

El derecho humano económico emergente a la quiebra. Un límite al abuso financiero

La fundamentación de los derechos humanos plantea que estos se construyen desde la racionalidad de los Estados, que –dentro de una postura ética mínima y universal– buscan dignificarlos sin importar la nacionalidad o estatus de su portador. En efecto, los Estados deben proteger a los mal llamados “apátridas” por el simple hecho de pertenecer a la especie humana, dando así sustento al principio *ius cogen* de los derechos humanos.

Ejemplos de ello son la convención sobre el Estatuto de los Apátridas, del 28 de septiembre de 1954, y la Convención para reducir los casos

de apatridia, de las Naciones Unidas, adoptada en Nueva York el 30 de agosto de 1961. Ambas indican que todo individuo de la especie humana que llegue a un país contratante, en el que carezca de la condición de patria, debe ser protegido en toda su integridad y debe recibir las condiciones necesarias para garantizar su dignidad humana. Dichas convenciones fueron ratificadas por Colombia en la Ley 1588 de 2012.

En ese mismo sentido, a través de sus declaraciones y convenciones, la Organización de las Naciones Unidas sustenta que los derechos económicos colisionan con los sociales, ya que los primeros se refieren a la libertad individual para generar riqueza; y, los segundos, a la igualdad real para que todas las personas tengan condiciones de dignidad.

Naciones Unidas profirió el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General, y abierto a la firma, ratificación y adhesión, en la Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, que fue ratificado en Colombia a través de la Ley 74 de 1968.

De manera general, este instrumento pretende que los Estados establezcan en sus decisiones políticas las condiciones necesarias para que los seres humanos que habitan en su territorio salgan de la miseria con garantías laborales (tanto individuales como colectivas), *protección a la familia en lo relacionado con vivienda, alimentación y vestido adecuados, y una mejora continua en las condiciones de existencia*, salud y educación [el resaltado es nuestro].

Otro aparte de la misma convención protege la iniciativa privada al garantizar el derecho de cada uno a escoger libremente el trabajo que desee, lo que comprende el derecho de toda persona a *ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido* o aceptado [resaltado nuestro]. Según la normativa, para garantizar ese derecho se tomarán las medidas que se consideren adecuadas.

Pues bien, el derecho al trabajo se relaciona con la libertad de empresa, ya que el trabajo independiente puede ser la base para construir una. También es pertinente recordar la protección del derecho a la propiedad privada y a la asociación, establecidos en los artículos 17 y 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (del 10 de diciembre de 1948). Ambos derechos permiten que el capitalismo se pueda sustentar sobre bases sólidas y bajo el amparo del Estado.

La colisión entre los derechos sociales y la libertad de empresa tiene como tópicos la indivisibilidad, la progresividad, la complementariedad, la universalidad y la interdependencia de los derechos humanos, que se sustenta sobre la comprensión de que estos deben ser respetados en su integridad, por los jueces y la administración pública, ya que están interconectados y se complementan entre sí bajo el supuesto de que hacen parte del núcleo de la dignidad humana, que no se puede fragmentar. Por lo tanto, como lo exponen Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano:

Los principios de interdependencia e indivisibilidad se han complejizado a partir de la segunda mitad del siglo XXI y hasta el día de hoy, en que constituyen verdaderos criterios de interpretación y aplicación de los derechos humanos en distintos niveles.

Por un lado, impactan el diseño de la política pública y, por otro, guían la actividad judicial en torno a la justiciabilidad de los derechos humanos. En la medida en que estos dos principios suponen un proceso de interconexión de derechos (más denso en la indivisibilidad, más inmediato en la interdependencia). De esta forma, tanto la indivisibilidad como la interdependencia deben ser estratégicamente utilizadas, de acuerdo con los principios de universalidad y progresividad, y a partir de las obligaciones en materia de derechos humanos.

