

Fundamentos contemporáneos del Derecho Público

Transformaciones necesarias

Mónica Fernández • Vladimir Rodríguez Sanabria
Jheison Torres Ávila • Germán Vallejo Almeida

PÚBLICO 13

Mónica Fernández

Abogada con Doctorado en Derecho. Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible y en Docencia Universitaria. Autora del libro *Responsabilidad Médica: Problemas actuales* y de varios escritos científicos en la materia. Investigadora visitante en la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne (Francia). Se ha desempeñado como asesora en entidades públicas y privadas, conferencista nacional e internacional, investigadora y profesora universitaria. Actualmente es investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Vladimir Rodríguez Sanabria

Abogado con estudios de Doctorado en Derecho Penal. Especialización en Gestión y Desarrollo. Abogado litigante, ha sido profesor universitario y asesor jurídico en despachos de alcaldías. Con libro y artículos publicados.

Jheison Torres Ávila

Abogado y Magíster en Derecho. Doctor en Derecho Constitucional. Se ha desempeñado como Asistente Jurídico de la Cruz Roja Internacional, Coordinador del proyecto Redes Territoriales de la Defensoría del Pueblo, Asesor de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Coordinador del Programa de Fortalecimiento de la Justicia en Colombia (PNUD). Actualmente, investigador de la Universidad Católica de Colombia y profesor asociado de la Universidad Nacional de Colombia.

Germán Vallejo Almeida

Abogado. Magíster en Estudios Internacionales y Doctorado (PhD). Ha trabajado en el Ministerio de Justicia, la Presidencia de la República y la Organización de Estados Americanos OEA. Fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Antonio Nariño, profesor de la Universidad Externado de Colombia y actualmente se desempeña como profesor e investigador de planta de la Universidad Católica de Colombia.

IUS-Público es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las problemáticas del Derecho Público actual; propicia y abre espacios para la consulta, la discusión y la divulgación de los aspectos que afectan a nuestra sociedad en lo pertinente al derecho TIC, el Derecho Internacional, el Derecho Constitucional o el Derecho Administrativo.

De esta manera, y en reconocimiento de la importancia de las transformaciones en el Derecho Público, la Universidad Católica de Colombia pone a disposición de la comunidad educativa y de la sociedad en general esta colección, con la convicción de contribuir al debate y la mejora del sector público a escala nacional e internacional.

- Pensar el derecho como derecho virtual
- La transparencia y el buen gobierno: una perspectiva desde los derechos humanos y las obligaciones de los gobiernos locales
- Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia
- Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia
- El derecho a la buena administración electrónica

Mónica Fernández • Vladimir Rodríguez Sanabria
Jheison Torres Ávila • Germán Vallejo Almeida

Fundamentos contemporáneos del Derecho Público

Transformaciones necesarias

RS
PÚBLICO 13



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Fernández, Mónica

Fundamentos contemporáneos del derecho público: transformaciones necesarias /
Mónica Fernández, Vladimir Rodríguez Sanabria, Jheison Torres Ávila, Germán Vallejo
Almeida.—Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016

112 páginas ; 17x 24 cm.—(Colección Jus público ; no. 13)

ISBN: 978-958-8934-43-3 (digital)

ISBN: 978-958-8934-42-6 (impreso)

I. Título II. Serie III. Rodríguez Sanabria, Vladimir IV. Torres Ávila, Jheison V. Vallejo
Almeida, Germán

1. Derecho público. 2. Derecho administrativo 3. Derecho constitucional

Dewey 342. SCDD ed. 21

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 13 de junio de 2016

2do concepto

Evaluación: 30 de junio de 2016

© Universidad Católica de Colombia

© Mónica Fernández

Vladimir Rodríguez Sanabria

Jheison Torres Ávila

Germán Vallejo Almeida

Primera edición, Bogotá, D. C.

Diciembre de 2016

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Gabriela de la Parra M.

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

CONTENIDO

Prólogo	5
Introducción	7
Capítulo 1. El sistema de derechos y libertades en la constitución de 1991	9
Introducción.....	9
La dignidad humana en el ordenamiento constitucional de 1991	13
Una Constitución de individuos: el ordenamiento de 1886	13
La dignidad humana: la persona como epicentro de la Constitución de 1991	16
Los derechos fundamentales como ejes del sistema de derechos	21
La determinación de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991.....	23
Los derechos en el sistema normativo.....	29
Conclusiones	33
Capítulo 2. El procedimiento de formación de la voluntad de la administración y su responsabilidad patrimonial en el marco de la contratación estatal	35
Introducción.....	35
¿Qué es un contrato estatal?	36
Respecto de los elementos del contrato	38
En relación con sus características	38
Formación del contrato	40
Sobre la ejecución del contrato	40
Proceso de formación de la voluntad de la Administración	41
Etapa de planeación	41
Etapa precontractual.....	55
Responsabilidad patrimonial de la Administración en la etapa precontractual.....	60
Conclusiones	65

Capítulo 3. Responsabilidad por contaminación postransfusional de VIH	69
Introducción.....	69
Vulnerabilidad del proceso de transfusión sanguínea	71
La responsabilidad objetiva del Derecho francés.....	73
Alcance del perjuicio de contaminación	76
La responsabilidad subjetiva del Derecho colombiano.....	77
Responsabilidades comprometidas en eventos de contaminación postransfusional de VIH.....	80
El riesgo de desarrollo en el marco de la contaminación postransfusional de VIH.....	85
Conclusiones	86
Capítulo 4. Una cuestión vigente: la exigibilidad como presupuesto de la culpabilidad	89
La situación del principio de culpabilidad	89
La exigibilidad, presupuesto de la culpabilidad en el Estado social y democrático de Derecho.....	91
La relación entre el Estado y el ciudadano	93
Conclusión.....	98
Bibliografía	101

PRÓLOGO

En las páginas que siguen, el lector encontrará una serie de estudios de Derecho Público, esto es, de Derecho Administrativo, Internacional, Constitucional y Penal, que ofrecen un panorama de la investigación jurídica en el ámbito del Derecho actual. Todos son estudios independientes entre sí, con problemas autónomos de investigación, que ofrecen respuestas particulares.

Lo que une a las partes del libro no es una secuencia hilada de trabajos articulados, sino una inspección multifacética a muy variados problemas de indagación jurídica que, sumados, suministran una visión de la investigación jurídica que retrata las problemáticas contemporáneas del Derecho, lo que, además, ha motivado el título del libro y que son representativos de la investigación que se adelanta, no solo en la Universidad Católica de Colombia, sino en el ámbito nacional e internacional. Lo anterior porque buena parte de la producción académica de los juristas trasiega por temas y problemas análogos a los que recoge este libro.

Doctora Luz Angélica Vizcaíno
Facultad de Derecho,
Universidad Católica de Colombia

INTRODUCCIÓN

En el contexto global actual, el Derecho se está transformando de una manera cada vez más acelerada, al ritmo de los cambios de la sociedad. Lo que es hoy, mañana ya no y surgen nuevas situaciones que, en muchas ocasiones, escapan al control de la ley o modifican un panorama social estable en tiempos relativamente cortos.

La variación de la concepción del Estado hace que la gran mayoría de temas angulares del Derecho Público se cuestione y que, a su vez, no sea sencillo identificarlos y analizarlos, motivo por el cual se amplían los vacíos jurídicos y se vuelven prioritarias su identificación y revisión.

En este libro se plantean problemas de investigación vinculados a diferentes áreas del Derecho Público, en particular al Derecho Administrativo y Constitucional, que han sido resueltos con distintos métodos de indagación, entre ellos, el analítico, el comparado y el histórico.

Esta obra es el resultado de investigación del grupo de Derecho Público y TIC, como parte del proyecto Grandes transformaciones del Derecho Público en la actualidad. Fase I. Contó con la colaboración del grupo de Estudio en Derecho Privado y propiedad intelectual, articulada con la investigación Los retos del Derecho Privado contemporáneo en el contexto del debate constitucional y los nuevos desarrollos de la Economía.

Su propósito ha sido contribuir al tratamiento y, acaso, a la solución de varias dificultades sociales, políticas y jurídicas que enfrenta el país, desde una

perspectiva general que se identifica con el Estado social de Derecho y con la visión humanista propia de la Universidad Católica de Colombia, que procura reivindicar al ser humano con todos sus atributos.

EL SISTEMA DE DERECHOS Y LIBERTADES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991*

Jheison Torres Ávila

Introducción

Desde los albores de construcción y definición del constitucionalismo, en el siglo XVII, los derechos aparecen como la columna vertebral del concepto de control del poder y de la elaboración de una teoría específica de la legitimidad estatal: el modelo liberal. Aunque desde el siglo XIX han surgido modelos alternativos, los derechos siempre tienen un papel relevante. De allí que su comprensión y definición sea elemento central para la caracterización de cualquier modelo constitucional. En Colombia, la elaboración del constitucionalismo social de 1991 trajo consigo una forma diferente de modelo estatal.

Este capítulo tiene por objeto hacer un acercamiento a las características de este modelo de derechos, su configuración y definición constitucional, así como su comprensión desde la teoría constitucional y la teoría jurídica. En la primera parte se revisará el papel que tiene la fórmula política y, con ella, los valores del sistema constitucional de 1991 para la formación e interpretación del modelo de

.....
* Este capítulo es un resultado de investigación del grupo de investigación de Derecho Público y TIC, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

derechos. En este apartado destacaremos la dignidad humana, por considerar que es el valor que ha generado un mayor impacto en la elaboración de este esquema.

En la segunda sección abordaremos el problema de los derechos fundamentales, que no solo instituye un discurso de fundamentación del sistema político-jurídico, sino que también permite el ejercicio de los derechos. Nos detendremos a reconocer los criterios sobre los cuales se establece esta definición por parte de la Corte Constitucional. Por último, señalaremos algunos puntos que definen los derechos dentro del modelo constitucional desde la perspectiva de la teoría jurídica contemporánea.

Desde el siglo XIX, el Estado de Derecho en Colombia funda el orden de sus mandatos en ciertos valores y derechos que informan el resto del ordenamiento. A partir de la revisión del principio de división de poderes y de legalidad, podemos sostener que parte de estos contenidos estructuran la fórmula política (dignidad humana, trabajo, solidaridad, pluralismo). Estos principios cumplen funciones de limitación tanto formal como material y constituyen el contenido esencial sobre el cual se despliega la lógica del control, radicada en la división de poderes, en la vinculación legal y en la democracia. Así las cosas, el sistema de derechos y libertades no puede ser comprendido de forma aislada, puesto que es indispensable reconocer las dimensiones estructurales que el constitucionalismo colombiano ha establecido desde su construcción republicana, al menos formalmente.

Los valores básicos¹ que han precedido el ordenamiento constitucional colombiano y su Estado de Derecho son la libertad individual, la propiedad privada, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la conformación de la voluntad estatal. Estos principios y derechos que vienen reconociéndose desde las primeras Constituciones, en 1810, fueron mantenidos como derechos fundamentales en el ordenamiento de 1886 y hasta nuestros días².

Sin embargo, la inclusión de estos valores y derechos como principios de la legitimidad del Estado implicó una versión estática de los mismos, es decir, se adecuaron a una visión formalista y racionalista del Derecho que impedía su

.....
1 La constitucionalización de esos valores y su traducción en derechos muestran un importante desarrollo, al dejar de lado la postura iusnatural a los que estaban expuestos y que ocasionaba su inoperatividad. Sobre el proceso de iusnaturalización y constitucionalización de los derechos puede verse Cruz (1989).

2 Desde luego, conforme a cada *the/os* constitucional, los derechos se modificaron y aumentaron con el tiempo (Uribe, 1996).

•El sistema de derechos y libertades en la Constitución de 1991.

cambio en sintonía con las transformaciones del Estado y de la sociedad. Al inicio, dichos valores fueron acogidos como principios inmutables (Nino, 1992), pero los hechos sociales y económicos requirieron su expansión y cambio, lo cual implicó nuevas versiones de los derechos consagrados en los primeros momentos de la historia institucional³.

La conciencia de la necesidad de los derechos en la era republicana como pilar del ordenamiento posee una mirada jurídico formal (aspecto legalista) o funcional (en atención a sus contenidos, pero sin derivar las consecuencias de su aplicación). La formalidad de unos y la funcionalidad de otros (expresada sobre todo en la construcción de jerarquías entre derechos que anulan la vida de uno frente a otro)⁴, han implicado que el desarrollo dogmático de los derechos sea una de las importantes asignaturas pendientes en la construcción del Estado de Derecho. El Estado social de Derecho en Colombia intenta zanjar este vacío con la adopción de normas que garanticen su aplicación más allá de esa interpretación restrictiva. Además, divisa en los derechos un mecanismo para construir una nueva legitimidad del sistema jurídico-político.

Esa legitimidad sigue amenazada por la visión formal⁵ de los derechos⁶. Su continua violación, así como la preferencia de unas libertades sobre otras, muestra un panorama desalentador, generador de buena parte de los conflictos políticos y sociales de Colombia durante todo el siglo XX. Para los constituyentes de 1991, era claro que un orden fundado en una legitimidad cuestionada, en la que el pueblo no crea en la existencia real de las libertades, necesitaría una reelaboración

3 Es el caso del derecho de propiedad, que en 1936 sufrió una importante reforma al exigirse para su disfrute una función social imponiendo una limitación que desmonta la visión de la propiedad como un derecho soberano sin posible morigeración (Botero, 1991).

4 La asignación de valores por encima de otros se sitúa muy cerca del pacto entre Estado e Iglesia que patrocinaba la Constitución de 1886. La aceptación de los principios católicos como la moralidad del Estado hizo que se asumiera una escala e interpretación predeterminada de los valores y derechos (Restrepo, 1992; Molina, 1971).

5 La amenaza de la formalidad se sitúa especialmente en la interpretación de los jueces diferentes —a la Corte Constitucional— al actuar en el control de Tutela. Sin embargo, esta lucha entre una versión y otra se encuentra en buena parte zanjada ante la obligatoriedad del precedente constitucional (López, 2000).

6 Creo que la visión institucionalista va precisamente a llamar la atención sobre el papel que juegan los derechos fundamentales en el consenso y la legitimidad del Estado, trascendiendo el aspecto dual del aspecto subjetivo y objetivo de los éstos. "La concepción institucional de los derechos fundamentales, como ha estudiado entre otros Häberle, proyecta éstos más allá de la doble dimensión con que tradicionalmente se les concibe: la puramente subjetiva e individual raíz liberal, y la axiológica u objetiva, completándolas (que no anulándolas) con la idea de consenso, que aleja de los riesgos de individualismo y de decisionismo que cada una de las otras comportan" (Pérez, 2001, p. 129). Además, puede verse Häberle (1997).

por medio de la instauración de un nuevo sistema de libertades que atendiera los estragos de la formalización excesiva y devolviera la confianza de los individuos entre sí y de estos hacia el Estado.

No se trata de entender los derechos como puros límites a la acción del Estado (De Asis, 2004), sino como instrumentos de este para crear las condiciones de realización de todos los mandatos de la Constitución. Los derechos se convierten en piedra angular del orden institucional y sobre ellos se pretende iniciar la construcción del nuevo orden constitucional.

Este énfasis en la consagración de los derechos en el ordenamiento constitucional no tendría sentido sin dos aspectos clave: por un lado, la interpretación material de la Constitución y, a partir de allí, del resto del ordenamiento jurídico; por otro, la existencia de las acciones constitucionales que permiten a todas las personas contar con mecanismos procesales de tutela en caso de violación de los derechos.

En el Estado social de Derecho, las condiciones de legitimidad se siguen fundando en los derechos decimonónicos, pero recobran su sentido material en la reafirmación de la legalidad y de la materialidad del contenido social. En esta nueva etapa se conjugan en una carta generosa los derechos de la etapa liberal, los derechos sociales y algunos derechos colectivos, pero no tendrían sentido sistemático sin los postulados de la fórmula constitucional⁷. Con ella podemos establecer tanto la identidad del sistema constitucional como la interpretación del constituyente primario respecto a la aplicación de la Constitución, pues la fórmula es la clave para la comprensión de los conceptos jurídicos en su integralidad e interdependencia.

Los derechos inscritos en la Constitución tienen relación clara con los fundamentos valorativos del Estado. La dignidad humana, el trabajo y el interés general son los cimientos de diversas tradiciones de derechos que pregona el orden constitucional. Ninguno de ellos se entiende sin los otros y, desde luego, ninguno se sitúa por encima de los demás.

Conforme al desarrollo constitucional de las últimas décadas y en concordancia con el canon constitucional occidental desde el constitucionalismo de Bonn, no cabe duda de que la exaltación de la dignidad humana es un elemento central

7 La fórmula constitucional no solo se muestra como el punto de inflexión para empujar el cambio constitucional, sino también como el lugar en donde se resuelve la tensión entre conservación y transformación (Canosa, 1988).

•El sistema de derechos y libertades en la Constitución de 1991•

en la interpretación de los sistemas de derechos y de su estructuración. Por ello, consideramos relevante para este artículo una revisión general del término.

La dignidad humana en el ordenamiento constitucional de 1991

El primer paso para recobrar la legitimidad como aceptación e integración de las normas en la vida pública y privada de los ciudadanos es la necesaria reconstrucción del concepto de sujeto de derechos⁸, que es el objeto de una reflexión en clave de dignidad humana. Por ello, para la Constitución de 1991 no era posible elaborar un ordenamiento diferenciado de la tradición constitucional decimonónica, sin recobrar la centralidad de los sujetos. Esto se pretende a partir de la deconstrucción del concepto de ley y de legalidad, para darle una dimensión de justicia material y juridicidad más allá de la ley misma.

Una Constitución de individuos: el ordenamiento de 1886

Desde la perspectiva de la Constitución de 1886, la concepción de persona en su sentido genérico pertenece al Estado demoliberal: la representación de un individuo aislado, en apariencia enfrentado al Estado, que tiene herramientas para defender los derechos y la democracia representativa. Los valores de esa persona se fundaban en la libertad y la igualdad ante la ley, mas no le adjudicaban total soberanía, pues esta reposaba en una construcción conceptual basada en un sentimiento: la Nación.

La reforma del 1936 consagró la libertad de cultos como parte de los derechos inalienables establecidos en la Constitución, pero como lo demostrarían los debates para la aplicación de este derecho, el Estado pretendió la regulación de la vida íntima de los ciudadanos en aras de mantener un estricto concepto del orden público y de las buenas costumbres, fundadas en exclusiva sobre los dictados del dogma católico (Corte Suprema de Justicia, 1937)⁹.

.....
8 En opinión de Carlos de Cabo (2001), el discurso de la rehabilitación del sujeto en un mundo que asiste a la destrucción o deconstrucción del sujeto es la cortina de humo para afianzar ciertos sujetos y no de todos. Estos sujetos beneficiados serían las multinacionales u otros macrosujetos, pero no los sujetos constitucionales más débiles.

9 En la Sentencia se estudia la constitucionalidad de una ley que autoriza la personería jurídica de las sociedades masónicas (Ley 62 de 1935). De ella y de sus salvamentos de voto se puede elaborar un panorama completo sobre la visión de moralidad y la libertad de cultos de esa época.

La libertad en el ordenamiento constitucional anterior a 1991, como disposición íntima y pública de un número amplio de actuaciones de los individuos, es un conjunto de competencias atribuidas de forma restrictiva. Desde esta perspectiva, los derechos son dádivas graciosas, autorizaciones del Estado, pero no verdaderos derechos de la persona, independientemente de su reconocimiento estatal¹⁰. Esta teoría del reconocimiento, como expresión de positivismo jurídico, tampoco alcanza la impronta de garantía definida y protectora de las libertades.

Durante buena parte de la vigencia de la Constitución de 1886, la tendencia interpretativa se fundó en la comprensión de los derechos fundamentales como simples principios con fuerza interpretativa, pero sin derivar todas las consecuencias ante eventuales violaciones, comprensión de los derechos que resultó estimulada por un control jurídico formal —en la mayoría de los casos— de la Constitución.

En estas condiciones, la persona resultaba ser una entidad abstracta, que interesaba al Estado solo en la medida en que servía para garantizar el orden precapitalista. Sin contar con acciones y medios procesales eficaces para la protección de los derechos, la pérdida de legitimidad se convirtió en asunto cotidiano de los excluidos de este mundo constitucional. La defensa de los derechos solo era posible en los estrados judiciales, en el sistema tradicional —vía ordinaria—. Si, por ejemplo, el derecho violado era el de propiedad, su tutela judicial operaba de acuerdo con las reglas del Derecho Civil y así para cada derecho. La carencia de protección efectiva condujo a su violación sistemática, sin que los afectados tuvieran formas rápidas y eficaces de defensa¹¹.

Durante la segunda mitad del siglo XX se eliminaron algunas trabas a la vida democrática del país, mediante la ampliación del sufragio a las mujeres y el otorgamiento al Gobierno de amplios poderes para adelantar las reformas sociales propias del keynesianismo¹², que propiciaron un incremento en la mejoría de las

10 Se reconoce nuevamente una influencia francesa en la construcción del orden jurídico, y en particular de los derechos (Zagrebelky, 1997).

11 En palabras de Ferrajoli (2001), se afirmaría que se establecieron las garantías primarias, pero se adolecía de garantías secundarias.

12 Desde la reforma de 1936, se observan elementos de intervención económica y vocación estatal para el manejo de asuntos sociales, pero fueron los Gobiernos del Frente Nacional los que asumieron de forma más clara los mecanismos de la economía keynesiana. Se destaca la reforma de 1968 del gobierno de Carlos Lleras Restrepo, como consolidación legal de esta forma económica que se combina con las recomendaciones de la Cepal. En el

•El sistema de derechos y libertades en la Constitución de 1991•

condiciones de vida de las clases medias y trabajadoras, aunque paradójicamente bajo el régimen del Frente Nacional. Con todo, nunca se cuestionó la lectura tradicional de sujeto de derechos. Por ello, estos pasos terminaron convirtiéndose en factores de frustración para la inmensa mayoría de la población e incluso siempre estuvieron presentes en los intentos de reforma constitucional de la década del setenta y del ochenta.

La concepción de persona en el anterior ordenamiento se caracterizó por: i) el individuo enfrentado al Estado; ii) tal enfrentamiento no se produjo en términos abiertos e igualitarios, pues se terminó por favorecer al poder estatal; iii) se rescató como esencia del individuo el sujeto económico; iv) se negaron las opciones y posibilidades de un desarrollo libre y autónomo del sujeto; v) el paternalismo y la jerarquización social precedían al concepto de individuo, y vi) los deberes y las obligaciones del individuo se disolvieron ante las lealtades autoritarias: tradición y poder político.

Sin un sujeto con quien se pudiera recomponer el orden institucional era imposible alcanzar el progreso y la integración de la sociedad¹³. Esta es la lección que dejan las experiencias de 105 años de vigencia de la Carta de 1886. En idéntico sentido, la carencia de conexión entre las instituciones políticas y la sociedad produjeron su fragmentación, que encontró al individuo aislado y en la imposibilidad de construirse como sujeto social o, mejor aún, en sujeto con ciudadanía social (Bottomore y Marshall, 1998).

De otra parte, los canales de cambio político fueron obstruidos durante décadas, lo cual empujó a diferentes fuerzas sociales a enfrentarse con el Estado en un conflicto armado que todavía persiste. No cabe duda de que la carencia de medios eficaces para garantizar la legitimidad de los valores constitucionales en condiciones de justicia social fue el caldo de cultivo de los trastornos que ha sufrido el Estado colombiano.

A pesar de todo y bajo las duras condiciones descritas, el anhelo de libertad, el control de legalidad y el valor de la democracia se mantuvieron como ejes de

aspecto político, la ampliación democrática se quedó en el supuesto del plebiscito de 1958, pues en este momento se instauró el régimen antidemocrático del Frente Nacional, que repartió el poder entre los partidos tradicionales (Uribe, 1996; Pecaut, 1989).

¹³ Desde luego, el proyecto político de la Constitución se funda en la virtualidad del Derecho y no en la movilización política. Por ello, la rehabilitación del sujeto es indispensable.

la República, si bien muy lejanos e inaplicados a la experiencia social concreta. Lo anterior nos lleva a concluir que la nueva concepción de la persona no es producto de una casualidad o un embeleco de los juristas de la Corte Constitucional, sino la respuesta a las expectativas y los anhelos democráticos de la sociedad colombiana, aplazados y desconocidos por los detentadores hegemónicos del poder estatal¹⁴.

La dignidad humana: la persona como epicentro de la Constitución de 1991

Los derechos liberales son insuficientes para construir la legitimidad del Estado. Ha sido necesario proponer un nuevo fundamento que los irradie, que recupere su dinamismo y que opere como garantía esencial para la vida de la persona. Este es el sentido del Artículo 1 de la Constitución de 1991: fundar un nuevo orden político-social, cuya base fuera el ser humano. Así se expresa la Corte Constitucional (1999a) sobre la dignidad humana:

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano. Desarrollando los conceptos anteriores, la jurisprudencia constitucional en torno del derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones de vida correspondientes a la dignidad intrínseca del ser humano. Ha tratado entonces del derecho a la vida digna, y se ha referido al sustrato mínimo de condiciones materiales de existencia, acordes con el merecimiento humano, llamándolo mínimo vital de subsistencia.

“La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia, lo que a menudo sí acaece con los derechos que deben necesariamente coexistir con otros y admiten variadas restricciones” (Corte Constitucional, 1992a).

.....
 14 La rehabilitación del sujeto constitucional no se identifica con la de individuo, es decir, en el nuevo constitucionalismo se reconocen diversos sujetos sociales que pueden actuar como entes autónomos para reivindicar sus derechos. Más adelante, al referirnos a las acciones constitucionales, podremos verlo con más detalle (Nino, 1989).

•El sistema de derechos y libertades en la Constitución de 1991.

La jurisprudencia colombiana ha interpretado la dignidad humana como principio y sus manifestaciones como derecho fundante del orden constitucional (Benda, 1996; Nino, 1989; Oehling de los Reyes, 2010; Serna, 1995; Von Munch, 1982). Esto quiere decir que los derechos, como expresión directa de la dignidad humana, se convierten en garantía y base de la legitimidad. Sus aplicaciones son innumerables en la jurisprudencia, ya que atraviesan todo el espectro jurídico, desde aplicaciones para tratamientos de los enfermos de sida, eutanasia y libre desarrollo de la personalidad, hasta la generación de obligaciones de individuos o entidades frente a otros (Corte Constitucional, 1992b; 1995; 1996; 1997a; 1997b; 2005a; 2006; 2014). En la jurisprudencia mencionada se esboza la estructura sobre uno de los temas destacados de la interpretación constitucional contemporánea: el mínimo vital. La dignidad humana es el valor con el cual se construye un derecho complejo como este que, a la vez, se encontraría en serio peligro, al no poder concretarse en las diversas manifestaciones que se derivan de los derechos que le dan soporte.

Este punto de vista del ser humano revestido de dignidad trajo al ordenamiento nuevas sensibilidades de las que carecía lo jurídico. La aceptación de la dignidad humana conduce al estudio de los grupos poblacionales como titulares de dicha dignidad. En el marco de la pluralidad recogida en la fórmula política y del ser humano como epicentro de la Constitución, los niños (art. 44), los ancianos (art. 46) y los grupos vulnerables más expuestos a sufrir menoscabo a su dignidad son los principales sujetos amparados por la protección constitucional.

