exigencia de la intermediación (proximidad con los sujetos y objetos procesales), pero surgen frecuentemente problemas en la percepción e interpretación; además, cabe la posibilidad que el Juez pierda el rumbo por prejuicios, sentimientos o pasiones que no son ajenos a la naturaleza humana.

² CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del Derecho*. Valletta Ediciones, 2003. Pág. 12.

³ “(...) el sano sentido común no puede ser tachado en su totalidad como un mero amontonamiento de afirmaciones arbitrarias o de charlas insustanciales, y además, por lo contrario, tampoco se puede decir que la ciencia sea conocimiento completamente fundado o probado. Precisamente, un rasgo peculiar de la ciencia consiste en la asunción explícita de su carácter falible, ninguna de sus demostraciones es absoluta, ninguna de sus comprobaciones, definitoria.” (SAMAJA, Juan. *Semiótica de la ciencia*. Pág. 5).

⁴ “La ciencia busca las reglas, la técnica es la aplicación de éstas. La primera pertenece al campo del conocimiento, la segunda al campo de la acción”. (CARNELUTTI. *Ob. Cit.* Pág. 18).

⁵ “No hay, desgraciadamente para nosotros, ni telescopios ni microscopios (...)”. (CARNELUTTI. *Ob. Cit.* Pág. 49)

PRIMER PASO:**1. ANALOGÍA**

El Juez debe dar ese “gran salto” de las situaciones conocidas a una situación desconocida (el caso), conectando lo conocido con lo desconocido, a fin de encontrar rasgos similares, y convertir el hecho investigado en un caso típico, surgiendo a partir de ello, ciertas consecuencias trascendentes para el Derecho.

De todos los operadores en el sistema jurídico, el más cercano a la realidad, el que cotidianamente observa la diversidad de casos, es el Juez; que debe tomar en consideración, que existen objetos de observación totalmente diferentes, como que coincidan objetos de observación que tengan semejanzas esenciales, fundadas en una cualidad. Para ver si efectivamente estamos ante una diferencia o semejanza esencial, luego de la observación el Juez procede a efectuar una comparación, y para ello tomará en cuenta los “modelos conocidos”.

1.1 Modelos conocidos

La praxis permite al Juez tener presente, para esta tarea de comparación, modelos conocidos, contruidos en forma abstracta (ley y doctrina) y concreta (jurisprudencia). Consideramos que el trabajo judicial no se reduce a un modelo binario de deducción, en virtud del cual únicamente se deba subsumir el caso en la norma, utilizando el clásico silogismo deductivo (premisa mayor, premisa menor y conclusión), más bien creemos que el Juez abduce en forma cotidiana.

Ejemplo:

Llega al Juez un caso sobre un sujeto que utilizando el engaño ha logrado la entrega de

parte de la víctima de una cantidad considerable de dinero, a través del engaño la indujo a error y por ello realizó la disposición patrimonial. De acuerdo al modelo conocido por el Juez (tipo penal de estafa, previsto en el Código Penal), el Juez considera que se dan los elementos que configuran el mencionado delito, puesto que reúne los rasgos descritos en la Regla, ello, lo lleva a concluir que el caso tipo es de Estafa y dicha hipótesis se confirma con los medios de prueba obtenidos en el proceso, por lo tanto, al sentenciar concluye por la condena y la aplicación de las consecuencias penales que corresponden al caso típico – estafa.

1.2 Obtención de la hipótesis al confrontar lo conocido con lo desconocido

Entre el modelo conocido y el hecho desconocido existen rasgos esenciales comunes que los hacen semejantes, lo que permite plantear una afirmación que debe ser objeto de verificación en el proceso.