Finalmente, el principio de progresividad debe pensarse siempre acompañado de al menos tres principios más de aplicación de los derechos humanos: la identificación de los elementos mínimos de cada derecho (ya sea a través del mecanismo de los mínimos esenciales o por medio de los límites razonables del derecho); la prohibición de aplicaciones regresivas del derecho, y el máximo uso de recursos disponibles. Sin

estos tres principios, la progresividad es simplemente inconcebible. Más aún, se requiere también el desarrollo de un amplio set de indicadores, que, por medio de la construcción de índices por derecho, permitan observar si efectivamente se cumplen los elementos mínimos de cada derecho, y si con el paso del tiempo nos encontramos frente a un mayor y mejor ejercicio de los derechos, comenzando por los grupos estructuralmente peor situados (Vázquez y Serrano, 2011, p. 165).

Dado que los derechos humanos no se pueden dividir e inaplicar uno por otro, porque son un solo cuerpo arropado por la dignidad humana, se debe usar la técnica de la ponderación para optimizarlos. Según Robert Alexy:

la ponderación es una parte [que] exige un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad. Éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas.

[...]

La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro (2021, pp. 8-9).

Todo parece indicar que el Estado se encuentra “entre la espada y la pared” al tener que propiciar las condiciones dignas suficientes para acabar con la pobreza o la miseria y, por el otro lado, tener que permitir que se den las posibilidades para que se garantice la inversión privada mediante el ejercicio de la libertad de empresa. Se ha pensado en buscar soluciones para salir de esta situación; por

ejemplo, se ha planteado que son los derechos humanos el límite para la actividad empresarial. Es decir, el problema no es la iniciativa privada (en la conformación de empresas para ejercer sus libertades económicas) sino las actividades que se realizan después de ella, eso supone que estas actividades son las que se deben controlar. En consecuencia, lo adecuado sería centrarse en evitar el abuso del derecho en su ejercicio. Al respecto, Soledad García Muñoz señala lo siguiente:

Dentro del campo de empresas y derechos humanos, la obligación de respeto implica que los Estados deban abstenerse de desplegar conductas vinculadas a actividades empresariales que contravengan el ejercicio de los derechos humanos. Esto sucedería, por ejemplo, si es que adoptan acuerdos de inversión o comercio en conflicto con sus obligaciones de derechos humanos o si asisten, colaboran, instruyen o controlan la conducta de empresas, sean públicas o privadas, que impliquen violaciones a los derechos humanos, inclusive esto puede ocurrir cuando la asistencia o control estatal se realiza respecto de otros organismos internacionales vinculadas a actividades empresariales. En algunas circunstancias, un abuso de esas empresas contra los derechos humanos puede conllevar una vulneración de las obligaciones del propio Estado en virtud del derecho internacional (2019, p. 48).

La existencia de un nexo más estrecho entre el Estado y las empresas también es reconocida por los principios rectores. Así, “cuanto más próxima del Estado se encuentre una empresa o más dependa de un organismo público o del apoyo del contribuyente, más se justifica que el Estado asegure que respeta los derechos humanos” (García, 2019, p. 48).

Si bien mediante esta obligación –en general– se analiza el comportamiento directo de los órganos o agentes estatales respecto del disfrute de los derechos humanos (de acuerdo con el derecho internacional), bajo ciertos supuestos la acción o inacción de las entidades empresariales puede generar una responsabilidad directa de los Estados, a la luz de la obligación de respeto.

El documento titulado “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, afirma que esto sucedería en los siguientes supuestos:

a) si la empresa de que se trate actúa, de hecho, siguiendo las instrucciones de ese Estado parte o bajo su control o dirección al realizar el comportamiento en cuestión, como puede suceder en el contexto de los contratos celebrados por las autoridades públicas [así como en el caso de empresas públicas que sean controladas por los Estados]; b) cuando una entidad empresarial esté facultada por el derecho del Estado parte para ejercer atribuciones del poder público o en circunstancias tales que requieran ese ejercicio de atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales [como puede ser mediante la prestación de determinados servicios públicos como seguridad, salud y educación, o en la administración de cárceles o centros de detención]; o c) en el caso y en la medida en que el Estado parte reconozca y adopte ese comportamiento como propio (García Muñoz, 2019, p. 49).