Estas consideraciones tienen consecuencias inmediatas sobre la interpretación y aplicación de los derechos. Sin consecuencias jurídicas, la dignidad humana como valor constitucional carecería de un marco real de aplicación. Así, la Corte Constitucional colombiana comparte con los ordenamientos alemán y español¹⁵ los siguientes efectos:

- a. Principio de tutela del “contenido esencial” de los derechos. Con este postulado se pretende que la dignidad humana se proteja como núcleo de todos los derechos, de acuerdo con una lectura sistemática desde su

.....
15 Las distinciones entre los tribunales europeos y el nacional se ubican en la intensidad con la que esos postulados son aplicados y a los derechos que cubre. En temas de derechos que abarcan acciones positivas del Estado, estos axiomas tienen aplicación restrictiva en los primeros y, algunas veces, en el segundo. También hay diferencias en las consecuencias según los derechos, puesto que cada ordenamiento establece sus jerarquías.

- fundamentación axiológica. Se distinguen dos tipos de protección: la vía de control abstracto, el cual persigue que el Legislador no hurte la esencia de los derechos por medio de la actividad que le es propia: hacer las leyes.
- b. Principio de aplicación inmediata. Sobre este punto en particular, la Corte Constitucional¹⁶ ha dejado claro que todos los derechos son de aplicación inmediata. Se entiende por ello lo dispuesto en el Artículo 1.3 de la Ley Fundamental alemana, lo mismo que el 53.1 de la Constitución española¹⁷, es decir, la vinculación de los derechos como pautas obligatorias para los poderes públicos y como parte integral del *thelos* constitucional. La aplicación inmediata tiene varios aspectos por considerar: de una parte, saber si este principio implica la posibilidad de ejercer la acción de tutela; por otra, en el caso particular de los derechos prestacionales, saber si, además de la tutela, dicha aplicación inmediata se puede leer como eficacia inmediata, o sea, como un mandato que compromete, sin dilaciones, a las autoridades correspondientes para que inicien acciones para la protección y el desarrollo del derecho. Todos los derechos, por el reconocimiento de la dignidad humana como valor fundante, no responden a expresiones programáticas y gozan del mismo valor que otras normas, en el sentido del Artículo 4 de la Constitución Política, es decir, el del principio de eficacia normativa directa de la Constitución.
- c. Principio de la interpretación más favorable. En observancia del Artículo 4, todas las normas del ordenamiento deben ser interpretadas de manera que no solo se busque su constitucionalidad, sino que deberá tenerse como objetivo el desarrollo y la efectividad de los derechos. Este tipo de interpretación es la piedra angular que dota al sistema constitucional de auténtico dinamismo. No basta con una observancia material y formal de los derechos como objetos “dados” de antemano por la Constitución,

16 No solo derechos; la Constitución en general goza de ese carácter, como norma que es (Corte Constitucional, 1999b).

17 El Artículo 1, numeral 3, de la Constitución alemana dice: “Los derechos fundamentales relacionados a continuación vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho inmediatamente aplicable”. El Artículo 53 de la Constitución española sostiene: “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)” (República Federal Alemana, 1949).

•El sistema de derechos y libertades en la Constitución de 1991.

ya que estos se encuentran siempre en movimiento¹⁸, conforme a las necesidades de los seres humanos y de la sociedad. De acuerdo con las circunstancias, se obliga a hacer los ajustes hermenéuticos necesarios. Asimismo, la Carta contiene derechos cuya realización es de carácter progresivo; las normas que tengan ese carácter deberán apuntar a que día a día se consolide su disfrute efectivo.

- d. Principio de la eficacia frente a terceros o frente a particulares. Como parte del concepto de persona en la Constitución de 1991, la eficacia de los derechos no se entiende en forma vertical —del Estado y sus órganos hacia el ciudadano—, sino que el principio de la dignidad humana produce una ruptura con la visión liberal, según el cual los negocios y asuntos de carácter privado no permiten la injerencia del Estado porque forman parte de la autonomía de la voluntad. La Constitución, por el contrario, autoriza la injerencia de este en la vida de los individuos como elemento del orden de valores que el poder público esté llamado a propiciar. De este presupuesto se desprende la posibilidad inequívoca de exigir, por vía de tutela, el respeto de los derechos fundamentales frente a los excesos en los que puedan incurrir los particulares que lesionan esos derechos¹⁹.

La aproximación al concepto de persona que relega el de ciudadano corresponde a la intención del constituyente de abandonar la interpretación según la cual solo quienes gozan de derechos políticos pueden ser los destinatarios de la tutela del Estado²⁰. Restricciones de este tipo generan un sinnúmero de desigualdades que terminan por menoscabar la legitimidad que se atribuye al Estado gracias a la protección que otorga a los derechos fundamentales.

Los derechos tienen sentido si son reconocidos y aplicados a todos los individuos que habitan el país, en razón del carácter universal de la dignidad humana.

.....
18 Esto implica que la lectura propuesta se hace desde la perspectiva fuera del modelo iusnaturalista de los derechos o conforme a la teoría interna de los derechos (Borowski, 2003).

19 La *Drittwirkung* del Derecho alemán no tuvo mayores problemas para su aplicación en el ordenamiento nacional, ya que las normas que regularon el asunto, en especial el decreto que reglamentó la tutela, dejó expresa la posibilidad de su aplicación a los actos lesivos de los particulares con respecto a los derechos fundamentales de otra persona (Estrada, 2000).

20 Esta intención se refleja en la forma de operar de la acción de tutela, pues incluso los niños pueden presentar acciones a los jueces para que los protejan y así evitar filtros que terminan por vulnerar la dignidad que se intenta proteger.

Esta es la base para la configuración de un orden institucional justo e igualitario desde el punto de vista conceptual, lo que no resulta posible desde el concepto de ciudadano²¹.

Además de ser accionable por cualquier persona, el principio de la dignidad humana debe ser respetado por todos los poderes públicos y servir de pauta general en todas sus actuaciones, dado su carácter obligatorio (art. 4). En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional (1998a):

El reconocimiento superior de la dignidad como principio fundante de nuestro ordenamiento constitucional, “exige un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado que vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico”. De lo expuesto fluye que cuando el Estado, independientemente de cualquier consideración histórica, cultural, política o social, establece normas sustanciales o procedimentales dirigidas a regular las libertades, derechos o deberes del individuo, sin tener presente el valor superior de la dignidad humana, serán regulaciones lógicas y sociológicamente inadecuadas a la índole de la condición personal del ser humano y, por contera, contrarias a la Constitución, en la medida en que se afectarían igualmente los derechos fundamentales, dado que éstos constituyen condiciones mínimas para la “vida digna” del ser humano; en efecto, cuando se alude a los derechos fundamentales se hace referencia a aquéllos valores que son anejos a la dignidad humana.

En resumen, las características de la persona previstas en el ordenamiento jurídico colombiano, conforme a la Constitución y la jurisprudencia constitucional, son: calificación de la persona como ser humano, es decir, fuera de otras consideraciones (por ejemplo, la calidad de la ciudadanía); reconocimiento de su diversidad (arts. 7, 18, 19, 20); reconocimiento de la necesidad de disfrutar de condiciones óptimas tanto materiales (bienes y servicios, arts. 13, 51) como físicas (integridad, arts. 11, 12, 49, 52); plena autonomía, aunque sometida a los límites que imponen los derechos ajenos y el principio de solidaridad (art. 16, art. 95 deberes y obligaciones); abandono del concepto del individuo autárquico

21 El punto no es pacífico. La defensa de la ciudadanía como condición de igualdad se expresa en la teoría de T. H. Marshall (Bottomore y Marshall, 1998), pues la ciudadanía social es la base fundamental para el logro de la igualdad. Al referirnos a la ciudadanía, concebimos su acepción formal, que se aprecia en el constitucionalismo del siglo XIX y considera ciudadanos a aquellos que tienen cierta renta y educación —sistema censitario—. Sobre la dignidad humana como condición de igualdad puede verse Benda (1996).

•El sistema de derechos y libertades en la Constitución de 1991.

robinsoniano (art. 88, art. 79, acciones de populares y de grupo). Se espera que la persona participe de las funciones del Estado por medio de los mecanismos de participación (art. 103) y que contribuya a la realización de sus objetivos sociales, siempre desde la perspectiva del disfrute de su libertad efectiva. Los individuos ya no se enfrentan al Estado; lo convierten en una herramienta para la búsqueda de un orden más justo para frenar la arbitrariedad y la desigualdad (art. 2). Se trata de un individuo que se apoya en el Estado para desarrollar sus potenciales como ser humano.

Los derechos fundamentales como ejes del sistema de derechos

De acuerdo con la ruta señalada, una vez que se ha establecido la dignidad humana como valor fundamental del sistema político-jurídico, es necesaria una revisión del sistema de derechos propiamente dicho, como parte de la fórmula política del Estado colombiano²².

Los derechos forman parte esencial de la concepción del Estado de Derecho. En ellos radican los valores esenciales de la revolución republicana. La propiedad, la igualdad y la libertad corresponden a los ideales de los dirigentes revolucionarios responsables de elaborar las primeras Constituciones de los siglos XVIII y XIX²³.

El ordenamiento constitucional del país dispone en el Título II el sistema de derechos y lleva como título “De los derechos, las garantías y los deberes”. Este se divide en cinco capítulos; en los tres primeros se alude a los derechos y en los restantes, las garantías gracias a las cuales pueden ser exigibles, así como los deberes que se incorporan como parte del sistema de derechos. El Capítulo I se denomina “De los derechos fundamentales”; el segundo, “De los derechos sociales, económicos y culturales”; el tercero, “De los derechos colectivos y del medio ambiente”; el cuarto, “De la protección y aplicación de los derechos” y el quinto, “De los deberes y obligaciones”.

.....
22 En este apartado insistiremos en una exposición del sistema de derechos de la Constitución colombiana para evitar consideraciones sobre teoría general de los derechos.

23 “Allí donde no hay Constitución (y habrá que ver si cualquier Constitución vale) no habrá derechos fundamentales. Habrá otras cosas, con seguridad más importantes, derechos humanos, dignidad de la persona; habrá cosas parecidas, acaso igual de importantes, libertades públicas francesas, derechos públicos subjetivos alemanes; habrá, en fin, cosas distintas, como fueros o privilegios. Pero no habrá derechos fundamentales” (Cruz, 1989, p. 91).

Se intenta hacer una clasificación entre derechos de primera, segunda y tercera generación, pero es desafortunada, ya que se advierte que, aunque el criterio histórico adoptado pudiera ser el mejor, dicha división no se respeta, porque los derechos del Capítulo I no son todos de primera generación. Son, en realidad, derechos que expresan libertades y límites frente al poder público, con lo cual se entiende su razón, mas no su claridad desde una perspectiva histórica. Además, entre las libertades del mismo Capítulo I se consagran derechos como el trabajo, el de asociación o a la paz, que no corresponden al primer momento de los derechos (Peces-Barba, 1999).

El mayor problema no es el no cumplimiento de la rigidez que impondría la clasificación histórica, sino el título que lleva: “De los derechos fundamentales”. El título segundo, y en consonancia con la clasificación histórica referida su encabezamiento: “De los derechos sociales, económicos y culturales” y el tercero, “De los derechos colectivos y del medio ambiente”, no incluyen en estricto sentido estos derechos, pues en otros lugares de la Constitución se les encuentra y no solo en los referidos capítulos. Es el caso del derecho a la libre competencia y la libertad económica del Artículo 333 que, aunque es un derecho fundamental, aparece en la última parte del texto constitucional. Esto parece mostrar que solo aquellos derechos mencionados en el Título I son fundamentales, aunque quedaría por resolver qué sucede con los demás, dispersos por todo el texto constitucional por fuera de los capítulos citados. Esto merece una breve revisión para comprender mejor el sistema de derechos de la Constitución de 1991.

Los derechos contenidos bajo dicho título son los “únicos y verdaderos” derechos fundamentales, lo cual siembra la duda de si los otros no lo son. Una interpretación formalista y que, sobre todo, desatienda los mandatos del Estado social zanjaría el debate acerca de la interpretación en torno a la clasificación de los derechos, al asumir lo que establece el título aludido.

No obstante, el problema es mucho más complejo, porque si se repara en los derechos expresados en los dos títulos restantes, en especial, si revisamos diversos derechos del Título II, como la huelga o los derechos de los niños. Algunos de ellos forman parte del núcleo duro de los que se consideran derechos fundamentales, no solo para el constitucionalismo del Estado social, sino —desde

•El sistema de derechos y libertades en la Constitución de 1991.

una perspectiva amplia— a partir del ordenamiento anterior que ya incorporaba algunos de esos derechos²⁴.

Algunos derechos de los títulos restantes son verdaderos derechos fundamentales, lo cual pone de manifiesto la imposibilidad de seguir un criterio formal o literal en la clasificación. Tendría que ser la jurisprudencia constitucional y la doctrina las que cataloguen los derechos de acuerdo con lo que el constituyente quiso expresar.

La problemática sobre la disposición de los derechos trae enormes consecuencias, en particular, a la hora de accionar, ya sea por tutela, control de constitucionalidad o acción popular. También se observan notables consecuencias al definir el alcance y la regulación de los derechos, pues los fundamentales no se pueden cumplir más que por medio de leyes estatutarias. Tampoco es posible la suspensión de tales derechos bajo el régimen de los “estados de excepción”. Esta categoría también debe ser tenida en cuenta para la determinación de ciertas violaciones al régimen disciplinario de los funcionarios públicos, entre otros.

La determinación de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991

Ante las dificultades que se desprenden de su inapropiada titulación y la carencia de una lista taxativa de los derechos, la Corte Constitucional ha asumido diversas formas de señalar cuáles son derechos fundamentales y adjudicar diversos efectos institucionales²⁵. Así las cosas:

[...] no todos los derechos que estamos dispuestos a calificar de fundamentales lo son para los mismos efectos y en todos los diferentes sentidos de fundamentalidad. En sentir de la Corte Constitucional, un derecho puede ser catalogable como fundamental, en el sentido del derecho cuya vulneración en un caso concreto puede ser

.....
24 Para la Constitución de 1886, los derechos fundamentales como categoría son inexistentes. La característica más destacada de los derechos en dicha Carta es su generalidad y que además carecen de protección reforzada. Para el constitucionalismo de 1886, los derechos fundamentales son de una vaguedad y un uso diferente al que nos referimos como derechos con garantías reforzadas. Para este constitucionalismo, los derechos fundamentales son los esenciales para la vida del Estado y de la sociedad, pero no comportan protección extraordinaria. Los derechos de huelga y sindicación fueron incluidos mediante reformas de su texto original y, en ese sentido amplio y difuso, eran derechos fundamentales.

25 Contrario a lo que afirma con imprecisión Aguilar de Luque (2001), al referirse al reconocimiento de los derechos fundamentales en Colombia con criterios iusnaturalistas.

impedida o corregida por el remedio de la acción de tutela; pero no puede serlo en el sentido que su regulación exige una ley estatutaria (Chinchilla, 1999, p. 91)²⁶.

La primera forma de identificación de los derechos la ofreció la propia Carta, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 85, al señalar explícitamente los derechos mencionados en el texto constitucional que gozan de aplicación directa. Los derechos enumerados en la citada norma hacen referencia en su mayoría a los derechos de primera generación. Con todo, la Corte Constitucional no se conformó con esa interpretación restrictiva, adoptó diferentes sistemas de reconocimiento de los derechos fundamentales, siempre en una relación inescindible con la acción de tutela y desmontó el argumento formal de la siguiente manera:

- a. El argumento originalista como fuente de interpretación basada en la literalidad. Al investigar sobre las actas de la constituyente, quedó claro para la Corte Constitucional que los títulos y capítulos en los que se divide el texto de la Constitución no fueron el resultado ni de consensos ni de votaciones en la Asamblea Constituyente, sino de una comisión codificadora designada por la propia Asamblea, pero cuyo trabajo en cuanto a la organización del texto constitucional nunca recibió el aval de parte del cuerpo constituyente. De otra parte, diversos delegatarios se expresaron a favor de que los derechos fundamentales quedaran al arbitrio o bien del juez o del Legislador²⁷.
- b. La interpretación sistemática. Además de los derechos denominados como fundamentales, otros derechos —y aquí sí por consenso— se elevan a esa máxima categoría, como los de los niños, que recogen derechos individuales y sociales.
- c. La argumentación axiológica. El constituyente no dio indicio alguno para que, desde el punto de vista axiológico, unos derechos tuvieran mayor valor que otros en función de su disposición en el texto de la Constitución. De tal suerte, será la Corte Constitucional la que definirá cuáles derechos poseen un valor especial para la vida del Estado y de los individuos.

Por tanto, es evidente por qué no se acoge la mirada restrictiva de los derechos basada en la titulación o en un mero criterio histórico. Ahora nos compete

²⁶ Chinchilla pone como ejemplos el caso del derecho a la seguridad social y el derecho de propiedad, que no requieren ese trato especial por vía legal.

²⁷ La Corte Constitucional (1994) negó la competencia al legislador.

•El sistema de derechos y libertades en la Constitución de 1991.

señalar cuáles son esos derechos que merecen ser fundamentales y en qué sentido. Los criterios a seguir son (Chinchilla, 1999):

- a. Criterio material. Este criterio se desprende del efecto que produce la fórmula política del Estado social de Derecho en Colombia. Se identifican dos posibles caminos relacionados con dicha fórmula: la dignidad humana y la conexión con otros valores o principios como ejes del sistema constitucional. De esta manera, “el carácter de fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana” (Corte Constitucional, 1992c).

Es la realidad de cada caso concreto, las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental, si ello afecta la dignidad de la parte actora y si esta última está en situación de indefensión frente al presunto agresor. En otras palabras, en el juicio de tutela los requisitos procesales sólo pueden ser integralmente verificados previo estudio de la materialidad del caso concreto y no a priori o en abstracto. Justamente ese es uno de los distintivos esenciales que diferencian el proceso constitucional de otros procesos reglados hasta el detalle por el derecho legislado (Corte Constitucional, 1998b).

- b. Criterio formal. La literalidad del Artículo 44 (derechos de los niños) y la expresión del Título I y del Artículo 85 (aplicación inmediata) no conforman un criterio infalible sobre la fundamentalidad, mas constituyen una indicación de cuáles derechos pueden serlo. Esto quiere decir que la desarticulación del criterio formal solo corresponde a su expresión como *numeros clausus*, pero no como indicador válido exclusivo.
- c. La aplicabilidad inmediata y el núcleo esencial. La Corte Constitucional asume estas características de los derechos como mecanismos para determinar si estamos frente a un derecho fundamental.

Respecto a la eficacia directa, al interpretar el Artículo 85, la Corte niega que sea una lista taxativa, pues aparte de los derechos enumerados en el Artículo, hay otros que puedan gozar de tal reconocimiento.

Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesaria una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de

los deberes positivos o negativos a partir del solo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una “textura abierta”, como por ejemplo la que establecen meros valores constitucionales, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podría presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de las decisiones políticas eventuales (Corte Constitucional, 1992d).

El núcleo esencial del derecho fue definido por la Corte (1992a) como “el ámbito necesario e irreductible de conducta que el Derecho protege con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en que él se manifieste”. Este derecho tiene un núcleo que no está al arbitrio de las mayorías parlamentarias y es el que recibe la protección reforzada de la tutela.

- d. Los tratados internacionales de derechos. Otro indicador para saber si estamos ante un derecho fundamental es el que se deriva del Artículo 93, que confiere fuerza normativa interna a los tratados internacionales sobre derechos humanos. El hecho de que los tratados prohíban la suspensión o el vaciamiento de los derechos en Estados de excepción se convierte en un claro argumento para reconocer la fundamentalidad de un derecho.
- e. El referendo derogatorio del Artículo 377. En su Artículo 377, la Carta instituye que los derechos del Título I y sus garantías, los procedimientos de participación popular y las normas sobre organización y funcionamiento del Congreso deben ser sometidos a referendo en los eventos en que tales disposiciones sufran modificaciones de parte del constituyente derivado.
- f. La conexidad. Opera cuando en un caso concreto se tutela un derecho íntimamente relacionado con otro al que sí se le reconoce fundamentalidad. En la evaluación que haga el juez, se deberá establecer que sin la protección del derecho carente de fundamentalidad, el que sí la tiene se verá menoscabado.

No cabe duda de que el criterio de conexidad se ha convertido en la herramienta heurística principal para la operación de la tutela con respecto a los derechos prestacionales. Ante la negativa de su protección o por virtud de su difícil fundamentación desde el “nudo” argumento axiológico en el caso concreto, tales derechos pueden ser garantizados cuando la situación límite es tan grave, que afecta bienes inequívocamente tutelables.

•El sistema de derechos y libertades en la Constitución de 1991.

La conexidad se funda en el nuevo rol que ejerce el juez, ya que este no se debe limitar a constatar un hecho para dar paso a las consecuencias normativas. En este proceso de aplicación del Derecho, la evaluación de la fundamentalidad de los derechos requiere un juez que evalúe las condiciones que rodean el caso, sus consecuencias y sus posibilidades fácticas y jurídicas. En palabras de la Corte (1992f), se debe utilizar el subcriterio denominado “criterio de realidad social” (Chinchilla, 1999, p. 102), por lo que los sujetos de la acción deben evaluarse según su posición de afectado y valorar los peligros a los que se somete si no se tutela el derecho.

Entonces, no debe resultar extraño el creciente interés de la doctrina colombiana por la literatura referida a los derechos y al papel de los jueces como garantes, pues los canales de aplicación de la Constitución son de enorme novedad y trascendencia. Esta circunstancia precisa un esfuerzo importante de la Corte Constitucional y del legislador para depurar procedimientos y otorgarles seguridad y firmeza.

Según doctrina constitucional reiterada, la fundamentalidad de un derecho constitucional no depende solamente de la naturaleza del derecho, sino también de las circunstancias del caso. La vida, la integridad física, la libertad, son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. En cambio, la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida (Corte Constitucional, 1992f)²⁸.

El criterio de conexidad ha sido utilizado, entre otros, respecto a los derechos: a la pensión (T-177/98); a pensión por invalidez (T-553/98); a pensión por vejez (T-163/96); a la propiedad (T-554/98), a la recreación (T-410/99); a la salud

28 En el mismo sentido pueden consultarse Corte Constitucional (1992c; 1993; 1995a; 1995b; 2008; 2014).

(T-312/96, T-076/99, entre otras); a la salud del enfermo de sida (T-177/99); a la seguridad social (SU-430/98, entre otras); a la subsistencia (T-140/99); a un ambiente sano (T-123/99, entre otras); al deporte (T-410/99); colectivos (T-244/98, entre otras); sociales, económicos y culturales (SU-225/98, entre otras).

Sintetizando el pensamiento canonizado por la Corte Constitucional desde esos primeros pronunciamientos se concluye que los derechos fundamentales se determinan por la mención expresa que de ellos haga la Constitución, por su significación misma para realización de los valores y principios consagrados en ella, por poseer ciertas posibilidades técnicas como la eficacia directa y el núcleo esencial, y, además, por la conexión que tenga en el caso concreto con otros derechos fundamentales expresamente consagrados como fundamentales o que lo sean por su conexión directa con la dignidad humana (Chinchilla, 1999, p. 104).

La conexidad puede presentarse como expresión directa de la dignidad humana y también en relación con otros valores fundamentales. Sin embargo, esta posibilidad abierta por la línea argumentativa de la Corte no ha sido muy utilizada en los últimos tiempos. Por el contrario, se ha preferido la utilización del argumento de conexidad que resulta más sólido y menos azaroso, aunque el otro camino siga abierto e inexplorado. Ahora bien, no cabe duda que la manera en que se ha comprendido la conexidad se encuentra en una franca transformación, cuya construcción inicial proviene de la interpretación de la jurisprudencia alemana y de la española, como una vía excepcional de protección de un derecho no fundamental en relación con uno que sí lo es.

En el caso colombiano, con el paso del tiempo, la conexidad se ha convertido en el puente hacia expresiones más complejas del sistema de derechos, como pueden ser las apuestas por la integralidad (Perdomo, 2011). Nos referimos a aquellas posturas que plantean la interdependencia de todos los derechos, lo que implica que todos serían fundamentales. Si bien la Corte no ha llegado de forma directa a afirmarlo, sí ha reconocido derechos que formalmente o en la tradición liberal no son fundamentales, pero que la persistente conexidad y el desarrollo jurisprudencial han conducido a ello. Muestra emblemática es el derecho a la salud.

Por otra parte, es notorio el interés de los constituyentes por consagrar un gran número de derechos. Ello obedeció, según nuestra opinión, a dos causas: en primer lugar, los constituyentes conocedores del formalismo y de la versión exegético-positivista que han tenido los jueces y operadores de nuestro sistema

•El sistema de derechos y libertades en la Constitución de 1991.

jurídico, precisarían su existencia formal para que aumentaran las posibilidades de protección. Como ya se expresó, el constituyente quiso poner freno al positivismo-formalismo fuerte que afectó a los derechos y los convirtió en simples expresiones retóricas, al desconocer su contenido material. Una mayor densidad de derechos hace que su inobservancia sea más difícil.

En segundo lugar, si se establecen derechos de manera más explícita y detallada, los debates sobre ciertas doctrinas derivadas se evitan, ya que su existencia es patente y objetivada. Por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que en el estatuto anterior no figuraba y que hubiera podido derivarse del principio de autonomía y libertad personal, lo cual nunca ocurrió ni por vía de la interpretación jurisprudencial ni de la doctrina. La positivización de los derechos impulsa los cambios que se propuso el constituyente.

De otra parte, consagrar una Carta generosa en derechos es intentar consolidar la legitimidad desde la Constitución. Cuantos más derechos, más legitimidad. Esta idea puede parecer poco realista, porque la legitimidad se deriva de la eficacia con la cual los derechos —muchos o pocos— sean disfrutados por sus destinatarios. A esta nota de realidad se deben sumar dos circunstancias adicionales: de un lado, el proceso que condujo a la elaboración de la Carta, que resultó ser el receptáculo en donde todos los sectores participantes querían plasmar antiguos reclamos en forma de derechos —consenso por derechos—. De otro lado, la búsqueda de una nueva legitimidad, por lo menos desde un punto de vista formal y a la espera que la conformación del órgano legislativo les confiriera realidad²⁹.

Los derechos en el sistema normativo

La Constitución de 1991 tiene como característica sobresaliente la consagración de los derechos. Esta preocupación por los derechos tiene que ver con los nexos que los estructuran: un obligado, una obligación y un acto materia de la obligación (Alexy, 1993). Sobre esta estructura se funda el funcionamiento de buena parte del constitucionalismo de la década del noventa y del presente siglo, que tendrá como una de sus tareas más importantes la incorporación de nuevos sujetos titulares de derecho y obligaciones en la perspectiva de “construir ciudadanía”.

.....
29 La Constitución no configura al ser de la sociedad, pero sí tiene el deber de intentar corregir los defectos que existen dentro de ella.

Esto implica la configuración y justificación de los individuos que aparecen dentro del Estado por una vía pasiva. Dentro de este proceso de fijación de sujetos, se especifican las conductas que hacen acreedores a unos de acciones u omisiones frente a otros. Este sistema de relaciones fundadas en derechos pone de manifiesto la importancia social que tienen los derechos como lenguaje legitimador en el Estado social colombiano, al convertir las expresiones abiertas de los derechos en instrumentos útiles para alcanzar la paz social y la integración de sectores antes excluidos a la vida social, reto que sigue vigente y que debe ser el norte del posconflicto.