Planteada esta idea, en el ámbito penal tenemos por ejemplo, el caso de una mujer que era maltratada constantemente por su marido, e influye en su hijo para causar la muerte a su padre, a quien apuñala mientras estaba dormido; los padres de este joven no habían contraído matrimonio; sin embargo, el hijo es producto de su relación mantenida durante muchos años conocida por todos, como una relación estable y libre de impedimentos. El Juez ante estos hechos se plantea dos interrogantes ¿La madre es autor o instigador de parricidio u homicidio? ¿El hijo es autor de parricidio u homicidio?, el Juez va utilizar los modelos conocidos para construir una hipótesis, y con el temor de equivocarnos, en la siguiente afirmación, consideramos que para la construcción que va realizar, intervienen los cuatro métodos desarrollados por PEIRCE:⁶

⁶ “Decíamos que tomaremos de él, el espíritu amplio con que aborda los métodos, evaluándolos no por referencia a un patrón concebido en un estado de cosas absoluto llamado “verdad”, sino por referencia a uno concebido como función, que podemos llamar “eficacia”, “adaptabilidad” o, para usar un término de la hora: “sustentabilidad”. Además tomaremos de Peirce el esquema de cuatro métodos, a saber: 1. método de la tenacidad, 2. de la autoridad, 3. de la metafísica y 4. de la ciencia.” (Citado por SAMAJA, en Semiótica de la Ciencia. Pág. 8).

Existe un ingrediente de “intuición o corazonada”, el Juez que conoce el caso se plantea una primera hipótesis, en base a una creencia, que le surge internamente. A veces, suele verse la solución, instalándose en él como absoluta; pero nos parece que existe el riesgo de que fácilmente se destruya esa posibilidad, por carecer más adelante de sustentabilidad.

También es posible que la solución planteada provenga de una creencia transmitida por otros sujetos (su familia o comunidad), la solución planteada puede no admitir críticas, y no siempre va a ser aceptada por todos.

Con el método de la reflexión, el Juez se plantea diversas alternativas y opta por aquella que considera razonable, la mejor fundada en principios, pero la solución no resulta eficaz. El Juez debe avanzar al punto de plantear soluciones que estén acordes con la realidad, sobre la cual deber efectuar una tarea, contrastación o refutación, esto se logra en el proceso, mediante la prueba.

El optar por el método de la ciencia que implica contrastación empírica, permite un retorno a la intuición. Y aquí nos adherimos, a lo indicado por SAMAJA “quien apela a la intuición misma es ahora no un individuo formado por el ADN del género humano, sino por el magisterio de sus comunidades particulares de origen, por la educación escolar y los ideales heroicos de su respectivo Estado, y por la praxis de los intercambios universales (...)”⁷

2. CONTRASTACIÓN CON LA REALIDAD

En el proceso debe darse la misma libertad que en la ciencia, libertad en el sentido de que se puedan plantear opiniones y que se esté dispuesto a examinarlas sin establecer juicios a priori, luego se optará por aquellas que tenga conformidad con los hechos.

SAMAJA sostiene que la contrastación empírica como criterio de sustentabilidad de las hipótesis no sólo implica un nuevo criterio de validación sino también nuevos criterios heurísticos, es decir, para elegir contextos de descubrimiento⁸.

La investigación en el proceso necesita partir de hipótesis para derivar consecuencias, pero éstas deben estar sostenidas no sólo por un conocimiento teórico sino también por la praxis, puesto que no se trata de un mero hallazgo por el azar o la suerte, que implicaría en nuestro caso, graves afectaciones a los derechos de las personas, tales como la presunción de inocencia, o actos que importen exceso de poder o arbitrariedad.

Conclusión:

Creemos que por este método se pone a funcionar los conocimientos generales ya disponibles y se mueven en un círculo de presuposiciones con la deducción y la inducción.

A través de la analogía se va del caso conocido al desconocido, derivando una Regla del caso conocido, y basados en la semejanza formal con el caso desconocido, la Regla también debe ser semejante. En conclusión, la analogía permite descubrir o idear las reglas (hipótesis), y la abducción hace funcionar la Regla disponible, conjeturando que unos rasgos anómalos dados son comprensibles como Caso de una Regla dada. La deducción servirá para desprender las consecuencias no explícitas todavía de la conjetura del Caso, que viene a darse cuando el Juez deriva de su análisis ciertas consecuencias personales o patrimoniales, como resultado de aplicación de la Regla; finalmente la inducción permite confirmar o desconfirmar la presunción realizada, reafirmar que la Regla se ha mostrado eficaz a la hora de predecir, o falsando la conjetura de que la Regla sea aplicable a esos rasgos encontrados⁹. Esto último suele suceder

⁷ SAMAJA, Juan. Ob. Cit. Pág. 29.