Infinidad de actividades empresariales se desarrollaron luego del triunfo del capitalismo en Europa y extendieron sus efectos a las economías emergentes. Estas se encontraban en medio del conflicto, debido a lo cual se vieron obligadas a tomar decisiones económicas intermedias que propiciaron la consolidación del Estado de bienestar. Este contribuyó al progreso del reconocimiento de varios derechos, bajo el auspicio de la intervención estatal, para formar parte de declaraciones universales como el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

Posteriormente, el Estado de bienestar cambió hacia el Estado neoliberal. Su avance se frenó a favor del capital desarrollado por la iniciativa privada; por eso, la nueva dinámica económica (en la que el Estado cede su papel protector y paternalista para ejercer uno de espectador y árbitro) produce dos efectos: que las economías emergentes se debiliten por el actuar del capital financiero y que la

población reaccione para que el Estado vuelva a su antiguo papel de garante de derechos. Esto último es aun más complejo cuando las condiciones sociales están caracterizadas por la pobreza y la miseria. Al respecto, Alejandro Lapadu explica lo siguiente:

Con carácter previo para mejor comprensión, defino a los Derechos Humanos Básicos como los derechos irrenunciables e intrínsecos a su condición de ser humano, tales como los derechos: a la alimentación, a la salud, a la educación, a una vivienda digna. Y en esta segunda década del siglo XXI podemos agregarle el derecho a la seguridad física y personal.

[...]

Sin embargo, el “mercado” en términos modernos o post modernos si se quiere, no se mide ni por el número de habitantes, ni por las necesidades o demandas básicas o esenciales insatisfechas, sino por la capacidad de consumir bienes de primera necesidad o de lujo por parte de las distintas clases de la sociedad, lo cual depende intrínsecamente, va de suyo, de su poder adquisitivo.

Es destacable visualizar que las inversiones realizadas en los países menos desarrollados como resultan los países emergentes en América Latina, ha sido alentada por toda suerte de gobiernos, sin distinción de banderas políticas, pero en la medida que existiera afluencia de capitales que posibilitaren la creación de nuevas industrias, infraestructuras y por lo tanto contribuyesen a fortalecer a la clase trabajadora, verdadero motor multiplicador de la economía por sus niveles de consumo y propensión al gasto, con poca o nula capacidad de ahorro.

[...]

Las recetas económicas que los gurús del capitalismo exigen a un país tras otro han sido definidas magistralmente por Ignacio Ramonet, quien fuera director de *Le Monde Diplomatique*, como el pensamiento único y consistirían en:

- El mercado es el natural corrector del capitalismo.
- Solo los mercados financieros determinan qué política económica debe seguir cada país para atraer capitales.
- Libre cambio sin limitaciones.

- Globalización de la producción manufacturera y de los flujos financieros.
- La división internacional del trabajo modera las demandas sindicales.
- La desregulación de la economía.
- Las privatizaciones de servicios públicos.
- La liberalización económica general.

Estas ideas se presentan como producto de una situación o segunda etapa del fenómeno de la globalización de la economía, a la que cada país debe adaptarse con las viejas y rancias recetas económicas del dejar hacer a ultranza del liberalismo burgués, para el cual el capital debe gozar de una libertad sin límites para crecer y expandirse a nivel mundial concentrándose cada vez en menos manos y sumiendo a la mayoría de la humanidad en una inequidad social alarmante, proyectando una menor calidad de vida y protección de los DHB (Lapadu, 2012, pp. 5-6 y 9).

Ante este escenario reduccionista del Estado, la sociedad actualiza sus luchas desde un enfoque económico; por eso surgen los derechos humanos emergentes frente a las nuevas realidades que no pueden desconocer una verdad universalmente válida. La dignidad humana es atemporal y se debe respetar por encima de los cambios culturales y económicos que la influyen ya que se supone que el ser humano avanza hacia el mejoramiento de su calidad de vida y dignidad. Esta no debe ser desconocida por las nuevas prácticas producto de la modernización y la tecnología, y patrocinadas por el avance empresarial y financiero.

El Fórum Mundial de las Culturas, celebrado en Monterrey (México) en 2007, estableció la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes. En ella se enunció lo siguiente:

- Son las reivindicaciones de actores nacionales e internacionales que tradicionalmente han tenido nulo o escaso peso en la configuración de las normas internacionales.