No obstante la importante labor que cumplen los derechos como “lenguaje” constitucional (Ferrerres, 1997; Zagrebelsky, 1997), su adopción no asegura eliminar todas las contradicciones ni evitar diversos tipos de dificultades. Son muchos los problemas que plantea el “lenguaje” de derechos como “lenguaje constitucional”. Los más relevantes, a efectos de enfrentar el reto integrador en la Constitución de 1991, son: a) las barreras que se plantean para su aplicación como consecuencia de una sociedad poco politizada³⁰; b) los posibles desequilibrios que un discurso como el de los derechos puede acarrear al principio de división de poderes (Schneider, 1987), y c) las fisuras que pueden ocasionarse al principio de legitimidad desde un punto de vista formal y material por la irrupción de colisiones permanentes entre derechos (Cianciardo, 2000). Dados los objetivos de este escrito, no abordaremos los dos primeros elementos, pero el último es clave como concepto central en la construcción y caracterización del sistema de derechos.

Todo sistema —y desde luego, el sistema normativo— es descrito como una estructura que tiene los rasgos de completitud y coherencia. Desde la perspectiva constitucionalista, la primera característica tiene que ver con el hecho de que la Constitución —o el Derecho Constitucional— conforma un subsistema contenido en el sistema jurídico.

Su completitud radica en la imposibilidad de que este carezca de elementos definitorios o de que en su desempeño adolezca de las herramientas para su actuación. Si bien la tesis de la plenitud del ordenamiento puede tener varios

30 En dos sentidos tanto como elementos desmovilizador, como en el aspecto activo, es decir, aunque los derechos estos consagrados la gente no los reclama (Waldron, 1996; Tushnet, 1984).

•El sistema de derechos y libertades en la Constitución de 1991.

significados³¹, lo que nos interesa es su concepto más elemental: el de la imposibilidad de que existan vacíos normativos o ausencia de normas. Esta situación es imposible en la Constitución de 1991, no por el carácter exhaustivo a la hora de establecer un sistema de derechos, sino por la vinculación material de todos los casos al principio de la legitimidad formal en los derechos, así como su relación con los valores y principios de la fórmula política.

La dignidad humana, la democracia, la libertad, la igualdad y la justicia social son, sin lugar a dudas, los principios de clausura del sistema constitucional. Es la constitución material la que permite esta afirmación. Con ello, aunque desde una perspectiva formal se presenten aparentes lagunas, pueden ser llenadas con los contenidos de la materialidad preponderante. Esto trae como consecuencia que, ante un evento en el que se advierta una clara violación a algún valor de la Constitución, el operador jurídico —los jueces— podrá formalizar su defensa con fundamento en los pilares valorativos. Así las cosas, nuevos derechos pueden ser defendidos conforme a las exigencias del respeto a la dignidad humana y de otros ejes axiológicos de la Constitución que lo permitan³².

La otra nota relevante al evaluar el sistema de derechos es la que se refiere a su coherencia. Aquí es necesario hacer algunas precisiones. Además de las características citadas para los sistemas en general, todo sistema jurídico está compuesto o integrado por normas jurídicas, es decir, los sistemas jurídicos están conformados por elementos que llamamos normas que poseen la característica de la coercitividad y de la institucionalidad, o sea, de un aparato que garantiza su cumplimiento. Para que se ejerza la coacción por incumplimiento de la norma, es preciso que esta goce de validez.

Muchas son las teorías sobre este tema —de Kelsen, Austin, Hart o Raz—, pero todas ellas apuntan a la necesidad de la validez normativa como prerequisite para la operatividad del sistema jurídico. Del tema de la validez nos interesa la diferenciación entre validez formal —todas las normas pertenecen al sistema porque cumplen los requisitos formales para ser tales— y la validez material

31 Teoría del espacio jurídico vacío (Bergbohm, Santi Romano); teoría de la norma general exclusiva (Kelsen y Zitermann); completitud basada en la obligación de juzgar; completitud fundada en la lógica deóntica; tesis de Dworkin (1988) sobre la completitud del ordenamiento basado en los tipos de reglas.

32 Este es el caso del mínimo vital que carece de texto expreso, pero cuya defensa es evidente ante su relación con la dignidad humana (Díaz, 1997).

(Serrano, 1999) —los contenidos que requieren dichas normas para que puedan ser admitidas dentro del sistema jurídico—.

Es evidente que el sistema constitucional colombiano se inscribe en los dos tipos de validez, al considerar que las condiciones de la validez formal son insuficientes para cumplir con los mandatos que la Constitución exige desde el punto de vista material. El problema se presenta cuando nos enfrentamos a un número tan extenso de derechos que se reputan válidos, pues no puede considerarse a ninguno como descartable o inoperable, ya que todos forman parte de la norma que funda el sistema.

Al cotejar los derechos, se observa un choque material entre ellos, al pertenecer unos y otros a tradiciones jurídicas y momentos históricos diversos. Ante estas situaciones, la ponderación no es la salida única y definitiva, pues se entiende como herramienta del proceso que intenta disminuir las tensiones entre derechos (Cianciardo, 2000). Es aquí en donde la interpretación material de la Constitución hace posible la coherencia del sistema, porque proporciona los mecanismos que permiten soluciones más uniformes conducentes a ordenar lo que el constituyente entregó como un “mundo normativo” complejo y muchas veces contradictorio.

Así las cosas, por ejemplo, en el Estado social, el derecho de propiedad no corresponde al derecho de propiedad del siglo XIX; la libertad como derecho individual se transforma por virtud de la construcción de una visión de la persona consagrada en la Constitución distinta a la concepción individualista de ese mismo siglo. Los elementos que brinda la Constitución desde sus contenidos materiales sirven para darle coherencia al subsistema normativo constitucional (Haberle, 2000).

A pesar de la función integradora que deben cumplir los valores y principios de la Carta, no todos los conflictos pueden ser solucionados de manera satisfactoria, lo cual deja al Legislador, en especial a la Corte Constitucional, en una posición privilegiada al tener que elaborar los discursos que faciliten la aplicación de las normas constitucionales.

Tenemos dos posibles interpretaciones frente al orden de valores y sus conflictos. De un lado, se puede concebir como la búsqueda de armonía de la Constitución, que es el ideal subyacente a toda aplicación de la Constitución. La pretensión según la cual todos los textos contenidos en ella forman un

•El sistema de derechos y libertades en la Constitución de 1991.

rompecabezas perfecto. Esta idea de armonía es solo un tipo ideal, una idea reguladora del sistema.

Por otra parte, la coherencia es el resultado que se obtiene una vez que el documento se expone a la luz de los hechos. Corresponde a la construcción continua de los valores y principios de la Carta, en un orden abierto y nunca definitivo. Es una Constitución en conflicto permanente que no la debilita, la hace más fuerte, porque con él logra su eficacia.

La distinción es útil cuando se hace un estudio de las teorías con las que se puede hacer la interpretación de las normas constitucionales. En la teoría de la integridad de Dworkin (1988), la coherencia está garantizada. Todo el ordenamiento goza de unas normas inequívocamente superiores frente a otras, por lo que la armonía no es un ente ideal, sino una realidad constitucional. El orden constitucional se presenta, por tanto, como una estructura jerarquizada conformada por reglas y principios, que desempeñarán el otro requisito del sistema —su completitud—, ya que siempre existirá una norma o un principio que puede cubrir cualquier aparente vacío.

Desde la materialidad de la Constitución de 1991, por el contrario, el sistema de valores encuentra salvaguardas para proteger su existencia; el debate sobre el sistema y la jerarquía de sus valores permanece abierto, conforme se suman diversos elementos políticos y jurídicos. Es una discusión que forma parte de la vida político-jurídica del Estado.

En una lectura dinámica de la Carta de derechos, la Corte Constitucional ha entendido que la jerarquía interna de la Constitución es cambiante y no “dada” de una vez y para siempre. Es claro que existen valores superiores —no ordenables de manera abstracta y general— que sirven como centros de interpretación, como el principio de la dignidad humana.

Conclusiones

Sin ser exhaustivos, podemos considerar algunas conclusiones que sirven de pistas investigativas futuras. En primer lugar, el papel de los valores en la interpretación constitucional ha sido fundamental en el desarrollo de este nuevo constitucionalismo. Desde su efecto de irradiación, proporcionan una dimensión que permite superar las dificultades del formalismo, radicadas en la inamovilidad

del mismo sistema de derechos, así como en la ausencia de una conexión con la realidad de los sujetos de derechos a quienes se dirige el texto constitucional.

Estos valores también imponen retos argumentativos que se ubican en la incapacidad de su predictibilidad en la aplicación y en generar una paradoja de sobreprotección de los derechos (De Asis, 2000), ya que así como facilitan su desarrollo, también revisten serias dudas en la protección del principio de división de poderes y de seguridad jurídica. Tales asuntos son un reto permanente a un sistema garantista de derechos como el estudiado.

En segundo lugar, si bien el sistema dogmático de protección y definición de los derechos ha evolucionado —en especial, de los derechos fundamentales—, también parece mostrar agotamiento. Aunque no se trató el asunto con amplitud, no cabe duda de que el desarrollo orgánico de la Constitución es una de las tareas pendientes para el robustecimiento de los derechos, pues los discursos de fundamentación y la estructura de los derechos no garantizan su eficacia.

Los pasos dados por el constitucionalismo de 1991 son enormes respecto a nuestra historia constitucional de los derechos, pero también debe advertirse que es apenas un punto en el camino y no ha cumplido con la meta que la misma fórmula política plantea: la construcción de un país fundado en la dignidad humana, sin desigualdades que vulneren la posibilidad de los individuos de construir su proyecto de vida.

EL PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL*

Germán Vallejo Almeida

Introducción

La regulación relativa a los contratos estatales tiene la difícil tarea de unificar “valores en principio antagónicos: intereses privados-intereses públicos; relaciones igualitarias-prerrogativas de poder público; rentabilidad-eficacia administrativa” (Benavides, 2004, p. 19). Estas dicotomías tan difíciles de domesticar hacen apasionante el estudio de la contratación de la Administración.

Este escrito fue estructurado con la intención de incentivar el estudio de un tema tan estimulante como lo es la contratación administrativa. Su objeto es precisar el contenido de la etapa precontractual en el contrato estatal y analizar la responsabilidad patrimonial que surge para la Administración como consecuencia de la elaboración de los procedimientos necesarios para celebrar, perfeccionar, ejecutar y liquidar el acuerdo de voluntades.

* Este capítulo es un resultado de investigación del grupo de investigación de Derecho Público y TIC, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Se explicará qué es un contrato estatal y luego se pondrán de manifiesto los procedimientos que se deben adelantar para celebrar el acuerdo de voluntades, así como cada una de las modalidades de selección de contratistas; en seguida, se expondrá el régimen de responsabilidad precontractual y, por último, se presentarán las conclusiones.

¿Qué es un contrato estatal?

El contrato estatal es un instrumento con el cual el Estado cumple con sus fines (Congreso de la República, 1993, art. 3). Esto quiere decir que el acuerdo de voluntades se celebra y ejecuta con el propósito de servir a la comunidad, asegurar la convivencia pacífica, garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y satisfacer una necesidad de interés general (Matallana, 2012).

La Ley 80 de 1993 define el contrato estatal como cualquier acto jurídico generador de obligaciones derivado del ejercicio de la autonomía de la voluntad que celebre una entidad estatal (art. 32). Respecto a su contenido, en el Artículo 40, el Legislador dispuso que las estipulaciones incluidas en él serán las que de acuerdo con el Derecho Civil correspondan a su esencia y naturaleza (Congreso de la República, 1993, art. 1501).

El Legislador estableció que el régimen aplicable al contrato administrativo estará sometido al régimen del Derecho Privado (Congreso de la República, 1993, art. 13). No se debe olvidar que los contratos estatales están incluidos en la categoría del contrato³³, es decir, son la especie de un género que se ha estructurado desde hace siglos en el Derecho Privado y, por consiguiente, salvo que se esté en presencia de un asunto especialmente regulado, se regirán por lo dispuesto en el Derecho Civil y Comercial (Escobar Gil, 1999).

33 Los profesores Laurence Koffman y Elizabeth Macdonald (2010) definen el contrato como "a legally enforceable agreement giving rise to obligations for the parties involved [...]. Under a contract, the parties voluntarily assume their obligations or undertakings: for example, S promises to supply a new car to B by the end of the month, whilst B promises to pay, on delivery, the price of the vehicle. Their agreement to perform these undertakings is a contract" (p. 1). Por otro lado, en el Derecho italiano, el contrato es definido como: "l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale" (Roppo, 2011, p. 3).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

Las materias especialmente reguladas, o sea, los temas en los que no aplica el Derecho Privado, son: i) el régimen de incompatibilidades³⁴, inhabilidades³⁵ y conflicto de interés³⁶; ii) las reglas relativas a las modalidades de selección; iii) las solemnidades y formalidades propias del contrato estatal; iv) el tratamiento dado al equilibrio económico del contrato; v) la existencia de cláusulas excepcionales; vi) las nulidades, y vii) la necesidad de amparar la actuación bajo los principios establecidos tanto para la función administrativa como para la celebración de contratos (Palacio, 2011).

La doctrina, también ha presentado una noción acerca del contrato estatal. El profesor Samuel Yong Serrano (2013) lo define:

[...] como un acto jurídico bilateral que puede tener origen en una entidad estatal o en un particular en los casos permitidos, generador de obligaciones, celebrado, de manera virtual o en documento físico, por una entidad pública o una persona particular que cumpla funciones administrativas con el oferente escogido de acuerdo al procedimiento establecido en el estatuto contractual (p. 34).

En la definición citada, resulta llamativo que el contrato estatal pueda tener origen en un particular. El profesor Yong Serrano (2013) se refiere a aquellos casos en los que un proyecto de APP es de iniciativa privada en los términos de los Artículos 14 a 21 de la Ley 1508 de 2012.

El contrato estatal posee una serie de características y elementos que le otorgan individualidad y, por consiguiente, lo diferencian de otras categorías jurídicas.

.....
34 Las incompatibilidades son un impedimento presente para que una persona ostente dos calidades simultáneamente, por ejemplo, no puede haber relación de parentesco entre el ordenador del gasto de una entidad estatal y un oferente dentro del marco de un proceso de contratación administrativa (Congreso de la República, 1993, art. 8, num. 2; Consejo de Estado, 2011b; Corte Constitucional, 2012; Solano, 2010).

35 La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que las inhabilidades no son una sanción, sino una falta de capacidad surgida como consecuencia de un incumplimiento y consisten en la prohibición para que el inhábil contrate con una entidad estatal (Betancur Cuartas, 1993; Consejo de Estado, 1999c; Congreso de la República, 1993, art. 8, num. 1; Corte Constitucional, 2013).

36 La jurisprudencia del Consejo de Estado (2004b; 2011e) define el conflicto de interés como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo que puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevar al funcionario a adoptar determinaciones de aprovechamiento particular, en detrimento del interés público (Escrihueta, 2007).

Respecto de los elementos del contrato

El Artículo 1501 del Código Civil establece cuáles son los elementos de los contratos. Son de la esencia aquellas cosas sin las cuales el acuerdo no existiría o derivaría en uno diferente. Son de la naturaleza los elementos que se entienden pertenecerle al contrato, sin necesidad de cláusula especial. Por último, son accidentales aquellas cosas que, por no ser de la esencia o de la naturaleza, requieren acuerdo expreso para su inclusión en el negocio.

Son de la esencia del contrato estatal que una de las partes del acuerdo sea una de las entidades calificada como estatal por la Ley 80³⁷ y que con él se satisfaga una necesidad de interés general. Son de la naturaleza, entre otras, las cláusulas excepcionales a Derecho común (Congreso de la República, 1993, art. 14; 2012, art. 22) en contratos de concesión, de obra, de prestación de servicios públicos, para el desarrollo de proyectos de APP y en los que el objeto del acuerdo sea el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal. Son accidentales, por citar un par de ejemplos, las cláusulas de multas³⁸ y la penal pecuniaria³⁹.

En relación con sus características

En términos generales, los contratos pueden ser unilaterales o bilaterales, gratuitos u onerosos, conmutativos o aleatorios, principales o accesorios y consensuales, reales o solemnes (Congreso de la República, 1993 arts. 1496-1500). Al contrato estatal, como categoría jurídica independiente, se le han atribuido las siguientes características: bilateral, oneroso, solemne, principal y nominado (Rico, 2007).

A pesar de que los contratos estatales suelen ser bilaterales, esto es, generadores de obligaciones recíprocas entre las partes, nada impide que la Administración celebre contratos unilaterales, como el de comodato o depósito gratuito, máxime

37 En los términos del Artículo 2.

38 Definida como una "coacción económica sobre el deudor, encaminada a persuadirlo de la necesidad de cumplir bien y oportunamente las prestaciones a su cargo" (Suescún, 2003, p. 16).

39 En el Derecho Privado, la cláusula penal puede cumplir la función de sanción (multa) y la de tasación o liquidación anticipada de perjuicios, más en el marco de la contratación estatal, estas dos figuras encuentran diferencias notorias: mientras la multa es conminatoria del cumplimiento, la penal pecuniaria es indemnizatoria y, en tanto aquella procede solo durante la ejecución del contrato, esta puede tener lugar en ese término y hasta la liquidación del acuerdo (Herrera Barbosa, 2004; Consejo de Estado, 1992).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

cuando el Legislador habilitó a las entidades a celebrar todos los acuerdos previstos en el Derecho Privado (Congreso de la República, 1993, art. 32).

Aun cuando en la mayoría de los casos el contrato estatal es oneroso —cada parte se grava en beneficio de la otra—, la Administración está habilitada para hacer aportes o dar auxilios mediante contratos gratuitos a entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (República de Colombia, 1991, art. 210), con el fin de impulsar programas y actividades de interés público, siempre que exista un fundamento constitucional expreso como ocurre con la investigación científica, de conformidad con lo estatuido en los Artículos 65, inciso 2; 67; 69, inciso 3; 70, inciso 2 y 71⁴⁰.

Sobre su solemnidad no hay duda, toda vez que su perfeccionamiento⁴¹ tiene tres requisitos⁴²: “[...] el acuerdo de voluntades de las partes contratante y contratista, la elaboración de un contrato escrito sobre la misma, y la existencia de una reserva presupuestal” (Consejo de Estado, 2014; Castro, García y Martínez, 2010)⁴³.

En cuanto al carácter principal del contrato administrativo, es decir, aquellos que subsisten por sí mismos, no hay debate. En lo relativo a que es un contrato

40 Puede verse Corte Constitucional (1994a; 1994b; 1995a; 1995b; 1999).

41 Al respecto, el profesor Dennis Campell (2009) señala que “the contract is perfected wen there is an offer and a subsequent acceptance of the sale and purchase of certain goods” (p. 15).

42 El perfeccionamiento del contrato estatal requiere dos cosas: que conste por escrito y que el oferente seleccionado suscriba el documento. ¿Qué pasa si se abstiene de hacerlo? La entidad quedará habilitada para hacerle efectiva la garantía de seriedad de la oferta (Presidencia de la República, 2013, art. 115); asimismo, podrá inhabilitar al particular para contratar con el Estado por cinco años, siempre que dicha abstención no tenga una justa causa (Congreso de la República, 1993, art. 8) y, además, la Administración puede cobrar perjuicios mediante la reparación directa. El contrato se le adjudica al segundo mejor calificado, siempre y cuando su propuesta sea favorable para la entidad (Congreso de la República, 1993, art. 30, num. 12).

43 Disiento con la inclusión del registro presupuestal como requisito de perfeccionamiento por lo siguiente: i) antes que nada, se deben precisar los conceptos de disponibilidad presupuestal y registro presupuestal, mientras aquel es una certificación en donde se hace constar “que en el presupuesto existe dinero para atender una prestación económica futura y eventual” (Consejo de Estado, 2009) que debe expedirse en el momento de la apertura del procedimiento de selección; por otro lado, este es la “operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación” (Presidencia de la República, 1996, art. 20), el cual debe llevarse a cabo antes del inicio de ejecución del contrato; ii) el Artículo 41 de la Ley 80 dispone que el contrato estatal se perfecciona cuando hay acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y se eleve a escrito; iii) la jurisprudencia del Consejo de Estado (2000a; 2000b) ha aceptado exegéticamente lo estatuido en el citado Artículo 41; iv) el registro presupuestal es un trámite interno de la entidad contratante y por ello no puede constituir un requisito de perfeccionamiento, pues de serlo, la existencia del contrato pendería de la voluntad de una de las partes (Consejo de Estado, 2014; Castro, García y Martínez, 2010).

nominado⁴⁴, esto es, que está nombrado dentro del ordenamiento jurídico, considero que nada impide que la Administración celebre acuerdos innominados, más cuando la Ley 80 califica cualquier acto jurídico generador de obligaciones como un contrato estatal (Congreso de la República, 1993, art. 32). En lo relativo a si el contrato administrativo es conmutativo o aleatorio, si bien lo normal es que la Administración celebre acuerdos en los que las prestaciones de las partes se miran como equivalentes (Congreso de la República, 1993, art. 28), no es raro que las entidades estatales se vean inmersas en contratos aleatorios, como los de seguros. Por consiguiente, la calificación dependerá de cada caso concreto.

Formación del contrato

El contrato estatal tiene una serie de condiciones de existencia y validez que deben satisfacerse durante el nacimiento del contrato. Así, “la existencia se subordina a la capacidad del particular y a la competencia del representante legal de la entidad; al consentimiento, del que procede el acuerdo de voluntades, y al motivo que lleva a las partes a convenir” (Lamprea, 2007, p. 107). Los requisitos de validez se refieren al cumplimiento de formalidades, entre ellas, la existencia del consentimiento libre de vicios, la licitud del objeto de las obligaciones contractuales, la plenitud de formalidades diferentes a las *ad substantiam actus* y a la ausencia de lesión enorme cuando se trate de una venta de bienes inmuebles.

Sobre la ejecución del contrato

Los requisitos de ejecución del contrato estatal son los siguientes: i) el registro presupuestal; ii) la aprobación de las garantías⁴⁵ (única de cumplimiento, todo riesgo y responsabilidad extracontractual); iii) la acreditación (Congreso de la República, 1993, art. 41) de que el contratista está al día en el pago de los aportes parafiscales relativos al sistema de seguridad social integral, así como las

.....
44 “Los contratos —afirma el profesor Jeremias Bentham— ‘se dividen en nominados e innominados, nominados son los que tienen un nombre particular, como la compra y venta [...]. Los innominados son aquellos que sin tener un nombre particular, tienen una causa civil de obligación” (Dumont, 1822/1822).

45 En caso de que la entidad no apruebe las garantías que constituyen un requisito de ejecución, podrá hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta y declarar la caducidad del contrato, en caso de que esté habilitada para hacerlo, de conformidad con el Artículo 14 de la Ley 80. En cualquier evento, podrá cobrar perjuicios por el medio de control de controversias contractuales.

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

contribuciones especiales al SENA, ICBF y a las cajas de compensación familiar, y iv) la publicación del documento que contiene el contrato (Consejo de Estado, 2014).

Proceso de formación de la voluntad de la Administración

Para estudiar la etapa de formación de la voluntad de la Administración en la contratación estatal, es importante precisar que si bien “existe la tendencia de identificar la etapa precontractual con el procedimiento administrativo de selección del contratista, es pertinente afirmar que dicha etapa va más allá de la simple selección de la persona con quien se va a celebrar el contrato” (Lamprea, 2007, p. 111).

Este proceso puede dividirse en dos etapas:

[...] la primera relativa al orden interno de la Administración pública, y es la que se refiere [...] a la decisión de contratar en sí misma y a la forma y condiciones de esa contratación [...]. La segunda, en cambio, atañe al conjunto de las relaciones de la Administración con los particulares, y es la que se refiere a la formación del contrato como tal y a las formas y modalidades de selección del cocontratante particular (Escola, 1977, pp. 287-288).

Etapa de planeación⁴⁶

El proceso de formación de la voluntad de la Administración inicia con la etapa de planeación⁴⁷, la cual constituye un principio y un deber a cargo de los servidores públicos e impone que los contratos estatales siempre correspondan a:

[...] negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público [...] se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales (Santofimio Gamboa, 2009, pp. 42-43).

46 “La planeación es un concepto propio del Estado Social de Derecho, como criterio garantizador de la legalidad y del interés general, pilares fundamentales dentro de la sociedad actual. La planeación se utiliza en todos los niveles del Estado para garantizar la macro estructura de las naciones y su forma de cumplir con los fines previstos por ella en beneficio de los administrados” (Expósito, 2005, p. 601).

47 Sobre planeación puede verse Consejo de Estado (2006a; 2008a; 2013a).

A diferencia de lo que sucede entre particulares, la Administración no está habilitada para contratar caprichosamente o para improvisar; por el contrario, está sujeta a lo dispuesto por el Legislador, que ha sido claro en señalar la modalidad de selección que se debe seguir para escoger al contratista, según el objeto del contrato (Rodríguez Tamayo, 2013).

En virtud de la planeación, se debe identificar la necesidad que se va a satisfacer con el contrato. Para ello, se debe acudir a los planes de desarrollo nacionales, departamentales o municipales y al plan anual de adquisiciones de cada entidad (Presidencia de la República, 2013, art. 4).

Identificada la necesidad, la entidad debe iniciar los trámites pertinentes para satisfacerla y desplegar una serie de procedimientos tendientes no solo a determinar la modalidad de selección del contratista, sino también a precisar el contenido del futuro contrato. Es en ese recorrido previo al perfeccionamiento del contrato en donde surge la responsabilidad precontractual por los daños que se causen (Borja Ávila, 2009).

Toda la labor de planeación encaminada a identificar la necesidad y a escoger la modalidad de selección, las características de bienes, obras o servicios que se van a contratar, los costos, valores y precios que podrían requerirse para la celebración y ejecución del contrato, los criterios para seleccionar la oferta más favorable⁴⁸, el análisis del riesgo⁴⁹ y la forma de mitigarlo, la indicación de si el

.....
48 La Ley diferencia entre los requisitos habilitantes y los de calificación; mientras aquellos se refieren al oferente (a su capacidad organizacional, jurídica, financiera o residual) y pueden ser subsanados, estos están estructurados para analizar la oferta y no pueden ser subsanados. Los requisitos de calificación dependerán de la modalidad de selección: en la licitación se ponderan los elementos de calidad y precio; en el concurso de méritos se observa la experiencia del interesado y de su equipo de trabajo; en la subasta inversa, el menor precio y la menor cuantía se siguen las reglas de la licitación; en la contratación directa solo se analiza que la adquisición corresponda a las condiciones del mercado y en la mínima cuantía se mira el precio, siempre que cumpla con las condiciones de la invitación (Presidencia de la República, 2013, art. 26, 85).

El Artículo 29 de la Ley 80 de 1993 establece que “es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”. La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2004a) considera que “la selección objetiva comporta: i) la obligación de fijar previamente los criterios de selección (art. 24 ord. 5°), ii) el llamado público para que, en igualdad de oportunidades, se presenten las ofertas (principio de concurrencia (art. 30 núm. 3), y iii) la transparencia (art. 24)”.

49 El análisis del riesgo consiste en tres etapas: tipificación —se identifica el riesgo—, cuantificación —se determina la probabilidad y el impacto del riesgo— y la asignación —depende de quién esté mejor capacitado para mitigar el riesgo— (Roppo, 2011).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

proceso está cobijado por un TLC⁵⁰ y las garantías que se van a exigir durante el procedimiento de selección⁵¹ deberán quedar consignadas en los estudios previos (Presidencia de la República, 2013, art. 20).

