



ISSN Impreso: 2215-8944
E-ISSN Electrónico: 2539-4983

Contenido Revista Academia & Derecho -RA&D- Nº 18:

Derecho constitucional a un ambiente sano: una pauta para establecer tributos extrafiscales ambientales en Colombia

Ideas sobre la justicia ambiental y el desarrollo social en Colombia: de la corte constitucional a las aulas de la universidad

La objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia

Aportes a la seguridad social y destinación del recaudo de determinados impuestos al rubro del sistema de salud en Colombia

Marco jurídico para la autonomía económica de las mujeres en Colombia

La pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo en Colombia

Registro de la situación de control en las sociedades por acciones simplificadas en eventos de accionista único y mayoritario

Acción de Tutela contra providencias judiciales: elementos, condiciones y crítica

Presunción de inmuebles baldíos carentes de antecedentes registrales y de titulares de Derechos reales

Consumo de drogas en Colombia: análisis del enfoque de salud pública para su abordaje

Revista Academia & Derecho	Publicación Semestral	ISSN: 2215-8944 E-ISSN: 2539-4983	Año 10 Nº 18 2019	Enero - Junio	Pág. 402	Centro Seccional de Investigaciones	Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales
----------------------------------	--------------------------	--	-------------------------	---------------------	-------------	---	--



DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA REVISTA ACADEMIA & DERECHO

Misión. Promover y estimular la formación, socialización, discusión, comunicación y difusión del conocimiento jurídico y de enseñanza del derecho, a través de un proceso científico y abierto a la pluralidad del pensamiento a nivel nacional e internacional.

Alcance y política editorial. Academia & Derecho es una revista jurídica que publica trabajos originales e inéditos referentes a las diversas áreas disciplinarias del derecho y su enseñanza. Las disciplinas se clasifican tradicionalmente en: Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Económico, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho del Medio Ambiente, Derecho de Minas, Derecho de Aguas, Derecho Internacional, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Derecho Penal y Criminología, Derecho Procesal, Derecho Electoral, Enseñanza del Derecho, no siendo este un listado taxativo, dada la evolución misma de las relaciones humanas que permite la concepción de nuevas especialidades.

Cada número de la revista tiene un carácter misceláneo, sin perjuicio de poder editar, cuando se considere adecuado, números monográficos.

Es una publicación académica de periodicidad semestral, realizada en Colombia, Departamento Norte de Santander, por el Centro Seccional de Investigaciones y la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales de la Universidad Libre Seccional Cúcuta desde el año 2010.

Se compone básicamente por una Sección permanente: (I) artículos de investigación, destacándose en algunos números la sección *Reflexión grandes maestros del derecho*.

Constituye una revista arbitrada que emplea el sistema de revisión por pares a doble ciego (*double blind review*).

Los juicios presentados por los autores en sus artículos no representan la opinión ni criterio de la Institución que edita la Revista.

Indexación. La Revista Academia & Derecho se encuentra reconocida en:



Índice Bibliográfico Nacional -IBN Publindex- Categoría C, Colciencias, Colombia. (Julio 01 de 2013-Junio 30 de 2015)

Índice Bibliográfico Nacional -IBN Publindex- Categoría B, Colciencias, Colombia. (Enero 01 de 2014-Diciembre 31 de 2019)



DEFINITION AND CHARACTERISTICS ACADEMY & LAW JOURNAL

Mission. Promote and stimulate training, socialization, discussion, communication and divulgation of legal knowledge and legal education through a scientific and open process to the plurality of nationally and internationally thought.

Scope and editorial policy. Academy & Law is a legal journal that publishes original and unpublished works concerning to the various subjects of law and its teaching. The disciplines are traditionally classified as: Civil Law, Commercial Law, Business Law, Tax Law, Administrative Law, Constitutional Law, Environmental Law, Mining Law, Water Law, International Law, Labor Law and Social Security, Criminal Law and Criminology, Procedural Law, Electoral Law and Legal Education. This being a non-exhaustive list, considering the same evolution of human relationships that allows the development of new specialties.

Each issue of the journal has a various content, without prejudice to release, when appropriate, a special edition about a single theme.

It is a biannual journal, held in Colombia, Norte de Santander Department, by the Sectional Research Centre and the Faculty of Law, Politics and Social Science at the Universidad Libre de Colombia since 2010.

It is basically composed of a permanent section: (I) research articles; standing out in some issues Thoughts of great masters of law section.

It is a refereed journal which uses the peer review system called double-blind.

The the opinions expressed by the authors in their articles do not represent the opinion or judgment of the institution which publishes the journal.

Indexing. Academy & Law Journal is recognized:



Índice Bibliográfico Nacional -IBN Publindex- Categoría C, Colciencias, Colombia. (Julio 01 de 2013-Junio 30 de 2015)

Índice Bibliográfico Nacional -IBN Publindex- Categoría B, Colciencias, Colombia. (Enero 01 de 2014-Diciembre 31 de 2019)



ISSN Impreso: 2215-8944
E-ISSN Electrónico: 2539-4983

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR

DARWIN CLAVIJO CÁCERES, Magister en Derecho Administrativo,
Docente Investigador de Derecho Público,
Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales, Universidad Libre Seccional Cúcuta.

EDITORA

MICHELLE ANDREA NATHALIE CALDERÓN ORTEGA, Magister (c) en Derecho Administrativo,
Docente Investigadora de Derecho Público,
Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales, Universidad Libre Seccional Cúcuta.

COMITÉ EDITORIAL

LORENZO MATEO BUJOSA VADELL, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca, Salamanca, España

ÁLVARO JAVIER DOMINGO PÉREZ RAGONE, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Procesal, Universidad Gabriela Mistral, Santiago de Chile, Chile.

JUAN GABRIEL ROJAS LÓPEZ, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia

JOSÉ MARÍA PELÁEZ MEJÍA, Magister en Derecho Penal y Procesal Penal,
Profesor de Derecho Penal, Universidad Libre Seccional Cúcuta, Cúcuta, Colombia

COMITÉ CIENTÍFICO

RODRIGO ANTONIO RIVERA MORALES, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Procesal, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Venezuela.

JORDI NIEVA FENOLL, Doctor en Derecho,
Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Barcelona, Barcelona, España.

LUIZ GUILHERME MARINONI, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Procesal, Universidad Federal de Paraná, Curitiba, Brasil.

JUAN CAMILO SALAS CARDONA, Doctor en Derecho,
Profesor de Filosofía del Derecho, Teorías de la Justicia y Derechos Humanos,
Universidad de Estrasburgo, Francia.

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, Doctor en Derecho,
Profesor Titular Emérito de Derecho Procesal Constitucional,
Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Se autoriza la reproducción de los artículos
citando la fuente y los créditos de los autores:

Revista Academia & Derecho. Universidad Libre Seccional Cúcuta

Entidad Editora: Universidad Libre Seccional Cúcuta.

Los conceptos y opiniones expresados en los artículos
son responsabilidad de los autores y no comprometen a la Universidad Libre

Forma de adquisición:
canje, suscripción o entrega gratuita
Revista Academia & Derecho en la Web:
<http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/>

Correspondencia:
Avenida 4 N° 12N-81. Barrio El Bosque
Universidad Libre Seccional Cúcuta
Teléfono: 5 82 98 10. Extensión 104
Correo electrónico: revista.academiayderecho.cuc@unilibre.edu.co

Formato: 17 cm x 24 cm



TABLA DE CONTENIDO

DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA REVISTA.....	2
GUÍA DE AUTORES.....	11
GUIDE D' AUTEURS.....	20
GUIA PARA AUTORES.....	29
GUIDE FOR AUTHOR.....	38
EDITORIAL.....	47

Derecho constitucional a un ambiente sano: una pauta para establecer tributos extrafiscales ambientales en Colombia.....	51
---	-----------

Constitutional right to a healthy environment: a guideline to establish taxes environmental extrafiscales in Colombia

Direito constitucional a um ambiente saudável: uma diretriz para o estabelecimento de impostos ambientais extrafiscais na Colômbia

Le droit constitutionnel à un environnement sain : une ligne directrice pour l'établissement de taxes environnementales extrafiscales en Colombie

YESENIA DEL CARMEN TREJO CRUZ

ANAYIBE OME BARAHONA

JOHN JAIRO RESTREPO LIZCANO

Ideas sobre la justicia ambiental y el desarrollo social en Colombia: de la corte constitucional a las aulas de la universidad	79
---	-----------

Ideas about environmental justice and social development in Colombia: from the constitutional court to the university classroom

Idéias sobre justiça ambiental e desenvolvimento social na Colômbia: do tribunal constitucional às salas de aula universitárias

Idées sur la justice environnementale et le développement social en Colombie : de la cour constitutionnelle aux salles de classe universitaires

DIANA MARÍA RAMÍREZ CARVAJAL

CAROLINA RINCÓN ZAPATA

MILANY ANDREA GÓMEZ BETANCUR

La objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia 105

Conscientious objection to the voluntary termination of pregnancy in Colombia

Objecção de consciência à interrupção voluntária da gravidez na Colômbia

Objection de conscience à l'interruption volontaire de grossesse en Colombie

WILLIAM JAVIER SALAZAR MEDINA

RICARDO HERNÁN MEDINA RICO

Aportes a la seguridad social y destinación del recaudo de determinados impuestos al rubro del sistema de salud en Colombia..... 127

Contributions to social security and destination of the collection of certain taxes to the heading of the health system in Colombia

Contribuições à seguridade social e destino da arrecadação de certos impostos ao item do sistema de saúde na Colômbia

Contributions à la sécurité sociale et destination de la perception de certaines taxes au poste du système de santé en Colombie

MILAGROS DEL CARMEN VILLASMIL MOLERO

YOLANDA ALICIA FANDIÑO BARROS

NUBIA PACHECO CODINA

Marco jurídico para la autonomía económica de las mujeres en Colombia..... 165

Legal basis for the economic autonomy of women in Colombia

Quadro jurídico para a autonomia económica das mulheres na Colômbia

Cadre juridique de l'autonomie économique des femmes en Colombie

ISABEL GOYES MORENO

La pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo en Colombia 207

Survivor's pension for same-sex couples in Colombia

Pensões de sobrevivência para casais do mesmo sexo na Colômbia

Pensions de survivants pour les couples de même sexe en Colombie

JESSICA ALEJANDRA PATIÑO JIMÉNEZ

LAURA GARCÍA JUAN

**Registro de la situación de control en las sociedades por acciones
simplificadas en eventos de accionista único y mayoritario 237**

*Registration of control situation for joint-stock companies in single and majority
shareholder events*

*Registo da situação de controlo em sociedades por acções simplificadas em eventos
de accionistas individuais e maioritários*

*Enregistrement de la situation de contrôle dans les sociétés par actions simplifiées
lors de manifestations à l'intention des actionnaires uniques et majoritaires*

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

LEONARDO ALFREDO ENRÍQUEZ MARTÍNEZ

Acción de Tutela contra providencias judiciales: elementos, condiciones y crítica.... 275

Tutela against judicial providences: elements, conditions and criticism

Ação de tutela contra ordens judiciais: elementos, condições e críticas

Action de tutelle contre des ordonnances judiciaires : éléments, conditions et critiques

DIEGO MAURICIO HIGUERA JIMÉNEZ

**Presunción de inmuebles baldíos carentes de antecedentes registrales
y de titulares de Derechos reales..... 335**

Presumption of vacant real estate lacking a Registry Background and Real Rights Holders

Presunção de Imóveis Vagos sem Fundo de Registro e de Titulares de Direitos Reais

*Présomption de biens vacants sans antécédents en matière d'enregistrement et de
détenteurs de droits réels*

FLOR MARGOTH GONZALEZ FLÓREZ

**Consumo de drogas en Colombia: análisis del enfoque de salud pública
para su abordaje 365**

Drugs consumption in Colombia: analysis of the public health focus for its approach

*Consumo de drogas na Colômbia: análise do enfoque de saúde pública
para sua abordagem*

*Consommation de drogues en Colombie : analyse de l'approche axée
sur la santé publique*

ANDRÉS GÓMEZ-ACOSTA

WILLIAN SIERRA-BARÓN

JULIETH MILENA RINCÓN PERDOMO

ÍNDICE DE AUTORES 389



Guía de autores¹

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

La Revista Academia & Derecho es el órgano de divulgación científica de la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, con periodicidad semestral en su publicación –enero-junio y julio-diciembre–. Se integran a sus contenidos ARTÍCULOS ORIGINALES en la ciencia del Derecho y su enseñanza en la Academia, con evaluación bajo la modalidad de doble ciego –*double blind review*–.

Iniciadas labores en julio-diciembre del año 2010 en forma ininterrumpida, la Revista se ocupa de publicar artículos de *carácter científico*, que se fundamentan en estudios realizados por Investigadores, Investigadores independientes, Grupos de Investigación, Centros de Investigación y Semilleros de Investigación con acompañamiento de un Investigador responsable como coautor, en el ámbito nacional e internacional en concordancia con sus temáticas jurídicas, socio-jurídicas y de educación universitaria en Derecho, que son resultados de proyectos de investigación. La publicación está dirigida a los estudiantes de derecho, abogados litigantes, jueces, funcionarios administrativos, docentes, investigadores, doctrinantes, y comunidad científica nacional e internacional.

Cada documento –artículo– postulado al proceso editorial se somete a una REVISIÓN PREVIA por el Comité Editorial con el fin de analizarlo en cuanto a su forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación conforme a la estructura definida en ésta Guía. Posteriormente, se envía el artículo a dos (2) miembros del Comité de Árbitros Externos, que en atención a los parámetros establecidos realizará la EVALUACIÓN del artículo y podrá tomar alguna de las siguientes decisiones sobre la postulación: **i) APROBADO**, **ii) APROBADO CON CORRECCIONES** o **iii) NO APROBADO POR INCUMPLIMIENTO DE LOS**

¹ La guía de autores se formuló con fundamento en el Documento Guía del Servicio Permanente de Indexación de Revistas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas de febrero del año 2010 y el Documento Guía para el Servicio Permanente de Indexación de Revistas Seriadadas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas de julio del año 2013 del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación -COLCIENCIAS-.

REQUISITOS EDITORIALES. Todos los derechos de la publicación son de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

La Revista Academia & Derecho posee un formato 21,5 x 28 cm, con un tiraje gratuito de 500 ejemplares y de cumplimiento al Depósito Legal. Puede adquirirse por canje, suscripción o entrega gratuita. Los documentos no pueden exceder las 30 páginas, extensión mínima no inferior a 15 páginas, tipo de letra TIMES NEW ROMAN, tamaño 12, espacio sencillo y 2.54 cm a cada margen. Las notas al pie de página deben presentarse en tamaño 10. La numeración de las páginas se debe realizar en el margen superior derecho.

En observancia al proceso de indexación de la publicación se reciben principalmente las siguientes clases de documentos:

1. **ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN.** Es un documento que presenta la producción original e inédita, resultado de un proceso y proyecto de investigación, reflexión o revisión.
 - 1.1. **Artículo resultado de un proceso de investigación.** Es un documento que presenta de manera detallada los resultados originales de un proyecto de investigación terminado.
 - 1.2. **Artículo de reflexión.** Es un documento que presenta los resultados de un proyecto de investigación terminada y sobre un tema específico desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, recurriendo a fuentes originales.
 - 1.3. **Artículo de revisión.** Es un documento resultado de un proyecto de investigación terminado donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia y tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo.

Estas tipologías se caracterizan por presentar una cuidadosa y pertinente revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

De otro lado, excepcionalmente podrán ser objeto de proceso editorial las siguientes tipologías de documentos reconocidos:

2. **Artículo corto.** Es un documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica que, por lo general, requiere de una pronta difusión.
3. **Reporte de caso.** Es un documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.

4. **Revisión de tema.** Es un documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.
5. **Carta del editor.** Es la posición crítica, analítica o interpretativa sobre los documentos publicados en la Revista que, a juicio del Comité Editorial, constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia.
6. **Editorial.** Es un documento escrito por el Editor, un miembro del Comité Editorial o un Investigador invitado sobre orientaciones en el dominio temático de la Revista.
7. **Traducciones.** Es un documento que formula la traducción de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la Revista.

En cuanto a la estructura de los artículos descritos en el numeral 1, se debe tener en cuenta el siguiente esquema de trabajo frente al contenido:

- a. Todo artículo que se postula para publicación debe ser ORIGINAL E IN-ÉDITO. Para el efecto el autor debe presentar junto al artículo la CARTA DE ORIGINALIDAD, MANIFESTACIÓN DE INTERÉS Y PRESENTACIÓN DE ARTÍCULO, la cual se encuentra ejemplificada al final de la presente Guía, Formato B.
- b. En el contenido del documento solo se numeran los puntos propios del aparte del **plan de redacción**. En otros términos, el título, resumen, palabras clave, abstract, key words, introducción, metodología, resultados de investigación y las conclusiones, no se numeran.
- c. Para todos los efectos se deben seguir las normas internacionales de citación APA (American Psychological Association).
- d. Las expresiones en latín u otro idioma deben indicarse en *letra cursiva*.
- e. En la autoría de las investigaciones postuladas al proceso editorial al menos uno (1) debe ser un docente investigador.
- f. Todo artículo que se somete a proceso editorial debe presentarse con la información que se muestra en el Formato A, el cual se encuentra ejemplificado al final de la presente Guía.