- Son las reivindicaciones de nuevos derechos y de derechos parcialmente reconocidos, según las interpretaciones de los tribunales constitucionales.
- La democracia es el hilo conductor de los derechos humanos emergentes.
- Los derechos humanos emergentes tienen una dimensión individual como colectiva, con el fin de conseguir la misma efectividad de todos los derechos universales, indivisibles e interdependientes.

Así mismo, los derechos humanos emergentes se sustentan con los siguientes principios:

- El principio de coherencia al poner de presente la indivisibilidad, interdependencia y universalidad de los derechos humanos.
- El principio de horizontalidad, que evita la jerarquización de los derechos humanos.
- El principio de interdependencia y el de multiculturalidad, que reconoce los derechos individuales y colectivos.
- El principio de inclusión social, que garantiza el acceso a la igualdad de oportunidades vitales, a la igualdad de género de la no discriminación y a la participación política.
- El principio de responsabilidad solidaria como la obligación que tienen el Estado y la sociedad para garantizar plenamente los derechos humanos.

Se han reconocido como nuevos derechos emergentes los siguientes:

1. El derecho a la renta básica, que asegura, sin ningún tipo de discriminación, un ingreso monetario periódico incondicional a cargo de presupuestos del Estado a cada miembro de la sociedad.
2. El derecho a una muerte digna, que asegura que las personas puedan decidir su forma de morir en casos determinados, según la ley o la jurisprudencia constitucional.
3. El derecho a migrar o la movilidad universal de poder salir de su país e ingresar a otro y poder residenciarse en el lugar de su preferencia.

4. El derecho a la orientación sexual sin discriminación y a la posibilidad de adoptar.

Además, los derechos humanos emergentes han permitido ampliar el contenido de algunos derechos ya existentes como los siguientes:

1. El derecho a la salud, a la asistencia sanitaria y a los medicamentos, que extienden el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en el cual se asegura el acceso a mejores tecnologías de salud, a un sistema sanitario de prevención, asistencia y vigilancia personalizada y a disponer de los medicamentos esenciales.

[...]

5. El derecho a la educación, que extiende el artículo 26 de la DUDH que reconoce el derecho a la instrucción elemental y fundamental, el derecho al saber y al conocimiento, a la formación continuada e inclusiva y a la erradicación del analfabetismo, es decir, garantiza una formación de calidad y continuada atendiendo a las necesidades de la sociedad.
6. El derecho a la seguridad vital, que extiende el artículo 25 de la DUDH, en el cual, además de garantizarse la seguridad vital, se avala el mínimo vital: que las personas tengan lo necesario para la subsistencia y bienestar, derecho al agua potable, saneamiento básico, energía, alimentación básica adecuada y suministro eléctrico continuo y suficiente.
7. El derecho a la interculturalidad, que extiende el artículo 27 de la DUDH, en donde se garantiza la libertad para tomar parte en la vida cultural de la comunidad y el respeto mutuo entre personas y grupos de distintos orígenes, lenguas, religiones y culturas.
8. El derecho a la tutela de todas las manifestaciones de comunidad familiar, que extiende el artículo 16 de la DUDH a todas las manifestaciones de familia, cualquiera sea la forma que adopten las personas.

Se han extendido derechos individuales a colectivos, legalmente reconocidos, que tradicionalmente no han disfrutado de ellos.

Pongamos dos derechos como ejemplo:

- El derecho al matrimonio de personas del mismo sexo, que tradicionalmente se ha reconocido a personas heterosexuales.
- El derecho a voto de las personas migrantes, el cual permite que los extranjeros puedan votar en todas las elecciones que se celebren en su lugar de residencia.

Aunque la DUDH emergentes no ha sido ratificada por Colombia, es claro que estos derechos se relacionan con la teoría de los derechos innominados, cuya construcción es de origen jurisprudencial. En este –bajo el mismo parámetro de la defensa de la dignidad humana– se alcanzan nuevos logros relacionados con derechos humanos y se crean otros que se acerquen más a los supuestos fácticos que tienen sospecha de ser violadores de derechos humanos y que exigen una respuesta inmediata.