Uno de los aspectos más importantes que debe incluirse en este documento es la escogencia de la modalidad de selección. Es importante identificar cuáles son las opciones que tiene la Administración para elegir al contratista; hecho esto, se deben mencionar las características de cada una de las modalidades y precisar las causales que permiten acudir a una o a otra.

Las modalidades de selección que están a disposición de la Administración son la licitación, el concurso de méritos, la mínima cuantía, la contratación directa y la selección abreviada, dentro de la cual encontramos la subasta inversa, la menor cuantía, los acuerdos marco de precios y la bolsa de productos.

Licitación

La licitación consiste en “una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas señaladas [en pliego de condiciones], formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa [adjudicación], con lo cual el contrato queda perfeccionado” (Sayagués, 2002, p. 543).

La licitación es un procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual de la Administración, cuya finalidad es seleccionar al oferente idóneo que proponga las condiciones más favorables para la entidad (Dromi, 2002).

Esta es la modalidad de selección aplicable cuando la ley no dispone expresamente que procede la selección abreviada, el concurso de méritos, la contratación directa o la mínima cuantía. Por ello, se la califica como la regla general que se

.....
50 Aun cuando cada tratado de libre comercio incluye normas propias, como regla general, para saber si el proceso está cobijado por un acuerdo comercial hay que verificar: i) que la entidad contratante esté incluida en la lista fijada en el TLC; ii) que el objeto del contrato no sea de aquellos bienes o servicios excluidos; en estos casos, la lista suele ser de exclusión, por lo que si el objeto no está en ella, se entiende que aplica el TLC, y iii) que la cuantía del proceso esté dentro de las cuantías fijadas en el TLC, las cuales se miden en dólares (como pasa con el TLC de Colombia y Estados Unidos) o en derechos especiales de giro (como ocurre con el suscrito entre Colombia y Chile).

51 Durante la etapa precontractual, se exige la garantía de seriedad de la oferta, la cual deberá estar vigente desde la presentación de la propuesta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 118). En esa etapa, la entidad exige la garantía única de cumplimiento, la de responsabilidad civil extracontractual y la de todo riesgo (Presidencia de la República, 2013, art. 116, 117). Las modalidades de garantía aceptadas son la póliza de seguros, la fiducia mercantil y la garantía bancaria.

debe seguir para seleccionar a los colaboradores de la Administración (Congreso de la República, año, art. 2).

Esta impone la realización de dos audiencias: la de asignación de riesgos y la de adjudicación (Presidencia de la República, 2013, art. 39). La primera tiene lugar dentro de los tres días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas (Congreso de la República, 2013, art. 30, num. 4); en ella, a solicitud de los interesados, la entidad podrá aclarar el contenido del pliego de condiciones y luego deberá presentar el análisis de riesgo⁵² y hacer la asignación definitiva.

En cuanto a los plazos del proceso, cuando la entidad lo estime conveniente, bien sea de oficio o a solicitud de los interesados y antes de su vencimiento podrá prorrogar el lapso para presentar ofertas, por un término que no puede ser superior a la mitad del fijado en principio. Al constituir una modificación, esta situación se debe materializar mediante una adenda y, en el caso de la licitación, se debe expedir tres días antes del cierre (Congreso de la República, 1993, art. 30, num. 5; Presidencia de la República, 2013, art. 25).

Las entidades estatales pueden utilizar el mecanismo de subasta inversa para la conformación dinámica de las ofertas. En este caso, se debe precisar en los pliegos de condiciones las variables técnicas y económicas sobre las cuales los oferentes pueden pujar. Durante la subasta, los oferentes deben presentar su oferta inicial con las variables dinámicas, de conformidad con los pliegos de condiciones, la cual puede ser mejorada con los lances hasta la conformación de la oferta definitiva. Se tomará como definitiva la oferta inicial realizada por el oferente que no presente lances en la subasta (Presidencia de la República, 2013, art. 38).

Igual que ocurre con la selección abreviada y el concurso de méritos, se admite que la entidad limite la convocatoria a mipymes nacionales⁵³, siempre que reciba la solicitud de, al menos, tres de ellas un día hábil antes de la apertura

52 El riesgo es definido por el Legislador como cualquier evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del proceso de contratación o en la ejecución de un contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 3).

53 De conformidad con lo estatuido en el Artículo 2 de la Ley 905 de 2004, serán calificadas como mipymes las unidades de explotación económica que reúnan dos de los siguientes parámetros: micro: i) máximo diez empleados, y ii) activos totales inferiores a 500 SMMLV. Pequeña: i) entre once y cincuenta trabajadores, y ii) activos totales entre 501 y 5.000 SMMLV. Mediana: i) entre 51 y 200 trabajadores, y ii) activos totales por valor entre 100.000 y 610.000 UVT.

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

del proceso y el mismo tenga un valor inferior a US\$125.000 (Presidencia de la República, 2013, art. 152).

Selección abreviada

La selección abreviada es la modalidad de selección prevista para aquellos casos en los que, por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación, la cuantía o la destinación del bien, se pueden adelantar procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual. Dentro de esta encontramos: la subasta inversa; la menor cuantía, la compra en bolsa de productos y los acuerdos marco de precios.

Sin importar de cuál de estas modalidades de selección se trate, el contenido del pliego de condiciones deberá incluir la ficha técnica del bien o servicio⁵⁴, si el precio del objeto es regulado, la variable sobre la cual se va a hacer la evaluación de las ofertas y, en caso de que la adquisición se haga por partes, se deberá definir el contenido de cada una de ellas (Congreso de la República, 2007, art. 2, num. 2).

Esta modalidad de selección, junto con la licitación y el concurso de méritos, admite la limitación de la convocatoria a las mipymes nacionales, siempre que se cumplan con los requisitos estatuidos en el Artículo 152 del Decreto 1510.

- Reglas para la subasta inversa

La subasta inversa es la modalidad de selección que procede para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes⁵⁵.

En los pliegos de condiciones de la subasta inversa, además de lo ya expuesto, se deberán incluir la fecha y hora de la subasta, la periodicidad de los lances y el margen mínimo de mejora durante la subasta⁵⁶. En estos casos, la oferta estará estructurada en dos partes: en la primera, se deberá acreditar la capacidad para participar en el proceso de contratación y el cumplimiento de la ficha técnica y la

.....
54 Deberá incluir la clasificación, de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios; la identificación adicional requerida; la unidad de medida; la calidad mínima y los patrones de desempeño (Presidencia de la República, 2013, art. 40).

55 De conformidad con lo estatuido por el Artículo 3 del Decreto 1510, se calificarán como tales los bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares que, en consecuencia, pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición.

56 La entidad deberá precisar si adelantará la subasta inversa electrónica o presencial. Si se decide por aquella, fijará en los pliegos el sistema que se utilizará y los mecanismos de seguridad para el intercambio de mensajes de datos (Presidencia de la República, 2013, art. 44).

segunda, debe contener el precio inicial propuesto por el oferente (Presidencia de la República, 2013, art. 41).

Vencido el término para la presentación de las ofertas, la entidad deberá publicar un informe de habilitación de los oferentes, en el cual indicará si los bienes o servicios ofrecidos cumplen con los requisitos establecidos en la ficha técnica y si el oferente está habilitado para participar. En los términos del Decreto 1510, hay subasta siempre que haya, al menos, dos oferentes habilitados cuyos bienes o servicios ofrecidos cumplan con la ficha técnica (Presidencia de la República, 2013, art. 41)⁵⁷.

La subasta inicia con el precio más bajo ofrecido y solo valdrán los lances en los cuales la oferta sea mejorada en, al menos, el margen mínimo de mejora establecido en el pliego. En caso de no presentarse lances, la entidad debe adjudicar el contrato al oferente que haya presentado el precio inicial más bajo. Si se presenta un empate, la Administración deberá celebrar el contrato con quien presentó el menor precio inicial.

En el acto administrativo de adjudicación, la entidad contratante deberá indicar el nombre de todos los proponentes y el precio más bajo ofrecido por cada uno de ellos (Presidencia de la República, 2013, art. 43).

- Régimen para los acuerdos marco de precios

Los acuerdos marco de precios son los contratos celebrados entre uno o varios proveedores y Colombia compra eficiente⁵⁸, con el objeto de proveer a las entidades estatales bienes y servicios de características técnicas uniformes, en la forma, el plazo y las condiciones fijadas en él (Presidencia de la República, 2013, art. 3).

Colombia compra eficiente efectúa periódicamente procesos de contratación para suscribir acuerdos marco de precios, de acuerdo con los bienes y servicios

57 En caso de haber un único oferente habilitado, la entidad podrá adjudicarle el contrato, siempre que el valor de la oferta sea igual o inferior a la disponibilidad presupuestal para el contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 41).

58 Colombia compra eficiente es el ente rector encargado de desarrollar e implementar políticas públicas orientadas a la organización de los participantes en los procesos de compras y contratación pública, con el fin de lograr mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado (Presidencia de la República, 2011, art. 2). De su estructura se debe mencionar que es una unidad administrativa especial denominada Agencia Nacional de Contratación Pública, entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación (Presidencia de la República, 2011, art. 1).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

de características técnicas uniformes contenidos en los planes anuales de adquisiciones de las entidades estatales. Asimismo, las entidades están habilitadas para solicitar a Colombia compra eficiente la celebración de acuerdos marco de precios; hecha la solicitud, la Agencia Nacional de Contratación Pública verifica su pertinencia y determina la oportunidad para adelantar el proceso de contratación (Presidencia de la República, 2013, art. 49).

En cuanto a la modalidad de selección de contratistas aplicable a la celebración de acuerdos marco de precios, Colombia compra eficiente debe adelantar el procedimiento de contratación y aplicar las reglas de la licitación pública. Surtida la licitación, el acuerdo marco de precios celebrado deberá incluir la forma en la que Colombia compra eficiente evaluará el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los proveedores, el procedimiento a seguir cuando se presenten incumplimientos de las órdenes de compra realizadas por la Administración al proveedor de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y las reglas que definirán el actuar de Colombia compra eficiente frente a los reclamos de calidad y oportunidad de la prestación (Presidencia de la República, 2013, art. 49).

Celebrado el acuerdo marco de precios, Colombia compra eficiente deberá publicar el catálogo de los bienes y servicios de características técnicas uniformes incluidos en él⁵⁹. En consecuencia, durante la etapa de planeación de los procedimientos de contratación que adelanten, las entidades estatales deberán verificar si existe un acuerdo marco de precios que incluya el bien o servicio objeto del procedimiento de selección y con el cual puedan satisfacer la necesidad que se pretende con el contrato.

En caso de que un acuerdo marco de precios incluya el bien o servicio requerido, la entidad deberá suscribir el contrato en la forma dispuesta por Colombia compra eficiente⁶⁰ y podrá hacer la orden de compra al proveedor, de conformidad con lo dispuesto en él (Presidencia de la República, 2013, art. 48).

.....
59 El catálogo es la ficha que contiene la lista de bienes o servicios, las condiciones de su contratación que están amparadas por un acuerdo marco de precios y la lista de los contratistas que son parte del acuerdo marco de precios (Presidencia de la República, 2013, art. 2).

60 De conformidad con lo estatuido en el Artículo 46 del Decreto 1510, las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 también están conminadas a adquirir los bienes y servicios de características técnicas uniformes por medio de los acuerdos marco de precios vigentes. Por otro lado, las entidades territoriales, los organismos autónomos y los pertenecientes a la Rama Legislativa y Judicial no están obligados, pero están facultados para hacerlo.

- Reglas para la compra en bolsa de productos

Es la modalidad de selección que procede para la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria, de conformidad con el Decreto 2555 de 2010. De su régimen se debe destacar que no se requiere que el oferente esté inscrito en el Registro Único de Proponentes (Congreso de la República, 2011, art. 6).

La etapa de planeación de esta modalidad requiere que la entidad estudie⁶¹, compare e identifique las eventuales ventajas de utilizar la bolsa de productos para la adquisición de los bienes y servicios de características técnicas uniformes, frente a los demás procedimientos de selección incluidos en la selección abreviada, esto es, la subasta inversa y el acuerdo marco de precios.

Verificadas las ventajas, la entidad deberá seleccionar un comisionista⁶² de acuerdo con el procedimiento aplicable en la bolsa de productos, el cual, en cualquier caso, deberá ser competitivo (Presidencia de la República, 2013, art. 53). Seleccionado el comisionista⁶³, la Administración celebrará el contrato⁶⁴ y lo publicará junto con sus modificaciones en el Sistema Electrónico de Contratación Pública.

Las bolsas de productos deben elaborar y actualizar una lista de los bienes y servicios de características técnicas uniformes susceptibles de ser adquiridos por las entidades estatales. Esta lista deberá mantenerse a disposición de la Administración y del público en general, para lo cual se mantendrá publicada en las páginas web de las bolsas de productos (Presidencia de la República, 2013, art. 55).

Sobre la ejecución del contrato, la entidad deberá designar un supervisor para las operaciones que hacen por su cuenta los comisionistas en las bolsas de productos y el contrato de comisión mismo. En caso de presentarse inconsistencias

61 El estudio deberá incluir el análisis del proceso de selección del comisionista, los costos asociados con la selección y el valor de la comisión y de las garantías (Presidencia de la República, 2013, art. 51).

62 Para actuar como comisionista de una entidad estatal, los interesados deberán cumplir con los requisitos habilitantes fijados por la Administración, los cuales deberán ser adecuados y proporcionales al objeto a contratar y al valor del contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 52 del Decreto 1510).

63 El Decreto 1510 exige que el comisionista constituya a favor de la entidad contratante la garantía única de cumplimiento, previa ejecución del contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 56).

64 Para celebrar el contrato de comisión, la entidad contratante debe acreditar que cuenta con la disponibilidad presupuestal para el contrato, la operación que por cuenta suya adelantará el comisionista en la bolsa de productos, las garantías y los demás pagos que se deban realizar como consecuencia de la adquisición de los bienes y servicios de características técnicas uniformes en la bolsa de productos (Presidencia de la República, 2013, art. 54).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

en la ejecución, la entidad pondrá en conocimiento de la bolsa de productos tal situación para que esta adopte las medidas necesarias para resolver la situación.

- Régimen de la menor cuantía

La menor cuantía es la modalidad que procede para la contratación de servicios de salud (Presidencia de la República, 2013, art. 60; Congreso de la República, 2011, art. 2, num. 2); una licitación haya sido declarada desierta⁶⁵; la contratación de empresas industriales y comerciales del Estado, las de economía mixta y las empresas en las cuales el Estado tenga más de 50% del capital social que no se encuentren en situación de competencia y siempre que el objeto contractual sea de su actividad comercial o industrial⁶⁶; la contratación de entidades dedicadas a la protección de derechos humanos y población con alto grado de vulnerabilidad (Presidencia de la República, 2013, art. 64; Congreso de la República, 1994, art. 2, num. 2, lit. h); la selección del intermediario para la enajenación de bienes del Estado (Presidencia de la República, 2013, arts. 88, 92) y para la adquisición de bienes y servicios para el sector defensa, siempre que no requiera reserva⁶⁷.

Junto con el concurso de méritos, es una modalidad de selección en cuyo trámite se admite la precalificación. Así, en caso de que la entidad reciba once o más manifestaciones de interés, con posterioridad a la apertura del proceso de contratación, mediante sorteo⁶⁸ podrá seleccionar diez de ellas con las que continuará el proceso (Presidencia de la República, 2013, art. 59).

Acercas de los requisitos de calificación, la entidad deberá determinar la oferta más favorable, según la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en porcentajes o fórmulas o la ponderación de calidad y precio que represente la mejor relación costo/beneficio, en cuyo caso se deberá incluir en los pliegos de condiciones las condiciones técnicas y económicas

.....
65 Siempre que expida el acto administrativo de apertura dentro de los cuatro meses siguientes a la declaratoria de licitación desierta (Presidencia de la República, 2013, art. 61; Congreso de la República, 1994, art. 2, num. 2, lit. d).

66 Salvo los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia, para los cuales aplicará la modalidad de selección correspondiente (Presidencia de la República, 2013, art. 63).

67 Si son de características técnicas uniformes, deberán acudir a la subasta inversa, al acuerdo marco de precios o a la bolsa de productos. Si la adquisición requiere reserva, se tramitará por medio de la contratación directa (Presidencia de la República, 2013, art. 65, 78).

68 La entidad deberá establecer en los pliegos si hay lugar a sorteo y la forma como lo efectuará (Presidencia de la República, 2013, art. 59).

adicionales que representen ventajas para la ejecución del contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 26).

Concurso de méritos

El concurso de méritos es la modalidad de selección para la prestación de servicios de consultoría⁶⁹ y para los proyectos de arquitectura. Al igual que sucede con los demás procedimientos de escogencia del contratista, todo inicia con los estudios previos, los cuales deberán contener los aspectos ya explicados. Como regla especial, el Decreto 1510 dispone que, en este caso, la entidad no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 20, num. 4).

Cuando el proceso de contratación tiene un valor inferior a US\$125.000 y la entidad ha recibido solicitudes de mínimo tres mipymes, al menos un día hábil antes de su apertura, deberá limitar su convocatoria a las mipymes nacionales con mínimo un año de existencia (Presidencia de la República, 2013, art. 152).

Los pliegos de condiciones en el concurso de méritos deberán indicar la forma como se calificará la experiencia del interesado y del grupo de trabajo y la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo. Presentadas las ofertas, la entidad deberá asignar a cada una de ellas una calificación técnica y, con base en esto, estructurar un orden de elegibilidad. Todo ello quedará consignado en el informe de evaluación. Este informe deberá publicarse por tres días hábiles en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública.

Surtido este trámite la entidad deberá revisar si la oferta económica del primero de la lista del orden de elegibilidad está dentro del rango del valor estimado del contrato. De igual modo, se verifican la coherencia y consistencia entre la necesidad identificada por la entidad y el alcance de la oferta, entre la consultoría requerida y el precio ofrecido y entre el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal.

.....
⁶⁹ Son de consultoría los contratos que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Asimismo, son de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos (Congreso de la República, 1993, art. 32, num. 2). De conformidad con el numeral 4 del Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en ningún caso se podrá incluir el precio como factor de calificación.

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

Si se llega a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, la entidad y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad celebrarán el contrato. En caso contrario, la entidad revisará y verificará los mismos aspectos con el oferente calificado en el segundo lugar. Si no se llega a un acuerdo con este, la entidad deberá declarar desierto el proceso de contratación.

Este procedimiento es una de las modalidades que admite precalificación; por ello, durante la etapa de planeación, la entidad podrá publicar un aviso de convocatoria para la precalificación en el concurso de méritos, siempre que la complejidad de la consultoría lo considere pertinente. Una vez los interesados manifiesten su interés, la entidad deberá publicar un informe de precalificación para que, dentro del término de dos días hábiles, hagan las observaciones que consideren pertinentes.

Finalizado ese trámite, se deberá adelantar una audiencia de precalificación en la cual la entidad contestará los comentarios hechos por los interesados. Además, deberá conformar la lista de precalificados para participar en el proceso de contratación y notificar sobre esta a los interesados. Por último, es preciso aclarar que la elaboración de la precalificación no obliga a la entidad a abrir el proceso de contratación.

Contratación directa

La modalidad de selección de contratación directa, al igual que las demás, inicia con la etapa de planeación. Dentro de ella tienen lugar los estudios previos, que deberán seguir las reglas ya explicadas. Sin embargo, estos no son públicos cuando se trata de procesos de contratación de empréstitos, misma regla en el caso de los contratos celebrados entre el Ministerio de Hacienda y el Banco de la República y cuando versen sobre contratación de bienes y servicios en el sector defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad de Protección, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura, siempre que requieran reserva (Presidencia de la República, 2013, art. 75).

En la etapa de planeación tiene lugar el acto administrativo de justificación, en el que la entidad deberá indicar la causal que invoca para contratar directamente, el objeto del contrato, el presupuesto para la contratación y el lugar en

donde los interesados pueden consultar los estudios previos (Presidencia de la República, 2013, art. 73).

Este acto administrativo de justificación no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, de empréstito o de bienes y servicios en el sector defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia, la Unidad de Protección, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura, cuando requiera reserva y contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda con el Banco de la República. En estos procesos, la contratación debe hacerse en condiciones de mercado, sin que sea necesario recibir varias ofertas (Presidencia de la República, 2013, art. 73, inc. final, art. 78).

Cuando la causal que se invoque para contratar directamente sea la urgencia manifiesta, la resolución que la declare hará las veces de acto administrativo de justificación. En estos casos, la entidad no estará obligada a elaborar estudios previos (Presidencia de la República, 2013, art. 74).

Las causales que le permiten a la Administración acudir a la contratación directa son (Congreso de la República, 2007, art. 2, num. 4): i) la urgencia manifiesta; ii) la contratación entre entidades estatales; iii) la falta de pluralidad de oferentes⁷⁰; iv) la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión⁷¹; v) la ejecución de contratos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales; vi) las adquisiciones de bienes inmuebles; vii) el arrendamiento de inmuebles; viii) empréstitos; ix) bienes y servicios del sector defensa que necesiten reserva; x) el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; xi) los servicios y las actividades de telecomunicación (Congreso de la República, 1993, art. 33), y xii) encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inicien el acuerdo de reestructuración de pasivos.

En esta modalidad de selección, la exigencia o no de garantías depende de la entidad y, en cualquier caso, la justificación para hacerlo deberá estar incluida

70 No existe pluralidad de oferentes cuando solo hay una persona que pueda proveer el bien o servicio, bien sea por ser el titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor o por ser el proveedor exclusivo en el territorio nacional (Presidencia de la República, 2013, art. 80).

71 Son aquellos de naturaleza intelectual que se derivan del cumplimiento de funciones de la Administración, como los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales (Presidencia de la República, 2013, art. 81).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

en los estudios previos (Presidencia de la República, 2013, art. 77). No requiere que los oferentes estén inscritos en el Registro Único de Proponentes.

Mínima cuantía

Esta modalidad de selección es aplicable a los contratos cuyo valor no excede un 10% de la menor cuantía, con base en el presupuesto de cada entidad individualmente considerada, sin importar su objeto⁷². En lo relativo a la planeación, los estudios previos son simplificados, toda vez que su contenido se debe limitar a la descripción de la necesidad y del objeto, de las condiciones técnicas exigidas, del valor estimado de contrato, del plazo de ejecución y del certificado de disponibilidad presupuestal (Presidencia de la República, 2013, art. 84). Surtida la elaboración de los estudios previos⁷³, la entidad debe publicar una invitación para participar en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública⁷⁴, con el fin de que los interesados presenten las observaciones que consideren pertinentes y soliciten las aclaraciones necesarias. Este documento deberá contener la forma en la que el interesado debe acreditar la capacidad jurídica, la experiencia mínima —si se exige— y el cumplimiento de las condiciones técnicas (Presidencia de la República, 2013, art. 19, 85). La invitación para participar deberá extenderse al menos por un día hábil. En caso de que los interesados presenten observaciones o soliciten aclaraciones, se les deberá contestar antes del vencimiento del plazo para ofertar.

Presentadas las ofertas, la entidad revisará la propuesta económica y verificará que la de menor precio cumpla con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple, la entidad deberá analizar la segunda y así sucesivamente⁷⁵. Este trámite

72 El establecimiento de esta regla conlleva a que en razón de su precio un contrato de interventoría se adelante según las reglas de la modalidad de selección de mínima cuantía y eso trae como consecuencia que un contrato en el que por su naturaleza se debiera calificar la experiencia, solo se califique el precio de la oferta. Esta regla estaba contenida en el Artículo 3 del derogado Decreto 2516, pero fue nuevamente establecida en el Artículo 94 de la Ley 1474.

73 En la mínima cuantía no es necesario que la entidad expida y publique el aviso de convocatoria (Presidencia de la República, 2013, art. 21).

74 En la mínima cuantía no hay prepliegos ni pliego de condiciones.

75 Si hay un empate entre ofertas económicas, la entidad deberá aceptar la propuesta que haya sido presentada primero (Presidencia de la República, 2013, art. 85).

quedará consignado en un informe de evaluación que deberá publicarse al menos durante un día hábil (Congreso de la República, 1994 art. 94)⁷⁶.

Transcurrida esta etapa, la entidad deberá aceptar la oferta de menor precio que cumpla con las condiciones fijadas en la invitación, al tenor de lo dispuesto en el numeral 7 del Artículo 85 del Decreto 1510. La oferta y su aceptación constituyen el contrato y, con base en este, se hace el registro presupuestal para iniciar con su ejecución.

La Administración es libre para exigir o no garantías, lo cual dependerá de la naturaleza del objeto y de la forma de pago. En caso de haber anticipo, no se requiere la constitución de una fiducia para el manejo de recursos (Presidencia de la República, 2013, art. 87; Congreso de la República, 1994 art. 91).

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, en esta modalidad de selección no se requiere Registro Único de Proponentes.

Terminada la explicación de las modalidades de selección de contratistas, se pormenoriza el proceso de formación de voluntad de la Administración, que tiene lugar con posterioridad a la elaboración de los estudios previos y siempre que estos permitan concluir que la satisfacción de la necesidad identificada es viable económica y jurídicamente.

El siguiente documento elaborado con ocasión a la etapa de planeación es el prepliego de condiciones. Si bien no es un acto administrativo, permite a los interesados manifestar sus oposiciones a las reglas que regularán tanto el proceso de selección de contratistas como el contrato mismo y que formarán parte del pliego de condiciones definitivo. Este documento deberá publicarse por diez días hábiles, si se trata de la licitación o por cinco, cuando se esté en presencia de una selección abreviada o un concurso de méritos (Presidencia de la República, 2013, art. 23).

Luego de los prepliegos, la entidad debe publicar el aviso de convocatoria⁷⁷, en el que, además de lo contenido en los estudios previos, deberá incluir nombre y dirección de la entidad; dirección, correo electrónico y teléfono en donde se atenderá a los interesados; plazo estimado del contrato; fecha, lugar y forma de

76 Para la modalidad de selección de mínima cuantía no es necesario que la entidad conforme un comité de evaluación para calificar las ofertas o estructurar el informe (Presidencia de la República, 2013, art. 27).

77 No será necesario en las modalidades de selección de contratación directa y mínima cuantía (Presidencia de la República, 2013, art. 21).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

la presentación de la oferta; disponibilidad presupuestal; si la convocatoria es susceptible de ser limitada a mipymes; las condiciones para participar en el proceso de contratación; si hay lugar a precalificación; cronograma y la forma como los interesados pueden consultar los documentos del proceso (Presidencia de la República, 2013, art. 21).

En resumen, la etapa de planeación abarca el plan anual de adquisiciones, los estudios previos, el prepliego de condiciones y el aviso de convocatoria. Ninguno de los anteriores constituye un acto administrativo y, por consiguiente, la entidad no está obligada a expedir el acto administrativo de apertura.

Etapa precontractual

La etapa precontractual propiamente dicha va desde el acto administrativo de apertura hasta la resolución de adjudicación o la declaración de proceso de contratación desierto.

Mediante acto administrativo de carácter general, la entidad ordenará la apertura del proceso de selección, en el que incluirá el objeto de la contratación; la modalidad de selección; el cronograma; el lugar en donde se pueden consultar los pliegos de condiciones y los estudios previos; el CDP y la convocatoria para las veedurías ciudadanas (Presidencia de la República, 2013, art. 24).