⁸ SAMAJA, Juan. Ob. Cit. Pág. 20.

⁹ SAMAJA, Juan. Ob. Cit. Pág. 25.

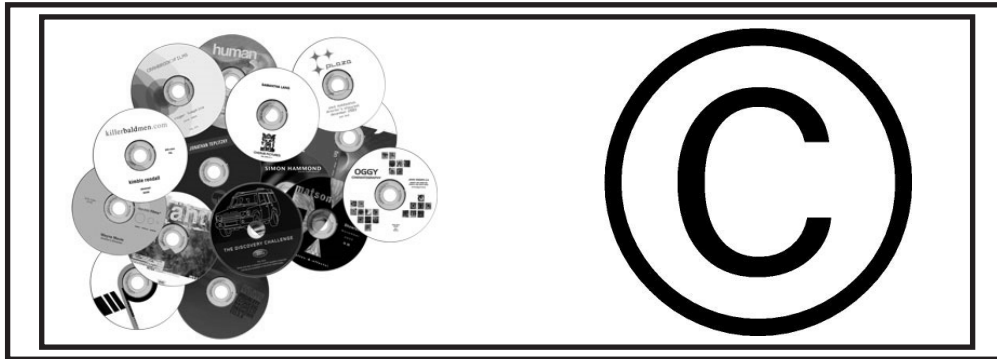
cuando el Juez revisa casos similares y jurisprudencia preexistente y advierte que el trabajo efectuado fue válido.

BIBLIOGRAFÍA

- CARNELUTTI, Francesco. Metodología del Derecho. Valletta Ediciones, 2003.
- GONZALES GRANDA, Piedad. Independencia del juez y control de su actividad. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- SAMAJA Juan, Semiótica de la ciencia, método de investigación, Parte I, Editorial Biblos, Buenos Aires, Argentina 2000.
- SAMAJA Juan, Proceso, Diseño y proyecto de investigación científica, Editorial JVE Psique, Buenos Aires – Argentina 2004.

LA ERA DIGITAL Y LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR

Por: César Alejandro Osorio Moreno¹



Texto: “La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor”; Sofía Rodríguez Moreno, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004, 317 páginas. Biblioteca USB Salento 346.048- 2 (R696e).

Su autora, Sofía Rodríguez Moreno, es especialista en Propiedad industrial, derecho de autor y nuevas tecnologías de la Universidad Externado de Colombia, docente investigadora de dicha universidad y ha realizado investigaciones conjuntas con el Centro Regional para el fomento del libro en América latina y el Caribe, CERLALC, miembro del Centro Colombiano de Derecho de Autor CECOLDA.

En esta ocasión se reseña su publicación “La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor”, como se sabe de la propiedad intelectual se desprende el derecho de autor, los derechos de propiedad

industrial y las nuevas variedades vegetales, la autora se ocupará específicamente del tema del derecho de autor y en un contexto más moderno respecto de la visión tradicional que siempre se le ha dado a este tipo de derechos de propiedad inmaterial.

La autora desde el título deja claro que las excepciones y limitaciones al derecho de autor serán trabajadas bajo la perspectiva de la era digital, en un contexto propio de la sociedad de la información dominado por las nuevas tecnologías, por lo tanto, amén de encontrar las ya acostumbradas definiciones del derecho de autor, de sus contenidos patrimoniales y morales, y las limitaciones comunes al ejercicio de estas facultades, el lector podrá confrontar estas en clave del Digital Millennium Copyright Act (DMCA).

La obra consta de cuatro capítulos, en el primero de ellos se desarrollan las cuestiones

* Docente investigador de la Universidad de San Buenaventura, actualmente dirige el curso electivo de propiedad intelectual.

Líder de la Línea de Investigación y del semillero en Derecho Penal Moderno. Vinculados al grupo de investigación Derecho, Cultura y Ciudad, de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Medellín.

Abogado y especialista en Derecho Penal (Universidad de Antioquia), Candidato a Doctor (Universidad Pablo de Olavide) Sevilla España. Pasante Max Planck Institut, Freiburg Alemania.