Así mismo, algunos aspectos administrativos que se deben tener en cuenta son:

- a. Si el artículo se somete a proceso editorial no debe postularse simultáneamente en otras revistas u otros medios de divulgación.
- b. El artículo puede ser retirado del proceso editorial en cualquier tiempo por el autor.

ESTRUCTURA DE LOS DOCUMENTOS QUE SE POSTULAN AL PROCESO EDITORIAL:

Título en español
Título en inglés
Nombre (s) del (los) autor (es)
Resumen
Palabras clave
Abstract
Key words
Introducción
Problema de investigación
Metodología
Esquema de resolución del problema jurídico
Plan de redacción
Resultados de investigación
Conclusiones
Referencias

Título: corresponde a la idea principal del documento. Se debe indicar en mayúscula sin exceder las 15 palabras, en lo posible, en idioma Español e Inglés. Seguidamente en pie de página se debe indicar: **1.** Si el artículo es inédito; **2.** Si el documento se clasifica como un *artículo de investigación e innovación* y corresponde a alguna de las siguientes tipologías: **a)** artículo de investigación, **b)** artículo de reflexión, **c)** artículo de revisión; **3.** El proyecto de investigación al cual se encuentra adscrito el producto (artículo); **4.** El Grupo de Investigación al cual se encuentra adscrito el proyecto y al cual se adjuntará el producto (Si aplica); **5.** La Institución a la cual pertenece o financia la investigación (filiación institucional); **6.** Nombre del Semillero de investigación que contribuyó en el proceso investigativo (Si aplica); **7.** Nombre de los estudiantes-semilleros de investigación que contribuyeron al proceso investigativo (Si aplica); **8.** Nombre de los auxiliares de investigación que contribuyeron al proceso investigativo (Si aplica).

Nombre completo del autor: Se debe señalar el nombre completo del autor o autores (3) y seguidamente en pie de página: **1.** El nombre completo del autor o autores; **2.** Nivel de formación académica en pregrado e institución de la que se es egresado; **3.** Nivel de formación académica en posgrado e institución de la que se es egresado; **4.** Membresías en institutos o semejantes (Si aplica); **5.** Cargo que

en la actualidad desempeña a nivel académico y profesional e institución a la que pertenece; 6. Correo electrónico institucional (obligatorio) y personal (opcional).

Resumen / Abstract: Es un texto que abarca en *síntesis integral* el contenido del documento. No debe exceder las 300 palabras en ningún caso. Se debe expresar en español e inglés. En el resumen se debe incluir: 1) descripción breve del problema, 2) alcance e importancia, 3) el objetivo general de la investigación. Debe ser claro, coherente y sucinto, para lo cual se sugiere revisar y verificar datos, sintaxis, ortografía, no incluir referencias bibliográficas en lo posible y no caer en erratas.

Palabras clave / Key words: Deben reflejar la idea angular de las materias que se desarrollan en el artículo. Se requiere enunciación en un orden alfabético o de mayor a menor generalidad sin exceder las 10 palabras, mínimo 3, en idioma inglés y español. Las palabras empleadas deben ser relevantes e indicar los temas del contenido a fin de ayudar a su indizado cruzado. Se recomienda utilizar los términos de los tesauros especializados de las disciplinas correspondientes.

Introducción: La introducción no trata una repetición calcada del Resumen. La introducción es un texto de aproximadamente 2 o 3 páginas donde se presenta básicamente lo siguiente: 1) descripción extensa y completa del contexto o planteamiento del problema de investigación; 2). identificación y análisis inicial del marco teórico que se desarrolló en la investigación; 3). hipótesis de la investigación.

Problema de investigación: Debe definirse la pregunta (¿?) que motivó la realización de la investigación. Se trata de una pregunta compleja que no puede responderse con afirmación o negación.

Metodología: Debe indicarse en síntesis el enfoque metodológico, tipo de investigación y las técnicas e instrumentos utilizados para la recolección y análisis de la información. En éste ítem se deben formular los objetivos específicos de la investigación. No debe olvidarse que estos objetivos deben cumplir el objetivo general planteado en el aparte final del Resumen y que todos ellos en conjunto responden al problema de investigación.

En este ítem el investigador puede exponer el proceso que se diseñó y empleó en el desarrollo de la investigación, en forma detallada, entre otros: 1) criterios de selección, 2) población, 3) muestra.

Esquema de resolución del problema jurídico: Se trata de la enunciación, en orden temático, de cada uno de los capítulos que integran el Plan de redacción de la investigación; en otros términos, corresponde a la mención de cada uno de los tópicos que se debieron abordar para el tratamiento pleno del objeto y problema de investigación, en una semejanza de tabla de contenido que se redacta en prosa.

Plan de redacción: Es la instancia donde se desarrollan cada uno de los procesos y subprocesos temáticos que se definieron en los objetivos. En este

punto se demuestra la hipótesis de investigación y se dan los fundamentos que ofrecen soporte a las Conclusiones.

Resultados de investigación: Evidencian o no la validez de la hipótesis de investigación que se formuló en el proceso de investigación.

Conclusiones: Son los postulados finales frente a la resolución del problema jurídico y el cumplimiento del propósito definido en el objetivo general y los objetivos específicos.

Referencias: Son las fuentes primarias y secundarias que efectivamente se emplearon en la investigación frente al cumplimiento de los objetivos de la investigación y la resolución del problema de investigación formulado.

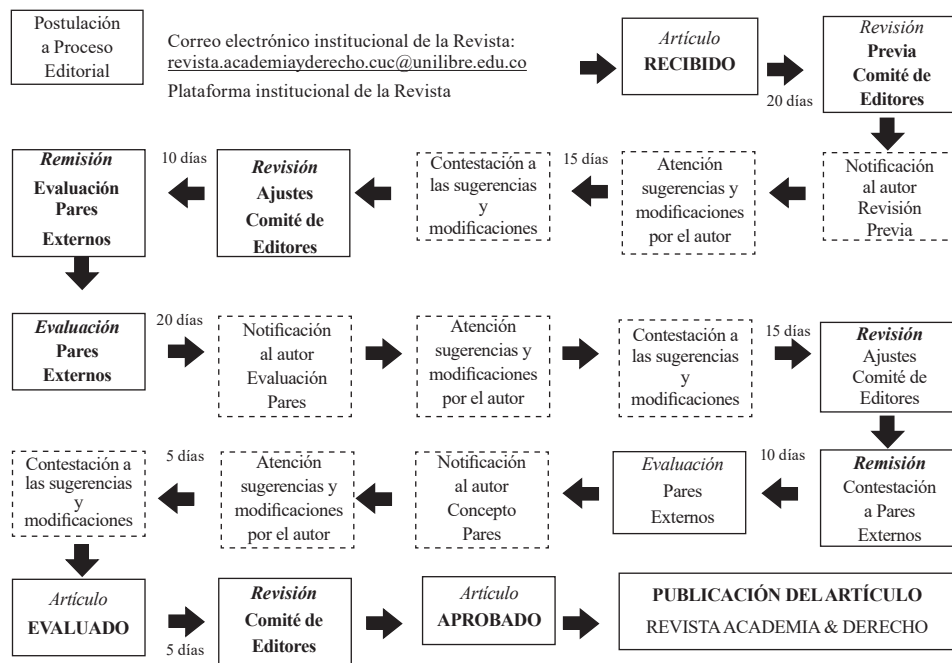
El autor del documento que se somete al proceso editorial deberá atender las sugerencias o modificaciones que el Comité de Editores o el Comité Editorial y el Comité de Árbitros Externos le formulen al escrito en un plazo no mayor a 15 días calendario posteriores a su notificación vía correo electrónico. El Comité de Editores o el Comité Editorial se reservan el derecho de introducir las modificaciones de forma necesaria para adaptar el texto a las normas propias al proceso editorial, sin alterar el fondo de la temática tratada. Una vez se recibe el artículo en el correo electrónico institucional de la Revista o a través de la Plataforma que se ofrezca para tal fin, el autor recibe respuesta sobre cumplimiento inicial de los requisitos editoriales dentro de los 20 días calendario siguientes a su recepción. El miembro del Comité de Árbitros Externos contará con un plazo máximo de 20 días calendario para la remisión de su concepto.

La remisión de documentos con fines de publicación en la Revista Academia & Derecho implica que los autores autorizan, a la Universidad Libre Seccional Cúcuta y al Comité Editorial, la publicación de los artículos en versión impresa en papel y también en versión electrónica y/o en página web. En este sentido, cuando el autor somete a proceso editorial cualquiera de las categorías enunciadas acepta como contraprestación por la inclusión de su documento en la Revista o en la página web, el recibo de tres (3) ejemplares de la respectiva edición. Si se requieren ejemplares adicionales el autor debe solicitarlos al Editor de la Revista.

La recepción de los documentos se debe efectuar en el Centro de Investigaciones de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, ubicada en la Avenida 4 N° 12N-81, barrio El Bosque, impreso y en CD (Word versión 6.0 en adelante) o puede ser enviado por correo electrónico institucional de la Revista: revista.academiaderecho.cuc@unilibre.edu.co.

Figura 1. Esquema básico proceso editorial revista Academia & Derecho

Fuente: Comité de Editores



Formato A

Datos del autor

PEDRO JAVIER PÉREZ LÓPEZ

Documento de identidad. Cédula de ciudadanía N° 1.0-0.1-4.1-6

Pasaporte N° AN-8-7-4

Nacionalidad: Colombiana

Fecha de nacimiento: 16 de abril de 1986

Hoja de vida puede ser consultada en: CvLac o equivalente

http://scienti1.colciencias.gov.co:8081/cvllac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149

Filiación Institucional:

Docente investigador Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Correo electrónico institucional: pedro.perez@universidad.edu.co

Correo electrónico personal: pedro.perez@hotmail.com

Página web de la Universidad:

<http://www.unilibrecucuta.edu.co/portal/>

Nota: Si el artículo es de autoría de varios autores (3), se debe señalar la información de cada uno.

Formato B



Señores

Revista ACADEMIA & DERECHO

Universidad Libre Seccional Cúcuta

E. S. D.

REFERENCIA: CARTA DE ORIGINALIDAD, MANIFESTACIÓN DE INTERÉS Y PRESENTACIÓN DE ARTÍCULO

Cordial saludo,

Por medio de la presente me permito manifestar interés en participar en el proceso de publicación de la **Revista ACADEMIA & DERECHO** de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

El artículo se titula: “SEÑALAR EL TÍTULO DEL ARTÍCULO”, y el mismo es inédito, por lo cual no ha sido publicado ni puesto en consideración en otros medios editoriales. El artículo es un resultado del desarrollo de investigación del (Señale el Grupo de Investigación y/o Semillero de Investigación, el Centro de Investigación



al cual se encuentra adscrito y el proyecto de investigación al que se le atribuye el producto). El objeto principal del artículo es: (Señale en menos de 300 palabras el contexto o descripción del problema, su importancia, hipótesis si es pertinente, objetivo general. Este párrafo debe coincidir con el Resumen del artículo)

El tipo de artículo es (señale con una X):

De investigación e innovación: Investigación _____; Reflexión _____; Revisión _____.

No es resultado de investigación: _____.

Finalmente, reitero que he leído y acepto los términos de participación establecidos en el documento: Instrucciones o Guía de Autores, publicado en la página web institucional. Por lo cual, cedo los derechos de autor en caso de ser publicado y manifiesto conocer las pautas del proceso de pares evaluadores ciegos y/o árbitros.

Atentamente,

(Señalar el nombre completo de cada uno de los autores)

Dirección: (Indique)

Celular: (Indique)

Email: (Indique)

Filiación Institucional: (Indique)



Guide d' auteurs²

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Document Traduit par Álvaro Dickson Molinares Valencia, Membre du
Groupe de Recherche en Droit Administratif «Louis Antoine Macarel»,
Boursier du programme d'échange d'études BRACOL (BRESIL –
COLOMBIE) 2015-I Université Fédérale du Paraná
– Universidad Libre de Colombia (UFPR – Unilibre).

Traduction corrigée par Miguel Angel Amaya Castaño,
Traducteur et Interprète Assermenté de la Colombie *Arrêté 733 du Ministère
de la Justice – 1993.*

La Revue Academia & Derecho c'est l'organe de divulgation scientifique de
l'Université Libre Section Cúcuta, avec périodicité semestrielle, soit deux numéros
par an : l'un comprenant les mois Janvier à Juin et l'autre Juillet - Décembre. Elle
comporte des contenus originaux sur la science du Droit et l'Académie dans
l'Université, sous le modèle d'évaluation «double aveugle».

Après avoir commencé les travaux en juillet-décembre 2010 de façon
ininterrompue, la Revue s'occupe de publier des articles de type i) scientifique ii)
réflexion iii) révision, en outre, qui se fondent en études faites par Chercheurs,
Groupes de Chercheurs, Centres de Recherche et Groupes de Recherche, sur le
plan nationale et internationale en concordance avec ses thématiques juridiques,
sociojuridiques et d'éducation universitaire. La publication s'adresse à : des

² La Revue s'est formulée avec la guide du Document Guide du Service Permanent D'Indexation
de Revues de Science, Technologie et Innovation Colombiennes de Février 2010 et le Document
Guide pour le Service Permanent d'Indexation des Revues Séries de Science, Technologie et
Innovation Colombiennes, Juillet 2013 du Département Administratif de Science, Technologie
et Innovation -COLCIENCIAS- 1.2. Article de Réflexion : C'est un document qui présente
les résultats d'une recherche finit sur un thème spécifique dès une perspective analytique,
interprétative ou critique de l'auteur, recourant aux sources originales.

étudiants de Droit, avocats, litigants, juges, fonctionnaires administratifs, professeurs, chercheurs, juristes et à tout la communauté scientifique en générale.

Chaque document –article– se soumet à une évaluation préliminaire par le Comité Editorial à fin de l'examiner au niveau de sa forme, contenu et compléments des normes de publication selon le structure définie par la Guide D'Auteurs. Posteriori, s'envoie l'article à deux (2) membres du Comité d'Arbitres Externes qui, compte tenu des paramètres prévus, choisira la proposition de candidature de tel article, selon son : i) ACCEPTATION ou ii) ACCEPTATION AVEC DES CORRECTIONS ou iii) NON ACCEPTATION DES CONDITIONS DE LA MAISON ÉDITORIALE. Tous les droits de publications appartiennent à l'Université Libre Seccional Cúcuta.

La Revue Academia & Derecho a un format de 21,5 x 28 cm, avec une distribution gratuite de 500 exemplaires et de compliment avec le Dépôt Légal. Peut s'acquérir par échange, par abonnement ou livraison gratuite. Les documents ne peuvent pas excéder les 25 pages, extension minimum non inférieure à 12 pages, tipe de lettre Times New Roman 12, espace simple et 2.54 cm à chaque marge. Les notes au pied devront se présenter en taille 10. La numération des pages doit se faire avec la marge supérieure droite. Selon le processus d'indexage de la publication, seront reçus d'abord les suivants clases de documents:

1. **ARTICLE DE RECHERCHE ET INNOVATION:** C'est un document qui présente la production originale et inédite, le résultat d'un processus de recherche, réflexion ou révision.
 - 1.1. **Article résultat d'une recherche:** C'est un document qui présente de façon claire et détaillée des résultats originaux d'un projet de recherche aboutie.
 - 1.2. **Article de réflexion:** C'est un document qui présente les résultats d'une recherche terminée à partir d'une perspective analytique, interprétative ou critique de l'auteur, faisant recours aux sources originales.
 - 1.3. **Article de révision:** C'est un document résultat d'une recherche terminée où sont analysés (e) (es), systématisé (e) (es) ou intégrés (es) les résultats de recherches publiées ou pas, sur un champ de science et technologie, afin de rendre compte des avances et tendances du développement.

Se caractérise pour présenter une rigoureuse révision bibliographique d'au moins 50 références.

D'autre part, pourront être l'objet de révision éditoriale les suivantes typologies de documents reconnus:

2. **Article court:** C'est un document bref qui présente des résultats originaux préliminaire ou partiels d'une recherche scientifique qui, généralement, mérite d'une diffusion rapide.
3. **Rapport de cas:** C'est un document qui présente les résultats d'une étude sur une situation particulière afin de montrer les expériences techniques et méthodologiques considérées dans un cas spécifique. Et même une révision systématique commentée de la littérature sur des cas analogues.
4. **Révision de thème:** C'est un document résultat d'une révision critique de la littérature par rapport à un thème en particulier.
5. **Lette de l'auteur:** C'est la position critique, analytique ou interprétative sur des documents publiés dans la Revue que, selon le jugement du Comité Editorial, faire un apport important à la discussion du thème de la part de la communauté scientifique de référence.
6. **Editorial:** C'est un document écrit par l'Editeur, un membre du Comité Editorial ou un Chercheur invité sur quelques orientations dans le domaine thématique de la Revue.
7. **Traductions:** C'est un document qui formule la traduction de textes classiques ou d'actualité ou transcriptions de documents historiques ou d'un particulier intérêt dans le domaine publié par la Revue.