Es por eso que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional colombiana han construido el *corpus iuris* interamericano y, con ello, el desarrollo de los derechos humanos emergentes a través de la figura de los derechos innominados. Sobre los mismos, Édgar Fabián Garzón-Buenaventura expresa lo siguiente:

Son aquellos derechos que, si bien se encuentran implícitos en el ámbito de protección de distintas disposiciones jurídicas fundamentales, no se encuentran textualmente enunciados en ellas. Se mencionaba que el neoconstitucionalismo se entiende como la forma moderna de aplicación del Derecho, desde el ámbito de la separación de poderes del Estado y la garantía de los derechos de los hombres. En este sentido, concede a la jurisprudencia un giro especial al momento de reconocer la materialización intervencionista del Estado para satisfacer el cumplimiento de la protección de los derechos que rezan en la constitución e, incluso, a su vez emerge como criterio para salvaguardar derechos que, si bien no están taxativamente enunciados en la carta magna como tales, por su contenido y naturaleza se entienden como fundamentales.

La Corte Interamericana no ha sido ajena a construir una teoría en el

eje de los derechos innominados, al proponer líneas jurisprudenciales —desde las convenciones hasta las sentencias—, en el propósito de equilibrar un corpus iuris interamericano, pasando de ser un órgano receptivo, a un órgano de juez legislador convencional, de manera que abarca desde derechos individuales, hasta derechos de contenido social (2016, p. 21).

En otro sentido, la Corte Constitucional ha construido una serie de derechos innominados a través de varias sentencias. Algunas de ellas son las siguientes:

- Sentencia T-160 de 2010, en donde se señala que a partir de la Sentencia T-426 de 1992 se reconoció el derecho innominado al mínimo vital relacionado con problemas pensionales.
- T-881 de 2012, que establece y reitera el derecho innominado a la estabilidad laboral reforzada, va destinado a grupos que han sufrido una discriminación histórica para acceso a cargos de trabajo o enfrentan obstáculos especiales para la satisfacción de sus derechos fundamentales.
- T-954 de 2013, a partir de la cual se establece y reitera el derecho innominado de la indexación pensional.
- T-883 de 2014, sobre el derecho innominado a la filiación, en donde se exige a los jueces a actuar de manera diligente en los procesos de filiación.
- T-969 de 2014, relacionado con el derecho innominado a la consulta previa de carácter colectivo, que les corresponde a las comunidades étnicas indígenas, raizales, afrodescendientes y palenqueras.
- T-057 de 2015, asociado al derecho innominado a que sea intentado o righth to try, que protege a los pacientes en estado vegetativo o conciencia mínima, cuyos titulares (el paciente y los familiares) pueden exigir que se mantenga la vida de los pacientes en este estado y que se puedan usar los tratamientos experimentales que sean posibles dentro del sistema de salud.
- T-124 de 2015 reiteró el derecho innominado a la seguridad social e indicó el derecho a la seguridad e integridad personal que ha sido reconocido desde la Sentencia T-719 de 2008.

- T-276 de 2017 reconoció el derecho innominado a la comunicación, es decir, a que uno pueda no incomunicarse en sus áreas de trabajo sin que ello perjudique su labor contratada. Además, para los internos del INPEC, garantiza que se permita su derecho a estar comunicados y se exige que reciban los medios necesarios para hacerlo dentro de lo posible, según las normas de la institución.
- T-296 de 2018 ratificó los derechos a la verdad, la justicia y la reparación para las víctimas de conductas punibles.
- SU-599 de 2019, en donde se hace referencia a los anteriores y se anuncia el derecho innominado al agua potable, al saneamiento básico y a la vivienda digna.

En efecto, bajo el sustento del artículo 94 de la Constitución Política, diferentes sentencias de la Corte Constitucional han establecido derechos innominados de carácter económico, como el derecho al mínimo vital, a la seguridad social, a la indexación de las mesadas pensionales, a la seguridad personal, a la vivienda digna y al medio ambiente sano, además del derecho al agua potable, la electricidad y la salud integral.