Al ser un acto administrativo general, contra él no caben los recursos de reposición o apelación (Congreso de la República, 1993, art. 75). El siguiente documento que tiene lugar durante la etapa precontractual es el pliego de condiciones definitivo, pero modificable. Es un acto prenegocial que contiene un conjunto de cláusulas con efectos obligatorios tanto para la entidad como para los interesados u oferentes, elaborados unilateralmente por la Administración, para disciplinar el desarrollo y las etapas del proceso de selección y el contrato ofrecido (Consejo de Estado, 2013b). Debe contener reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de proceso de contratación desierto (Congreso de la República, 1993, art. 24, num. 5; art. 25, num. 3; art. 26, nums. 1, 3; art. 29; art. 30).

Sobre la naturaleza del pliego de condiciones, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2006b) ha sido muy clara al establecer que este documento ostenta:

[...] una naturaleza mixta, en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general —naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección—, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos en muchas de sus estipulaciones, esa naturaleza y se convierte en “cláusula contractual”, porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección.

El pliego recibe la calificación de definitivo, pero modificable, en tanto está cubierto por el principio de intangibilidad⁷⁸, el cual impone una prohibición para alterar o inaplicar las reglas previstas en él. No obstante, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2012a) considera procedentes las modificaciones de aspectos puntuales del pliego, siempre que los cambios sean razonados y objetivos, se comuniquen oportunamente a todos los interesados, se sometan a la ley que rige la selección y, sobre todo, si se producen antes del vencimiento del plazo del proceso, esto es, antes de que se cumpla el término dispuesto para la presentación de las propuestas.

Las modificaciones deben realizarse mediante adendas que están a disposición de la Administración para que explique, aclare, agregue o modifique el pliego de condiciones. Si estamos frente a una licitación, las adendas deben ser expedidas hasta tres días hábiles antes del cierre del proceso y un día antes en las demás modalidades de selección. Una vez publicadas, se integran al pliego y tienen la misma validez y el mismo carácter vinculante que este⁷⁹.

El Artículo 22 del Decreto 1510 dispone que el contenido del pliego de condiciones debe llevar, al menos, la siguiente información: la descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato; la modalidad

78 Afirma el Consejo de Estado (2007a) que la intangibilidad del pliego se desprende de los siguientes principios: igualdad (arts. 13 y 209 de la Constitución Política); transparencia (arts. 209 de la Carta Política y 23 y 24 de la Ley 80); economía y publicidad (art. 209 de la Constitución Política); de responsabilidad (art. 26 de la Ley 80); del deber de selección objetiva (art. 28 del Estatuto Contractual). Constituye una garantía en virtud de la cual la entidad no puede modificar a su arbitrio las reglas del procedimiento de selección de contratistas.

79 La Administración puede expedir adendas con posterioridad al cierre del proceso para modificar el cronograma respecto a plazos no vencidos hasta antes de la adjudicación del contrato (Presidencia de la República, 2013, art. 25).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

del proceso de selección y su justificación; los criterios de selección, incluidos los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar; las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato; las causas que dan lugar a rechazar una oferta⁸⁰; el valor y el plazo del contrato, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a entrega de anticipo; los riesgos asociados con el contrato, la forma de mitigarlos y su asignación; las garantías exigidas; la mención de si el contrato objeto de los pliegos de condiciones está cubierto por un TLC; la minuta del contrato; los términos de la supervisión o de la interventoría del contrato; el plazo dentro del cual la Administración puede expedir adendas y el cronograma.

Del contenido del pliego se desprende que el Legislador autorizó a las entidades para estructurar un procedimiento que les permita asegurar la participación, evaluación, calificación y adjudicación de los procesos de selección de contratistas. No obstante, la Ley fijó un marco jurídico dentro del cual deben crear dichos procedimientos y abarca (Consejo de Estado, 2007a): i) el principio de legalidad que, además de otorgarle a la Administración una serie de prerrogativas, le impone sujeciones. En la etapa previa a la celebración del contrato, la entidad tiene la facultad de elaborar unilateralmente el pliego, pero una vez elaborado y adquirido por los interesados, tiene la sujeción de actuar en consonancia con las reglas que consagró en amplio margen de discrecionalidad; ii) el principio de intangibilidad del pliego, que sostiene que una vez abierta la licitación y adquirido por los interesados, las disposiciones señaladas se tornan obligatorias e inmodificables, salvo las excepciones legales; iii) el principio de economía, que instituye que en los pliegos de condiciones se deben señalar los términos preclusivos y perentorios para las etapas del proceso de selección (Congreso de la República, 1993, art. 25). Los plazos dentro de los procesos de selección son preclusivos y perentorios⁸¹, por lo que una vez vencidos, les queda vedado a las partes desplegar la conducta que se dejó de ejecutar durante su vigencia. Por ello, si se presenta una oferta por fuera del término fijado, será rechazada por extemporaneidad y, si la entidad

.....
80 Generalmente, se incluyen como causales de rechazo la presentación de ofertas condicionadas o allegadas después de la oportunidad para hacerlo, casos de inhabilidad e incompatibilidad o cuando no se aporta la garantía de seriedad de la oferta.

81 Esto quiere decir que transcurrido el tiempo indicado en los pliegos para realizar determinada actividad sin que esta se hubiere cumplido, se habrá perdido la oportunidad para efectuarla, por cuanto el término una vez vencido no puede revivirse.

decide adjudicar o declara desierto el proceso por fuera del plazo determinado para ello, dicho acto quedará viciado de nulidad por falta de competencia⁸²; iv) el principio de transparencia, que pugna porque la actividad contractual se cumpla de manera pública e imparcial para garantizar la igualdad de oportunidades de los oferentes y la moralidad administrativa (Rodríguez Rodríguez, 2005); v) el principio de libre concurrencia, “el cual persigue una doble finalidad: proteger los intereses económicos de la administración suscitando en cada caso la máxima competencia posible y garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la administración” (García de Enterría y Fernández, 2004, p. 716); vi) el principio de buena fe, que exige que cada parte haga honor a la confianza depositada en ella, que su actuar sea leal y que deseche cualquier tentativa de enriquecimiento injusto a costa de su cocontratante (González Pérez, 1983), y vii) el principio de organización en el trámite de los procesos administrativos de selección de contratistas, el cual brinda a los participantes seguridad y certeza sobre las condiciones y los términos de dicho trámite. Las entidades no pueden obrar con arbitrariedad y deben cumplir estrictamente las etapas en las que se dividen los procedimientos.

Luego de la publicación del pliego de condiciones, los interesados podrán presentar sus ofertas hasta antes del cierre del proceso, esto es, el último instante en el que se puede allegar una propuesta. A continuación, sigue un período de evaluación de las ofertas por parte de un comité evaluador⁸³, que hace una recomendación para contratar con quien, a su juicio, presentó la mejor propuesta.

82 “[...] la incompetencia está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder por parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse” (Giraldo, 1995, p. 94). La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2007a) califica de incorrecto afirmar que la existencia de estos plazos perentorios y preclusivos en el procedimiento de selección de contratistas no implica que su vencimiento impida a la Administración decidir válidamente, sobre la base de que la consagración de dichos términos tiende a producir consecuencias distintas —como las de índole disciplinaria— o que la competencia no se pierde por la prevalencia de la finalidad de los procedimientos de contratación estatal. No resulta acertado, por cuanto, si bien el principio de eficacia (art. 209 de la Constitución Política) impone a los encargados de adelantar procedimientos administrativos tener en cuenta que estos deben lograr su finalidad y remover de oficio los obstáculos puramente formales, la aplicación de este principio no puede conllevar al desconocimiento flagrante del principio de legalidad (art. 6 de la Carta Política), el cual constituye uno de los pilares del Estado de Derecho y el cimiento principal de las garantías de los administrados frente al poder público.

83 Conformado mediante acto administrativo, por personal de la entidad o particulares vinculados mediante contrato de prestación de servicios, adelantado bajo la modalidad de selección de contratación directa. A los miembros del comité se les aplica el régimen de incompatibilidades, inhabilidades y conflictos de interés (Presidencia de la República, 2013, arts. 27, 81).

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

Durante la evaluación de las ofertas, el comité podrá solicitar a los oferentes que subsanen sus propuestas por la ausencia de requisitos o la falta de documentos no necesarios para la comparación de las mismas. Por consiguiente, no se podrá rechazar ninguna oferta por la ausencia de requisitos o documentos que no constituyan requisitos de calificación, según las reglas de la modalidad de selección de la que se trate (Congreso de la República, 1991, art. 5, par. 1). Sobre la subsanabilidad de los requisitos de la oferta, diferentes a los de calificación, incluidos los de desempate, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que esta tiene como sustento la primacía de lo sustancial sobre lo formal, que lo subsanable es la prueba del hecho y la condición habilitante o un elemento de la propuesta y que, en cualquier caso, la potestad de pedir que se subsane es una facultad de la entidad y no un derecho del proponente (Consejo de Estado, 2008c; 2010).

La labor del comité evaluador queda consignada en un informe de evaluación (Consejo de Estado, 2012b). Incluye un orden de elegibilidad que es puesto a disposición de los interesados para que hagan las observaciones que consideren pertinentes y que suelen estar encaminadas a defender la oferta presentada y a arremeter contra las demás propuestas. Presentadas las observaciones, la entidad podrá contestarlas antes o durante la audiencia de adjudicación.

El último paso en la etapa precontractual es la audiencia de adjudicación. Mediante acto administrativo de carácter particular⁸⁴, la entidad podrá aceptar alguna de las propuestas presentadas o, por acto administrativo general, declarar desierto el proceso de contratación en caso de que no se hubieran presentado ofertas o particular, si se presentaran propuestas, pero durante el proceso surgieran motivos que impidieran la escogencia objetiva⁸⁵.

84 Este acto administrativo es irrevocable, salvo cuando sobrevenga una inhabilidad o incompatibilidad entre el acto de adjudicación y la celebración del contrato, el adjudicatario no suscriba el contrato o haya obtenido la adjudicación por medios ilegales.

85 La entidad puede incluir en los pliegos de condiciones las causales de rechazo que considere pertinentes; sin embargo, en cuanto a las causales para declarar desierto el proceso de selección, la entidad está imposibilitada para incluir causales diferentes a las legales en los pliegos de condiciones. Puede verse Consejo de Estado (2011a; 2012a; 2013c). La selección objetiva es uno de los principios fundamentales en el marco de la contratación estatal e impone que el contrato se celebre con el contratista que haya presentado el ofrecimiento más favorable a los intereses de la entidad y a los fines de la contratación, sin que intervengan factores de índole subjetiva (Consejo de Estado, 2007b).

Sobre el acto administrativo de carácter particular con el cual la Administración acepta una de las propuestas presentadas, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2011d), ha precisado que este:

[...] supone —desde una faceta positiva— la selección y por lo mismo la aceptación de la oferta que se estima la más conveniente y favorable con arreglo a lo dispuesto en los pliegos de condiciones y —desde una faceta negativa— la no adjudicación a los otros proponentes.

En resumen, la etapa precontractual abarca el acto administrativo de apertura, el pliego de condiciones, las adendas, el informe de evaluación y la posibilidad de subsanación, el traslado del mismo a los oferentes y la audiencia de adjudicación.

El Estatuto de Contratación Pública fija en detalle tanto las pautas que la Administración debe seguir en la etapa precontractual como la conducta que se debe seguir durante la ejecución y la liquidación del contrato (Dussán, 2005). Luego de la adjudicación del contrato tiene lugar un sinfín de variables que, en su mayoría, están expresamente regladas dentro del régimen de contratación pública; sin embargo, su estudio excede el objeto del presente escrito.

Responsabilidad patrimonial de la Administración en la etapa precontractual

Antes que nada, se debe explicar cuáles son las herramientas de las que disponen los administrados en el marco de la contratación estatal, para solicitar judicialmente la indemnización de los perjuicios que cause la entidad estatal durante la etapa de formación de la voluntad de la Administración.

En primer lugar, habrá que ubicarnos en la hipótesis de que la Administración adjudicó el contrato y uno de los oferentes, que no resultó beneficiado, desea controvertir la legalidad del acto administrativo de adjudicación. Esta resolución no es susceptible de recursos por la vía gubernativa (Congreso de la República, 1993, art. 77, par. 1).

Ante esta situación, las personas que tienen un interés directo, esto es, los oferentes del proceso, las partes del contrato o el Ministerio Público podrán acudir a la jurisdicción por los medios de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y al de controversias contractuales. Acudir a uno o a otro dependerá del momento en el que se utilice el medio de control y de las pretensiones del demandante.

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

Los medios de control de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho buscan la declaratoria de invalidez de los actos administrativos que se estiman contrarios a normas superiores (Chávez Marín, 2005). Cada uno posee características diferenciales: la de simple nulidad⁸⁶ se ejerce exclusivamente en interés general, con el fin de salvaguardar el orden público, no tiene término de caducidad, la sentencia tiene efectos *erga omnes* y procede, sobre todo, contra los actos administrativos de carácter general y, en ocasiones, contra los de carácter particular cuando: i) con la demanda no se pretenda o de la sentencia no se genere el restablecimiento de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero, pues en ese caso, la demanda se tramitará conforme a las reglas del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; ii) cuando se trate de recuperar bienes de uso público; iii) cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten con gravedad el orden público, político, económico, social o ecológico, y iv) cuando la ley lo consagre expresamente (Congreso de la República, 1993, art. 137; art. 164, num. 1, lit. a).

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no solo se ejerce para garantizar la legalidad en abstracto, sino también para obtener el reconocimiento de una situación jurídica particular y la adopción de las medidas adecuadas para su plena reparación. Tiene un término de caducidad de cuatro meses contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo; procede, esencialmente, contra los actos administrativos de carácter particular y, excepcionalmente, contra los de carácter general, siempre que la demanda se presente dentro los cuatro meses siguientes a su publicación. La Sentencia tiene efectos *erga omnes* en lo relativo a la declaratoria de nulidad, pero respecto al reconocimiento del derecho subjetivo, solo tiene efectos interpartes (Congreso de la República, 1993, art. 138; art. 164, num. 2, lit. d).

En el marco de la contratación estatal, el legitimado en la causa por activa⁸⁷ podrá interponer el medio de control de simple nulidad cuando, a su juicio, la resolución de adjudicación fuera expedida con infracción de las normas en las

.....
86 Véanse Consejo de Estado (2003) y Corte Constitucional (2002).

87 La legitimación en la causa "alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no" (Galindo, 2006, p. 22).

que debería fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien la profirió. En tal caso, deberá hacer uso de este medio dentro de los cuatro meses siguientes a la audiencia de adjudicación, sin que sea relevante la celebración o no del contrato (Congreso de la República, 1993, art. 137; art. 138; art. 164, num. 2, lit. c).

En cuanto al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, las personas con interés directo, que se consideren lesionadas en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrán solicitar la nulidad del acto administrativo de adjudicación por las mismas razones ya expuestas, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño. Deberán interponerlo dentro de los cuatro meses siguientes a la audiencia de adjudicación, sin importar si se celebró o no el contrato (Congreso de la República, 1993, art. 164, num. 2, lit. c; art. 138).

De conformidad con lo estatuido en el Artículo 141 de la Ley 1437, el medio de control de controversias contractuales procede para solicitar que se declare la existencia o nulidad del contrato, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento o la nulidad de los actos administrativos contractuales y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, así como para solicitar la liquidación del contrato que no ha sido liquidado de común acuerdo o lo fue unilateralmente por la Administración. Respecto a los actos proferidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual, el Legislador dispuso que podrán demandarse en los términos de los Artículos 137 —nulidad— y 138 —nulidad y restablecimiento del derecho— de la Ley 1437.

Una de las causales de nulidad absoluta del contrato estatal es que se declaren nulos los actos administrativos en los que se fundamente, como el de adjudicación (Congreso de la República, 1993, art. 44). Por ello, parece que quienes tienen un interés directo pudieran acudir al medio de control de controversias contractuales pasados los cuatro meses siguientes a la audiencia de adjudicación y solicitar la nulidad absoluta del contrato por ser nulo el acto administrativo de adjudicación. Sin embargo, a mi juicio, esa pretensión no podría prosperar, toda vez que pasados los cuatro meses habría caducado la oportunidad para solicitar la nulidad de la resolución de adjudicación y la correspondiente indemnización de perjuicios.

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

Precisadas las posibilidades de las que disponen los oferentes que no resulten favorecidos con el acto administrativo de adjudicación, es menester indicar que la responsabilidad del Estado está estatuida en la regla consignada en el Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, la cual establece que este es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, siempre que sean causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas⁸⁸. Esta norma fue desarrollada en los Artículos 4, 26, y 50 a 59 de la Ley 80 de 1993.

El Artículo 4 define una serie de derechos y deberes que deben cumplir los representantes de las entidades estatales para la consecución de los fines perseguidos por la Administración al celebrar negocios jurídicos con los particulares, quienes son, en cualquier caso, sus colaboradores.

El Artículo 26 manifiesta el principio de responsabilidad, por lo cual los servidores públicos responderán por sus actuaciones u omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por estas. No por expresar un principio general el Artículo en cuestión, carece de carácter obligatorio; por el contrario, “debe reconocérseles no sólo alcance normativo, sino que además, deberá tenerseles como orientadoras de la interpretación general de la ley” (Atehortúa Ríos, 1995, p. 83).

El Artículo 50 materializa el Artículo 90 de la Constitución Política, en la medida en que establece que las entidades responderán por las actuaciones, las abstenciones, los hechos y las omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. Por ello, estarán en la obligación de indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione y la ganancia o provecho dejados de percibir por el colaborador de la Administración.

En lo concerniente a las disposiciones normativas que desarrollan la regla de responsabilidad del Estado, encontramos los Artículos 51 a 59, los cuales regulan la responsabilidad de los servidores públicos, de los contratistas y de los consultores, interventores y asesores; la prescripción de las acciones de responsabilidad contractual; los tipos de sanciones que proceden y el contenido de las providencias que las imponen.

.....
88 En sentencia de la Corte Suprema de Justicia (1896) surge la responsabilidad estatal, pues en ella se expresó que “todas las Naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros y, si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes (Arenas Mendoza, 2013).

En cuanto al título de imputación, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2001) ha precisado que:

[...] la responsabilidad por los daños causados en la etapa precontractual no se hace con fundamento en la culpa⁸⁹, ni en el riesgo⁹⁰, ni en el enriquecimiento injusto⁹¹, o la reciprocidad de prestaciones del contrato bilateral, sino en los principios de la buena fe y de legalidad⁹². En la etapa de formación de la voluntad contractual las partes deben obrar de buena fe en la preparación del contrato, en el procedimiento de selección y en la fase de perfeccionamiento del mismo, no sólo porque así lo manda la Constitución (art. 83), sino porque es principio general que domina las relaciones jurídicas bilaterales como dan cuenta los artículos 1603 del Código Civil y 863 y 871 del C. de Comercio.

La prosperidad de las pretensiones indemnizatorias de los oferentes que no resultaron adjudicatarios dentro de un procedimiento de selección dependerá del supuesto fáctico en el que se produjo el aparente daño.

Así, cuando se pretenda la nulidad del acto administrativo que puso fin al procedimiento de selección de contratistas —sea por adjudicar o declarar desierto el proceso— y el restablecimiento del derecho por haber sido privado injustamente de la ejecución del contrato pese a haber presentado la oferta más favorable para la Administración, procederá la indemnización de perjuicios materiales

89 La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2005) ha manifestado que la responsabilidad del Estado con fundamento en la teoría de la falla del servicio tiene aplicación “a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero”.

90 Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (1984) ha precisado que la teoría del riesgo excepcional tiene lugar cuando “el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a ‘un riesgo de naturaleza excepcional’ (Laubadere) el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio”.

91 Teoría que exige la acreditación de los siguientes presupuestos: enriquecimiento de la parte beneficiada, correlativo empobrecimiento de la afectada, relación de causalidad entre este y aquel y ausencia de causa jurídica (Consejo de Estado, 2013d).

92 El profesor Ramiro Borja Ávila (2009) la define como aquella teoría según la cual “se presume que las autoridades y los particulares obran con la convicción de estar actuando dentro del derecho y sin la intención de causar daño” (p. 173). La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2007c) entiende que la buena fe se “expresa en la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente que supone necesariamente no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, guardar fidelidad a la palabra dada y conducirse de forma honrada en cada una de las relaciones jurídicas”.

•El procedimiento de formación de la voluntad de la administración•

consistentes en un porcentaje de la utilidad que debió percibir el demandante si hubiera ejecutado el contrato (González Rodríguez, 2004)⁹³. Se trata de un porcentaje de la utilidad esperada, toda vez que no aplicó su fuerza de trabajo y su organización empresarial como contratista de la obra, lo que justifica reducir el monto indemnizatorio. En ese caso, el demandante no podrá obtener, a título de indemnización, el daño emergente equivalente a los gastos en los que incurrió para estructurar la propuesta con la que participó en el procedimiento de selección, toda vez que constituye un costo de oportunidad.

El demandante que pretende la nulidad del acto de adjudicación y, en consecuencia, el restablecimiento del derecho consistente en el reconocimiento de la indemnización deberá cumplir con una doble carga procesal: por una parte, acreditar que el acto administrativo de adjudicación violó normas superiores del ordenamiento jurídico y, por otra, probar que su propuesta era la mejor, para lo cual deberá allegar al proceso copia de todas las ofertas que fueron presentadas en el marco del proceso de contratación⁹⁴.

Cuando se pretende la nulidad de la resolución que adjudicó el contrato o declaró desierto el proceso de selección, sobre la base de que tuvo lugar una irregularidad que lo vicia hasta el punto de hacerlo ilegal, el demandante solo podrá obtener como indemnización de perjuicios el monto equivalente a los gastos realizados para participar en el proceso. Habría incurrido en vano en ellos, pues el trámite no podría terminar en una adjudicación válida, toda vez que la irregularidad que vicia el procedimiento de selección afecta a todos los oferentes por igual y ninguno de ellos podría obtener una adjudicación ajustada a Derecho. Por consiguiente, no puede prosperar una pretensión indemnizatoria consistente en la utilidad que se habría percibido en caso de resultar ganador del trámite licitatorio.

Conclusiones

Los contratos administrativos se erigen como una herramienta puesta al servicio de la Administración para cumplir con los fines del Estado, entre ellos, servir a la comunidad y satisfacer necesidades de interés general. Si bien el contrato estatal

93 En estos casos, el daño padecido por el proponente se traduce en la privación del derecho a celebrar y a ejecutar el correspondiente contrato y, por ende, en la privación de percibir las ganancias esperadas con ocasión del mismo (Consejo de Estado, 1999b).

94 Puede verse Consejo de Estado (1995a; 1995b; 1999a; 2006c; 2008b; 2011b).

es una especie del género contrato, el cual ha sido desarrollado extensamente en el Derecho Privado, ostenta unas características propias. Así, además de requerir un procedimiento previo de naturaleza administrativa para seleccionar al contratista, tiene unos requisitos de perfeccionamiento y ejecución singulares.

Aunque su contenido y el régimen que resulta aplicable es el derecho privado, existen materias respecto de las cuales prima el Derecho Público, entre ellas, la existencia de cláusulas excepcionales y el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés.

El proceso de formación de voluntad de la Administración inicia con la etapa de planeación, encaminada a identificar la necesidad que se va a satisfacer con la ejecución del futuro contrato. En esta etapa tienen lugar el plan anual de adquisiciones, los estudios previos, el prepliego de condiciones y el aviso de convocatoria.

Más adelante surge la etapa precontractual. Generalmente, la entidad debe publicar el acto administrativo de apertura, el pliego de condiciones, las adendas, el informe de evaluación y la resolución de adjudicación o de declaratoria de proceso de selección desierto.

Se dice “generalmente” porque la estructura del proceso de selección de contratistas dependerá de la modalidad de selección con la cual se escogerá al contratista. La Administración deberá acudir a la licitación, la subasta inversa, la compra en bolsas de productos, el acuerdo marco de precios, la menor cuantía, el concurso de méritos, la contratación directa o a la mínima cuantía; precisar una u otra modalidad depende del objeto del contrato o de su cuantía, sin olvidar que en ocasiones una situación fáctica —la urgencia manifiesta— impone un procedimiento determinado.

Durante el trámite de ese procedimiento administrativo, la Constitución (art. 90) y la Ley (arts. 4, 26 y 50 a 59 de la Ley 80) han consagrado el principio de responsabilidad. Según este, los servidores públicos responderán por sus actuaciones u omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que causen.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado (2011) ha estimado que este principio impone la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de hacer evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones.

Cuando la Administración cause un perjuicio a los particulares que han participado en el procedimiento de selección de contratistas, deberá indemnizarlo, bien sea por la utilidad dejada de percibir al ser privado de la adjudicación del contrato pese a haber presentado la mejor propuesta, bien sea con el pago de los costos en los que incurrió para la estructuración de la oferta cuando, durante el procedimiento, hubiera surgido un vicio que impidiera la selección objetiva.

RESPONSABILIDAD POR CONTAMINACIÓN POSTRANSFUSIONAL DE VIH*

Mónica Fernández

Introducción

La transfusión sanguínea no es un procedimiento de la nueva era. Ya desde la Edad Media se presentaron los primeros antecedentes, aunque con resultados fallidos y fue solo en 1829 cuando se logró el primer caso exitoso de transfusión sanguínea en una mujer parturienta como respuesta a la hemorragia puerperal sufrida en el parto.

El desarrollo de la ciencia médica ha permitido constatar que mediante la transfusión sanguínea puede ser transmitido un número importante de infecciones, entre ellas, la fiebre amarilla, el dengue, la enfermedad de Crutzfeldt-Jacob, las infecciones por el virus del Ébola, la hepatitis y el virus de inmunodeficiencia humana (VIH).

Si bien hoy en día no existe un criterio definido sobre el origen del VIH en el mundo, lo cierto es que el síndrome de inmunodeficiencia adquirida se convirtió en una epidemia mundial. En Colombia, por ejemplo, el más reciente estudio

.....
* Este capítulo corresponde al resultado de la investigación adelantada dentro de la línea Constitucionalización y actualización del Derecho Privado nacional —estudio comparado—, perteneciente al grupo de Estudio en Derecho Privado y propiedad intelectual, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. La investigación en mención ha sido financiada por la citada Universidad.

encontrado, publicado por el Ministerio de Salud y Protección Social (2012), indica que en el año 2011 se reportaron 5.830 casos de personas contaminadas con VIH, 1.551 casos de personas con sida y 610 casos de personas que murieron por esa enfermedad, para un total de 7.991 casos reportados.

A pesar de que la más antigua marca de sida es una muestra de sangre humana obtenida en 1959 en África occidental, fue en 1981 cuando por primera vez la Facultad de Medicina de la Universidad de California habló oficialmente de esta enfermedad y en 1982 que se la denominó síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) (Miranda y Nápoles, 2009).

Además de otros factores, la contaminación por medio de la sangre o sus derivados es una importante vía de transmisión del VIH y, aunque hoy en día el riesgo ha disminuido, dados los extremados controles que por vía de seguridad transfusional están obligados a seguir los órganos encargados del manejo y de la distribución de estos componentes, persiste un importante riesgo en el período de ventana, es decir, el tiempo que transcurre entre el momento en el que se adquiere la infección y aquel en el que es detectable por las pruebas de diagnóstico. A pesar de haberse producido la infección y de que la persona está en capacidad de contagiar a otros, no se generan los suficientes anticuerpos como para que puedan ser detectados. El período de ventana puede variar de acuerdo con la prueba de detección de anticuerpos que se utilice.