Quant à la structure des textes antérieurement décrits, il faut tenir en compte les faits suivants:

- a. Pour son éventuelle publication doit être ORIGINAL ET INEDIT. Pour y arriver, l'auteur doit présenter avec l'article la LETTRE D'ORIGINALITÉ, MANIFESTATION DE LA VOLONTÉ ET PRÉSENTATION D'ARTICLE, laquelle se trouve exemplifiée à la fin de ce guide.
- b. Dans le contenu du document doit uniquement énumérer les points propres du plan de rédaction. C'est-à-dire, le titre, résumé, mots-clés, abstract, introduction, key words, méthodologie, résultats de recherche et conclusions, ne doivent pas être énumérés.
- c. Pour tous les effets, il sera obligatoire suivre les normes internationales APA (American Psychology Association).
- d. Les expressions en latin ou autre langue doivent s'inclure en *italique*.
- e. La paternité littéraire des recherches mises dans le processus éditoriale doit être au moins un (1) dont un devra être le chercheur.
- f. Tout article devra suivre le Format A, lequel se trouve à la fin de ce guide.



De cette manière, il y a certains aspects administratifs à tenir en compte:

- a. Si l'article est mis en étude pour sa publication ne pourra pas se poser sa candidature dans autres revues ou d'autres moyens de publication.
- b. L'article peut être retiré du processus éditorial à tout moment par l'éditeur.

STRUCTURE DES DOCUMENTS POSTULES AU PROCESSUS EDITORIAL:

Titre en français

Titre en anglais

Nom (s) du (des) auteur(s) (es)

Résumé

Mots-clés

Abstract

Key Words

Introduction

Problème de recherche

Méthodologie

Plan de rédaction

Résultats de recherche

Conclusions

Références

Titre: Correspond à l'idée principale du document. Il faut l'indiquer en majuscule sans excéder les 15 mots, si possible, et dans la langue anglaise. Suivi d'un pied de page dans lequel il doit être indiqué : i) le projet de recherche auquel s'adscrit le document, ii) le Centre de Recherche, Groupe de Recherche avec l'institution qui finance le projet ou l'aval. S'il s'agit d'un projet indépendant et iii) les auxiliaires de recherche, élèves ou étudiants de License qui ont contribué à la réalisation de la recherche (non obligatoire).

Nom complet de l'auteur: Il faut écrire le nom complet de l' (des) auteur(s) 1) En note en bas de page le nom complet de l' (des) auteur(s) 2) Nom de la License obtenu et nom de l'institution que lui (leur) a donné ce titre 3) Niveau d'études supérieures et nom de l'institution que lui a donné(e) tel titre 4. Adhésion à des instituts similaires ou (le cas échéant) ; 5). Institution à laquelle il appartienne ; 6). Email institutionnel (obligatoire) et le personnel (facultatif).

Résumé / Abstract: Une synthèse globale de recouvrement de texte dans le contenu du document. Ceci ne doit pas dépasser 300 mots en tout cas. Il doit être exprimé en espagnol et en anglais. Le résumé doit comprendre: 1) une brève description du problème, 2) Son importance et sa portée, 3) objectif global de la recherche. Il devrait être clair, cohérent et concis, pour lequel il est conseillé d'examiner et vérifier les données, de la syntaxe, de l'orthographe.

Mots-clés/Key words: Ces mots devront montrer l'idée des sujets qui vont se traiter tout au long de l'article. Il est nécessaire de les mettre en ordre alphabétique et ne pas dépasser 10 mots, minimum 3, en anglais et en espagnol. Les mots utilisés doivent être pertinentes et indiquer les thèmes de contenu pour aider son contre-indexage. Il est conseillé d'utiliser les termes spécifiques ou propres de chaque discipline.

L'avant-propos: Il ne s'agit pas d'une répétition du résumé tracée. Il s'agit d'un texte d'environ deux ou trois pages environ, où il y a essentiellement: 1) approche vaste et complet dans le contexte ou la description du problème de recherche; 2). identification initiale et l'analyse du cadre théorique développé dans la recherche; 3). hypothèse de recherche.

Question de recherche: Cette question est complexe et ne peut être répondue simplement par la seule affirmation (oui) ou la seule négation (non).

Méthodologie: L'approche méthodologique et le type de recherche est à noter en bref techniques et instruments utilisés pour la collecte et l'analyse des informations. Dans cet article Ils doivent définir des objectifs de recherche spécifiques. Ne pas oublier que ceux-ci (les objectifs de la Recherche spécifiques) doivent rencontrer l'objectif global à la fin que le résumé et qu'ils répondent tous à l'ensemble de la recherche. . Dans cet article, le chercheur peut expliquer le processus qui a été conçu et utilisé dans le développement la recherche, dans le détail, entre autres: 1) les critères de sélection, 2) la population, 3) l'échantillon.

Aperçu de la résolution de problème juridique: Ceci est l'énonciation, dans l'ordre thématique, de chacun des chapitres de la rédaction du plan d'enquête; en d'autres termes, il correspond à faire la mention de tous les sujets abordés pour élucider le problème qui fait l'objet de la Recherche dans une ressemblance de table des matières écrit en prose.

Plan d'action: est l'instance où ils développent chacun des fils thématiques et des processus définis dans les objectifs. À ce stade, l'hypothèse de recherche



est mise à l'épreuve et les fondations qui offrent un soutien aux conclusions sont données.

Résultats de la recherche: Ils montrent ou non la validité de l'hypothèse de recherche qui a été faite dans le processus de recherche.

Conclusions: Sont les postulés finales qui présentent la réalisation de l'effort dans la recherche et c'est ici où se répond le problème de l'investigation.

Références: Les sources primaires et secondaires utilisés efficacement dans la recherche vers la réalisation des objectifs de l'enquête et la résolution du problème de recherche formulé.

L'auteur du document qui se soumit au processus éditorial devra accepter les suggestions ou modifications que le Comité Editorial ou quelqu'un des membres du Comité de Pares Externes aient formulées au document dans un délai de 15 jours ouvrables après la notification voie e-mail.

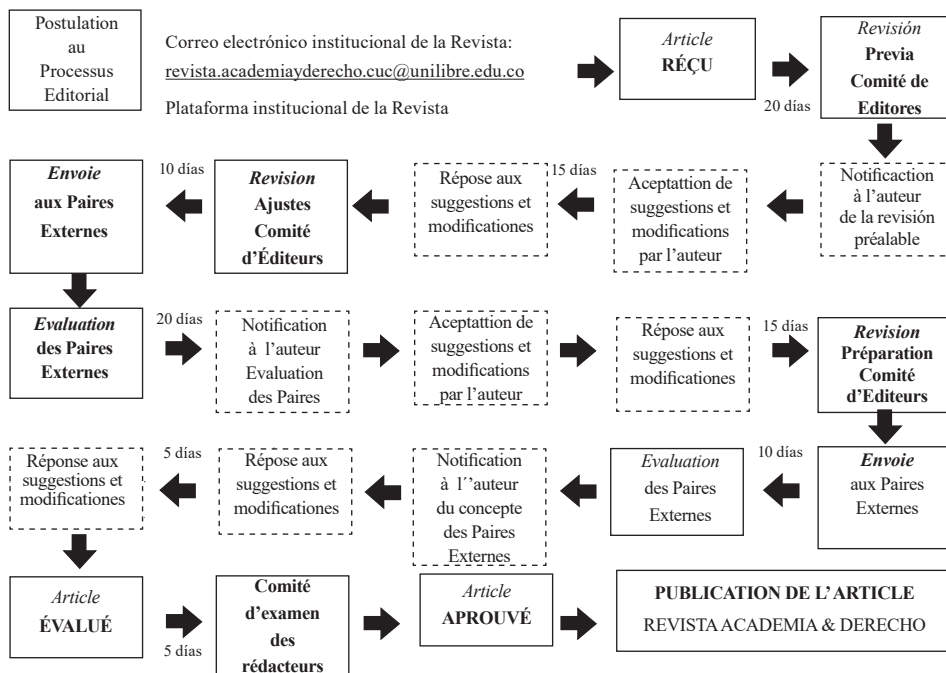
Le Comité Editorial ou le Comité D'Arbitres Externes se réserve le droit d'introduire des modifications de forme nécessaires pour adapter le texte aux normes propres du processus éditoriale, sans modifier le fond de la thématique traité. Une fois reçu l'article dans le courriel institutionnel de la Revue l'auteur reçoit une réponse sur le compliment initiale des conditions d'édition dans les 20 jours ouvrables à sa réception. Le membre du Comité d'Arbitres Externes aura un délai maximum de 20 jours pour la remise de son concept.

La rémission des documents qui seront peut-être publiés dans la Revue Academia & Derecho implique que les auteurs autorisent l'Université Libre Seccional Cúcuta et le Comité Editorial pour les publier en version imprimée et aussi en version électronique et/ou sur la page web. Dans ce sens, quand l'auteur pose sa candidature pour être choisi pour publier, il accepte que son œuvre sera publiée dans l'une des versions, aussi il recevra trois exemplaires de la respective édition, s'il arrive à en avoir besoin d'autres, il devra les commander au Directeur de la Revue.

La documentation peut être remise par la poste au Centre De Recherches de l'Université Libre Seccional Cúcuta située dans l'Avenue 4 N° 12N-81, quartier El Bosque, Cúcuta - Colombie ou peut être envoyé par mail au courriel revista.academiayderecho.cuc@unilibre.edu.co.

Image 1. Schema basique du processus editorial revue Academia & Derecho

Source : Comité d'Éditeurs



Format A

Coordonnées de l'Auteur

MONSIEUR / MADAME UNTEL

Care d'Identité N° 1.-0-0.1-4.1-6

Passeport N°AN-7-8-4

Nationalité Française

Date de Naissance : 16 Avril 1986

Curriculum Vitae Disponible sur : CvLac ou équivalent

Filiation institutionale:

Professeur chercheur Université Libre Seccional Cúcuta

Email Institutionel:

Email personnel :

Page web de l'université:

Note : Si l'article appartient a plusieurs auteurs (3), il faut indiquer cette information pour chaqu'un d'eux.

Format B



Respectés

Revue ACADEMIA & DERECHO

Université Libre de Colombia Seccional Cúcuta

RÉFÉRENCE: LETTRE D'ORIGINALITÉ, MANNIFESTATION
D'INTERES ET PRÉSENTATION DE L'ARTICLE.

Chères Salutations,

J'ai l'honneur de vous manifester mon intérêt en participer dans le processus de postulation de la **Revue Academia & Derecho** de l'Université Libre Seccional Cúcuta.

Cet article s'intitule «INDIQUEZ LE NOM DE L'ARTICLE», je donne foie qu'il est inédite et n'a pas été publié ou mis en considération pour sa publications dans d'autres moyens éditoriaux. Cet article est le résultat du développement d'une recherche du groupe «Indiquez le Groupe de Recherche lequel se trouve inscrit au projet de recherche auquel ce produit-ci est attribué».

L'objet principale de cet article est «Signalez en moins de 300 mots le contexte ou description du problème, son importance, l'hypothèse si elle est pertinente, l'objectif général. Ce paragraphe doit coïncider avec le Résumé de l'article»

Le type de cet article est (cochez-le avec un X)

D'une recherche et innovation : Recherche _____ Réflexion _____ Révision _____

N'est pas le résultat d'une recherche : _____

Finalement j'accepte les termes et conditions de participation établis dans ce document : Instruction et Guide d'Auteurs, publié sur la page web institutionnel. Pour cela, je succède, les droits d'auteur au cas d'être publié je manifeste connaître et accepter les conditions du processus de Paires Evaluateurs ou Arbitres.

Attentivement

(Indiquez le nom complet de chaque des auteurs)

Adresse : (Indiquez)

Téléphone : (Indiquez)

Courriel électronique : (Indiquez)

Filiation Institutionnel : (Indiquez)



Guia para autores³

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Traduzido por Álvaro Dickson Molinares Valencia

Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo “Louis Antoine Macarel / Bolsista do Programa BRACOL (BRASIL - COLOMBIA) 2015-I UFPR - Unilibre.

Corregido por Nylcéa Thereza de Siqueira Pedra, Tradutora e Interprete Juramentada (Português - Espanhol / Espanhol - Português) do Brasil, Matrícula JUCEPAR 12/110-T Data 28/08/12 e professora do Departamento de Letras Estrangeiras Modernas da Universidade Federal do Paraná – Curitiba - Brasil

A Revista Academia & Derecho é o órgão de divulgação científica da Faculdade de Direito, Ciência Política e Sociais da Universidad Libre de Cúcuta, com periodicidade semestral de publicação (janeiro-junho e julho-dezembro). Integram-se a ela ARTIGOS ORIGINAIS na ciência do Direito e seu ensino na Academia, segundo o modelo de avaliação duplo-cega *double blind review*.

Começando os trabalhos em junho-dezembro de 2010, de forma ininterrupta, a Revista publica artigos de *caráter científico*, que se fundamentam em estudos feitos por pesquisadores, pesquisadores independentes, grupos de pesquisa, centros de pesquisa e grupos de pesquisa com o acompanhamento de um pesquisador responsável como coautor, em âmbito nacional e internacional em consonância com suas temáticas jurídica, sócio jurídica, e de educação universitária no Direito, resultado de projetos de pesquisa. A publicação se dirige aos estudantes de direito, advogados litigantes, juízes, funcionários

³ O guia de autores foi elaborado fundamentando-se no Documento Guia do Serviço Permanente de Indexação de Revistas de Ciência, Tecnologia e Inovação Colombianas de fevereiro de 2010 e no Documento Guia para o Serviço Permanente de Indexação de Revistas Seriadas de Ciência, Tecnologia e Inovação Colombianas de julho de 2013 do Departamento Administrativo de Ciência, Tecnologia e Inovação -COLCIENCIAS-.

administrativos, profesores, pesquisadores e comunidade científica nacional e internacional.

Cada documento –artigo– apresentado ao processo editorial é submetido a uma REVISÃO PRÉVIA pela Comissão Editorial a fim de analisá-lo em quanto à forma, conteúdo e cumprimento das normas de publicação, segundo a estrutura definida neste Guia. Posteriormente, o artigo é enviado para dois (2) membros da Comissão de Avaliação Externa, que, considerando os parâmetros estabelecidos realizarão a AVALIAÇÃO do artigo e poderão tomar alguma das seguintes decisões sobre o mesmo: **i) ACEITO, ii) ACEITO COM CORREÇÕES** ou **iii) NÃO ACEITO POR NÃO CUMPRIR OS REQUISITOS EDITORIAIS**. Todos os direitos de publicação são da Universidade Libre de Cúcuta.

A Revista Academia & Derecho tem um formato 21,5 x 28 cm, com uma tiragem gratuita de 500 exemplares, com depósito legal. Pode ser adquirida por permuta, assinatura ou entrega gratuita. Os documentos não podem superar as 30 páginas, e devem ter uma extensão mínima superior a 15 páginas, tipo de letra TIMES NEW ROMAN, tamanho 12, espaço simples e 2.54 cm de margem. As notas de rodapé devem ser em tamanho 10. A numeração das páginas deve ser feita na margem superior direita.

Em observância ao processo de indexação da publicação, são recebidos principalmente os seguintes documentos:

1. **ARTIGO DE PESQUISA E INOVAÇÃO:** é um documento que apresenta a produção original é inédita, resultado de um processo e de um projeto de pesquisa, reflexão ou revisão.
 - 1.1. **Artigo resultados de um processo de pesquisa:** é um documento que apresenta de maneira detalhada os resultados originais de um projeto de pesquisa concluído.
 - 1.2. **Artigo de reflexão:** é um documento que apresenta os resultados de uma pesquisa concluída, e sobre um tema específico, desde uma perspectiva analítica, interpretativa ou crítica do autor, recorrendo a fontes originais.
 - 1.3. **Artigo de revisão:** é um documento resultado de um projeto de pesquisa concluído no qual se analisam, sistematizam e integram os resultados de pesquisas publicadas ou não publicadas, sobre um campo da ciência e tecnologia, a fim de apresentar os avanços e tendências do desenvolvimento.

Estes tipos de publicação caracterizam-se por ter uma cuidadosa e pertinente revisão bibliográfica, com, pelo menos, 50 referências.



Por outra parte, excepcionalmente poderão ser objeto do processo editorial os seguintes tipos de documentos:

2. **Artigo curto:** é um documento breve que apresenta resultados originais, preliminares ou parciais, de uma pesquisa científica que, de maneira geral, requer uma divulgação rápida.
3. **Relato de caso:** é um documento que apresenta os resultados de um estudo sobre uma situação específica com o fim de dar a conhecer as experiências técnicas e metodológicas consideradas em um caso específico. Inclui uma revisão sistemática comentada da literatura sobre casos análogos.
4. **Revisão de tema:** é um documento resultado da revisão crítica da literatura sobre um tema em particular.
5. **Carta do editor:** é a posição crítica, analítica ou interpretativa dos documentos publicados na Revista que, segundo a Comissão Editorial, são importantes para a discussão do tema por parte da comunidade científica de referência.
6. **Editorial:** é um documento escrito pelo editor, um membro da Comissão Editorial ou um pesquisador convidado sobre orientações no âmbito temático da Revista.
7. **Traduções:** É um documento que formula a tradução de textos clássicos ou atuais ou transcrições de documentos históricos ou de interesse particular no âmbito de publicação da Revista.