Es evidente que cuando el tribunal constitucional encuentra, bajo el principio *pro homine*, una conducta que atente contra los derechos humanos no dudará en protegerlo y en exigir su protección mediante una acción concreta que hace que nazca un nuevo derecho innominado.

Por tal motivo, no es erróneo afirmar que mediante una sentencia de tutela se pueda, en algún momento, establecer que una cesación de pagos (producto de un evento extraordinario o por malas decisiones financieras) sea un derecho innominado, debido a que la quiebra no es motivo suficiente para perder la dignidad y quedar sin la posibilidad de volver a iniciar con un nuevo proyecto de vida económica.

En Colombia se ha establecido el proceso de insolvencia de personas jurídicas y naturales comerciales y no comerciales. Se ha consolidado el programa de *Familias en acción* para ofrecer un auxilio monetario a

las familias de escasos recursos; así podrían satisfacer sus necesidades básicas. En la misma línea se encuentran el subsidio al desempleo y el ingreso solidario, producto de la pandemia del COVID-19, que va hasta diciembre de 2022. Con ello se ha avanzado legalmente en el reconocimiento progresivo implícito del derecho emergente a la renta básica y en la garantía inicial del derecho humano emergente a la quiebra o insolvencia. Por otro lado, se ha cumplido el primer requisito de la positivación internacional de los derechos humanos, debido a que en las Naciones Unidas se desarrolló, a través de una comisión surgida desde esta entidad, una serie de reglamentaciones no vinculantes, salvo que los Estados las acojan (en el ejercicio del principio de la libre determinación de los pueblos). El acto convirtió a las reglamentaciones en una norma universal vinculante por todos aquellos que la acepten, al igual que un tratado o convenio internacional de derechos humanos.

Esto se inició con el surgimiento de la insolvencia transfronteriza, que reconoce que la quiebra o insolvencia no es un asunto local sino universal, puesto que el patrimonio es un atributo de la personalidad; y, por ende, está conectado con el valor de la dignidad humana, que no distingue nacionalidades.

En concordancia con lo anterior, a través de la presentación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre la insolvencia transfronteriza, con la guía para su incorporación al derecho interno, que fue adoptada por Colombia con la Ley 1116 de 2006, y que luego se extendió a las personas naturales en la Ley 1564 de 2012, Colombia acepta oficialmente el derecho humano emergente a la quiebra o insolvencia. Sobre el particular, Rafael Wilches Durán explica lo siguiente:

Dentro del espíritu de armonización y unificación del Derecho Mercantil Internacional y del reconocimiento que las disparidades entre las leyes nacionales que rigen el comercio internacional crean obstáculos para ese comercio, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) consideró que podría desempeñar un papel más activo en la reducción o

eliminación de estos, por lo cual fue creada en 1966 la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), más conocida por su sigla en inglés (*United Nations Commission on International Trade Law*), como la institución encargada de fomentar la armonización y unificación progresivas del Derecho Mercantil Internacional. Desde entonces, la CNUDMI se ha convertido en el órgano jurídico central del Sistema de Organizaciones de las Naciones Unidas en el ámbito del Derecho Mercantil Internacional.

Dentro de los diversos tópicos que trabaja la CNUDMI, que incluyen arbitraje y conciliación comercial internacional, compraventa internacional de mercaderías, garantías reales, pagos internacionales, transporte internacional de mercaderías, comercio electrónico, contratación pública, entre otros, la insolvencia es uno de los temas que más ha preocupado a dicha comisión, gracias a lo cual promulgó en el año 1997 una ley modelo en materia de insolvencia transfronteriza y en el año 2004 una guía legislativa sobre regímenes de insolvencia.

Las leyes modelo de la CNUDMI tienen como objetivo establecer referentes para los Estados que quieran regular ciertos asuntos de Derecho Mercantil Internacional. No son convenciones o tratados, por lo cual no son documentos que impliquen ningún tipo de obligación para los Estados a los que están destinados. Por el contrario, cada Estado es libre de determinar si acoge o no determinada ley modelo de la CNUDMI para incorporarla en su Derecho interno.