La transmisión del VIH y el desarrollo de la enfermedad del sida causan daños a la salud y a la vida del paciente, por lo que traen consigo un compromiso de la responsabilidad por parte de cualquiera de los intervinientes en la contaminación postransfusional. Esta consecuencia, en cuanto a responsabilidad jurídica, es la que se pretende revisar en el presente texto. En Colombia, los fallos que declaran la responsabilidad en este ámbito son incipientes, tal vez por el desconocimiento de las mismas víctimas o por la poca atención que esta materia ha tenido en la doctrina colombiana.

La transfusión de sangre contaminada con el VIH genera un importante problema en torno a la determinación de la responsabilidad transfusional y la indemnización de la víctima enfrenta a menudo la imposibilidad de probar la existencia de una culpa y la dificultad de determinar quién es el responsable entre una multiplicidad de intervinientes en la contaminación postransfusional.

•Responsabilidad por contaminación postransfusional de VIH•

Para la realización de este estudio, se han tenido en cuenta los adelantos alcanzados en esta materia por el Derecho francés, no solo en razón a la conocida influencia que este ha ejercido sobre el nuestro, en particular en responsabilidad médica, sino además porque Francia logró estructurar un novedoso sistema de indemnización frente al daño postransfusional. Este fue recogido en la última gran reforma realizada al sistema de salud de ese país y vale la pena observarlo, pues quizás, con el paso de los años, Colombia avance en las discusiones relacionadas con la indemnización de las víctimas de sida postransfusional, dado que esta es también una realidad latente en nuestro país.

Desde una perspectiva de Derecho comparado, este capítulo aborda el problema de la determinación de la responsabilidad patrimonial derivada de la contaminación con VIH por transfusión sanguínea. El proceso investigativo se enmarca en el enfoque cualitativo y ha sido sustentado en la posición epistemológico-metodológica hermenéutico-interpretativa, por medio del empleo de métodos propios de dicho paradigma, esto es, el método hermenéutico y la investigación teórica. Se han desarrollado con la técnica de indagación documental y la aplicación de análisis, síntesis, inducción y deducción, combinados con otros métodos particulares como comparación, abstracción, conceptualización, con un alcance exploratorio, descriptivo, analítico y comparativo.

Luego de una revisión de la estructura y el contenido de los sistemas francés y colombiano, se concluirá que Colombia debe avanzar en el diseño de mecanismos que permitan una mayor protección de los intereses de los pacientes contaminados.

Vulnerabilidad del proceso de transfusión sanguínea

La materia relativa a la contaminación postransfusional, generó la creación de la “seguridad transfusional” como concepto específico integrante del genérico “seguridad del paciente”. La conceptualización de dicho término llevó a que se distinguiera entre la seguridad del producto y la seguridad del proceso (Pereira, 2011).

Por la primera se entiende aquella que compete a los organismos encargados de la obtención, el procesamiento y el control de la calidad de la sangre, por ejemplo, los bancos de sangre; por seguridad del proceso de transfusión, la que

incumbe al ámbito clínico, es decir, a las entidades hospitalarias y por proceso de transfusión, el que comprende las tareas que van desde la prescripción por parte del médico tratante hasta que el paciente recibe el componente sanguíneo.

Este proceso de la transfusión tiene una serie de características que lo hacen vulnerable a la comisión de errores (Pereira, 2011). Se estima que tales errores casi siempre tienen relación con deficiencias en la identificación del paciente y que los más graves son aquellos que ocurren en la cabecera del paciente y en el momento mismo de administrar la transfusión, por ejemplo, cuando la bolsa de sangre dirigida a un paciente acaba siendo transfundida a otro. Asimismo, un error en el proceso de la transfusión puede llevar a que el paciente reciba una unidad de sangre incompatible.

A pesar de todas las precauciones que se puedan tomar, los registros de hemovigilancia ponen de manifiesto que la causa principal de accidentes transfusionales graves es el error humano durante la ejecución de las tareas que conforman el proceso de transfusión, sumado a la coexistencia de otros factores como la urgencia, la atención dividida y las múltiples transfusiones simultáneas. Por ello, la mayoría de los expertos consideran que el error humano es inevitable y que la protocolización de las tareas y la formación del personal sanitario podrían disminuir su incidencia, pero nunca erradicarlo por completo.

El tema de la seguridad del paciente está ligado con aquel de la calidad en la prestación del servicio de salud y más específicamente en lo que se ha denominado “calidad en la medicina transfusional”. En efecto, el concepto de calidad en los servicios de salud adquieren una especial importancia en lo que respecta a los servicios de sangre, por el cual el producto a transfundir y el proceso mismo de transfusión deber ser seguros.

Desarrollar un programa de calidad en medicina transfusional requiere una política y una planificación rigurosas, con ambientes adecuados, específicamente diseñados y una eficiente organización estructural y funcional, así como con profesionales y técnicos capacitados y competitivos (García, 2011).

Aquí entran a desempeñar un rol importante las políticas de manejo de riesgo sanitario, de las que, al parecer, hay poco avance dentro el sistema sanitario colombiano. El manejo de riesgo se entiende como función de la organización que, gracias al empleo de determinados instrumentos y metodologías, permite la valoración y el control del riesgo sanitario (Turchetti y Labella, 2004).

•Responsabilidad por contaminación postransfusional de VIH•

La introducción del manejo del riesgo en ámbito sanitario propone una perspectiva nueva de análisis e interpretación del concepto de “riesgo médico”, como un error de “sistema” y no como un error “médico”; en consecuencia, es susceptible de gestión y control.

La responsabilidad objetiva del Derecho francés

El primer antecedente normativo relacionado con el tema objeto de estudio es la Ley 21 de julio de 1952, la cual estableció una obligación de seguridad respecto a los donantes, acompañada de una responsabilidad objetiva garantizada por un seguro obligatorio e ilimitado; sin embargo, la norma no contenía ninguna disposición relativa a los daños causados a los receptores víctimas por la sangre contaminada por el VIH.

En 1985 se promulgó la Directiva comunitaria 85/374 en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos; no obstante, solo entró en vigor en Francia en 1998 (Comunidad Económica Europea, 1985). Mientras tanto, ante el vacío que generaba este hecho, fue la jurisprudencia la que estableció las pautas para regular la responsabilidad que resultaba comprometida en aquellos eventos en los cuales el paciente era transfundido con sangre contaminada por el VIH.

Fue así como la jurisprudencia estableció la figura de la obligación de seguridad de resultado para el caso de daños causados por material defectuoso, es decir, impuso una responsabilidad de corte objetivo con fundamento en una obligación de resultado, ligada a la obligación de seguridad del producto o material (obligación de seguridad de resultado), exigida en favor del paciente respecto a los daños causados por el establecimiento u organismo que suministrara un producto o material de salud defectuoso o lo utilizara en su actividad terapéutica, salvo la prueba de la ocurrencia de una *causa extraña* que presentara las características de una fuerza mayor (Welsch, 2003; De Matteis, 2007).

La multiplicación de las víctimas del sida por causa de transfusión sanguínea constituyó una importante causa para la intervención del Legislador en la creación de un régimen caracterizado no por la búsqueda de una responsabilidad, sino por el resarcimiento del riesgo médico presentado en estos casos. El Estado francés había demostrado una falta de precaución frente a los eventos de sangre

contaminada, pues se consideraba que tenía el conocimiento del riesgo existente para la salud pública. Su inercia frente a la toma de medidas fue sancionada por el juez administrativo que declaró su responsabilidad con fundamento en la culpa simple, como consecuencia de las carencias en la reglamentación y control de la transfusión sanguínea (TA París 20 diciembre 1989, MMDB y G. Vs. Estado-Ministerio de Salud en *RFD adm.*, 1992; Saison, 1999; Garnier, 2003; Auby, 1996).

Fue luego de dicha declaración de responsabilidad que el Estado francés reaccionó con rapidez y creó un fondo especial para la indemnización de las víctimas del sida postransfusional, es decir, solo para las personas que habían sido contaminadas con el VIH por transfusión sanguínea.

La institución de este fondo de garantía, que operó por la Ley 91-1406 del 31 diciembre 1991, fue la respuesta para terminar con los inconvenientes que afrontaba la víctima de este tipo de daños (Saison, 1999; Savatier, 1999; Margeat, 1993; Morançais-Demeester, 1992; Delpoux, 1991). Este nuevo sistema puso en ejercicio un procedimiento de indemnización fundado en la solidaridad y consagró la coexistencia de la indemnización con la responsabilidad. El régimen reposa en una presunción simple de imputabilidad de la contaminación a la transfusión; la víctima solo debía establecer que había sufrido una contaminación con el VIH y que se había sometido a una transfusión o inyección de productos sanguíneos posterior a 1980, presunción que desaparecía con el fallecimiento de la víctima. En este evento, sus herederos debían definir una relación de causalidad entre la contaminación por el VIH y la muerte, una demostración nada fácil de realizar (Garnier, 2003; Mikalef-Toudic, 2001). Subsistía a favor del fondo la posibilidad de subrogarse en los derechos de la víctima cuando el daño fuera imputable a un tercero.

Con la entrada en vigencia de la citada Directiva comunitaria 85/374 —lo cual ocurrió con la Ley de actuación 98-389 del 19 de mayo de 1998—, se consagró una responsabilidad de pleno Derecho, una responsabilidad objetiva. En virtud de esta Ley relativa a la responsabilidad por productos defectuosos, se endilgó una responsabilidad de pleno Derecho a todos los profesionales involucrados en producción, distribución, suministro e importación, por el daño imputable a un producto de salud defectuoso.

En materia de responsabilidad por productos defectuosos, la especificidad de la actividad médica ha llevado a distinguir entre la responsabilidad relativa

•Responsabilidad por contaminación postransfusional de VIH•

a productos del propio cuerpo humano, por ejemplo, sangre, órganos, tejidos, células, etc. y la responsabilidad relacionada con productos de salud, por ejemplo, materiales, aparatos, prótesis, implantes, medicamentos, dispositivos médicos, productos cosméticos, vacunas, etc. Nos ubicamos dentro de la primera clasificación.

En la última gran reforma operada al sistema de salud en Francia se considera que las actividades transfusionales se someten a un tipo de responsabilidad determinada, regida por disposiciones particulares. El contenido del Artículo L 1142-1 I del Código de Salud Pública permite llegar a esta conclusión y esas disposiciones especiales no son otras que las contenidas en la citada Ley 98-389 del 19 de mayo de 1998, relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

Para los daños causados por el defecto de un producto de salud, en este caso la sangre contaminada, la víctima no requiere la prueba de la culpa médica; además, al no considerarse el riesgo de desarrollo como causal de exoneración (Welsch, 2003) y ante la posibilidad de su aplicación indiferente en materia contractual y extracontractual, este régimen especial se convierte en un sistema mucho más ventajoso para la víctima.

No obstante, debe tenerse en cuenta que paralelo a este régimen subsiste un sistema especial de indemnización para las víctimas, al cual se accede mediante un fondo de garantía. Dada la excepcional gravedad de los casos de contaminación del VIH por transfusión sanguínea, en Francia se recurrió a la solidaridad nacional para crear un fondo encargado de indemnizar a estas víctimas contaminadas.

En Francia opera, entonces, un régimen específico de financiación para la indemnización de los daños ocasionados a las víctimas contaminadas por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y, a partir del año 2004 (Ley 2004-806 del 9 de agosto de 2004; Decreto n. 2005-1768 del 30 diciembre 2005) es la Oficina nacional de indemnización de los accidentes médicos, afecciones iatrogénicas e infecciones nosocomiales (Oniam) el organismo encargado de garantizar la indemnización de estas personas. Se trata de un sistema fundado en la solidaridad, por el cual el fondo puede intervenir en sustitución de los mecanismos de responsabilidad, por ejemplo, en aquellas hipótesis en las que surge una causa extraña exoneratoria de responsabilidad por producto de salud defectuoso (Garnier, 2003).

Debe tenerse en cuenta que la aceptación de la oferta global de indemnización que hace el fondo de indemnización no impide ejercer frente a la jurisdicción del Derecho común una acción con el fin de obtener una indemnización “complementaria” (Welsh, 2003, p. 240), o sea, la indemnización otorgada por la Oniam no prohíbe a la víctima demandar la responsabilidad del autor del daño cuando no ha sido indemnizada integralmente (Mémeteau, 2010). En este caso, la víctima tiene que informar que ha sido indemnizada, a efecto de que se haga la deducción respectiva; de lo contrario constituiría un atentado al principio de reparación integral.

Alcance del perjuicio de contaminación

La indemnización a las víctimas de sida postransfusional mediante el fondo de garantía cubre el perjuicio específico de contaminación, el perjuicio económico y el perjuicio ocasionado a los parientes próximos de la víctima.

Dentro de una concepción amplia del perjuicio específico de contaminación por el VIH, se considera que este comprende el conjunto de los perjuicios de carácter personal, tanto físicos como psíquicos, sufridos por la víctima (Savatier, 1999; Morlet-Haïdara, 2013). Incluye los perjuicios sufridos por el hecho de la contaminación en la fase seropositivo y también los sufridos en la fase de enfermedad, es decir, la reducción de la esperanza de vida, la incertidumbre frente al futuro, el temor de eventuales sufrimientos físicos y morales, el aislamiento, la perturbación de la vida familiar y social, el perjuicio sexual, el perjuicio estético, el perjuicio de procreación y el perjuicio de agrado, entre otros (Évin, 2002).

A partir del año 2012, mediante fallo del 22 de noviembre, la Casación francesa consagró una concepción subjetiva de este perjuicio e indicó la condición para la indemnización de la necesidad que la víctima se encuentre consciente de la patología que sufre.

Desde 2013, la tendencia se dirige a aplicar un concepto restrictivo de esta clase de daño. En efecto, por el temor de llegar a reconocerse una doble reparación de aquellos perjuicios susceptibles de ser indemnizados de manera autónoma, como los sufrimientos, el perjuicio estético y el perjuicio de agrado, se pretende la aplicación de una concepción restrictiva y de este modo indemnizar los temores y sufrimientos generados por el hecho de tener conciencia de estar

contaminado y desarrollar una patología evolutiva y la reparación de la fase de desarrollo de la patología misma (Morlet-Haidara, 2013).

La responsabilidad subjetiva del Derecho colombiano

En Colombia, el tema de la responsabilidad por contaminación postransfusional de VIH no ha tenido mayor desarrollo ni por vía doctrinal ni jurisprudencial. El más reciente fallo promulgado en la materia se encuentra contenido en la sentencia del Consejo de Estado del 12 noviembre 2014, en el cual la Corporación declaró la responsabilidad de la entidad hospitalaria al pago del daño moral, el daño a la salud, el lucro cesante y el daño emergente causados a la víctima de una contaminación de VIH, ocurrida luego de la transfusión de cinco unidades de sangre que se le habían suministrado de urgencia, debido a las múltiples heridas con arma de fuego que se le habían ocasionado a la víctima, por disparos producidos por miembros del Ejército Nacional.

En el curso del proceso, la entidad pública demandada fundamentó su defensa en el hecho de que si bien dos unidades de sangre no habían sido clínicamente analizadas, debido a la urgencia del caso y con el objetivo de salvarle la vida a la paciente, no existía prueba de que la paciente no estaba infectada con anterioridad a la fecha de atención en la institución demandada. Asimismo, tampoco había prueba de que la sangre suministrada por la institución hospitalaria estuviera infectada con el VIH. Consideró necesaria la comparecencia al proceso del Ejército Nacional, puesto que algunos de sus miembros eran quienes habían causado las heridas con armas de fuego a la demandante, por lo cual creía que esta entidad había participado en la comisión del daño que originó la acción. Tal integración fue rechazada, porque lo que se había demandado era la responsabilidad del Estado como consecuencia de la trasfusión con sangre contaminada y no la responsabilidad que derivaba de las lesiones ocasionadas con arma de fuego.

En el presente caso, el llamamiento en garantía a la compañía aseguradora por parte de la entidad demandada, en virtud de una póliza de responsabilidad civil, fue denegado por el juez de primera instancia, porque en la lectura de la póliza de seguros se podía verificar la existencia de una exclusión respecto a “los daños ocurridos a consecuencia de una infección con el virus HIV (SIDA)”.

El Consejo de Estado resolvió declarar la responsabilidad de la entidad de salud demandada con fundamento en el título de imputación de falla del servicio, por considerar acreditado el comportamiento negligente y descuidado del hospital, al no cumplir con su obligación del análisis clínico de sangre, con miras a determinar o descartar la presencia de enfermedades transmisibles. En otras palabras, el hospital demandado faltó al cumplimiento de las obligaciones de control y análisis de sangre, consagradas para las instituciones de salud dedicadas a la extracción, al procesamiento, a la conservación y al transporte de sangre total o de sus hemoderivados, establecidas en el Decreto 1571 de 1993 (arts. 42, 46 y 58).

La Corporación resaltó que era deber de las instituciones de salud contar con las debidas reservas de unidades de sangre para eventuales casos de urgencia o emergencia, por lo que resultaba lógico y natural que una institución médica tuviera los debidos insumos médicos y clínicos para brindar a los pacientes una correcta atención y no podía escudarse en su propia negligencia e imprevisión para exculparse de la responsabilidad.

También razonó que el hospital demandado no pudo demostrar que la paciente había sido infectada con VIH por causas ajenas a la transfusión, que la demandante estuviera en un grupo de alto riesgo de infección por otras causas ni que en las atenciones médicas en otras unidades hospitalarias o clínicas hubiera recibido transfusión u otra circunstancia generadora de la infección; al contrario, la Corporación infirió que con anterioridad a esa época no había antecedentes que permitieran sospechar que la víctima padeciera alguna enfermedad infectocontagiosa, incluida la infección por VIH.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado infirió lógicamente la falla del servicio médico y el grado suficiente de probabilidad del vínculo causal. Afirmó que la falla en el servicio había sido evidente y el daño de una notable magnitud, por lo que declaró la responsabilidad del hospital demandado y aplicó la teoría *res ipsa loquitur*, como forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia.

Esta regla del Common Law, cuyo origen se remonta a 1863, no es otra cosa que una frase latina que significa “las cosas hablan por sí mismas”. A partir de ella se considera responsable a quien causa un daño en circunstancias que hablan por sí mismas (Ciatti, 2002; Fineschi, 1989; Simone, 2003; Cacace, 2003). Se trata de

•Responsabilidad por contaminación postransfusional de VIH.

situaciones en las que todo resulta tan claro, que el daño solo puede ser explicado al atribuir un grado de culpa a su autor.

Dicha teoría se funda en una presunción de culpa, con consecuente inversión del mayor peso probatorio en cabeza del causante del daño; hace menos gravosa la prueba a cargo del paciente y le ofrece de este modo una mayor garantía (De Matteis, 1995; Simone, 2003; Ceccherini, 2003). La regla representa una hipótesis de objetivación de la culpa, ya que se rige por el presupuesto de que el evento no sucedería sin una conducta negligente del médico.

Si bien esta regla no ha sido de uso frecuente en los países de mayor tradición romanista, su uso se advierte cada vez mayor. En Estados Unidos se recurre al uso de este principio de manera reiterada y se viene aplicando en los procesos de responsabilidad médica como una manera de romper la llamada “conspiración del silencio”, que hace casi imposible conseguir que un médico testifique en contra de otro, lo que produce injusticia en un sinnúmero de casos de mala práctica médica.

Es más, en la jurisprudencia estadounidense, el conocimiento común entre los legos de que el accidente no hubiera ocurrido sin negligencia ha sido suficiente para invocar la teoría y permitir una inferencia o deducción de negligencia en las siguientes situaciones:

- 1) Objetos que se han dejado en el cuerpo del paciente durante la cirugía.
- 2) Daño a una parte saludable del cuerpo en el área de tratamiento, o a una parte remota del área de tratamiento, bien sea que esté saludable o no.
- 3) La remoción equivocada de una parte del cuerpo cuando otra parte fue la intencionada.
- 4) Dientes que se dejan caer por la tráquea.
- 5) Quemaduras de lámparas calentadoras, radiografías (especialmente si son para propósitos diagnósticos), vaporizantes, productos químicos, lámparas de mesa.
- 6) Infecciones resultantes de instrumentos sin esterilizar.
- 7) La negativa de tomar radiografías para diagnosticar posibles fracturas.
- 8) Incapacidad que ha resultado directamente de una inyección de drogas en el cuerpo.
- 9) Explosiones de gases anestésicos (Vázquez Ferreyra, 1995, p. 118).

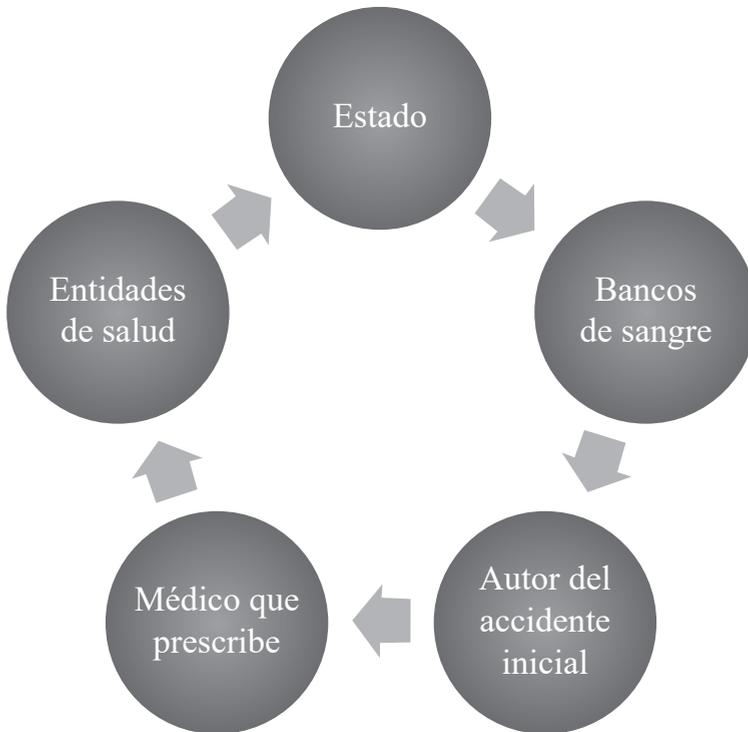
El Consejo de Estado impuso de oficio una medida de justicia restaurativa, al considerar que en este caso se produjo una afectación significativa a un derecho fundamental de los reconocidos constitucional y convencionalmente. En ejercicio de la función de prevención, propia de la institución de la responsabilidad, decretó una medida o garantía de no repetición, en aras de amparar el núcleo esencial del derecho fundamental lesionado, consistente en el envío de copia íntegra

y auténtica de la providencia al Ministerio de Salud y a la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que sea publicada en Internet durante un período de seis meses.

Responsabilidades comprometidas en eventos de contaminación postransfusional de VIH

Los eventos de contaminación postransfusional de VIH implican circunstancias de gran complejidad debido a las responsabilidades que podrían resultar comprometidas, en razón a la multiplicidad de sujetos intervinientes (Figura 1).

Figura 1. Responsabilidades comprometidas



Fuente: elaboración propia

Este hecho nos lleva a analizar con apoyo en los avances que se han surtido en la jurisprudencia francesa que, por muchos años y antes de que se aplicara el

•Responsabilidad por contaminación postransfusional de VIH•

régimen actual, se ocupó de revisar el régimen de responsabilidad que le compete a cada uno de los intervinientes.

En Colombia existe una estructura organizada en la materia, conformada por la Red nacional de bancos de sangre y los Servicios de transfusión sanguínea, ambos bajo la coordinación del Instituto Nacional de Salud. Además, existe el Consejo Nacional de Bancos de Sangre, que actúa como cuerpo consultivo y asesor adscrito al Ministerio de Salud.

La Red Nacional de Bancos de Sangre, entendida como un sistema técnico administrativo, tiene como objeto la integración funcional de los bancos de sangre del subsector público y privado —cualquiera que sea su categoría y su carácter— y lo hace por medio de la coordinación de actividades técnicas y administrativas para el desarrollo de programas del sector salud, relacionados con el uso adecuado de la sangre y con el acceso de la misma y sus derivados a toda la población en condiciones de óptima calidad, oportunidad y suficiencia. Esta Red cuenta dentro de su estructura con una Dirección Nacional y con un Comité Técnico.

Según el Decreto 1571 de 1993, el banco de sangre es todo establecimiento o dependencia con licencia sanitaria de funcionamiento para adelantar actividades relacionadas con la obtención, el procesamiento y almacenamiento de sangre humana destinada a la transfusión de la sangre total o en componentes separados, a procedimientos de aféresis y a otros procedimientos preventivos, terapéuticos y de investigación y tiene como uno de sus propósitos asegurar la calidad de la sangre y sus derivados.

Para efectos de vigilancia y control, existen dos tipos de bancos de sangre: los bancos dependientes, que son todos aquellos que, desde el punto de vista institucional, patrimonial, administrativo, laboral, técnico, científico, presupuestal y financiero, constituyen una unidad integral con la institución a la que pertenecen. Por otra parte, los bancos de sangre vinculados son los que ostentan personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa, presupuestal y financiera y cuentan con dirección y orientación autónomas.

Así pues, todo banco de sangre debe ser dependiente de o vinculado a una institución prestadora de servicios de salud o incluso de varias y, en cualquier caso, requiere una licencia sanitaria de funcionamiento distinta de la que corresponde a la institución con la que haya nexos de dependencia o vinculación.

Bajo la responsabilidad del director de cada banco de sangre está el deber de adherir a cada unidad de sangre o componente el respectivo sello nacional de calidad de sangre, normado por el Ministerio de Salud, para certificar que se han practicado las pruebas obligatorias.

El Servicio de transfusión de sangre también se halla bajo la coordinación del Instituto Nacional de Salud y se entiende como la organización técnico-científica y administrativa que poseen las instituciones médico-asistenciales destinadas a la transfusión de sangre o sus componentes provenientes de un banco de sangre.

Todo banco de sangre está obligado a disponer de un manual de normas y procedimientos y a establecer un programa interno de garantía de calidad que asegure la efectividad de los procedimientos, reactivos, equipos y elementos, con el fin de obtener productos procesados de la mejor calidad. Ambas normativas deben ceñirse a lo dispuesto en el Manual de normas técnicas y procedimientos para bancos de sangre, expedido por el Ministerio de Salud.

Como puede observarse, la transfusión y el suministro de sangre, así como la obtención, la donación, la conservación, el procesamiento, el almacenamiento, la distribución y el fraccionamiento, solo pueden hacerse en instituciones médico-asistenciales, servicios de medicina transfusional y bancos de sangre que hayan obtenido licencia sanitaria de funcionamiento para tal fin.

La transfusión de sangre humana o de sus componentes o derivados con fines terapéuticos es el acto propio del ejercicio de la Medicina. El Decreto 1571 de 1993 señala que dicho procedimiento debe practicarse bajo la responsabilidad de un médico en ejercicio legal de su profesión, quien vigilará al paciente durante el tiempo necesario para prestarle oportuna asistencia —en caso de que se produzcan reacciones que la requieran— y que se cumplan las pruebas pretransfusionales exigidas por el Ministerio de Salud.

Cabe anotar que las funciones de inspección, control y vigilancia están a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, las Direcciones Seccionales o Locales de Salud y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

Con fundamento en lo señalado, se puede ratificar que en el proceso de transfusión sanguínea interviene una multiplicidad de sujetos, cuya responsabilidad puede quedar comprometida en el evento de contaminación postransfusional del VIH: el banco de sangre, los establecimientos prestadores del servicio de salud públicos o privados, el médico que ordena la transfusión, el Estado y el autor

del accidente inicial (De Matteis, 2007), por ejemplo, los miembros del Ejército Nacional, en el caso analizado.