No que cabe à estrutura dos artigos descritos no número 1, deve-se considerar o seguinte esquema de trabalho para apresentação do conteúdo:

- a. Todo artigo apresentado para publicação deve ser ORIGINAL E INÉDITO. Para tal, o autor deve apresentar, junto com o artigo, a CARTA DE ORIGINALIDADE, MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE E APRESENTAÇÃO DO ARTIGO, exemplificada no final do presente Guia, Formato B.
- b. No conteúdo do documento só devem ser enumerados os pontos próprios do plano de redação. Em outras palavras, título, resumo, palavras-chave, abstract, key words, introdução, metodologia, resultados de pesquisa e conclusões, não se enumeram.
- c. Para todos os efeitos devem ser seguidas as normas internacionais de citação APA (American Psychological Association).
- d. As expressões em latim ou outra língua devem aparecer em *itálico*.
- e. Na autoria das pesquisas apresentadas para o processo editorial pelo menos um (1) deve ser docente pesquisador.

Além disso, alguns aspectos administrativos que devem ser considerados são:

- a. Se o artigo for submetido ao processo editorial, não pode ser apresentado simultaneamente a outras revistas.
- b. O artigo pode ser retirado a qualquer momento do processo editorial pelo autor.

ESTRUTURA DOS DOCUMENTOS A SEREM APRESENTADOS AO PROCESSO EDITORIAL

Título em espanhol (é a língua oficial da revista, não?)

Título em Inglês

Nome (s) do (dos) autor (es)

Resumo

Palavras-chave

Abstract

Key Words

Introdução

Problema de Pesquisa

Metodologia

Esquema de Resolução do problema jurídico

Plano de redação

Resultados da pesquisa

Conclusões

Referências

Título: corresponde à ideia principal do documento. Deve ser identificado em maiúscula, sem exceder 15 palavras, se possível, em espanhol ou inglês. Posteriormente, em nota de rodapé, deve-se indicar. **1)** Se o artigo é inédito; **2)** Se o documento é classificado como um *artigo de pesquisa e inovação* e corresponde a alguma das seguintes tipologias: **a)** artigo de pesquisa, **b)** artigo de reflexão, **c)** artigo de revisão **3)** O projeto de pesquisa ao qual se encontra adscrito o produto (artigo); **4)** O grupo de pesquisa ao qual se encontra adscrito o projeto e a qual se se incorporará o produto (Se for o caso); **5)** A Instituição a qual pertence ou que financia a pesquisa (filiação institucional); **6)** Nome do grupo de pesquisa que contribuiu na pesquisa (se for o caso); **7)** Nome dos estudantes membros do grupo de pesquisa que contribuíram com a pesquisa (se for o caso); **8)** Nome dos auxiliares de pesquisa que contribuíram com a pesquisa (aplicasse for o caso).

Nome completo do autor: deve-se indicar o nome completo do autor ou autores (3) em nota de rodapé: **1)** o nome completo do autor ou autores, **2)** Nível



de formação académica em graduação e instituição na qual se formou; **3)** Nível de formação académica em pós-graduação e instituição na qual se titulou; **4)** Nome dos grupos dos quais é membro (Se for o caso); **5)** Cargo que atualmente ocupa a nível académico e profissional e instituição a qual pertence; **6)** E-mail institucional (obrigatório) e pessoal (opcional).

Resumo/Abstract: é um texto que apresenta uma *síntese* integral do conteúdo do documento, cuja extensão não deve superar as 300 palavras. Deve ser apresentado em inglês ou espanhol. No resumo, deve-se incluir: **1)** descrição breve do problema, **2)** alcance e relevância, **3)** o objetivo geral da pesquisa. Deve ser claro, coerente e sucinto. Sugere-se revisar e verificar dados, sintaxe, ortografia, não incluir referências bibliográficas sempre que possível e não cair em erratas.

Palavras-Chave/ Key words: devem refletir a ideia principal dos elementos desenvolvidos no artigo. devem estar organizadas em ordem alfabética ou de maior a menor generalidade sem exceder as 10 palavras, com um de mínimo 3, em inglês e espanhol. As palavras utilizadas devem ser relevantes e indicar os temas do conteúdo a fim de auxiliar o conteúdo do texto. Recomenda-se a utilização dos termos dos jargões especializados das disciplinas correspondentes.

Introdução: a introdução não é uma cópia do Resumo. A introdução é um texto de aproximadamente 2 a 3 páginas onde se apresenta basicamente: **1)** descrição extensa e completa do contexto ou apresentação do problema de pesquisa; **2)** identificação e análise inicial do referente teórico desenvolvido na pesquisa; **3)** hipótese da pesquisa.

Problema de pesquisa: deve-se definir a pergunta (?) que motivou a realização da pesquisa. Trata-se de uma pergunta complexa que não pode ser respondida com afirmação ou negação.

Metodologia: deve-se indicar o enfoque metodológico, tipo de pesquisa e as técnicas e instrumentos utilizados para a coleta e análise da informação. Neste item, devem-se formular os objetivos específicos da pesquisa. Não deve esquecer-se que tais objetivos devem cumprir o objetivo geral apresentado na parte final do Resumo e que todos eles juntos correspondem ao problema de pesquisa.

Neste item, o pesquisador pode expor de maneira detalhada o processo que pensou e utilizou no desenvolvimento da pesquisa, entre outros: **1)** critérios de seleção, **2)** população, **3)** amostra.

Esquema de resolução do problema jurídico: trata-se da enunciação, em ordem temática, de cada um dos capítulos que integram o Plano de redação da pesquisa, isto é, corresponde à menção de cada um dos tópicos que deveriam ser abordados para o tratamento pleno do objeto e problema de pesquisa, em uma espécie de tabela de conteúdo, apresentada em prosa.

Plano de redação: é a instância onde se desenvolvem cada um dos processos e subprocessos temáticos definidos nos objetivos. Neste ponto, demonstra-se a hipótese de pesquisa e se apresentam os fundamentos que oferecem suporte para as Conclusões.

Resultados da pesquisa: evidenciam ou não a validade da hipótese de pesquisa formulada no processo de pesquisa.

Conclusões: são os 'postulados finais diante da resolução do problema jurídico e do cumprimento do propósito definido no objetivo geral e nos objetivos específicos.

Referências: são as fontes primárias e secundárias efetivamente utilizadas na pesquisa para o cumprimento dos objetivos da mesma e da resolução do problema de investigação formulado.

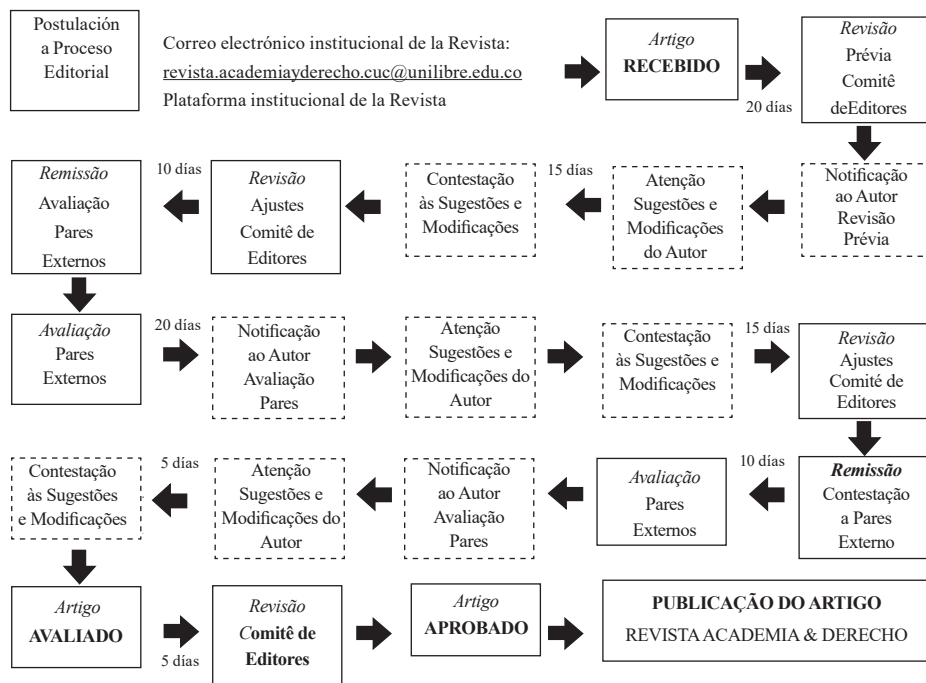
O autor do documento submetido ao processo editorial deverá acatar as sugestões ou modificações que a Comissão de Editores ou a Comissão Editorial e a Comissão de Avaliadores Externos lhe formulem ao artigo em um prazo não superior a 15 dias úteis depois de sua notificação via e-mail. A Comissão de Editores ou a Comissão Editorial reservam-se o direito de introduzir as modificações de forma necessária para adaptar o texto às normas próprias do processo editorial, sem modificar a temática tratada. Uma vez recebido o artigo no e-mail institucional da Revista ou através da Plataforma para tal fim, o autor recebe resposta sobre o cumprimento inicial dos requerimentos editoriais dentro dos 20 dias úteis seguintes à recepção. O membro da Comissão de Pareceristas Externos terá um prazo máximo de 20 dias úteis para o envio de sua avaliação.

O envio de documentos com fins de publicação na Revista Academia & Derecho implica que os autores autorizam a Universidad Libre de Cúcuta e a Comissão Editorial, a publicação dos artigos em versão impressa e também em versão eletrônica e/ou na página web. Neste sentido, quando o autor submete ao processo editorial a qualquer uma das categorias enunciadas, aceita como contraprestação pela inclusão do seu documento na Revista ou na página web, o recebimento de três (3) exemplares da respectiva edição. Para requisitar exemplares adicionais o autor deve solicitá-los diretamente ao Editor da Revista.

A entrega dos documentos realizar deve ser feita no Centro de Investigaciones da Universidad Libre de Cúcuta, na Avenida 4 N° 12N-81, bairro El Bosque, impresso e em CD (Word versão 6.0 ou superior) ou enviado para o e-mail institucional da Revista: revista.academiayderecho.cuc@unilibre.edu.co.

Figura 1. Esquema básico proceso editorial revista academia & derecho

Fuente: Comité de Editores



Formato A

Dados do autor

SEU NOME

Documento de Identidade.R.G.⁴ N° 1.0.-0.1-4.1-6

Passaporte N° NA-8-7-4

Nacionalidade: Brasileiro

⁴ Entenda-se “Cédula de Cidadania” como o Documento de Identificação Nacional (DNI), exemplo R.G.

Data de nascimento: 16 de abril de 1986

Curriculum Vitae virtual⁵: CvLac ou equivalente

http://scienti1.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149.

Filiação Institucional

Professor pesquisador Universidad Libre de Cúcuta, Colombia

E-mail institucional seunome@universidad-edu-co

E-mail pessoal: seunome@hotmail.com

Página Web da Universidade

www.unilibrecucuta.edu.co

Nota: Se o artigo é produto de coautoria (3), deve-se indicar a informação de cada um dos autores.

Formato B



Prezados senhores,
Revista ACADEMIA & DERECHO
Universidad Libre de Cúcuta
E. S. D.

**REFERÊNCIA: CARTA DE ORIGINALIDADE, MANIFESTAÇÃO
DE INTERESSE E APRESENTAÇÃO DE ARTIGO**

Caros,

Por meio da presente, permito-me manifestar o meu interesse em participar no processo de publicação da **Revista ACADEMIA & DERECHO** da Universidad Libre de Cúcuta.

⁵ Neste caso, pode ser o Lattes.



O título do artigo é “INSERIR O NOME DO ARTIGO” e ele é inédito, não tendo sido publicado nem submetido a outros meios editoriais. O artigo é resultado do desenvolvimento de pesquisa do (Indique o centro de pesquisa e/ou grupo de pesquisa ao qual está vinculado e o projeto de pesquisa ao qual se atribui o produto).

O Objetivo principal do artigo é (Apresente em pelo menos 300 palavras o contexto ou descrição do problema, sua relevância, hipótese -se for pertinente-, objetivo geral. Este parágrafo deve coincidir com o Resumo do seu artigo).

O tipo de artigo é (marque com um X)

De pesquisa e inovação: Pesquisa _____ Reflexão _____ Revisão _____

Não é resultado de pesquisa: _____

Finalmente, reitero que li e aceito os termos de participação estabelecidos no documento, Instruções do Guia para Autores, publicado na página web institucional. Por isso, cedo os direitos de autoria caso este seja publicado e manifesto conhecer os trâmites processo de pares pareceres-cegos.

Atenciosamente,

(Indicar tanto seu nome quanto o nome dos demais autores, se houver)

Endereço: Indique-o

Telefone: Indique-o

E-mail: Indique-o

Filiação Institucional: Indique-a



Guide for author¹

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Traducido por Diego Ramírez Galeano

Miembro del Grupo de Investigación en Competitividad y Sostenibilidad
para el Desarrollo de la Universidad Libre -Cúcuta-

The magazine Academia & Derecho is the means for scientific dissemination of the Faculty of Law, Political and Social Sciences of Universidad Libre Seccional Cúcuta, two publications per year; January-June and July-December editions. It contains original articles in the science of law and law teaching, with double blind review evaluation.

This work began in July-December 2010, the magazine publishes scientific articles, which are based on studies carried out by researchers, independent researchers, research groups, research centers and research incubators with the guidance of a researcher responsible as co-author, in the national and international level as results of research projects. The publication is addressed to law students, trial lawyers, judges, administrative officials, teachers, researchers, authors, and national and international scientific community.

Each document –article- is reviewed by the Editorial Committee in order to analyze its form, content and accordance with the rules of publication set in this guide. Then, the article is sent to two (2) members of the Committee on External Arbitrators, that evaluate the article and may take any of the following decisions on the Postulation: i) APPROVED, ii) APPROVED WITH CORRECTIONS or iii) NOT APPROVED FOR BREACH OF THE EDITORIAL REQUIREMENTS. All copyrights belong to Universidad Libre -Cúcuta-.

¹ The authors Guide was formulated based on Documento Guía del Servicio Permanente de Indexación de Revistas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas February 2010 and Documento Guía para el Servicio Permanente de Indexación de Revistas Seriadas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas July 2013 by Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación -COLCIENCIAS



The magazine *Academia & Derecho* has a Format of 21.5 x 28 cm, with a circulation of free 500. It can be purchased by exchange, subscription or free delivery. The documents must not exceed 30 pages, minimum extension; not less than 15 pages, font Times New Roman, size 12, single space and 2.54 cm to each margin. Footnotes should be presented in size 10. The numbering of the pages must be in the upper-right margin.

In agreement with the indexing process of the publication the following types of documents are received:

1. **RESEARCH AND INNOVATION ARTICLE.** It is a document which presents original and unpublished production, the result of a research, reflection or revision process.
 - 1.1. **Article resulting from a research process.** It is a document which presents detailed results of a complete research project.
 - 1.2. **Reflection article.** It is a document which presents the results of a complete research project about a specific topic from an analytical perspective, interpretive or criticism of the author, resorting to original sources.
 - 1.3. **Review article.** It is a result of a complete research project where results are analyzed, systematized and integrated to published or not published researches. This is done to have an overview of technology and science tendencies.

These typologies are characterized by a bibliographic review of at least 50 references.

On the other hand, exceptionally the following documents might be published:

2. **Short article.** It is a short document that presents preliminary or partial results that generally requires prompt dissemination.
3. **Case report.** It is a document which presents the results of a study on a particular situation in order to show the technical and methodological experiences considered in a specific case. It includes a systematic literature review on similar cases.
4. **Topic revision.** It is a result of a literature review on a particular topic.
5. **Editor letter.** It is the critical, analytical or interpretive position on the documents published by the Magazine that, in the opinion of the Editorial Committee, constitute an important contribution to the discussion of the item by the scientific community.

6. **Editorial.** It is a document written by the Editor, a member of the Editorial Committee or an investigator about the magazine's topics.
7. **Translations.** Translations of classical texts or transcripts of historical documents.

In regard to the structure of the articles described in paragraph 1, it must take into account the following work scheme:

- a. Every article that is postulated for publication must be original and unpublished. The author must attach an originality Charter, MANIFESTATION OF INTEREST AND ARTICLE PRESENTATION, which is at the end of this guide, Format B.
- b. The title, abstract, keywords, abstract, key words, introduction, methodology, results of research and the conclusions are not numbered.
- c. For all purposes the American Psychological Association (APA) standards should be followed.
- d. Expressions in Latin or another language must be indicated in italics.
- e. At least one (1) author must be a teacher researcher.
- f. Every article must be submitted with the information displayed in Format A, which is at the end of this guide.

Likewise, some aspects that should be taken into account are:

- a. If the article is submitted to the editorial process should not run simultaneously in other journals or other means of disclosure.
- b. The article can be removed from the editorial process at any time by the author.

STRUCTURE OF DOCUMENTS POSTULATED FOR THE EDITORIAL PROCESS:

Title in spanish
Title in english
Author's name (s)
Summary
Keywords
Abstract
Key words
Introduction



Research problem
 Methodology
 Resolution scheme of legal problem
 Drafting plan
 Research results
 Conclusions
 References

Title: It's related to the document's main idea. You must use uppercase. No more than 15 words, Spanish and English preferred. Footers should indicate: 1. if the article is unpublished; 2. if the document is classified as a research and innovation article and corresponds to any of the following types: a) research article, b) reflection article, c) review article; 3. The research project to which the article is related to; 4. The research group to which the project is related to. 5. The institution to which it belongs or which funds the research (institutional affiliation); 6. Name of the research incubator which contributed in the investigation process (if applicable); 7. The name of students- research incubators that contributed to the investigation process (if applicable); 8. Name of the research assistants who contributed to the investigation process (if applicable).