Correo Electrónico: cesar.osorio@usbmed.edu.co

generales del derecho de autor, en el segundo las limitaciones y excepciones al derecho de autor, en el tercero la aplicación del derecho de autor en el entorno digital y en cuarto muy contextualizado a nuestro derecho Colombiano se hace una referencia expresa al estado actual de la regulación del ciberespacio y el derecho de autor en Colombia.

En los últimos dos capítulos reseñados de la obra, es donde la autora marca diferencia con los textos clásicos de derecho de autor, pues trata de una manera amplia y suficiente en más de 200 páginas de contenido, los temas del entorno digital, el desafío de los derechos de autor frente al internet, la regulación del ciberespacio y los derechos de autor en los Estados Unidos, las medidas tecnológicas de protección de las obras, y estos mismos problemas de regulación bajo un enfoque de las nuevas tecnologías en el ámbito europeo.

Definitivamente esta es una obra de derecho de autor, moderna en todo el sentido de la palabra, se sale de lo usual y no cae en el discurso dominante muy hasta nuestros días de entender el derecho de autor a partir de los derechos intelectuales en esa relación de paternidad y explotación de la obra, porque es evidente y muy acorde con las investigaciones que se vienen desarrollando en la materia, que ahora los derechos de autor enfrentan el reto más difícil en la sociedad de la información y las nuevas tecnologías su reconocimiento, respeto y vigencia en los ámbitos digitales.

Se recomienda la consulta, lectura y estudio de este interesante texto sobre el derecho de autor bajo la perspectiva de era digital, donde la profesora Rodríguez se ocupa de manera especial de los retos que vienen enfrentando ya otros países (especialmente el bloque de Norteamérica y Europa), y que permitirá a los investigadores, académicos y estudiantes que exploren esta obra, encontrar una fuente original de conocimiento frente a una nueva fuente original de problemas.

Muy a propósito que nuestra facultad de derecho cuenta con una línea de investigación en derecho mercantil, propiedad intelectual y nuevas tecnologías que ya tiene un semillero a su cargo y que lidera propuestas de capacitación y de investigación dentro y fuera de la facultad, siendo incluso nuestra facultad una de las primeras en contemplar dentro de su pensum de formación la propiedad intelectual como una materia independiente y no anexa al curso de bienes o derecho comercial.

UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA SECCIONAL MEDELLIN

**FACULTAD DE DERECHO
COORDINACIÓN DE FORMACIÓN INVESTIGATIVA**

REGLAMENTO E INDICACIONES DE PUBLICACIÓN REVISTA HOLÍSTICA JURÍDICA

La Revista HOLÍSTICA JURÍDICA, es una publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, destinada a la divulgación del conocimiento jurídico generado por la comunidad académica y científica y por el sector judicial, productivo y empresarial. Está dirigida a los profesionales del derecho, sin desmedro de otros profesionales que en una relación de interdisciplinariedad realicen escritos académicos o produzcan resultados de investigación en relación con el campo jurídico.

La Revista consta de las siguientes secciones:

- **Editorial:** “Documento escrito por el Director de la Revista.
- **Sección de Artículos:** Tipo de Documentos o Artículos que recibirá la revista:
 1. **Artículos Originales:** Se presentan en forma detallada los resultados originales de proyectos, de investigaciones y /o monografías.
 2. **Artículos de Reflexión:** Son documentos de buen nivel analítico, comprenden ensayos, proyectos de investigación, resúmenes de trabajo de grado, de investigaciones, de tesis; hacen parte conferencias, síntesis de seminarios y de ponencias. Criticas que un autor realiza haciendo uso de fuentes originales.
 3. **Artículos de Revisión:** Hacen parte de estos documentos, una cuidadosa revisión bibliográfica sobre un campo de la tecnología y la educación, dando cuenta de las novedades y /o avances en un área específica del saber, generando un significativo valor académico, científico, tecnológico y pedagógico.
 4. **Artículo Corto:** Documentos breves, que presentan avances de los resultados de una investigación y requieren ser divulgados para el beneficio académico y / o del sector social y productivo.
 5. **Reporte de Caso:** “Se da a conocer los resultados de un estudio (las experiencias Técnicas y metodológicas) de un(os) caso(s) en particular “incluye la revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.
 6. **Revisión de Tema:** Es el “resultado de la revisión critica” de literatura sobre un tema de investigación”
 7. **Cartas al Editor:** Según el Comité editorial serian “Las posiciones criticas, analíticas, o interpretativas” que envían los lectores sobre los temas publicados, y que contribuyen al debate de las comunidades académicas y de los grupos de investigación.
 8. **Traducción:** La “traducción de textos clásicos de actualidad” y de interés temático para la revista, según lo dispuesto por el Comité Editorial.

RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS

Las personas que deseen presentar artículos para ser publicados en la revista HOLÍSTICA JURÍDICA deben cumplir el siguiente trámite ante la Coordinación de Formación Investigativa.

1. Los textos originales se deben enviar en sobre sellado, y dirigidos a la Coordinación de Formación Investigativa de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, Campus Universitario: Calle 45 Nro. 61 - 40 Barrio Salento-Bello. El Director de la Revista responderá a los autores por carta, correo postal o electrónico, sobre el proceso de análisis y revisión de textos y los autores deberán realizar las correcciones que le indique el Comité Editorial en los plazos que se establezcan.
2. Los artículos se deben entregar en forma impresa (original y copia) y en medio magnético.
3. Una vez verificada la entrega debe llenar la ficha de inscripción y registro de artículos.
4. La Coordinación de Formación Investigativa expedirá una nota de recibido, en la cual se incluye, fecha, hora, medios físicos entregados, número de páginas y de archivos adjuntos.
5. El tiempo del proceso de evaluación de los artículos fluctuará entre 30 y 45 días hábiles, pasado este tiempo el Comité informará a los autores (principal) si el artículo ha sido aceptado, aplazado o rechazado para publicarse. (si el estado de los archivos no se ajusta a las condiciones de procesos de impresión es posible que el artículo no sea publicado).
6. Los autores que envíen los artículos a la revista HOLÍSTICA JURIDICA, se acogen a las indicaciones de publicación, y normatividad que en derechos de autor rigen en el país.
7. Los artículos se recibirán dos veces al año, las fechas límites de recepción son las siguientes: febrero 15 y 30 de junio. Lo anterior para hacer los trámites de revisión interna de cumplimiento de requisitos exigidos, (revisión de redacción de textos, traducción de resúmenes) evaluación de pares (árbitros) se exceptúan las personas que sean invitadas a escribir.
8. Los documentos que no se ajusten a los requisitos aquí expuestos serán devueltos sin someterse a evaluación.
9. Si la autoría de un artículo es de un grupo de investigación, debe aportar para el archivo de la revista la siguiente información:
 - a. Grupo al que pertenecen los autores, objetivo del grupo, líneas de investigación en que trabajan, proyectos que se ejecutan en cada línea y los artículos se deben corresponder con los proyectos respectivos.