Acercas de los bancos de sangre, podríamos afirmar que existe un compromiso como autores directos de los daños, en tanto son los proveedores originales de la sangre contaminada. Así lo reconoció la jurisprudencia francesa respecto a organismos homólogos. Se considera que existe una presunción de causalidad entre la transfusión y la contaminación, salvo prueba exoneratoria consistente en la ocurrencia de una causa extraña, por ejemplo, que el donante no era seropositivo. Surge para ellos una obligación de seguridad de resultado, puesto que están obligados a entregar sangre exenta de vicios. De la misma manera, podría pensarse en la posibilidad de que opere una acción subrogatoria contra estos organismos por parte de las entidades hospitalarias públicas y privadas como distribuidores de los productos o aun por parte de sus aseguradores (Casación francesa 12 de abril 1995 en *JCP* 1995, II, 22467, nota P. Jourdain; 9 de julio 1996; Consejo de Estado francés 26 de mayo 1995).

Por otro lado tenemos a establecimientos que prestan servicios de salud (públicos o privados) y a las instituciones médico-asistenciales destinadas a la transfusión de sangre o sus componentes, cuando actúan como distribuidores de la sangre a los pacientes transfundidos.

En relación con las clínicas privadas, hallamos posiciones distintas sobre su grado de responsabilidad respecto a las víctimas de sida postransfusional. Para un sector, el contrato de hospitalización implica la obligación de proporcionar productos sanguíneos no contaminados (Corte Apelaciones París 28 de noviembre de 1991). Quienes apoyan esta postura consideran que en todos los establecimientos de salud los pacientes reciben inyecciones, transfusiones, píldoras, tabletas y otros productos, sin tener la menor idea de quién es el fabricante y solo conocen al médico y a la clínica con la que han contratado, por lo cual esta debería ser su garante directo, proveedor obligado frente a los defectos de seguridad de los productos que suministra a sus pacientes. También sostienen que los motivos que han conducido a esta exoneración no son fundados en Derecho, ya que la clínica dispone de una acción subrogatoria contra el banco de sangre.

Para otro sector, la responsabilidad de la clínica solo podría quedar comprometida si se establece que tenía la posibilidad de controlar la calidad de la sangre transfundida. Las clínicas privadas no son responsables, dado que están sometidas

a una simple obligación de medios frente a la posibilidad de controlar la calidad de la sangre transfundida que ha sido entregada por un banco de sangre, que es el que debe responder de manera objetiva (Corte Casación 12 de abril de 1995).

De acuerdo con Mémeteau (2010) la Corte Casación francesa abandonó esta última teoría de la obligación de medios en el año 2005, al sostener que todos los establecimientos hospitalarios tienen a su cargo una obligación de seguridad de resultado frente a la posibilidad de asegurar la inocuidad de los productos sanguíneos suministrados y transfundidos a sus pacientes.

En lo atinente a las instituciones de salud públicas, la jurisprudencia francesa asume dos posiciones que, trasladadas al contexto colombiano, podrían sintetizarse de la siguiente manera: la responsabilidad del hospital público puede comprometerse por el acto de transfusión o por el suministro de la sangre contaminada.

Se compromete por el acto de transfusión cuando se presenta culpa en la prescripción o culpa por la mala utilización del producto por parte del servicio hospitalario. Cuando se compromete por el suministro de la sangre contaminada, hay que hacer la siguiente diferenciación: si el banco de sangre es dependiente del hospital, este último responde de manera objetiva por el daño imputable a los vicios del producto sanguíneo suministrado al enfermo (Consejo de Estado, 26 de mayo 1995; Corte Administrativa de Nancy del 12 de noviembre de 1998), pero si el banco de sangre es solo vinculado al hospital, este no es responsable de la mala calidad de los productos sanguíneos suministrados por el banco de sangre, porque se trata de un organismo privado independiente y autónomo del hospital (Corte administrativa de Marsella del 27 de octubre de 1998). Empero, debe tenerse en cuenta que si se evidencian varias culpas imputables a la vez al establecimiento de transfusión, al hospital, etc., se puede demandar a cualquiera de los responsables o a todos solidariamente.

No solo bancos de sangre y entidades de salud públicas o privadas son sujetos intervinientes en el proceso de transfusión sanguínea y, en consecuencia, eventuales responsables de los daños ocasionados al paciente que resulta contaminado por VIH postransfusional, pues también está el médico que ordena la transfusión, de quien podría decirse que participa en la ocurrencia del daño el autor del accidente inicial.

Se considera que este solo prescribe, lo cual es un acto intelectual que no es la causa de la contaminación por el VIH. Puesto que no es proveedor ni distribuidor

•Responsabilidad por contaminación postransfusional de VIH•

de la sangre contaminada, no podría ser responsable en principio, dado que no está obligado a verificar si la sangre que suministra es de buena calidad (Corte Apelaciones París, 28 de noviembre de 1991). Sin embargo, se estima que su responsabilidad podría quedar comprometida cuando comete una culpa profesional, es decir, en el caso de presentarse una prescripción culposa o abusiva, por ejemplo, cuando la transfusión sanguínea es hecha sin necesidad y podría ser suplida por un tratamiento médico de menor riesgo, en el caso de abstención culposa o si comete una culpa en la conservación o manipulación del producto.

Por último, tenemos al autor del accidente inicial. La jurisprudencia francesa ha promulgado algunas curiosas decisiones, como aquella en la cual admitió la acción subrogatoria del Centro de Transfusión Sanguínea contra el autor responsable del accidente (Casación, 4 de diciembre de 2001). La principal crítica contra esta posición asume que lo más oportuno sería hacer uso de la teoría de la causalidad adecuada y no de la equivalencia de las condiciones y, de ese modo, sería adecuado imputar el perjuicio de contaminación solo al proveedor de la sangre contaminada.

El riesgo de desarrollo en el marco de la contaminación postransfusional de VIH

El riesgo de desarrollo fue contemplado en la antes citada Directiva Comunitaria 85/374 como una causal general de exoneración de responsabilidad; sin embargo, en su artículo 15.1.b) facultó a los Estados miembros a no incluir esta causal en el momento de transponer esta norma al Derecho interno, es decir, dejó abierta la posibilidad de no mantener e inadmitir esta causal de exoneración.

Los riesgos de desarrollo suponen el carácter defectuoso del producto, del cual no se puede conocer la potencialidad dañosa, dado el estado de los conocimientos científicos y técnicos vigentes cuando el producto se pone en circulación. Así sucedió, por ejemplo, con los famosos casos de la sustancia Talidomina, el medicamento MER 29 y el fármaco antiabortivo DES (Parra, 2008). Para que opere la exoneración, debe acreditarse que el estado de los conocimientos científicos y técnicos, incluido su nivel más avanzado, no permitía descubrir el defecto del producto.

Fue así como Francia decidió no admitir la exoneración de responsabilidad mediante la demostración del riesgo de desarrollo cuando de suministro de sangre contaminada se trataba. Sostiene que un centro de transfusión sanguínea no

puede exonerarse invocando el hecho de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de poner en circulación la sangre no permitía detectar la existencia del vicio o defecto.

En este sentido, los centros de transfusión sanguínea, homólogos de nuestros bancos de sangre, sobre los que pesa una obligación de seguridad de resultado, solo podrían lograr la exoneración por vía de la demostración de una causa extraña. Empero, también en este aspecto la jurisprudencia ha sido exigente y ha reducido la posibilidad de exoneración por esta vía, ya que considera que el vicio interno de la sangre, aun no detectable, no constituye una causa extraña para el organismo que la provee o suministra (Corte Apelación de París, 28 noviembre de 1991). De este modo, se construye una verdadera presunción de responsabilidad o, si se quiere, una responsabilidad casi automática para estos organismos en concreto (Paley-Vicent, 2002).

Aunque en Colombia no se aplican las normas que prevé el Estatuto de Protección del Consumidor en lo que tiene que ver con el sistema de responsabilidad por productos defectuosos, es posible que en el futuro dicha aplicación sea generalizada. Dado que el Estatuto, en su Artículo 22 numeral 6, sí se contempla el riesgo de desarrollo como una de las causales de exoneración de responsabilidad, existe la posibilidad de que los bancos de sangre o los centros sanitarios en donde se lleve a término el contagio postransfusional sean obligados a la reparación del daño, sin que puedan alegar en su beneficio los riesgos propios del desarrollo científico.

Ello ameritaría una reflexión en perspectiva comparada, a fin de revisar la excepción que sobre esta causal de exoneración se hace no solo en Francia, como acaba de mencionarse, sino también en otros países de los que recibimos directa influencia, en donde tampoco se permite invocar esta causal de exoneración en lo que atañe al sector de los medicamentos, incluidos los medicamentos de origen humano (derivados de la sangre, del plasma, etc.), cuando estos son utilizados con una finalidad terapéutica (Parra, 2008).

Conclusiones

El actual sistema colombiano descarta la posibilidad de una responsabilidad objetiva generada por los daños ocasionados en virtud de una contaminación

•Responsabilidad por contaminación postransfusional de VIH•

postransfusional de VIH. Asimismo, descarta la aplicación de las normas consagradas en el Estatuto del Consumidor respecto a los daños derivados de productos defectuosos en estos eventos.

El régimen subjetivo de responsabilidad es el que se aplica en Colombia, el cual, de acuerdo con la última jurisprudencia, se fundamenta en una presunción de falla o culpa, sustentada en la teoría *res ipsa loquitur* propia del Derecho anglosajón. En ella se declara como única responsable a la entidad hospitalaria, en desconocimiento de la multiplicidad de intervinientes en el proceso transfusional que pueden llegar a estar comprometidos.

En nuestro país aún no existe siquiera una propuesta para hacer frente a la indemnización de estas víctimas por vía de la solidaridad nacional, similar al sistema francés. En él, la solución se encontró mediante la disociación de las nociones de reparación y responsabilidad, gracias a una articulación entre regímenes de garantía social como el seguro obligatorio, como técnica indispensable de la indemnización social y la solidaridad nacional.

En nuestro país carecemos de estos regímenes de garantía en los que la principal exclusión de las pólizas surge en los daños derivados de sida postransfusional; no existe la posibilidad de crear un fondo de garantía para estas indemnizaciones y tampoco voluntad política.

En Colombia no existen políticas efectivas de introducción de metodologías de manejo de riesgo sanitario que ayudarían, en gran medida, al control, a la gestión y prevención de los riesgos derivados de procesos de transfusión sanguínea, entre ellos, la contaminación de VIH.

UNA CUESTIÓN VIGENTE: LA EXIGIBILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD

Vladimir Rodríguez Sanabria

La situación del principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad posibilita al Estado aplicar una sanción por intermedio de la Rama Judicial penal; luego, dicho principio ha de responder a la forma que proyecta el respectivo Estado. En nuestra tradición occidental, un Estado social y democrático de Derecho no podría permitir que sus ciudadanos fueran juzgados y condenados conforme a una responsabilidad exclusiva de carácter objetivo, pues las reglas de esa forma de Estado exigen que también se haga el análisis subjetivo del imputado, en orden a denotar si actuó con culpabilidad en alguna de sus manifestaciones (imprudencia, dolo).

Con el paso del tiempo, la relevancia práctica del principio de culpabilidad ha ido decayendo. En efecto, la tendencia de las legislaciones procesales penales a soluciones negociadas del conflicto social, aplicaciones de principio de oportunidad, aceptación de cargos y otras formas de terminar el proceso penal por una vía diferente al juicio oral han sido fundamentos de la sanción y dejan de lado el aspecto basilar de la culpabilidad en el momento de imponer la pena.

Si no existe debate en el proceso, no puede afirmarse que la culpabilidad queda demostrada, pues un allanamiento de cargos, por ejemplo, es una manifestación

de la voluntad del encartado y no una comprobación surgida producto de una argumentación del fallador⁹⁵.

Además de lo anterior, las necesidades preventivo-generales de la pena enfocadas en la vigencia de las normas con una fuerte base determinista (posibilidad de comportarse de otro modo) han conducido a que los debates jurídicos surjan en el ámbito de punibilidad, pues, al parecer, el medidor de esta categoría reposa sobre la fidelidad a la norma de cualquier ciudadano; se olvida la situación concreta del sujeto o, por lo menos, la posibilidad de introducir la libertad de la voluntad como categoría para fundamentar un reproche penal⁹⁶.

La importancia de la culpabilidad, otrora pilar del juicio de responsabilidad penal, se ha visto desvanecida, bien sea por la discusión acerca de la prevalencia de la vigencia de la norma o por establecer la sanción que se debe aplicar. Si esto es así, la función límite del principio de culpabilidad cede su fuerza restrictiva frente a la prevención e intimidación del control social ejercido por la facultad punitiva estatal⁹⁷.

Dada esta situación, es urgente dotar al principio de culpabilidad de unos presupuestos que nos lleven a la esfera de la libertad del ser humano que vive en la realidad y cuyos medidores no sean los normativos. Esta perspectiva trata la culpabilidad como un asunto de actuar del sujeto conforme a una reglamentación y evade el presupuesto del concepto de culpabilidad que es la libertad de voluntad en el plano de la realidad individual (Schünemann, 2002).

Surge como cuestión apremiante la búsqueda de un contenido del principio de culpabilidad que pueda constituirlo como el límite de la facultad punitiva estatal y, desde luego, como fundamento de la sanción penal. La respuesta no puede ser ligera y, por eso mismo, comenzar por ilustrar la posición, las expectativas del

95 Esta es la preocupación de Hassemer (1999) cuando señala: "Pero cuando la pena no parece una respuesta adecuada a la culpabilidad, hay instituciones como la dispensa de la pena, la amonestación con reserva de pena, las amplias facultades para sobreseer tempranamente el proceso penal, que en el moderno derecho penal permiten desconectar la pena de la culpabilidad o que incluso impiden pronunciar un veredicto de culpabilidad" (p. 100).

96 "Actualmente es dominante entre los penalistas la tranquilizadora tesis de que se puede prescindir de la discusión en torno de la libertad de la voluntad sin poner en peligro la vigencia del principio de culpabilidad. Esta tesis ha conducido a que el contenido del juicio de culpabilidad se haya evaporado: si antes se medía de buena fe todavía la culpabilidad del delincuente por su poder individual para actuar de otro modo, es decir, por las posibilidades fácticas de este hombre en su situación; ahora tras el fuego cruzado de la crítica determinista, se ha restringido al criterio del poder general para actuar de otro modo" (Hassemer, 1999, p. 101).

97 Las políticas criminales de intimidación y prevención sobrepasan la limitación que podría imponerles el principio de culpabilidad (Hassemer, 1999, p. 102).

•Una cuestión vigente: la exigibilidad como presupuesto de la culpabilidad.

ciudadano y lo que se espera de este mismo dentro de la dinámica de un Estado social y democrático de Derecho es el primer paso en la consecución del contenido de la culpabilidad.

Ello es así en cuanto estamos inscritos dentro de esta forma de Estado y los demás poderes, entre ellos el Judicial, tendrán que ser correspondientes con esta. Para un sector de la doctrina, esto ha permitido fundar el juicio de culpabilidad en la exigibilidad⁹⁸. En esta manera, la “exigibilidad de la conducta humana” vendría a ser el presupuesto de la culpabilidad, pero no solo como una categoría cuyo fundamento provenga de una sistemática, sino de una categorización consecuente con aquello que sea exigible para el ciudadano dentro de un Estado social y democrático de Derecho (Bustos y Hormazabal, 1997).

La exigibilidad, presupuesto de la culpabilidad en el Estado social y democrático de Derecho

Dicho lo anterior, nos centraremos en la cuestión de la “exigibilidad” desde la perspectiva del Estado social y democrático de Derecho. Mir Puig (1994) señala con acierto que la culpabilidad ha de conformarse de acuerdo con la imagen de Estado social y de Derecho de la que se parta. El autor plantea el concepto de motivación como fundamento de la culpabilidad (Mir Puig, 1994), es decir, la capacidad del sujeto de ser motivado por la norma penal, en particular, la normalidad de la motivación (Mir Puig, 1994) en tanto el sujeto esté en condiciones psíquicas de ser motivado por la norma; allí reside el fundamento de la culpabilidad dentro de un Estado social y democrático de Derecho (Mir Puig, 1994). Quiere decir que la motivación está basada en la capacidad psíquica para atribuir un hecho penalmente relevante a una persona.

Quedan por fuera aspectos de la realidad que también pueden pertenecer al ámbito de la culpabilidad, pues existen situaciones externas creadoras de situaciones de desigualdad que quiebran la uniformidad del concepto de sujeto motivable. Por esto, es importante tener en cuenta los derroteros que marca la

.....
98 Silva Sánchez (2002) señala: “Actúa culpablemente la persona a la que puede exigírsele el actuar conforme a las normas. El grado concreto de exigibilidad resultaría de la conflictiva puesta en relación, por un lado, de las necesidades preventivas, que abonarían el establecimiento de mayores niveles de exigencia, y, por otro lado, de los argumentos utilitaristas de intervención mínima, así como de los criterios humanitarios, garantísticos, en suma, que apoyarían su reducción” (p. 413).

Constitución de un Estado social y democrático de Derecho en orden a denotar cómo se resuelven las situaciones de desigualdad para luego predicar la exigibilidad de comportamiento del ciudadano para justificar el reproche penal.

Cabe preguntarse si, una vez garantizados los derechos fundamentales como consecuencia de los fines del Estado social y democrático de Derecho y si de existir una permanente política social de protección e inclusión social, podría el Estado exigir a sus ciudadanos comportamientos ajustados al orden jurídico. La respuesta sería afirmativa si las políticas públicas correspondieran en el plano social y llevaran a reafirmar el sentido de comunidad, de respeto por la norma, de la participación social, de hacer real y efectiva la igualdad y la libertad de los ciudadanos y de proteger a los débiles de los abusos. Si ello es así, el Estado está legitimado para conminar a las personas a tener comportamientos ejemplares.

Cuando no se llevan a cabo esas políticas sociales, el Estado no está en condiciones de solicitar a sus ciudadanos conductas ajustadas a Derecho, puesto que la situación de desigualdad, de debilidad o de desequilibrio impide que sea motivado por la norma y, más aún, cuando el escenario de desigualdad social, económica, política y social ha sido propiciado por el mismo Estado. Por esto, el problema de la culpabilidad no puede reducirse a una cuestión determinista, a una teoría del hombre medio o entenderse como la capacidad para decidirse por alguna opción, porque dichas teorías o maneras de abordar el problema de la culpabilidad olvidan el contexto del ser humano en el Estado, es decir, no tocan el tema de cómo es la relación ciudadano-poder penal estatal.

Así pues, el problema de la culpabilidad no está en lo que cabe esperar del individuo, sino también en su relación con el Estado. Esta idea fue abordada por los tratadistas Juan Bustos y Hernán Hormazabal (1999), quienes pusieron el acento de la culpabilidad en la exigibilidad, cuya realidad está en la manera de interrelacionarse el Estado, el sistema social y el individuo y, claro está, de cómo ha sido la comunicación entre estos actores para poder exigir o no un reproche en el ámbito de la culpabilidad. Los citados autores señalan:

En definitiva, lo que interesa es la persona responsable frente al sistema penal criminal. Ello significa que el sujeto pueda responder frente a tareas concretas que le exige el sistema. Luego responsabilidad implica exigibilidad. Esto es, se trata de qué es lo que puede exigir el sistema social, el Estado, en definitiva, de una persona en una situación concreta. Responsabilidad y exigibilidad son dos términos indisolublemente

•Una cuestión vigente: la exigibilidad como presupuesto de la culpabilidad.

unidos. El Estado no puede exigir si no ha proporcionado o no se dan las condiciones necesarias para que la persona pueda asumir una tarea determinada por lo demás exigida también por el sistema, por ejemplo, el respeto a la norma (p. 335).

Desde esta perspectiva, la culpabilidad queda abierta al sujeto en una relación social. El ser humano queda despojado de las ataduras de la abstracción teórica y puesto en un espacio y tiempo concretos en coexistencia con el Estado, la sociedad y los individuos, en donde se llevan a cabo todas las vivencias; por lo mismo, quiérase o no, se descubre cómo ha sido o es la interacción entre sujetos y, a partir de esta, se observa la capacidad del Estado para instar a sus ciudadanos al respeto por la norma.

Quizá uno de los desaciertos actuales de la teoría de la culpabilidad reside en que su fundamento proviene del juicio de responsabilidad, entendido como aquello a lo cual el sujeto está obligado a hacer dentro de una normatividad específica. Ello ha llevado a una absolutización, puesto que en el ámbito de la responsabilidad resulta lógico utilizar conceptos atemporales e indeterminados tendientes a cimentar un reproche de culpabilidad.

Planteamientos como los del “hombre medio” basado en una normalidad psíquica ha permitido imponer sanciones sobre la abstracción de la teoría de la culpabilidad. Con lo anterior no se quiere decir que el Código Penal sea el llamado a precisar conceptos de culpa para cada caso, pero sí es urgente acercar el concepto de culpabilidad a los contextos en donde se ha ejecutado la presunta conducta criminal o, mejor aún, de añadirle unos elementos de circunstancialidad que legitimen, de manera real y efectiva, la imposición de la pena basada en el elemento de la culpabilidad.

En este sentido, se dice que la culpabilidad no tiene su origen solo en el reproche al ciudadano justificado en su autonomía ética, sino también en que si el Estado tiene la facultad de imponerle la pena como una expresión normativa-constitucional y también como un derecho que le asiste al Estado, en tanto ha sido proveedor de bienestar hacia sus ciudadanos.

La relación entre el Estado y el ciudadano

Si la cuestión estriba en la exigibilidad, es necesario observar el pilar que existe para que el ciudadano deba plegarse al mandato del Estado y la razón que le cabe al aparato estatal para reclamar obligaciones a sus ciudadanos.

En primer lugar, es necesario situarnos en un marco en el que sea posible exigir y obedecer sin que medie la fuerza o la arbitrariedad y ello se corresponde con la idea de Derecho, es decir, un ámbito común por el cual los ciudadanos cumplan deberes y exijan derechos sin necesidad de soluciones distintas a las que ofrece el mismo ordenamiento jurídico.

Como señala Bodenheimer (1994), el Derecho es un punto medio entre la anarquía y el despotismo; luego, la base de la exigencia y de la obediencia radica en el Derecho. En nuestra práctica jurídica, un Gobierno regulado por el imperio del derecho ha de suponer la protección y garantía de los derechos de la persona y, del mismo modo, los ciudadanos participarán y respetarán las políticas del Estado. Ello implica la idea de obediencia al sistema jurídico de un Estado capaz de satisfacer a sus ciudadanos y hacerse valer frente a sus gobernados, en tanto esté dispuesto para ello (Bodenheimer, 1994).

Entonces, en la capacidad del Estado y en el Derecho como mediador de fuerzas que tienden a disgregar el poder o a concentrarlo de manera excesiva en un solo punto radica tanto la facultad para exigir, por parte del aparato estatal, así como el deber de obediencia, por parte del ciudadano.

La facultad de exigibilidad y el deber de obediencia dependen tanto de la fuerza que tenga el Estado para coaccionar y fomentar sus políticas como de la eficacia que tenga el sistema jurídico para resolver conflictos y convertirse en el freno del ejercicio arbitrario de los derechos que les corresponden a los particulares y aquellos que le pertenecen al Estado. Ello nos ubica en la perenne tensión que acompaña a la alianza Derecho-Estado en su histórica carrera por moldear la voluntad de los actores políticos y la de crear y promocionar derechos para el ciudadano.

De ese mismo ámbito surgieron codificaciones que han regulado las relaciones del poder político con los ciudadanos, cuyas categorizaciones se han presentado de acuerdo con el momento histórico y la filosofía política en boga. Es aquí en donde se sitúa la perspectiva que ha de tomarse cuando observamos que el problema de la exigibilidad de conductas para el ciudadano es, en últimas, el problema de la obediencia al Derecho⁹⁹.

99 Este es el problema central del Derecho, es decir, el porqué es obligatorio obedecer un conjunto de normas (Naucke y Herzer, 2008).

•Una cuestión vigente: la exigibilidad como presupuesto de la culpabilidad.

Si ello es así, entonces también es un problema que atañe al Derecho Penal, entendido como el problema de la obligatoriedad del *ius puniendi* estatal. No obstante, el tema está lejos de ser resuelto. En algunas ocasiones, no se pone en duda el tema de la obediencia; únicamente el Derecho existe, su base es la norma fundamental y sobre ella se asienta la legitimidad para demandar obediencia. Así ocurre en el paradigma kelseniano¹⁰⁰, por ejemplo e incluso otras esferas ni siquiera cuestionan este asunto, pues al fin y al cabo, todo parte de un entramado político, de la voluntad del gobernante y sería inútil enfrascarse en tal discusión¹⁰¹.

Sea cual sea la dirección que se tome, lo cierto es que el cuestionamiento de la obligatoriedad persiste y con ello el de la exigibilidad de conductas ajustadas a Derecho por parte del ciudadano, so pena de ser castigado. La respuesta, creo yo, no puede venir arropada solo por una perspectiva de la teoría del Derecho, de la Política, de la Filosofía o aun de la Sociología. Quizá deba hacerse una revisión de aquello que materialmente legitima al Estado para imponer las normas y requerir obediencia a los ciudadanos, entendidos estos también en sus condiciones materiales. La labor es grande, pero de eso depende la legitimidad del Estado y, en consecuencia, de su sistema penal.

Habrá que buscar algún argumento por el que el Estado pueda exigir y el ciudadano obedecer. En nuestro tiempo se consolidó la relación Estado-Derecho por medio de la Constitución elaborada y promulgada por el pueblo o por sus representantes elegidos de manera libre y voluntaria. La Constitución significa ahora el marco de las relaciones entre el Estado y el ciudadano. Por tanto, un punto de partida válido para analizar la exigibilidad está dado por la Constitución.

Lo primero es que si el punto de partida es el modelo de Estado social y democrático de Derecho establecido en la Constitución, entonces se supone la promoción, el ejercicio y la vigencia de derechos y libertades para los ciudadanos. En contraprestación, al ciudadano le son exigidos unos deberes frente al Estado y

100 La normatividad entendida como lo existente y obligatorio para el ciudadano y sin referencia a fundamentos metafísicos constituye el pilar de validez del Derecho.

101 Esta es una posición extrema y contraria y también se le ha acusado de ninguna o escasa científicidad; sin embargo, no deja de ser realista, en tanto no se puede ignorar el sustrato político que reside en la creación del Derecho y que, si bien en nuestra época la democracia y la normatividad aparecen como límites para la voluntad del gobernante, ello no ha alejado el peligro de la arbitrariedad, de la fuerza o del capricho del ejercicio político en la construcción de la normatividad.

sus conciudadanos. Para que la anterior afirmación sea efectiva, ha de constatarse dentro de unas condiciones materiales que así lo permitan, o sea, los derechos fundamentales serán efectivos dentro de un Gobierno que lo facilite y que, por antonomasia, será aquel de carácter democrático.

Desafortunadamente, en esta parte del hemisferio, las democracias han sido débiles, lo que ha impedido que las transformaciones sociales se logren de una manera pacífica y, en consecuencia, los derechos fundamentales tengan una reducida vigencia práctica¹⁰². Ese estado de cosas conduce, por lo general, a una ausencia de políticas públicas, de un lado y, por el otro, a una condición de apatía o impasibilidad del ciudadano en relación con los deberes que tiene que cumplir. Aquí aparece el problema de la relación Estado-ciudadano, que se define como un vínculo en el que no hay una reciprocidad derecho-deber y cuyos cimientos no son muy fuertes. Tal vez por esto la prevención general, el exceso de tipos penales y las penas altas constituyen el verdadero marco al que se debe enfrentar la culpabilidad como principio regulador del poder penal estatal.