Author's full name: The author's full name (s) (3) and next in footnote m: 1. Author's full name (s); 2. Academic degree and institution of origin; 3. Academic formation in postgraduate and institution; 4. Memberships in institutes or similar (if applicable); 5. Role currently performed at academic and professional level and institution; 6. Institutional email (mandatory) and personal (optional).

Abstract / Abstract: It is summary of the document's content. It should not exceed 300 words in any case. It must be written in Spanish and English. This summary should include: 1) A brief description of the problem, 2) scope and importance, 3) The research main goal. It should be clear, coherent and succinct. We suggest to review and verify data, syntax, and spelling, not to include bibliographical references.

Key words: They should be related to the main idea of the subjects developed in the article. Alphabetical order Enunciation is required without exceeding 10 words, minimum 3, in English and Spanish. The words used should be relevant and indicate the content topics in order to help cross-indexing. It is recommended to use specialized words.

Introduction: The introduction does not deal with a patterned repetition of the Summary. The introduction is a text of approximately 2 or 3 pages which

basically presents the following: 1) extensive and complete description of the context or approach of the research problem; 2). Identification and initial analysis of the theoretical framework developed in the research; 3). Research hypothesis.

Research problem: The question (?) That motivated the research should be defined. It is a complex question that can not be answered with affirmation or negation.

Methodology: The methodological approach, type of research and the techniques and instruments used for the collection and analysis of the information should be indicated in summary. In this item the specific objectives of the research must be formulated. These objectives must meet the general objective. Every goal is an attempt to solve the research problem.

In this item the researcher can expose the process designed and used in the research, in detail, among others: 1) selection criteria, 2) population, 3) sample.

Scheme for the legal problem resolution: It is the enunciation, in thematic order, of each one of the chapters contained in the writing plan for the investigation; that is to mention each of the topics related to the research problem, it is similar to a content table written in prose.

Writing plan: It is where each of the processes defined in the objectives are developed. At this point the research hypothesis is demonstrated and the foundations that support the Conclusions are given.

Research results: They are about the validity of the research hypothesis formulated in the research process.

Conclusions: These are the final postulates regarding the resolution of the legal problem and the fulfillment of the purpose defined on the main and specific goals.

References: They are the primary and secondary sources used in the investigation to achieve the investigation goals and solve the research problem.

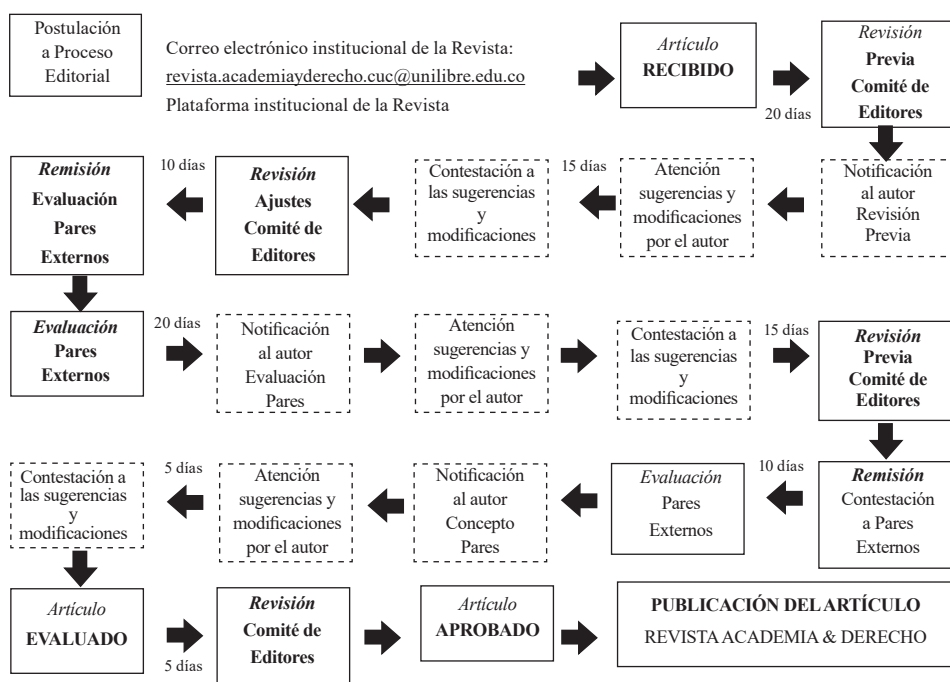
The author must take care of suggestions or modifications formulated by the Editorial Committee or the Editorial Committee and the Committee of External Referees in no more than 15 days after the notification. The Editorial Committee or the Editorial Committee reserves the right to introduce the modifications necessary to adapt the text to the proper rules of the editorial process, without altering the substance. Once the article is received in the institutional e-mail of the Journal or through the Platform offered for this purpose, the author receives a response on initial compliance with the editorial requirements within 20 days. The member of the Committee of External Referees will have a maximum term of 20 days to send suggestions.

The submission of documents for publication purposes in the Magazine Academia & Derecho means that authors authorize Universidad Libre and the Editorial Committee to publish articles in printed version and also in electronic version and / or in Web page. Thus, when the author submits to editorial process any of the categories listed, he/she receives three (3) copies of the magazine. If additional copies are required the author must contact journal's editor.

The document must be sent to Centro de Investigaciones Universidad Libre -Cúcuta-, located at Avenida 4 N° 12N-81, El Bosque neighborhood printed and on CD (Word version 6.0 onwards) or it can be sent to: revista.academiayderecho.cuc@unilibre.edu.co.

Figure 1. Process basic scheme
Editorial Revista Academia & Derecho

Source: Publishers Committee



Format A

Author's information

PEDRO JAVIER PÉREZ LÓPEZ

Identification document: No. 1.0-0.1-4.1-6

Passport No. AN-8-7-4

Nationality: Colombian

Birth date: 16 April 1986

CV can be consulted in: CvLac or equivalent:

[Http://scienti1.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149](http://scienti1.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149)

Institutional affiliation:

Researcher professor Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Institutional email: pedro.perez@universidad.edu.co

Personal email: pedro.perez@hotmail.com

University Website:

[Http://www.unilibrecucuta.edu.co/portal/](http://www.unilibrecucuta.edu.co/portal/)

Note: If the article is written by several authors (3), every author's information should be submitted.

Format B



Señores

Revista ACADEMIA & DERECHO

Universidad Libre Seccional Cúcuta

E. S. D.

REFERENCE:

ORIGINALITY LETTER, INTEREST

MANIFESTATION AND ARTICLE PRESENTATION

Sincerely,

I hereby express my interest to publish the magazine ACADEMIA Y DERECHO
Universidad Libre -Cúcuta-.



The article is entitled: “ARTICLE TITLE”, and it has not been published.
The article is a result of the research carried out by... (Research Group and / or Research incubator, Research Center and the research project)

The article’s main subject is: (Indicate in less than 300 words, context or problem description, its importance, hypothesis if necessary, main goal. This paragraph must relate to the abstract)

This article is (Put an X):

Research and innovation: Research _____; Reflection _____; Review _____.

It is not the result of research: _____.

Finally, I state that I have read and accept the conditions set by: Author’s guide, published on the university website. Therefore, I transfer copyright. I also accept reviewers and / or referees checking process.

Sincerely,

(Author’s full name)

Address: (Indicate)

Mobile: (Indicate)

Email: (Indicate)

Institutional Affiliation:



EDITORIAL

MICHELLE ANDREA NATHALIE CALDERÓN ORTEGA

El conocimiento se transforma vertiginosamente. Los investigadores aportan su trabajo al crecimiento y transformación global, pero son incontables los obstáculos que deben enfrentar: desde restricciones de carácter institucional, hasta los algunos inextricables requisitos editoriales que se exigen en el cumplimiento de los estándares de calidad para la publicación en revistas indexadas; sin embargo, su tarea no se detiene y las revistas académicas apoyamos sus esfuerzos.

En Academia & Derecho, como una revista indexada de carácter nacional e internacional, año tras año asumimos los retos de responder a las exigencias de calidad científica para la cualificación de investigadores y lectores. En las ediciones precedentes, hemos publicado textos sobre los más variados temas, en los que los autores exponen sus preocupaciones y resultados, tanto como aportan soluciones a problemas que son parte de la realidad y que exigen de los académicos y científicos una acuciante labor investigativa.

El primer número de la revista abordó cuestiones transcendentales del Derecho, por vía de ejemplo, “La constitucionalización del Derecho Procesal y los nuevos modelos procesales” (Colmenares Uribe C., 2010) o “La humanización de la justicia” (Nieva Fenoll & Parra Quijano, La humanización de la justicia, 2010), ello, sin dejar de lado problemas de carácter sustancial y con enfoque social, como la necesidad de “Protección de la propiedad de la población desplazada en Colombia frente al derecho del acreedor hipotecario” (Quintero Pérez, Protección a la propiedad de la población desplazada en Colombia frente al derecho del acreedor hipotecario, 2010). Temas relevantes y actuales, incluso hoy, casi diez años después de aquella primera edición.

En ese orden, la edición No. 9, expresa la preocupación sobre el medio ambiente, con el artículo “Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes:

¿existe una respuesta desde la justicia correctiva” (Reyes Garcés, 2014); así mismo, retoma la pregunta por los derechos de participación ciudadana y el problema de la ciudadanía pasiva con el artículo “Despolitización de la ciudadanía: una mirada desde el proceso de exclusión en Colombia” (Clavijo Cáceres & Agudelo Ibañez, 2014).

En nuestras ediciones más recientes, las preocupaciones de los autores –reflejadas en los más variados temas de discusión–, responden a las imperiosas preguntas de la época: la preocupación por el medio ambiente se mantiene intacta, y puede observarse en artículos como “El páramo de Pisba y la concesión minera: la problemática ambiental de Tasco (Boyacá)” (Vega Pérez, Alvarado Ostos, & Gutiérrez Sánchez, 2017), además, otros temas como “La imposibilidad de definir el concepto de paz en el derecho” (Mercado Pérez, 2017) o “el enfoque de acción sin daño en el proceso de restitución de tierras” (González Flórez, 2017), han sido abordados y son el reflejo de la juiciosa investigación de autores que comprenden que, el derecho y la enseñanza del derecho, se encuentran en constante transformación; por eso cuestionan, indagan, deliberan y reflexionan sobre la labor jurídica, el rol de los abogados, la idea de la justicia, la lucha por la igualdad, el acceso a los derechos, la libertad, la ciudadanía y el debido proceso o la paz.

Esta edición de la Revista Academia & Derecho dedica en su editorial un espacio a los autores, en reconocimiento de la virtuosa tarea de contribuir a la generación de nuevo conocimiento y aportar a su apropiación social. Rendimos un homenaje a quienes, en éstos años de vigencia de nuestra revista, nos han entregado, los resultados de sus laboriosos empeños, su sapiencia, su convicción, su amor por el conocimiento y la búsqueda de respuestas a esas preguntas que a todos nos inquietan y nos mueven a la acción. Agradecemos de antemano a quienes continuarán forjando los linderos de la revista y publicarán en ediciones posteriores los resultados de sus trabajos de investigación.

Como puede apreciarse en la consulta de las ediciones previas, mucho hemos cambiado en estos últimos años, pero nuestra voluntad de seguir aportando a la generación de nuevo conocimiento y de brindar un espacio para la reflexión y la deliberación académica y científica, permanece intacta a pesar de los obstáculos impuestos por los sistemas que deprecian el valor de las investigaciones cualitativas y reducen, con sus extremadas exigencias, el número de publicaciones indexadas en materia de ciencias sociales. nuestra invitación a no cejar en su empeño se dirige a todos aquellos que, con honestidad y responsabilidad, asumen la tarea de



investigar la realidad desde el derecho y otras disciplinas de las ciencias sociales y humanas. Nosotros acompañaremos su esfuerzo por encima de los rigores positivistas y continuaremos siendo un espacio para la discusión y la reflexión libre, heterogénea y plural.

Bajo la anterior reflexión, se publica la Revista Academia & Derecho -RA&D- en su edición N° 18, correspondiente al período Enero-Junio del año 2019, con la seguridad de presentar artículos que plantearán una discusión crítica con serios fundamentos en cada uno de sus ámbitos.

REFERENCIAS

- Clavijo Cáceres, D., & Agudelo Ibañez, S. J. (Julio-Diciembre de 2014). Despolitización de la ciudadanía: una mirada desde el proceso de exclusión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), (183-208).
- Colmenares Uribe, C. (2010). Constitucionalización del Derecho Procesal y los nuevos modelos procesales. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 8-24.
- González Flórez, F. (2017). El enfoque de acción sin daño en el proceso de restitución de tierras. *Revista Academia & Derecho*, 8(15), 131-148.
- Mercado Pérez, D. E. (2017). La imposibilidad de definir el concepto de paz en el derecho. *Revista Academia & Derecho*, 8(14), 111-130.
- Nieva Fenoll, J., & Parra Quijano, J. (2010). La humanización de la justicia. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 28-32.
- Quintero Pérez, M. I. (2010). Protección a la propiedad de la población desplazada en Colombia frente al derecho del acreedor hipotecario. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 91-103.
- Reyes Garcés, H. M. (Julio-Diciembre de 2014). Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes: ¿existe una respuesta de la justicia correctiva? *Revista Academia & Derecho*, 5(9), (51-82).
- Vega Pérez, L. A., Alvarado Ostos, M. C., & Gutiérrez Sánchez, R. D. (2017). El páramo de Pisba y la Concesión minera: la problemática ambiental de Tasco (Boyacá). *Revista Academia & Derecho*, 8(15), 51-84.

Derecho constitucional a un ambiente sano: una pauta para establecer tributos extrafiscales ambientales en Colombia*

Constitutional right to a healthy environment: a guideline to establish
taxes environmental extrafiscales in Colombia

Recibido: Agosto 14 de 2018 - Evaluado: Noviembre 05 de 2018 - Aceptado: Noviembre 21 de 2018

Yesenia del Carmen Trejo Cruz**

Anayibe Ome Barahona***

John Jairo Restrepo Lizcano****

* Artículo inédito. Artículo de Investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación “Fiscalidad ambiental: implicaciones sobre los tributos tradicionales y su trascendencia en la política económica de Colombia”, inscrito en el grupo SINAPSIS, categorizado en B ante COLCIENCIAS; de la Facultad de Ciencias contables, Económicas y Administrativas de la Universidad de la Amazonía, Florencia – Caquetá.

** PosDoctora en Derecho Tributario Europeo y Especialista en Gestión Tributaria por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España; Doctora y Licenciada en Derecho por la Universidad Veracruzana; Docente de la Facultad de Derecho e Investigadora de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.V.; Nivel I en el Sistema Nacional de Investigadores; Nivel V del Programa de Estímulos al Desempeño del Personal Académico; Perfil deseable PROMEP; Miembro del Colegio Nacional de Profesores e investigadores en Finanzas Públicas A.C.; Miembro del Cuerpo Académico consolidado “Redes para el Desarrollo, Cultura, Ciencia y Tecnología en Transdisciplinariedad”.
Correo electrónico: maestriaderecho@hotmail.com

*** Doctorando del Programa en Derecho, Universidad de Castilla – La Mancha, Toledo-España. Especialista en Gerencia Tributaria y Contadora Pública de la Universidad de la Amazonia, Florencia-Caquetá, Colombia. Profesora hora cátedra de la Especialización en Gerencia Tributaria y del Programa de Contaduría Pública, investigadora en el área de tributaria de la Facultad de Ciencias Contables, Económicas y Administrativas de la Universidad de la Amazonia, Florencia-Caquetá, Colombia.
Correo electrónico: a.ome@udla.edu.co

**** Doctorando en Humanidades, Humanismo y Persona, Universidad de San Buenaventura Bogotá, Magister en Derecho tributario y Especialista en Gerencia Tributaria. Docente tiempo completo de la Universidad de la Amazonia, docente Invitado de la Maestría en Tributación de la Universidad de Manizales, y de la Especialización en Gerencia Tributaria de la Universidad Autónoma de Colombia. Coordinador de la Maestría en Tributación de la Uniamazonia, y director del Grupo de Investigación SINAPSIS.
Correo electrónico: jjairorestrepo@uniamazonia.edu.co

Para citar este artículo / To cite this article

Trejo Cruz, Y., Ome Barahona, A., & Restrepo Lizcano, J. J. (2019). Derecho constitucional a un ambiente sano: una pauta para establecer tributos extrafiscales ambientales en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 10(18), 51-78.

Resumen: El presente artículo de investigación tiene por finalidad demostrar que la fundamentación constitucional del derecho colectivo a disfrutar de un ambiente sano, surte facultades al legislador para establecer medidas de protección del medio ambiente, elevado a bien jurídico protegido. La figura tributaria ambiental es uno de esos mecanismos, el instituto jurídico tributario resultó eficaz en la tarea de lograr los objetivos de política ambiental, gracias a su capacidad de internalizar los costos ambientales que ocasiona la contaminación.