PRESENTACIÓN DE LOS ARTICULOS

1. **Título:** Debe ser corto, centrado, sin exceder las 15 palabras, usar mayúscula en la letra inicial o en los nombres propios. Los nombres científicos y los símbolos se escriben en letra cursiva (por ejemplo: Podium, T: Temperatura). El título en otro idioma se corresponderá con la traducción fidedigna.
2. **Autores:** Deben ir centrados, en orden, de acuerdo al orden de importancia en la contribución de la investigación y /o en la elaboración del artículo. Se Incluyen los nombres y apellidos completos, indicando los títulos académicos abreviados (por ejemplo: Dr., Mg) y la institución a la que pertenece (Programa o grupo de investigación).
3. **Resumen:** En forma concisa expone el objetivo general, la justificación, el enfoque teórico, la metodología y los resultados de la investigación y /o la monografía. No debe exceder las 300 palabras. No cita referencias.
4. **Palabras claves:** Cerca de cinco palabras claves, se ubican en orden alfabético al final del resumen.
5. **Abstract:** Es la traducción fiel del resumen en otro idioma diferente al del texto original. Se incluye la traducción de las palabras claves.
6. **Introducción:** se ofrece una información general del contexto, los enfoques, el estado actual del tema, la importancia de su realización, da cuenta de las secciones y eventualmente de un trabajo futuro en el mismo tema.
7. **Las secciones del artículo:** comprende: título, subtítulos, la introducción, los resultados, tablas y figuras, las conclusiones, las recomendaciones, referencias bibliográficas. Los párrafos de cada sección irán precedidos por un espacio sencillo, dejando una sangría al comienzo de cada párrafo.
8. **Resultados:** se debe redactar en tiempo pasado, con precisión y detalle, los gráficos y cuadros con la información estadística pertinente, además con la explicación corta y coherente de cada cuadro, estos deben aparecer en forma adecuada a la exposición de resultados.
9. **Tablas y figuras:** Llevará una numeración, un título, subtítulo requerido y una leyenda explícita. Las fotografías, deberán contar con un indicador numérico arábigo y especificación temática resumida. Las figuras y tablas que usted inserta en su documento, solo están para ayudarle a medir el tamaño de su documento, por conveniencia de los árbitros, y hacerlo fácil para usted distribuir las preimpresiones. Por tanto, las fotografías, imágenes y logotipos, deben ser enviados como anexos en los programas originales de diseño, (Tiff, Jpg, Corel Draw, Photo Shop, Photo Painr etc.) estas imágenes deben ser con una resolución de 300 dpi. En casos de no tener archivos digitales, puede enviar como anexo, las imágenes en papel o impresión láser en un tamaño superior al que finalmente saldrá su publicación, con el fin de que al scanear y luego imprimir no pierda resolución. En el caso de fotos, puede enviar los positivos, para logotipos con tipografías especiales debe enviar las fuentes correspondientes.
10. **Referencias:** se conservarán en su idioma original, se presentarán en orden alfabético tamaño de letra arial 12 y deben cumplir con normatividad ICONTEC. En trabajos de grado, monografías, investigaciones, tesis se especificará, autor, título, modalidad de trabajo (proyecto, monografía, investigación, tesis), grupo de investigación, institución, ciudad, año número de páginas.
11. **Agradecimientos:** los autores pueden hacer mención de las Instituciones, organizaciones y/o personas que financian o apoyan los proyectos, cuyos resultados son objeto del artículo que presentan en la revista para publicación, igualmente citar los colaboradores e informantes pertinentes.

12. **Aceptación:** el material se recibirá en copia impresa (original y copia) y electrónica, en CD O DVD o al correo electrónico gloriay.perez@usbmed.edu.co, el nombre del archivo, editado en procesador de palabras Word, indicando la versión de Word utilizada y el autor correspondiente del trabajo.
13. **Derechos de Impresión y Copia (Copyright):** Los autores se comprometen a ceder los derechos de reimpresión, comunicación pública, reproducción, del material publicado en la revista HOLISTICA JURÍDICA, y cualquier cita al material publicado deberá reconocer los créditos pertinentes de autor y del medio en que se publicó.
14. **Currículum vitae:** carrera de la vida del autor, hace énfasis en la parte científica, tecnológica, docente y profesional del autor y /o del arbitro. No debe exceder 15 líneas cada una. Se hace en Arial, tamaño nueve (9). Se colocan en orden de aparición en el título.
15. Se recibirán **notas breves**, en las que no es necesario incluir resumen-abstract- ni dividir el manuscrito en secciones, excepto para la literatura citada. La primera página debe llevar el título y el (los) autor (es).
16. Los artículos deberán ser inéditos, estar escritos en español o en otro idioma, digitados en fuente Arial de 12 puntos, las hojas deben estar numeradas, en el extremo superior derecho, los conceptos científicos y académicos deberán ser sustentadas con su respectiva cita de autor, indicando entre paréntesis el número correspondiente, y la referencia al final del documento. El tamaño de los artículos estará comprendido por un mínimo de dos cuartillas y un máximo de 11 páginas. El Comité editorial se reserva el derecho de recibir artículos sin las respectivas referencias.

La Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, la Facultad de Derecho y la Coordinación de Formación Investigativa, no se responsabilizan o solidarizan, necesariamente con los conceptos emitidos en los artículos publicados, cuya responsabilidad será en su totalidad del autor.

En la revista ha de figurar el nivel de distribución en cantidad en el orden Nacional e Internacional.