Lo que sí es claro, es que las leyes modelo deben ser incorporadas a cada Derecho interno con el menor número posible de modificaciones respecto del texto establecido por la CNUDMI, de manera que poco a poco las diversas legislaciones nacionales regulen de la misma manera el asunto en cuestión. La Ley 1116 de 2006 o Nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial Colombiano tuvo como una de sus grandes novedades la inclusión de las normas de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza de 1997, lo cual se puede evidenciar en el título III de la mencionada norma, compuesto por cinco capítulos, que abarcan desde el artículo 85 hasta el artículo 116 (Wilches, 2009, p. 164).

Es de anotar que la quiebra o insolvencia es una cesación de pagos y se aplica a personas jurídicas y naturales de negocios o a personas naturales que han laborado y han adquirido deudas que han incumplido. Muchas veces esas personas no están en las bases de datos del Sisbén (dentro de la población focalizada); por ello, el Estado debe buscar la forma de ponderar la dignidad del deudor, reflejada en sus derechos fundamentales. Las dinámicas financieras dejan ver que en la relación civil o comercial el deudor siempre está en una situación de indefensión y debilidad frente al acreedor. Esto es consecuencia del derecho a la libertad de empresa de los prestamistas que hacen parte del sistema financiero o del sector informal. Con frecuencia su comportamiento es abusivo, ya que se aprovechan de la desventaja de las clases populares, debido a la falta de democratización en el sector financiero para acceder al crédito. En esa obtención del beneficio suelen cometer conductas punibles. Los deudores acuden al sistema judicial para cobrar sus derechos subjetivos crediticios, adquiridos legítimamente, pero muchas veces no ven la forma de recuperar su inversión y así mismo entran en quiebra o insolvencia.

Con el fin de proteger y garantizar los derechos de uno y otro, el Estado ideó un procedimiento para que las obligaciones se vuelvan a negociar teniendo en cuenta la realidad financiera. En teoría eso permite el ejercicio del derecho a la autonomía y la libertad, propio del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Dicho derecho indica que el Estado debe apoyar al ser humano en desgracia desde un enfoque solidario propio del Estado social y democrático de derecho. En ese sentido, estar en quiebra es un hecho que afecta varios derechos humanos de los participantes. Esto hace que los jueces y la misma legislación controlen el poder del embargo al indicar bienes inembargables, art. 594 del CGP (Ley 1564 de 2012), y obliguen a que se negocien las deudas impagadas ante los centros de conciliación, si se cumplen algunas condiciones, ya sea por parte de las empresas o comerciantes o por personas naturales no comerciantes (Ley 1116 de 2006 y Ley 1564 de 2012).

Los jueces constitucionales han frenado las acciones judiciales donde el sector financiero está inmerso cuando la quiebra se genera por eventos catastróficos (como el secuestro y desplazamiento forzado del deudor) ordenando reestructuraciones de las deudas, como lo ha indicado la Corte Constitucional en la Sentencia T-386 de 2012. Otro ejemplo ya experimentado de una causa grave es una recesión económica que generó una burbuja inmobiliaria y que hizo que los deudores hipotecarios entraran en quiebra; debido a ello, se ordenó la reliquidación de las deudas de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC) y se creó, posteriormente, la Unidad de Valor Real (UVR), como lo estableció la Sentencia C-747 de 1999, de la Corte Constitucional.

El derecho humano emergente a la quiebra ha tenido un desarrollo jurisprudencial formulado a partir de la protección al deudor, por parte de la Corte Constitucional, en situaciones excepcionales. A partir de ahí se ordena reestructurar las deudas para que con ello se pueda proteger su dignidad como persona. Sin embargo, el legislador lo ha reconocido de manera implícita al establecer los procesos de insolvencia de una persona natural no comerciante para que – por conducto del Estado, a través de los particulares que ejercen administración de justicia–, en el ejercicio del principio de autonomía y la libertad contractual, se puedan ponderar los derechos subjetivos crediticios y el derecho al patrimonio del deudor para que “vuelva a empezar” sin afectar sus condiciones mínimas de subsistencia.

La quiebra.

Aproximaciones a los regímenes de insolvencia económica en Colombia