Palabras clave: medio ambiente, bien jurídico, derecho colectivo, extrafiscalidad, tributo ambiental.

Abstract: The purpose of this research article is to demonstrate that the constitutional foundation of the collective right to enjoy a healthy environment, empowers the legislator to take action on the protection of the environment. The environmental tax is one of those mechanisms. This taxation was effective in achieving the objectives of environmental policy, due to its ability to internalize the environmental costs caused by pollution.

Key words: environment, legally protected good, collective right, non-tax revenue, environmental taxation.

Resumo: O objetivo deste artigo de pesquisa é demonstrar que a base constitucional do direito coletivo de desfrutar de um ambiente saudável confere ao legislador o poder de estabelecer medidas para a proteção do meio ambiente, elevado a bem jurídico protegido. A figura do imposto ambiental é um desses mecanismos, o instituto tributário legal foi eficaz na tarefa de atingir os objetivos da política ambiental, graças à sua capacidade de internalizar os custos ambientais causados pela poluição.

Palavras-chave: meio ambiente, bem jurídico, direito coletivo, extrafiscalidade, imposto ambiental.

Résumé: Le but de cet article de recherche est de démontrer que le fondement constitutionnel du droit collectif de jouir d'un environnement sain donne au législateur le pouvoir d'établir des mesures pour la protection de l'environnement, élevées au rang de bien légal protégé. Le chiffre de la taxe environnementale devint ainsi l'un de ces mécanismes, l'institut fiscal légal a été efficace dans la tâche d'atteindre les objectifs de politique environnementale, grâce à sa capacité d'internaliser les coûts environnementaux causés par la pollution.

Mots-clés: environnement, bien juridique, droit collectif, extrafiscalité, fiscalité environnementale.



SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Plan de redacción. - 1. El bien jurídico protegido. - 1.1. Génesis. - 2. El medio ambiente como bien jurídico protegido. - 3. El medio ambiente como derecho colectivo en la carta constitucional colombiana. - 3.1. Fundamentación. - 3.2. Desarrollo constitucional. - 3.3. La Carta Constitucional “ecológica” colombiana. - 3.4. Supremacía del componente ambiental en el ordenamiento Constitucional colombiano. - 4. El derecho a disfrutar de un ambiente sano como fundamento para el establecimiento de tributos extrafiscales con finalidad ambiental. - Conclusiones. - Referencias bibliográficas.

Introducción

Los elementos de la naturaleza siempre han sido objeto de cuidado y preservación por el hombre. El afán por su conservación creció a medida que la degradación fue notable y representó riesgo para la vida en todo el planeta. Esta inquietud marcó un nuevo inicio para el componente ambiental: se elevó a la categoría de bien tutelado o de bien protegido por el Derecho, abriendo paso a la clasificación de los diferentes y diversos delitos ambientales, hoy tipificados como tal (Borillo, 2011, pág. 2).

En ocasión a la importancia de contar con un ambiente en adecuadas condiciones de salubridad, las cartas constitucionales lo recogen algunas como derecho fundamental y otras como derecho colectivo, esencialmente por la acción pública o interés general que las inspira. Un caso de cada uno de ellos es Colombia y Perú; la Constitución colombiana, por ejemplo, regula el derecho a gozar de un ambiente sano en el Capítulo III, a la par con otros derechos colectivos en salud, seguridad y de aprovisionamiento de bienes y servicios, precisamente, al reconocerse en éstos las condiciones de utilidad social. La Constitución peruana, entre tanto, lo contempla en el Capítulo I como derecho fundamental.

El sistema de gestión ambiental actualmente emplea múltiples mecanismos de protección. Los instrumentos de comando y control son medidas bastante antiguas en marco de la política pública sobre medio ambiente (Fretes, 2011). Hacen referencia al conglomerado de leyes y normas encargadas de fijar los criterios de calidad ambiental; como se encargan de la regulación directa de los recursos naturales, se basan en la promulgación de obligaciones y, en caso de su desacato, imponen sanciones. A este tipo de medidas le han proseguido los instrumentos económicos fundamentados en la fuerza de mercado, que persiguen establecer una relación armónica entre la economía y el medio ambiente, por ende, se ocupan de integrar las decisiones económicas y los aspectos ambientales (Rosembuj, 2001, pág. 49). Así las cosas:



(...) existen elementos normativos de cada uno de los pisos de que trata la pirámide kelseniana desde acuerdos en la base de la pirámide, pasando por decretos, luego por decretos de ley, llegando a leyes y culminando con artículos constitucionales en la materia; en este orden de ideas, se crea un derecho sustancial y procesal en la materia, pues existen preceptos sustantivos que generan derechos claros en las personas para proteger el bien jurídico colectivo del ambiente y sus instrumentos correspondientes, los cuales en particular se ejecutan mayormente por la participación ciudadana (Segura Penagos & Cubides Cárdenas, 2017, pág. 263).

Los instrumentos económicos son tan variados como diferenciados, agrupan medidas de tipo fiscal y financiero, sistemas de bono y depósito reembolsables, sistemas de cargos y de creación de mercados, etc. Entre las figuras fiscales pueden citarse los incentivos y los impuestos. Estos últimos ganaron acogida con los estudios en economía de bienestar de Pigou, al quedar demostrada su capacidad y facilidad de internalizar las externalidades negativas de los fallos de mercado; convirtiéndose en la particularidad más significativa de esta institución jurídica dentro de los objetivos de política ambiental. Los incentivos, entre tanto, “consisten básicamente en medidas voluntarias no coercitivas” (Lagos, 2001, pág. 69), optativas para el empresario, que de tomarlos redundan en doble beneficio: el ente económico puede hacerse acreedor de una deducción por inversiones ambientales y la decisión empresarial se torna en protección de los recursos naturales.

La efectividad de la categoría tripartita del impuesto en la internacionalización de los costos ambientales tiene acomodo en la extrafiscalidad tributaria detectado en la institución jurídica del tributo (Trejo Cruz, 2016), herramienta principal de la Hacienda pública dentro de la actividad generadora de recursos económicos para facilitar el cumplimiento del cometido estatal. A raíz de este fenómeno, el legislador colombiano estableció, a través de la reforma tributaria de 2016 (Ley 1819, 2016), dos impuestos extrafiscales con finalidad ambiental: el Impuesto Nacional al consumo de bolsas plásticas y el Impuesto Nacional al Carbono, que entran a hacer juego con las ya veteranas tasas retributivas y compensatorias que nacieron a la luz del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811, 1974).

Frente a las anteriores precisiones, este trabajo de investigación tiene por objetivo demostrar que el derecho colectivo a disfrutar de un ambiente sano proporciona fundamentos constitucionales y jurídicos suficientes para el establecimiento de tributos extrafiscales con finalidad ambiental, en el ordenamiento colombiano. Debido a la supremacía del componente ambiental en la Carta Constitucional, la investigación inicia con el abordaje del concepto de bien jurídico protegido, categoría a la que fue elevado el medio ambiente para su protección; seguidamente se desarrolla la concepción de medio ambiente en su calidad de derecho colectivo en



la Carta Política de Colombia, aparte que conecta con el calificativo de Constitución ecológica otorgado por la Corte Constitucional, en evocación al contenido verde que imprime la Carta Magna colombiana, aspecto también analizado en esta investigación.

Problema de investigación

Los daños al entorno empezaron con el desarrollo de, entre otras actividades, por “(...) la minería, la siderurgia, la industrialización, la tecnologización, la urbanización social (...)” (Encinas Guzman, 2010, pág. 163). La actividad económica es un *modus vivendi*, secuenciada por actos lucrativos que incrementan la capacidad de ingreso a costa de la explotación de los recursos naturales (García Cabrera, 2015). Se responsabiliza, entonces, a la industria de provocar externalidades negativas, debido a los elementos usados en el proceso de producción que mayoritariamente son combustibles de procedencia fósil.

El constante agravio a los ecosistemas produjo una confrontación en los textos jurídicos que los tutelan, incidiendo en la protección de los derechos de los ciudadanos regulados en la Carta Fundamental colombiana, entre los que cuenta, el derecho a disfrutar de un ambiente en adecuadas condiciones de salubridad. Función propia del Estado, a quien le corresponde asumir la rectoría del medio ambiente para propiciar mejores condiciones en pro del bien común.

Es menester, en consecuencia, apreciar la funcionalidad de los instrumentos de naturaleza tributaria que resultan determinantes dentro de la actuación de las autoridades administrativas, en la función de salvaguardar el medio. Se trata de los tributos ecológicos que sirven para aminorar las acciones que constituyen alteración de las condiciones naturales del aire, el suelo y el agua.

Problema jurídico

¿El derecho colectivo a disfrutar de un medio ambiente sano regulado por la Constitución Política colombiana, fundamenta instituir tributos con fines ambientales?

Metodología

Ante el interés de resaltar las bondades tributarias del derecho constitucional a disfrutar de un ambiente sano, que se traduce en la admisión del uso y aplicación

del instituto jurídico del tributo para mitigar la contaminación y afectación del entorno natural, la metodología de esta investigación es de tipo documental con un enfoque descriptivo-analítico; siempre que inicia con la revisión de fuentes bibliográficas de la doctrina internacional, y continúa con la examinación de varios preceptos constitucionales, entre ellos, el artículo 79, que proclama este derecho a todos los ciudadanos. Derecho que se garantiza con la instrumentalización de varios mecanismos, entre ellos los de carácter tributario.

Esquema de resolución del problema jurídico

Tendiente a dar solución al problema jurídico planteado, el artículo desarrolla: i) el origen y la connotación de la noción de bien jurídico, introducida a mediados del XIX a la legislación penal, ii) la categorización del medio ambiente como bien jurídico protegido, que ha entrado a regular las relación hombre-naturaleza, iii) desarrollo constitucional del derecho colectivo a un ambiente sano en la Carta Política de 1991, iv) la denominación de “Constitución Ecológica” de la Carta Magna colombiana, en ocasión al vasto número de preceptos que contemplan la noción de medio ambiente, iv) el posicionamiento del componente ambiental como derecho de interés general, v) la habilitación constitucional para establecer tributos extrafiscales con finalidad ambiental.

1. El bien jurídico protegido

1.1. Génesis

Como puede apreciarse, la expresión de “bien jurídico” es la composición de dos vocablos hechos compatibles que, al descomponerlos, el primero de ellos, es decir *bien*, “(...) hace referencia al objeto de una valoración positiva y el adjetivo jurídico que le acompaña alude al sujeto y a la forma de dicho juicio” (Lascaraín Sánchez, 2007, pág. 123). Esta noción jurídica no es del todo nueva, salió a relucir a mediados del siglo XIX como una teoría, cuya autoría se le atribuye a Johann Michael Franz Birnbaum, quien la formuló en aporte al concepto de objeto de protección jurídica del que se ocupa la ley penal. Básicamente a ello obedeció su reconocimiento en el ordenamiento jurídico; aunque, no faltan las opiniones encontradas, la creación de los bienes jurídicos Kierszenbaum (Kierszenbaum, 2009) la adjudica al Derecho constitucional y, por su gran aporte, al Derecho internacional.

Siguiendo sus contribuciones al Derecho constitucional, el jurista alemán Franz Birnbaum, Roxin asegura que la expresión de “bien jurídico” se introdujo en aras de garantizar “el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos



fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal” (Roxin, 2013, pág. 5); sin embargo, y a raíz de la necesidad impuesta por la condición humana y la realidad social, se reconoció “como criterio para la clasificación de los delitos, y como elemento de base y límite al orden penal” (Kierszenbaum, 2009, pág. 187).

Una de las dificultades que presenta el concepto de bien jurídico está dada en la amplitud e inexactitud de la propia expresión; ya que emplea todo un abanico de conceptos, desde las referidas a los «“intereses sociales”, “valores”, “relaciones reales de la persona con unidades sociales de función”, etc.» (Abanto Vásquez, 2006, pág. 4), hasta aquellos que comprenden la vida, la libertad y el patrimonio; además se detiene a considerar los nacidos al hilo de los anteriores y los que aparecieron en respuesta a la realidad, como el orden económico, la riqueza cultural y el medio ambiente (Figuerola Navarro, 1995).

El bien jurídico se sitúa en un sistema de relaciones o intereses sociales que se debaten y circunscriben en un Estado democrático. Estos intereses sociales o individuales son diversos; sin embargo, los bienes jurídicos se manifiestan sólo en aquellos intereses escogidos por el Derecho para su amparo; de ahí que la protección de los bienes jurídicos sea una labor en la que intervienen y actúan no uno ni dos, sino todos los sectores que componen el ordenamiento jurídico (Villegas Paiva, 2010).

El bien jurídico en palabras de Hormazábal Malarée constituye un instrumento que “(...) expresa concreta, material y objetivamente lo que realmente se lesiona o pone en peligro por la acción delictiva” (Hormazábal Malarée, 1991, págs. 42,153); para este autor el instrumento jurídico en alusión resulta una herramienta importante para el legislador porque le permite valorar las actuaciones en el instante de regular la conservación del entorno natural; pero la dificultad de ser un concepto impreciso y de aún no estar delimitado, se hace mayor cuando se trata de concretar el interés protegido en materia ambiental (García Rivas, 2005).

Al inconveniente resaltado se aúna la indeterminación de la noción de medio ambiente, ampliamente debatida por la doctrina jurídica en esta especialidad; ya que el concepto de medio ambiente vincula diversos enfoques, desde unos omnicomprensivos, relacionados con el entorno (incluyendo el medio cultural); pasando por posiciones intermedias que integran los recursos naturales (flora, fauna) con el resto de elementos derivados de la misma naturaleza; hasta llegar a posiciones más estrictas referidas a elementos fundamentales para la vida, como lo es la atmósfera, el suelo, las aguas terrestres y marítimas (De la Cuesta Arzamendi, 1999).

El término en cuestión ha sido objeto de opiniones divergentes. Lascuraín Sánchez (1995), aunque reconoce el bien jurídico como “un concepto dogmáticamente consolidado” (Lascuraín Sánchez, 2007, pág. 251), no duda –al mismo tiempo– de

tacharlo “un foco permanente de confusión y de discrepancia de consecuencias teóricas y prácticas de no desdeñable transcendencia” (Lascuraín Sánchez, 2007, pág. 251).

2. El medio ambiente como bien jurídico protegido

La comisión frecuente de delitos contra el medio ambiente y el valor intrínseco que éste representa para cada individuo y la colectividad en general, lo hizo loable de tutela penal (Ochoa Figueroa, 2014). El bien jurídico ambiental es visto –en últimas– como instrumento regulador de las relaciones que el hombre entabla con la madre naturaleza. Este nexo le ha servido al ser humano para balancear sus necesidades con el entorno natural y lograr su propio desarrollo (Rodríguez García, 2010). Por lo tanto, los bienes protegidos a un orden supremo engloban la vida y el desarrollo de la persona; incluyendo tácitamente el hábitat como parte accesorio de ésta. De este modo, y siguiendo la postura del iusnaturalismo, la persona resulta el centro de los intereses que jurídicamente se protegen, atribuyéndose –al mismo tiempo– al medio ambiente, como recinto para su establecimiento y base de crecimiento para la sociedad.

La obligación de cuidar jurídicamente el medio ambiente nace o tiene vertiente en el marco constitucional (Ochoa Figueroa, 2014), y para hacer efectivo el proceso de tutela ambiental, la Constitución traslada esa obligatoriedad al Estado que la desdobra a través de la Administración actuante; es decir, los estamentos públicos atienden este compromiso porque obedece a directrices de base constitucional que, al mismo tiempo, inyectan contenidos legales y reglamentarios. La normativa al interior de un Estado depende en buena medida de lo preceptuado por sus textos fundamentales, que son el cimiento para el establecimiento de políticas que han de seguirse y aplicarse en todo el territorio nacional, guiadas por las diferentes autoridades públicas y de obligatorio cumplimiento para los particulares.

La transcendencia que al medio ambiente le da la Carta Constitucional, antepone una premisa hacia el bien común, que involucra, a su vez, al individuo como delegado de los deberes estatales. Así las cosas, la elevación del medio ambiente a la categoría de bien jurídico protegido, no sólo brinda la posibilidad a los ciudadanos de gozar de un entorno adecuado para su libre desarrollo, sino que los hace solidarios de su tutela.

Como consecuencia del desarrollo económico y social el derecho a un ambiente sano ha resultado trasgredido; por fortuna, la máxima de desarrollo sostenible, que promueve el uso de tecnologías limpias y el aprovechamiento eficiente de los recursos naturales, entró en su rescate. “[L]a existencia del ser humano como especie



y, con ello, otras formas de vida” (Figueroa Navarro, 1995, pág. 9) constituye el fin último de cuidar el medio ambiente. La protección ambiental que el legislador constituyente busca, no es un baladí. Si se logran las condiciones ecológicas esenciales, es posible la vida de todas las especies.

Los textos constitucionales propenden por un medio ambiente sano, precepto entendido no en el sentido de la salud humana o desde la óptica de lo saludable, sino en lo referente a la conservación del estado natural de los elementos que conforman el entorno ecológico (Brañes, 1987). Así las cosas, el medio ambiente dejará de ser sano cuando ocurra un desequilibrio de los sistemas naturales que lo conforman, que es lo mismo, “(...) cuando se produzca un menoscabo de su capacidad de regeneración” (Vaello Esquerdo, 2005, pág. 6).