La cuestión de la exigibilidad como sustento de la culpabilidad ancla su explicación en la problemática relación Estado-ciudadano y, si esa relación tiene fisuras, ello tendrá consecuencias en la aplicación del *ius puniendi* estatal, en nuestro caso, en aquello que pueda exigir el Estado a sus ciudadanos como presupuesto de culpabilidad.

El análisis de esta relación se hace desde una perspectiva humanista que sugiere toda problemática penal como un asunto del mismo ser humano en sociedad, para evitar la creciente tendencia a creer que una cuestión jurídica es un tema de sistemática. Esta manera de abordar las cosas se justifica porque el sujeto del Derecho Penal, así como del Estado son los seres humanos —en un caso, las conductas punibles; en el otro, la forma de gobernarlos— y, si es así, estamos hablando de ciudadanos entendidos no como parte del engranaje social —lo que conlleva a significarlos como medios para lograr la finalidad del sistema—, sino como seres que además tienen su contexto y su particularidad, pues cuando se

102 Touraine (1995) señala: "En cambio, allí donde el Estado y no la clase dirigente fue el principal agente de la modernización económica pero también del mantenimiento de las jerarquías sociales, como en los países latinos de Europa y así mismo en América Latina, la democracia siempre fue débil y a menudo la desbordó una acción propiamente política más o menos revolucionaria que daba prioridad a la toma de poder sobre la transformación de las relaciones sociales de producción" (p. 84).

•Una cuestión vigente: la exigibilidad como presupuesto de la culpabilidad.

toman como medios, son válidas las abstracciones de cualquier teoría y su consiguiente aplicación.

No ocurre lo mismo cuando hablamos en clave de seres humanos cuya vivencia es la que le da sentido a una sociedad y, por ello mismo, las finalidades de una vida con seguridad, orden, legitimidad y demás caracteres jurídico-sociales están en la realidad del ciudadano y no en lo que se proponga el sistema. Expresa Russell (2005):

La gente no siempre tiene en cuenta que en general la política, la economía y la organización social, pertenecen, no al dominio de los fines, sino al de los medios. Nuestros conceptos políticos y sociales propenden a lo que pudiéramos llamar la falacia del gobernante. Con esto aludo a la costumbre de considerar una sociedad como un todo sistemático, que se estima bueno si resulta grato contemplarlo como un modelo de orden, como un organismo acabado, de partes pulcramente encajadas las unas en las otras. Pero una sociedad no puede, o al menos no debe, existir para satisfacer una inspección externa, sino para proporcionar una vida agradable a los individuos que la componen. Y no es el conjunto, sino en los individuos donde ha de buscarse su valor definitivo. Una sociedad buena es un medio para que los que la componen gocen de una vida buena, y no una cosa que en sí misma posea una excelencia especial (p. 115).

Las relaciones Estado-ciudadano no siempre son cordiales, porque el Estado como institución tiene unos fines muy distintos de los del ciudadano y no se puede predicar la felicidad de una sociedad cuando el orden está muy lejos de aquello que el ciudadano desearía o debería tener satisfecho. Sin ir más lejos, un Estado social y democrático de Derecho no podría permitirse, por ejemplo, una cobertura escasa en el servicio de prestación de salud.

Si esta relación se muestra como una falta de cubrimiento de necesidades primarias, un déficit en la vigencia de los derechos fundamentales, una carencia de acceso a los servicios públicos o, en general, aquello que debería cubrir un Estado de bienestar, entonces no es coherente tratar a un sujeto culpable cuando no se encuentra en situación de bienestar. Esto debe tener consecuencias en el juicio de culpabilidad, porque este se aplica, consciente o inconscientemente, en clave de ese estatus.

Ahora bien, las necesidades materiales, la desigualdad y la ausencia de institucionalidad en ciertas zonas, entre otras situaciones, no pueden provocar el

rechazo al imperio del Estado y tampoco derivar en la posibilidad de que el ciudadano desobedezca la normatividad estatal. Lo que se pone de presente es que al emitir un juicio de culpabilidad, se debe tener en cuenta lo exigible del comportamiento para el ciudadano, pero no como una categoría que funcione de igual modo para todos, sino que parte de observar cómo esas falencias generan desigualdad y, por lo mismo, modifican la exigibilidad para cada caso particular.

Así pues, la exigibilidad vista en un tiempo y un espacio definidos dentro del ámbito del ciudadano inmerso en el proceso penal será la que dote de contenido al juicio de culpabilidad y, al obrar de esta manera, corresponde a lo ordenado dentro de un Estado social y democrático de Derecho, es decir, reconocer las desigualdades no solo para reconocer derechos, sino también para distinguir la situación real del ciudadano y ponerla en contexto cuando sea penalmente enjuiciado.

Conclusión

El análisis permite señalar que, en la práctica, el principio de culpabilidad ha perdido vigencia a causa de las políticas de prevención e intimidación de nuestro tiempo. Ello ha supuesto la pérdida de la fuerza limitadora y esencial del principio de culpabilidad en el momento de aplicar la pena. Por tanto, es un asunto urgente pensar acerca del contenido de este principio y su relevancia como base de legitimidad de la aplicación del *ius puniendi* estatal.

En este sentido, es necesaria la práctica de los valores democráticos de bienestar, de dignidad y de derechos humanos para dotar de racionalidad la aplicación del *ius puniendi* estatal. El uso del concepto de exigibilidad como contenido del principio de culpabilidad surge como una categoría específica en cada caso y que sea de obligatorio examen para el juez penal, al tiempo que podrá ser el limitante del *ius puniendi* estatal.

Esto se logra mientras se desarrolle en la vida diaria una determinada ética orientada hacia los valores democráticos. Una vez instalada y entendida como el modo de vida por y para todos los ciudadanos, que el mismo Estado se encarga de promocionar y aplicar, solo entonces puede legitimarse, en el plano de la realidad, el Estado social y democrático de Derecho en la aplicación del Derecho punitivo, o sea, en conminar a sus ciudadanos al respeto por la normatividad y en imponer

•Una cuestión vigente: la exigibilidad como presupuesto de la culpabilidad.

sanciones para introducir la exigibilidad como un concepto válido y objeto de debate dentro del proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar de Luque, L. (2001). La noción de derechos fundamentales desde la perspectiva del constitucionalismo iberoamericano. En L. López Guerra (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional* (pp. 135-162). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arenas Mendoza, H. A. (2013). *El régimen de responsabilidad objetiva*. Bogotá: Legis.
- Atehortúa Ríos, C. A. (1995). *Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación estatal*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Auby, J-M. (1996). Le juge administratif et la transfusion sanguine. *Médecine et Droit* (18), 5-12.
- Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benda, E. (1996). El Estado social de Derecho. En C. Hesse (coord.), *Manual de Derecho Constitucional* (pp. 321-362). Madrid: Marcial Pons.
- Betancur Cuartas, J. (1993). *Nuevo Estatuto general de contratación administrativa*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.
- Bodenheimer, E. (1994). *Teoría del Derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Borja Ávila, R. (2009). *Estudios jurídicos sobre contratación estatal*. Bogotá: Ibáñez.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Botero, C. (1991). La intervención del Estado en la economía: Colombia, 1880-1936. *Revista de Derecho Privado*, 5(9), 6-103.

- Bottomore, T. y Marshall, T. H. (1998). *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza.
- Bustos, J. y Hormazabal, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal. Vol. I*. Madrid: Trotta.
- Bustos, J. y Hormazabal, H. (1999). *Lecciones de Derecho Penal. Vol. II*. Madrid: Trotta.
- Cacace, S. (2003). Loi Kouchner: problemi di underdeterrence e undercompensation. *Danno e Responsabilità* (4), 435-443.
- Campbell, D. (ed.). (2009). *Remedies for International Sellers of Goods. Vol. 3*. Nueva York: Yorkhill Law Publishing.
- Canosa, R. (1988). *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Castro, C., García, L. y Martínez, J. (2010). *La contratación estatal: teoría general. Perspectiva comparada y regulación internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Ceccherini, G. (2003). Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità. Artt. 1228-1229. En F. D. Busnelli (dir.), *Il Codice Civile. Commentario*. Milán: Giuffrè.
- Chávez Marín, A. R. (2005). Teoría de los motivos y las finalidades: estado actual y controversia por su aplicación. En J. Vidal, V. Díaz y G. Rodríguez (eds.), *Temas de Derecho Administrativo contemporáneo* (pp. 490-534). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Chinchilla, T. E. (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.
- Cianciardo, J. (2000). *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: Eunsa.
- Ciatti, A. (2002). *Responsabilità medica e decisione sul fatto incerto*. Padua: Cedam.
- Comunidad Económica Europea. (1985). *Directiva Comunitaria 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985*, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.
- Congreso de la República. (1993). *Ley 80 de 1993*, “Por medio de la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 41.094, 28 de octubre de 1993.
- Congreso de la República. (2007). *Ley 1150 de 2007*, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 46.691, 16 de julio de 2007.
- Congreso de la República. (2011). *Ley 1437 de 2011*, “Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 47.956, 18 de enero de 2011.
- Congreso de la República. (2011). *Ley 1474 de 2011*, “Por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de

•Bibliografía•

- corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.128, 12 de julio de 2011.
- Congreso de la República. (2012). *Ley 1508 de 2012*, “Por medio de la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.308, 10 de enero de 2012.
- Consejo de Estado. (1984). *Sentencia de la Sección Tercera, del 8 de marzo de 1984. Expediente 2846*. M. P. Eduardo Suescún. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (1990). *Sentencia de la Sección Tercera, del 6 de diciembre de 1990*. M. P. Carlos Gustavo Arrieta.
- Consejo de Estado. (1992). *Sentencia de la Sección Tercera, del 9 de abril de 1992. Expediente 6491*. M. P. Carlos Betancur Jaramillo. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (1995a). *Sentencia de la Sección Tercera, del 17 de marzo de 1995. Expediente 8858*. M. P. Carlos Betancur Jaramillo. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (1995b). *Sentencia de la Sección Tercera, del 30 de enero de 1995. Expediente 9274*. M. P. Daniel Suárez Hernández. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (1999a). *Sentencia de la Sección Tercera, del 3 de mayo de 1999. Expediente 12344*. M. P. Daniel Suárez Hernández. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (1999b). *Sentencia de la Sección Tercera, del 12 de abril de 1999. Expediente 11344*. M. P. Daniel Suárez Hernández. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (1999c). *Concepto del 3 de marzo de 1999. Radicado 1172*. C. P. César Hoyos Salazar. Sala de Consulta y Servicio Civil.
- Consejo de Estado. (2000a). *Sentencia de la Sección Tercera, del 3 de febrero de 2000. Expediente 10399*. M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2000b). *Sentencia de la Sección Tercera, del 6 de abril de 2000. Expediente 12775*. M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2001). *Sentencia de la Sección Tercera, del 7 de junio de 2001. Expediente 13405*. M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2003). *Sentencia del 4 de marzo de 2003. Radicado IJ030*. C. P. Manuel Santiago Ureta Ayola. Sala Plena.
- Consejo de Estado. (2004a). *Sentencia de la Sección Tercera, del 24 de junio de 2004. Expediente 15325*. M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2004b). *Concepto del 28 de abril de 2004. Radicado 1572*. C. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Sala de Consulta y Servicio Civil.
- Consejo de Estado. (2005). *Sentencia de la Sección Tercera, del 24 de febrero de 2005. Expediente 14170*. M. P. Ramiro Saavedra Becerra. Sala de lo Contencioso Administrativo.

- Consejo de Estado. (2006a). *Sentencia de la Sección Tercera, del 31 de octubre de 2009. Expediente 14287*. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2006b). *Sentencia de la Sección Tercera, del 30 de noviembre de 2006. Expediente 18059*. M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2006c). *Sentencia de la Sección Tercera, del 26 de abril de 2006. Expediente 16041*. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2007a). *Sentencia de la Sección Tercera, del 3 de mayo de 2007. Expediente 16209*. M. P. Ramiro Saavedra Becerra. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2007b). *Sentencia de la Sección Tercera, del 29 de agosto de 2007. Expediente 15324*. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2007c). *Sentencia de la Sección Tercera, del 29 de agosto de 2007. Expediente 15469*. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2008a). *Sentencia de la Sección Tercera, del 5 de junio de 2008. Expediente 8031*. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2008b). *Sentencia de la Sección Tercera, del 4 de junio de 2008. Expediente 14169*. M. P. Miryam Guerrero de Escobar. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2008c). *Concepto del 6 de noviembre de 2008. Radicado 1927*. C. P. William Zambrano Cetina. Sala de Consulta y Servicio Civil.
- Consejo de Estado. (2009). *Sentencia de la Sección Segunda, del 22 de octubre de 2009. Expediente 1535-07*. M. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2010). *Concepto del 20 mayo de 2010. Radicado 1992*. C. P. Enrique José Arboleda Perdomo. Sala de Consulta y Servicio Civil.
- Consejo de Estado. (2011a). *Sentencia de la Sección Tercera, del 27 de abril de 2011. Expediente 18293*. M. P. Ruth Stella Correa. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2011b). *Sentencia de la Sección Tercera, del 10 de febrero de 2011. Expediente 16306*. M. P. Hernán Andrade Rincón. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2011c). *Sentencia de la Sección Tercera, del 31 de enero de 2011. Expediente 17767*. M. P. Olga Mérida Valle de De la Oz. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2011d). *Sentencia de la Sección Tercera, del 13 de junio de 2011. Expediente 19936*. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2011e). *Concepto del 23 de marzo de 2011. Radicado 2045*. C. P. Enrique José Arboleda Perdomo. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2012a). *Sentencia de la Sección Tercera, del 15 de noviembre de 2012. Expediente 20916*. M. P. Olga Mérida Valle de De la Oz. Sala de lo Contencioso Administrativo.

•Bibliografía•

- Consejo de Estado. (2012b). *Sentencia de la Sección Tercera, del 4 de junio de 2012. Expediente 20911m*. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2013a). *Sentencia de la Sección Tercera, del 24 de abril de 2013. Expediente 27315*. M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2013b). *Sentencia de la Sección Tercera, del 30 de enero de 2013. Expediente 21492*. M. P. Danilo Rojas Betancourt. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2013c). *Sentencia de la Sección Tercera, del 3 de mayo de 2013. Expediente 23734*. M. P. Danilo Rojas Betancourt. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2013d). *Sentencia de la Sección Tercera, del 30 de enero de 2013. Expediente 24168*. M. P. Mauricio Fajardo. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado. (2014). *Sentencia de la Sección Tercera, del 12 de agosto de 2014. Expediente 28565*. M. P. Enrique Gil Botero. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejo de Estado (2014). *Sentencia 38738 de 12 de noviembre de 2014*. M. P. Hernán Andrade Rincón.
- Corte Constitucional. (1992a). *Sentencia T-401 de 1992*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1992b). *Sentencia T-402 de 1992*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1992c). *Sentencia T-571 de 1992*. M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.
- Corte Constitucional. (1992d). *Sentencia T-406 de 1992*. M. P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. (1992e). *Sentencia T-426 de 1992*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1992f). *Sentencia T-491 de 1992*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1993). *Sentencia T-200 de 1993*. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-134 de 1994*. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. (1994a). *Sentencia C-372 del 25 de agosto de 1994*. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. (1994b). *Sentencia C-506 del 24 de noviembre de 1994*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. (1995a). *Sentencia C-230 del 25 de mayo de 1995*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. (1995a). *Sentencia T-005 de 1995*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1995b). *Sentencia C-316 del 19 de julio de 1995*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. (1995b). *Sentencia T-220 de 1995*. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-139 de 1996*. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

- Corte Constitucional. (1997a). *Sentencia SU-111 de 1997*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1997b). *Sentencia C-251 de 1997*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1998a). *Sentencia T-521 de 1998*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. (1998b). *Sentencia T-810 de 1998*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999*. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (1999a). *Sentencia SU-062 de 1999*. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. (1999b). *Sentencia C-155 de 1999*. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-1048 del 4 de octubre de 2001*. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. (2005). *Sentencia T-1218 de 2005*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-804 de 2006*. M. P. Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (2008). *Sentencia T-710 de 2008*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-1016 del 28 de noviembre de 1999*. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia T-362 de 2014*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia T-381 de 1997*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Suprema de Justicia. (1896). *Sentencia del 22 de octubre de 1896*. M. P. Carmelo Arango.
- Corte Suprema de Justicia. (1937). *Sentencia de constitucionalidad de 13 de marzo de 1937*. M. P. Ricardo Hinestrosa Daza.
- Cruz, P. (1989). Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional* (25), 35-62.
- De Asis, R. (2000). *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Dykinson.
- De Asis, R. (2004). *Sobre el concepto y fundamento de los derechos: una aproximación dualista*. Madrid: Dykinson.
- De Cabo, C. (2001). El sujeto y sus derechos. *Teoría y Realidad Constitucional* (7), 117-135.
- De Matteis, R. (1995). *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*. Padua: Cedam.
- De Matteis, R. (2007). *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*. Padua: Cedam.

•Bibliografía•

- Delpoux, C. (1991). Loi d'indemnisation des personnes contaminés par le virus du Sida. *Risques* (8), 167-170.
- Díaz, F. J. (1997). *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Dromi, R. J. (2002). *La licitación pública*. Buenos Aires: Astrea.
- Dumont, E. (1822). *Tratados de legislación civil y penal, obra extractada de los manuscritos del señor Jeremias Bentham. Tomo IV*. (R. Salas, trad.). Madrid: Imprenta de D. Fermin Villalpando (Original publicado en 1822).
- Dussán, J. (2005). *Elementos del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Tadeo Lozano.
- Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Escobar Gil, R. (1999). *Teoría general de los contratos de la Administración pública*. Bogotá: Legis.
- Escola, H. J. (1977). *Tratado integral de los contratos administrativos. Vol. I*. Buenos Aires: Depalma.
- Escrihuela, F. J. (2007). *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*. Madrid: La Ley.
- España. (1978). *Constitución Española*. Recuperado de http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf
- Estrada, A. (2000). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado.
- Évin, C. (2002). *Les droits des usagers du système de santé*. Paris: Berger-Levrault.
- Expósito, J. C. (2005). *La configuración del contrato de la Administración pública en Derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2001). Derechos fundamentales. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 19-56). Madrid: Trotta.
- Ferreres, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fineschi, V. (1989). Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica. *Rivista italiana di Medicina Legale*, 419-454.
- Galindo, J. C. (2006). *Lecciones de Derecho Procesal Administrativo. Vol. II*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2004). *Curso de Derecho Administrativo. 12a ed*. Madrid: Civitas.
- García, M. (2011). Ética y calidad en los servicios de sangre. *Acta bioethica*, 17(1), 55-59.

- Garnier, R. (2003). Les fonds publics de socialisation des risques. *Juris-Classeur Périodique*, I(143), 1133-1139.
- Giraldo, Ó. A. (1995). *Derecho Administrativo general*. 5a ed. Medellín: Marín Vieco Ltda.
- González Pérez, J. (1983). *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- González Rodríguez, M. (2004). *El contencioso contractual*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Haberle, P. (1997). *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Haberle, P. (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos.
- Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Herrera Barbosa, B. (2004). *Contratos públicos actualizado con el Decreto 2170 de 2002*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibáñez.
- Koffman, L. y Macdonald, E. (2010). *The Law of Contract*. 7a ed. Oxford: Oxford University Press.
- Lamprea, P. A. (2007). *Contratos estatales*. Bogotá: Temis.
- López, D. E. (2000). *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional*. Bogotá: Legis.
- Margeat, H. (1993). Sang et droit. L'indemnisation des victimes. *Gazette du Palais*, 977-990.
- Matallana, E. (2012). *Manual de contratación de la Administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. 3a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mémeteau, G. (2010). *Cours de Droit Médical*. Burdeos: Les Études Hospitalières.
- Mikalef-Toudic, V. (2001). Réflexions critiques sur les systèmes spéciaux de responsabilité et d'indemnisation. *Revue générale du droit administratif*, 2, 268-289.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2012). *Resumen de situación de la epidemia por VIH/sida en Colombia. 1983 a 2011*. Recuperado de http://www.minsalud.gov.co/salud/Documents/observatorio_vih/documentos/monitoreo_evaluacion/1_vigilancia_salud_publica/a_situacion_epidemiologica/RESUMEN%20EPIDEMIA%20VIH%20FINAL%2021%20mayo_2012.pdf
- Mir Puig, S. (1994). *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Miranda, O. y Nápoles, M. (2009). Historia y teorías de la aparición del virus de la inmunodeficiencia humana. *Revista Cubana de Medicina Militar*, 38(3-4). Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0138-65572009000300007&lng=es&tlng=es
- Molina, G. (1971). *Las ideas liberales en Colombia, 1849-1914. Tomo I*. Bogotá: Tercer Mundo.

•Bibliografía•

- Morançais-Demeester, M-L. (1992). Contamination par transfusion du virus du Sida : responsabilités et indemnisation. *Dalloz Chronique*, XXXIX, 189-194.
- Morlet-Haidara, L. (2013). Le préjudice spécifique de contamination de nouveau sur le métier. *Responsabilité civile et assurances*, 12.
- Naucke, W. y Herzer, R. (2008). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de Derechos Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Oehling de los Reyes, A. (2010). *La dignidad de la persona*. Madrid: Dykinson.
- Palacio, M. T. (2011). Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la Administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales. En R. Araujo (ed.), *La Ley 1150 de 2007. Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal* (pp. 69-92). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Paley-Vicent, C. (2002). *Responsabilité du médecin. Mode d'emploi*. Paris: Masson.
- Parra, M. (2008). Responsabilidad civil por productos defectuosos. En F. Reglero (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil* (pp. 557-695). Navarra: Thomson-Aranzadi.
- Pecaut, D. (1989). *Crónica de dos décadas de política colombiana: 1968-1988. Siglo XXI*. Bogotá: Norma.
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Eudema Universidad.
- Perdomo, C. A. (2011). *Derechos fundamentales a medias e integralidad de los derechos*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Pereira, A. (2011). *Seguridad transfusional*. Recuperado de http://apps.elsevier.es/watermark/ctl_servlet?_f=10&pident_articulo=90040862&pident_usuario=0&pcontactid=&pident_revista=1&ty=128&accion=L&origen=zonadelectura&web=www.elsevier.es&lan=es&fichero=1v00n1776a90040862pdf001.pdf
- Pérez, P. (2001). La interpretación de los derechos fundamentales. En L. López (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Joaquín García Morillo* (pp. 119-134). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Presidencia de la República. (1996). *Decreto reglamentario 568 de 1996*, “Por medio del cual se reglamentan las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 Orgánicas del Presupuesto General de la Nación”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 42.723, 21 de marzo de 1996.
- Presidencia de la República. (2011). *Decreto-Ley 4170 de 2011*, “Por medio del cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia compra eficiente—, se determinan sus objetivos y estructura”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.242, 3 de noviembre de 2011.

- Presidencia de la República. (2013). *Decreto 1510 de 2013*, “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.854, 17 de julio de 2013.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política*. Bogotá: Legis.
- República Federal Alemana. (1949). *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. Recuperado de <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Restrepo, C. (1992). Las primeras Constituciones Políticas de Colombia y Venezuela. *Ayer*, 8(8), 75-146.
- Rico, L. A. (2007). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2005). *Derecho Administrativo. 14a ed.* Bogotá: Temis.
- Rodríguez Tamayo, M. F. (2013). *Los contratos estatales en Colombia*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Roppo, V. (2011). *Il Contratto. Trattato di diritto privato. 2a ed.* Milán: Giuffrè.
- Russell, B. (2005). *Autoridad e individuo*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Saison, J. (1999). *Le risque médical. Evolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier*. París: L'Harmattan.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2009). Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. En J. O. Santofimio Gamboa y J. L. Benavides (comps.), *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual* (pp. 25 - 67). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Savatier, E. (1999). Le principe indemnitaire à l'épreuve des jurisprudences civile et administrative. À propos de l'indemnisation des victimes de transfusions sanguines. *Juris-Classeur Périodique, I*, 125.
- Sayagués, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: Barreiro y Ramos.
- Schneider, J. P. (1987). Continencia judicial y estructura normativa abierta del Derecho Constitucional. En A. López Pina (coord.), *División de poderes e interpretación* (pp. 73-76). Madrid: Tecnos.
- Schünemann, B. (2002). *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Madrid: Tecnos.
- Serna, P. (1995). La dignidad de la persona como principio del Derecho Público. *Derechos y libertades* (4), 287-306.
- Serrano, J. L. (1999). *Validez y vigencia*. Madrid: Trotta.
- Silva Sánchez, J. M. (2002). *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- Simone, R. (2003). La responsabilità della struttura sanitaria pubblica. *Danno e Responsabilità, I*, 5-15.

•Bibliografía•

- Solano, J. E. (2010). *Contratación administrativa. Ley 80 de 1993*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Suescún, J. (2003). *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo. 2a ed. Tomo II*. Bogotá: Legis.
- Touraine, A. (1995). *¿Qué es la democracia?* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Turchetti, G. y Labella, B. (2004). Il risk management sanitario. En G. Comandé y G. Turchetti (eds.), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione* (pp. 239-284). Padua: Cedam.
- Tushnet, M. (1984). An Essay on Rights. *Texas Law Review*, 62(8), 1363-1403.
- Uribe, D. (1996). *Evolución política y constitucional de Colombia*. Madrid: Universidad Complutense.
- Vázquez Ferreyra, R. (1995). *Prueba de la culpa médica*. Medellín: Dike.
- Von Munch, I. (1982). La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional alemán. *Revista Española de Derecho Constitucional* (5), 9-33.
- Waldron, J. (1996). Rights and Needs: The Myth of Disjunction. En A. Sarat y T. Kearns (eds.), *Legal Rights, Historical and Philosophical Perspectives* (pp. 87-111). Michigan: Universidad de Michigan.
- Welsch, S. (2003). *Responsabilité du médecin*. Paris: Litec.
- Yong, S. (2013). *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación. 3a ed.* Bogotá: Ibáñez.
- Zagrebelsky, G. (1997). *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia en diciembre de 2016, impreso en papel propalibros de 75 g., en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

FUNDAMENTOS
CONTEMPORÁNEOS DEL
DERECHO PÚBLICO
TRANSFORMACIONES
NECESARIAS

13

En la actualidad, el Derecho Público está sufriendo cambios significativos que llevan a analizar de forma transversal diferentes problemáticas de esta rama y resulta de gran relevancia para una nueva estructura, y si se quiere, una actualización del derecho público a nuestra contemporaneidad. Así, este libro presenta resultados de investigación pertinentes al tema de los derechos y libertades a la luz de la Constitución colombiana, aportando más bases al entendimiento de nuestra Carta Magna; así como un exhaustivo análisis de la exigibilidad como presupuesto de la culpabilidad, arquetipo necesario en este momento. Así mismo, muestra de forma detallada cómo la voluntad de la administración se ve reflejada en el marco de la contratación estatal, lo cual nos lleva a un entendimiento de sus raíces y cómo puede derivarse de ello responsabilidad; para finalmente, abordar un tema muy novedoso que plantea esa responsabilidad surgida por la contaminación postransfusional del virus de inmunodeficiencia humana (VIH). Sin lugar a dudas, este documento en su conjunto resulta valioso para los especialistas de diferentes áreas que trabajan con el reto de entender las nuevas realidades sociales que involucran al Derecho.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Vigilada Mineducación