El medio ambiente como bien jurídicamente tutelado, se configura como una garantía para los ciudadanos tener acceso a él. Su tutela hace parte de las funciones a cargo del Estado. Así se deduce del Artículo 8 de la Constitución Política Colombiana, cuando señala como obligación del Estado, proteger los bienes y la cultura de la Nación, en los siguientes términos: “ARTÍCULO 8º. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas (...) naturales de la Nación” (Constitución Política, 1991).

Este precepto guarda, también, la corresponsabilidad que en este ámbito pueda atribuirse a los particulares, al momento de vincularlos como sujetos activos para garantizar y proteger estos bienes de orden nacional.

3. El medio ambiente como derecho colectivo en la carta constitucional colombiana

3.1. Fundamentación

La protección al medio ambiente se circunscribe al contenido del Contrato Natural –francés– que “[...] se proyecta como un nuevo planteamiento teórico que pretende revolucionar el campo del derecho, la filosofía política y el estudio de la problemática ambiental [...]” (Zárate Yepes, 1992, pág. 15); identificando los elementos básicos fundantes de una sociedad, por encima de las relaciones comerciales y de crecimiento. “Con la evolución Jurídica se encamina al derecho ecológico, cuyo fin es dar solución a los problemas que se presentan por alteraciones del medio ambiente y el desmejoramiento de la calidad de vida [...]” (Penagos, 2001, pág. 21).

No obstante, algunos doctrinantes le atañen la dimensión objetiva y subjetiva del medio ambiente a la Declaración de Estocolmo (Declaración de Estocolmo sobre

el Medio Ambiente Humano, 1972); un evento que fue clave no sólo en la etapa de aceptación y dimensión del daño ambiental por parte de la sociedad civil y de los entes gubernamentales, sirvió —además— para trasladar la preocupación social de este componente a las cartas constitucionales de los países de occidente. Asimismo, se le atribuye de ser el preámbulo para que el bien ambiental se instaurara como derecho fundamental y su protección se estableciera como una función pública (Ferreira Morong, 2013).

Estos precedentes le sirvieron a Colombia para modernizar su sistema jurídico general, para llevar a su Constitución varios lineamientos de protección del recinto natural, y para situar el Sistema Normativo Administrativo al nivel de las exigencias del Derecho internacional, como el europeo que, en marco del Primer Programa de Acción en política ambiental, vigente de 1973 a 1977, expidió normas para hacer frente al impacto al medio ambiente. Las innovaciones legislativas que promovió la Declaración de Estocolmo, fueron importantes porque permitieron asignarle al Estado nuevos roles y lo exhortaron a asumir y cumplir la *jus-categoría* reconocida en la protección a la naturaleza.

Las Cartas Constitucionales de Perú, Ecuador y México contemplan el medio ambiente como derecho fundamental; sin embargo, en caso particular de Colombia, su Constitución Política lo ubica análogamente como derecho colectivo; no obstante, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que el medio ambiente sano es un derecho constitucional fundamental, por su conexión directa “con el derecho más fundamental del hombre: la vida” (Sentencia T-536, 1992). El derecho a la salud y a la vida son derechos fundamentales, éstos a su vez, se encuentran ligados al medio ambiente, por cuanto, su calidad y garantías dependen de las condiciones de este último.

Este tratamiento análogo del medio ambiente como derecho colectivo, se presenta a lo largo de cinco artículos del Capítulo III, que hacen un reconocimiento a los derechos colectivos, no como categoría pormenorizada, pero, si *in extenso* hacia la protección de un medio ambiente (Monroy Cely, 2016). Analogismo no bien visto por la comunidad académica (Blanco Cetina, 2015), toda vez que representa un riesgo para el bien jurídico en cuestión, dando pie a considerarlo como parte del grupo de bienes que el Estado dentro de su competencia vigilará, bajo la prestación de servicios y productos suministrados por la misma sociedad. Esta secuencia de sucesos atenúa una corresponsabilidad con los interventores, que puedan generar deterioro al medio ambiente, y en atención de los actos que los particulares puedan propiciarle, ocasionar una merma o disminución (descuido) en el grado de protección.

La agrupación del derecho a tener un medio sano dentro del catálogo de derechos humanos eleva su acceso a una connotación por encima del Derecho positivo, al



reconocer en estos bienes condiciones perpetuas que los conciben como bienes al servicio del interés general. A juzgar, el precepto constitucional ofrece cierta oscuridad al establecer el derecho a disfrutar de un ambiente sano, como derecho colectivo, semejándolo a una consecución de los derechos recogidos en el Capítulo II, relativos a los Derechos de Tercera Generación, concentrando la atención entre medio ambiente, intervención estatal y actuación de la sociedad civil.

La consideración del medio ambiente como derecho colectivo, puede tener asiento en las iniciativas y políticas desarrolladas a la luz de las innovaciones y tendencias internacionales, que apuntan al logro de la sustentabilidad, con el fin último de permitir una mejor calidad de vida. Es decir que la obligación de preservar el medio ambiente se consolida en una premisa que identifica a tal beneficio como un derecho colectivo con contenido ambiental; ponderándose como tal, dentro de este grupo, para observar en él, la gama de los derechos colectivos que pregonan la Constitución.

De esta forma, los espacios comunes con beneficio general predominan sobre el particular. La prestación de servicios, la intervención de grupos organizados por productores y consumidores, quedan constreñidos a la supervisión estatal, ante la defensa y conservación del medio ambiente (Mussi, 2002). Es decir que los derechos colectivos se centran en el compromiso estatal de propiciar un ambiente favorable, bajo la emisión de normas tendientes a ese fin.

Esta disyuntiva y tratamiento al medio ambiente, requiere de la labor administrativa para establecer programas que, a partir de leyes subsecuentes, faciliten el cumplimiento de los imperativos constitucionales que representan un factor colateral al desarrollo del ser humano, por cuanto, hacen posible una vida libre de enfermedades, pandemias y contagios. Con ello, también es dable arropar al administrado de una cultura en disminución y prevención de conductas de deterioro de las fuentes hídricas, aire, tierra, y de todas aquellas manifestaciones humanas que merman la calidad ambiental.

Frente a las anteriores interpretaciones al texto constitucional, los derechos de la comunidad con la denominación de colectivos, en relación al medio ambiente, representan una categoría constitucional trazada por actos de particulares (activo) y por la naturaleza en general (pasivo); o viceversa, sin privilegiar la importancia de un bien frente a otro, en razón de reconocer la postura iusnaturalista que persigue la Carta Fundamental colombiana (Marcone, 2005) (Carrillo de la Rosa & Carrillo, 2011).

En las siguientes categorías temáticas, que identifican las políticas públicas a seguir para el cumplimiento constitucional, el Estado como garante de los derechos colectivos y del ambiente, se compromete a vigilar: a) los bienes y servicios, b) los

consumidores y prestadores, c) la salud, d) el derecho colectivo a un ambiente sano, e) la diversidad ambiental, f) la prevención de deterioros ambientales, g) la imposición ante el deterioro ambiental, h) la cooperación internacional, i) la prohibición de elementos y sustancias que incidan negativamente en el medio ambiente, j) la importación y exportación de bienes nocivos a la naturaleza, k) el uso de suelos rurales, urbano y de interés común. Se observa también, la prohibición de conductas que tiendan a la creación, introducción y posesión de elementos, que representen un riesgo mediano y alto, en su manejo por los particulares, en todos los factores que integran al medio ambiente en el territorio nacional (Díaz Burgos, 2015).

La Nación tiene como obligación rectora, velar por los imperativos fundamentales para garantizar los derechos colectivos y asegurar el crecimiento económico del país. Estos imperativos representan el quehacer vinculante entre Administración Pública y los particulares, puesto que los postulados constitucionales recogen en primera categoría el cuidado y conservación del medio ambiente, conforme con las dimensiones y características de las regiones colombianas. Más que un imperativo para la Nación le significa a ésta una oportunidad para facilitar una mejor calidad de vida.

3.2. Desarrollo constitucional

El Texto Fundamental reconoce taxativamente el derecho a los colombianos de gozar de un ambiente sano. En virtud de esta disposición, el acceso a un medio ambiente sano queda supeditado a responsabilidad del Estado, que, para garantizar el cumplimiento de este mandato constitucional, destina esfuerzos y recursos financieros a fin de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación en los centros académicos para el logro de esos fines.

Los ciudadanos gozan de garantías constitucionales para disfrutar de un medio en óptimas condiciones; a esos efectos, el Texto Fundamental a través de los artículos del 78 al 82, exige al Estado delimitar el entorno natural al servicio de los particulares, cuando establece que:

ARTÍCULO 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad (...). El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen (...).

ARTÍCULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo (...).

ARTÍCULO 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (...).

ARTÍCULO 81. Queda prohibida la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos (...).

ARTÍCULO 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular (...). (...)” (Constitución Política, 1991).

Esta delimitación obedece a que los particulares son los receptores principales de las atribuciones y beneficios ambientales; por eso participan de una corresponsabilidad expresa que el texto constitucional les determina. Los hace intervenir como sujetos responsables ante su custodia, cuando precisa que “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo” (Artículo 79). De esta forma, las políticas fraguadas en materia de medio ambiente quedan al consenso de los ciudadanos, estableciendo su corresponsabilidad como limitante al poder administrativo derivado.

Arias Henao-Usta considera que “[...] la constitucionalización del medio ambiente está vinculada estrechamente con la aparición de nuevos derechos para la colectividad y como un nuevo derecho humano fundamental” (Arias Henao-Usta, 2001, pág. 40); al no ser por la función relevante que cumple el medio ambiente dentro del quehacer humano (Huerta Guerrero, 2013, pág. 479), seguramente el entorno natural no habría alcanzado la categoría constitucional que abordamos, al punto que la Conferencia de Estocolmo de 1972, las Naciones Unidas tampoco la hubiesen denominado Medio ambiente humano.

El reconocimiento constitucional de la Carta Magna sobre los derechos de tercera generación, también llamados solidarios o derechos de los pueblos, los fortalece sustancialmente; a falta de ello, se desvirtuaría la esencialidad de estos derechos, “(...) permitiendo así que sean más vulnerables y (...) [que ocurra una] violación masiva de todos los derechos humanos” (Álvarez Vita, 1987, pág. 10).

Este nuevo derecho colectivo, considerado previo para el disfrute de otros derechos del individuo, al igual que otros de su misma índole, rebasa “la noción subjetiva de los derechos por cuanto su titularidad se otorga a toda la comunidad”. (Amaya Navas, 2002, p. 163). Ese hecho nos indica que estamos en presencia de una Constitución vanguardista y joven, que eleva a la categoría de derechos humanos en tercera generación; los mismos “[...] desarrollos conceptuales logrados por otras constituciones en el reconocimiento del derecho humano al medio ambiente [...]” (Lozano Flórez, 1992, pág. 86).

Por otra parte, en el catálogo de los deberes del ciudadano colombiano, se aprecia un precepto constitucional que cualifica la calidad de ser colombiano, al tiempo que designa el deber de enaltecerla y dignificarla: “ARTÍCULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla (...)” (Constitución Política, 1991).

Este precepto va a la par de las obligaciones del colombiano ante su comunidad, de coadyuvar a la defensa de los recursos naturales, cuando el mismo mandato constitucional ordena: “ARTÍCULO 95. (...) 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano (...)” (Constitución Política, 1991).

Tal enunciado, tipifica categóricamente la importancia de los ecosistemas, alternando en la forma de vida de los particulares, la inclusión del escenario ambiental; induciendo una conducta e invitando a compartir con equidad estos bienes de interés general.

Igual que otras Cartas Magnas del modelo de Estado de derecho, la Constitución Política de Colombia, está dotada de toda una gama de derechos fundamentales, de libertades públicas, de garantías individuales, así como de principios y valores superiores que inspiran y vertebran el desempeño del poder público (Díez Ripolles, 1997). Este afincamiento del poder asignado en las autoridades administrativas y fiscales hace parte del quehacer asignado a las dependencias de Gobierno, encargadas de realizar los mandatos constitutivos de actos y servicios frente a los gobernados.

3.3. La Carta Constitucional “ecológica” colombiana

El texto fundante regulador de la protección del medio ambiental, goza de una técnica precisa, sistemática y elemental, que muestra un acceso ágil a sus contenidos, permitiendo identificar con claridad sus lineamientos, agrupando, a su vez, los pilares políticos, económicos y sociales del Estado de Derecho, junto a su distribución orgánica y competencial territorial, que incidan en la disminución de la “[...] tala, mal uso de corrientes de agua, mal aprovechamiento de la pesca y caza, falta de controles anti-contaminantes de la actividad industrial [...]” (Penagos, 2001, pág. 21).

El medio ambiente como un bien de uso público, la Carta Fundamental lo ubica estratégicamente cuando alude que: “ARTÍCULO 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, (...), son inalienables, imprescriptibles e inembargables” (Constitución Política, 1991).



Este precepto recoge los espacios territoriales que concentran las propiedades de la Nación, como parte de su patrimonio cultural, arqueológico y etnográfico; e impone una condición protectora buscando la conservación de estas agrupaciones geográficas; como carecen de valor económico son valoradas por sus particularidades intrínsecas, que giran en función de los recursos naturales y aportes a la vida y a la estructura de la sociedad. Su ponderación excluye las actividades lucrativas que impliquen apoderamiento personal y transmisión fuera de la propiedad nacional.

Tras el reconocimiento del componente ecológico en numerosos preceptos y el avance constitucional que apuntan a la obligación de proteger el medio ambiente, la Carta Política colombiana ha dado en llamarse Constitución “ecológica”, por cuanto el medio ambiente “[...] se convierte en un interés del Estado, [aunque] surge el riesgo de que aparezca un factor de coacción para su protección que pueda poner en riesgo la libertad individual, pero que se opaca [...] frente a la idea y el principio del bienestar general por encima del particular” (Arias Henao-Usta, 2001, pág. 39).

El calificativo de Constitución “ecológica” asignado por la Corte Constitucional (Sentencia C-126, 1998), no cabe duda que contrasta con la priorización de los imperativos políticos, económicos, jurídicos y sociales que se muestran a lo largo de la Carta Política. Este contraste se evidencia el repertorio normativo que inicia ordenando: “ARTÍCULO 5º. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad” (Constitución Política, 1991).

Advirtiéndose con ello, la postura iusnaturalista del legislador constituyente. Aunque el ropaje económico y financiero que reviste el medio ambiente busca ayudar al cumplimiento del mandato constitucional que delega en cabeza de las autoridades públicas el proceso de tutela ambiental, en beneficio de la colectividad.

En atención a la categoría de bien con interés general, el Estado tutela la conservación del entorno y establece los medios jurídicos y administrativos para este fin, lo que justifica las limitantes al derecho de propiedad en los particulares. En este sentido se pronuncia el máximo intérprete de la Constitución: “[la propiedad] no se puede abusar de su explotación [contraviniendo] en la preservación del medio ambiente” (Sentencia T-537, 1992).

Como se aprecia en la anterior descripción, el medio ambiente es un elemento que discurre claramente a lo largo de todo el Texto Constitucional; en atención al propósito colectivo que se persigue con él, este componente recibe un trato constitucional preferencial. La Constitución regula ampliamente el cuidado del medio ambiente con la emisión de lineamientos que preservan el interés general; evitando, precisamente, la concentración de su beneficio en unos pocos ciudadanos. Ha quedado – entonces – en manos del legislador ordinario los parámetros en *pro*

ambiental, que debe esforzarse en impedir el deterioro ambiental en demérito de la población actual y de las generaciones futuras.

3.4. Supremacía del componente ambiental en el ordenamiento Constitucional colombiano

Agrupando las ideas llevadas por el constituyente al Texto Fundamental actual, el medio ambiente se privilegia con un tratamiento especial como: a) derecho colectivo, b) derecho humano, c) servicio para el particular, d) interés general, e) vínculo a la responsabilidad social, f) límite al derecho de propiedad, y g) redefinición de la técnica legislativa; este entramado normativo Amaya Navas lo atribuye “(...) a la carga que tiene el Estado de realizar todo lo que esté a su alcance para proteger el patrimonio ecológico y cultural de la nacionalidad colombiana” (Amaya Navas, 2002, pág. 149).

El medio ambiente hace parte de los derechos colectivos, y como su contenido es sinónimo de bienestar, las actividades de desarrollo económico se someten a control para evitar el menoscabo de este bien tutelado en rango constitucional. La Carta Magna llama a garantizar un ambiente sano, de ahí que otorgue facultades a las autoridades de Gobierno y acuda a la solidaridad de la sociedad civil. En consecuencia, el Artículo 83 enseña las actuaciones al alcance de estas autoridades y las acciones de los particulares que pueden entablar en calidad de sujetos activos corresponsables en la conservación de los recursos naturales, cuya realización se somete a los imperativos de buena fe, en cuanto declara: “ARTÍCULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas” (Constitución Política, 1991).

Con la figura de Estado social de derecho, la Constitución Política posibilita a la sociedad colombiana la instauración de acciones populares como mecanismos para exigir la garantía y protección de los intereses compartidos. Uno de esos intereses colectivos está relacionado con el ambiente sano, que puede protegerse con la intervención de instrumentos jurídicos de tutela ambiental, recogidos en el mismo texto constitucional y ampliamente en el Derecho administrativo, que contempla prohibiciones, la sujeción a autorizaciones y, consecuentemente, establece sanciones para quienes infrinjan el Derecho positivo. Respecto a éstas últimas, la Corte Constitucional plantea que pueden darse en materia penal, civil y, por supuesto, en el orden administrativo (Sentencia C-423, 1994).

En el Artículo 95 se plasman explícitamente las imputaciones que los ciudadanos deben asumir como parte poblacional. En el numeral 2, por ejemplo, se ubica al

ciudadano como responsable de conductas que pueden ser evitadas aplicando el principio de solidaridad, que de no controlarse a tiempo son factibles de trascender en el cuidado humanitario y de generar peligros y riesgos en la salud de las personas: “ARTÍCULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional (...) 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas” (Constitución Política, 1991).

Siguiendo el análisis de este precepto constitucional, el numeral 4, atribuye a los colombianos la defensa y difusión de los Derechos Humanos, de los que forman parte el acceso a un ambiente sano. Mientras que el arábigo 8 de este mismo articulado, de forma categórica vincula a las personas (jurídicas y naturales) en el proceso de tutela ambiental; y el arábigo 9, por su lado, implora a los ciudadanos contribuir al financiamiento de los programas sociales del Estado, en sus distintos ámbitos políticos y geográficos, dentro de un marco de justicia y equidad.

Al lado de estas categorías ambientales, el Título XII, relativo al Régimen Económico y de la Hacienda Pública, tipifica las competencias tributarias estatales y finca la vida con la declaratoria del Estado propietario de todos los recursos naturales no renovables: “ARTÍCULO 332. El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes” (Constitución Política, 1991).

Otro precepto enuncia la rectoría del campo económico como función estatal:

ARTÍCULO 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (Constitución Política, 1991).

Igual que la iniciativa privada, la actividad económica es sometida a los límites que impone el mantenimiento de un bien común:

ARTÍCULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley (Constitución Política, 1991).

En este precepto el ambiente hace eco nuevamente, para delimitar la actuación de todo particular que realice permanente o temporalmente actividades de lucro, cuya incidencia merme o demerite la naturaleza. Existe un amplio reconocimiento jurídico constitucional de la riqueza natural; sin embargo, la Carta Fundamental sutilmente denota permisión sobre la explotación de recursos naturales, en manos

de los particulares. Después de observar todo un tratamiento conservador y proteccionista sobre los bienes naturales, los Artículos 360 y 361, justifican la explotación de estos recursos, a cambio de una remuneración del Estado en concepto de regalías:

ARTÍCULO 360. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos. La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.

ARTÍCULO 361. Con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios, se creará un Fondo Nacional de Regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley (...) (Constitución Política, 1991).

El último precepto –Artículo 361– define el destino de estas cantidades económicas, que paradójicamente deben ir en fomento de la minería y la misma preservación ambiental: “ARTÍCULO 361. (...) Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente (...)” (Constitución Política, 1991). Entendiéndose que la explotación de estos recursos no renovables excluye la deforestación y deterioro de otros elementos naturales. Advirtiéndose –también– la repercusión sobre la disposición de tales bienes que puede representar un riesgo para la sociedad, por las mismas alteraciones de la atmósfera, el agua y demás elementos terrestres.

Con lo dicho hasta aquí, acotamos lo concerniente al tratamiento que hace la Constitución de Colombia, como pionera sobre el cuidado y conservación de los recursos naturales; en aras de abordar en líneas siguientes, lo referente al Poder Tributario Nacional, a la luz de sus competencias originarias, que permitan la creación de tributos extrafiscales, objeto central de esta investigación.

4. El derecho a disfrutar de un ambiente sano como fundamento para el establecimiento de tributos extrafiscales con finalidad ambiental

Dada la importancia y relevancia del componente ambiental, hoy por hoy, centra su atención en las autoridades que han de concebirlo como un fin al interior de las dependencias de Gobierno. El cuidado de los recursos naturales es un deber que la Carta Magna impone al Estado, y para llevar ese encargo a buen término, recurre al uso de múltiples instrumentos que hacen posible la ejecución de la política ambiental. El Plan Nacional de Desarrollo, ordenado por la Constitución, hace parte



de los instrumentos que el Gobierno nacional emplea para proyectar las distintas políticas de su competencia en materia económica, social y ambiental, como se observa en el siguiente precepto:

ARTÍCULO 339. Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno (Constitución Política, 1991).

A través de este instrumento jurídico, el Gobierno determina las líneas que han de desarrollar los departamentos y las áreas de la Administración pública actuante, para solventar todas las demandas de la sociedad, incluyendo el derecho a disfrutar de un ambiente en adecuadas condiciones para la vida. Es decir que se dejó en poder del Estado el diseño de los programas macros, a gestionar y desarrollar por parte de los municipios y demás entes territoriales.

Normalmente la política económica transcurre de la mano con la política fiscal, encargada de allegar recursos financieros suficientes para atender las necesidades sociales en las distintas regiones de la Nación colombiana y alcanzar los objetivos de la política ambiental. Contar con medios económicos es fundamental para brindar una adecuada protección del entorno natural; no obstante, la complementariedad de instrumentos (jurídicos con los económico-fiscales) también es esencial en esta importante tarea.

El legislador ordinario está constitucionalmente facultado para crear contribuciones de índole fiscal y, eventualmente, parafiscal. Las primeras solventan las inversiones sociales de competencia del Estado; esto significa que la ciudadanía es retribuida con la satisfacción de sus necesidades básicas o prioritarias, tal como lo señala la Constitución Política: “ARTÍCULO 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales” (Constitución Política, 1991).

Las contribuciones parafiscales obedecen –en cambio– a otro fin; su existencia es legal cuando satisfaga servicios esenciales en el campo de la salud y la educación, por ejemplo; y cuando estén subordinadas a una destinación sectorial, esto es, cuando gocen de una especificidad: “ARTÍCULO 336. (...) Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud” (Constitución Política, 1991). Con estas contribuciones se busca que los recursos extraídos de un sector económico o social determinado, luego se reviertan en su propio beneficio (Sentencia C-307, 2009).

Las figuras fiscal y parafiscal son taxativas en la Constitución colombiana, con estas dos modalidades el legislador constituyente quiso asegurar las fuentes de financiamiento de la política pública de competencia estatal; como bien es sabido, el instituto jurídico del tributo tiene por finalidad principal generar un recaudo a partir de la detracción de renta de los contribuyentes (Roza Gutiérrez, 2003); constituyendo, así, la recaudación el factor común de estas dos figuras tributarias, por cuanto, es su razón de ser.

Tradicionalmente el tributo es un mecanismo apropiado en la aceleración de la economía y en la dosificación de progreso social a los pueblos, ya que es la vía más indicada para obtener ingresos y materializar el principio constitucional que consagra el deber de contribuir con las cargas del Estado: “ARTÍCULO 95.9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad” (Constitución Política, 1991).

El tributo constituye la herramienta más efectiva de la Hacienda pública para dar cumplimiento al cometido constitucional del Estado, trazado en función del interés general. No obstante, el tributo resultó idóneo en la corrección de los fallos de mercado, un fenómeno a tratar en la admisión del modelo de desarrollo sostenible que la propia Constitución Nacional reconoce, cuando exhorta al Estado proteger la diversidad y la integridad del ambiente:

ARTÍCULO 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (Constitución Política, 1991).

La política fiscal se ha puesto a tono con la política ambiental. El tributo, y básicamente la categoría tripartita del impuesto, a raíz de la teoría extrafiscal tributaria, se utiliza en la concreción material de la política ambiental, abierta al empleo de un sinnúmero de instrumentos (económicos y jurídicos) que persiguen la conservación, rescate o mejoría del entorno natural, mediante la modelación de conductas propias de los agentes económicos que repercuten negativamente en el medio ambiente. En ese sentido, los tributos son “instrumentos que se sitúan a medio camino entre las medidas preventivas y las resarcitorias, ya que se exigirán los tributos porque se contaminan (función resarcitoria), pero, al mismo tiempo deben incitar a la reducción de la contaminación adquiriendo así una proyección preventiva” (López Díaz, 2013, pág. 228).

Establecer tributos de orientación ambiental resulta un tanto complejo, independientemente del ordenamiento jurídico que se trate, toda vez que esta especie está

llamada a obedecer y sustentarse en los “principios que emanan de dos disciplinas –también nuevas como ramas independientes del Derecho– que en conjunto le aportan teoría y práctica: Derecho Ambiental y Tributario” (Águila Carralero, 2013, pág. 7). Del conjunto de principios que vertebran el sistema tributario, el criterio de capacidad económica resultó el más cuestionado y objetado en marco de la tributación ambiental. Algunos estudiosos en la materia son escépticos de su aplicación en este campo, siempre que el tributo ecológico grava la acción contaminante y no la capacidad contributiva del sujeto pasivo. A contrario *sensu*, otra parte de la doctrina opina que contaminar es sinónimo de contar con capacidad económica. Una u otra posición, lo cierto es que la tributación ambiental no es excluyente de la obediencia de tal principio. No obstante, así como debe atender los principios de justicia tributaria, se sustenta en la máxima “quien contamina, paga”, que hace “referencia a la reparación del daño causado” (Águila Carralero, 2013, pág. 64).

En marco de la extrafiscalidad, avalada tácitamente por varios preceptos constitucionales, la teleología de la recaudación no es factor prioritario en la tributación con fines ambientales, ya que esta modalidad tiene por propósito fundamental reordenar los procesos productivos y acciones de tipo económico que perjudican el entorno ecológico; en otras palabras, tienen por “finalidad principal la incentivación o el desaliento de conductas y como finalidad secundaria la obtención de recursos económicos” (Salassa Boix, 2013, pág. 131).

El artículo 334, en particular, legitima este fenómeno que instrumenta el logro de los objetivos de la política ambiental formulados por el Gobierno central. Cuando la Constitución implora como obligación del Estado intervenir en la explotación de los recursos naturales para preservar un ambiente sano, implícitamente está autorizando el empleo de mecanismos económicos y fiscales, entre los que puede ser, el instituto jurídico del tributo en su modalidad extrafiscal con fines de proteger el entorno natural, lo que clasifica dentro de los llamados “Mecanismos estatales de protección ambiental (MEPA)” (Salassa Boix, 2013, pág. 177).

Así las cosas, en el ordenamiento jurídico colombiano la fiscalidad ambiental tiene asidero en la Constitución Política, por cuanto, sistematiza un vasto articulado ecológico que sale a constituir el marco jurídico de protección de los recursos naturales (Vega Pérez, Ivarado Ostos, & Gutiérrez Sánchez, 2017). El primer párrafo del Art. 80, por ejemplo, preceptúa como obligación del Estado “planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”; en esos términos, la Norma Superior habilita a la autoridad ambiental la utilización de instrumentos jurídicos y económicos en la tarea de prevenir y controlar los factores de deterioro de los recursos naturales para garantizar un medio adecuado; condición indispensable para el normal desarrollo de la persona. Esta modalidad de tributación fue

complementada por la Ley General de Medio Ambiente (Ley 99, 1993) encargada de desarrollar el contenido verde, con la continuación –mejorada– de las tasas retributivas y compensatorias, dos figuras instituidas por el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

Conclusiones

El derecho colectivo a disfrutar de un ambiente sano es un referente constitucional para establecer tributos extrafiscales con finalidad ambiental, toda vez que demanda condiciones del medio adecuadas para el desarrollo de la persona. El legislador colombiano se anticipó a las exigencias constitucionales, mucho antes de proclamarse la Carta Política de 1991 que contempla este derecho, puso a disposición del sistema de gestión ambiental, el instituto jurídico del tributo, con la entrada en vigencia de las tasas retributivas y compensatorias, instituidas por el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811, 1974); dos figuras que posteriormente fueron modificadas en su aspecto material, por la Ley General de Medio Ambiente (Ley 99, 1993).

La planificación en el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales que la Constitución ordena realizar al Estado, es –además– para prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, de modo que se garantice el derecho colectivo a disfrutar de un ambiente sano. Planificación que es posible lograr con la aplicación de un sinnúmero de instrumentos, varios de índole económico, entre los que cuenta el tributo.

El medio ambiente en su condición de bien jurídico protegido, está fundamentado por una Constitución ecológica que, en términos de la Corte Constitucional, este apelativo obedece a una dimensión tripartita: i) persigue la protección del medio ambiente; ii) eleva el medio ambiente a derecho colectivo de modo que todas las personas gocen de un ambiente sano; y iv) recoge una serie de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares en materia ambiental.

El bien ambiental en el ordenamiento jurídico colombiano es protegido a través de las tradicionales medidas de comando y control, y por instrumentos económicos de carácter tributario: las Tasas retributivas y compensatorias, el Impuesto nacional al consumo de bolsas plásticas y el Impuesto nacional al carbono. Estos mecanismos tripartitos aplican la teoría de la extrafiscalidad, siempre que su fin no es recaudatorio, son figuras moduladoras de conductas no afectas con el medio. En consecuencia, los agentes económicos que generen externalidades negativas son sujetos imputables de la presión fiscal con fines ambientales.

Referencias

- Abanto Vásquez, M. (2006). Acerca de la teoría de bienes jurídicos. *Revista Penal*(18), 3-44. Obtenido de <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12232/Acerca.pdf?sequence=2>
- Águila Carralero, A. (2013). *Fiscalidad ambiental: alternativa para la protección del ambiente. Protección del ambiente mediante los tributos ecológicos*. Madrid, España: Editorial Académica Española.
- Álvarez Vita, J. (17-18 de agosto de 1987). El derecho al desarrollo. *V Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH. Obtenido de https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/XXVCurso_Inter_en_Derechos_Humanos_Discursos_ponencias/Nikken_707101606.pdf
- Amaya Navas, O. D. (2002). *La Constitución Ecológica de Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Arias Henao-Usta, D. (2001). La base constitucional para la protección del medio ambiente en Colombia. En *Economía-Derecho-Ecología. Coexistencia. V Foro*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad de la Salle.
- Blanco Cetina, M. P. (2015). El derecho al medio ambiente en el ordenamiento jurídico colombiano: evolución y comparación en el reconocimiento de su categoría como derecho fundamental. (*tesis de pregrado*). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Católica de Colombia. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2656/1/articulo%20%20MPB%20%281%29.pdf>
- Borillo, D. (2011). Delitos ecológicos y derecho represivo del medio ambiente: reflexiones sobre el derecho penal ambiental en la Unión Europea. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 3(1), 1-14. Obtenido de <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/671/1754>
- Brañes, R. (1987). Derecho Ambiental Mexicano. *Revista Universo Veintiuno*, 557-585. Obtenido de <https://estudiosdemograficosyurbanos.colmex.mx/index.php/edu/article/view/658/651>
- Carrillo de la Rosa, Y., & Carrillo, A. (2011). La validez jurídica en el Iusnaturalismo y el positivismo. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 6(2), 89-103. doi:<https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2011v6n2.1780>
- Constitución Política. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- De la Cuesta Arzamendi, J. L. (1999). Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental. *Revista Penal*(4), 30-41. Obtenido de http://statics.p.ualidadesdodireito.com.br/lfg/files/2011/02/Direito_ambiental_Jose.pdf

- Declaración de Estocolmo. (16 de junio de 1972). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el. *Declaración sobre el medio ambiente humano*. Estocolmo, Suecia. Obtenido de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf>
- Decreto 2811. (18 de diciembre de 1974). Congreso de la República. *Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No 34.243, del 27 de enero de 1975. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2811_1974.html
- Díaz Burgos, M. (2015). La protección jurídico – penal del medio ambiente y el delito ambiental en Colombia. (*tesis de maestría*). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Santo Tomás. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/405/la%20proteccion%20juridico-penal%20del%20medio%20ambiente%20y%20el%20delito%20ambiental%20en%20colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Díez Ripolles, J. L. (1997). El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista. *Revista Jueces para la Democracia*(30), 10-19. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174728>
- Encinas Guzman, M. d. (2010). ¿Problemas ambientales o problemas antropológicos? *Revista Anual de Ciencias Eclesiásticas*, 5, 155-182. Obtenido de http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/2638/1886-4945_5_155.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ferreira Morong, F. (2013). El régimen jurídico de las licencias y autorizaciones ambientales en España y Brasil. (*tesis de doctorado*). Salamanca, España: Universidad de Salamanca. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=54502>
- Figueroa Navarro, A. (1995). El ambiente como bien jurídico en la Constitución de 1993. *Anuario de Derecho Penal*(19), 1-16. Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1995_03.pdf
- Frete, A. (2011). Derecho Ambiental, *Revista Lex*. *Revista Lex*, 9(8), 293-304. doi:<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v9i8.410>
- García Cabrera, C. A. (2015). El impacto ambiental social de los costes de producción de las empresas. *Revista Temas*, 3(9), 19-27. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5894393>
- García Rivas, N. (2005). *Delitos contra el medio ambiente*. Castilla, España: Publicaciones del Instituto de Derecho Europeo e Internacional. Obtenido de <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/3delitos-contra-el-medio-ambiente.pdf>
- Hormazábal Malarée, H. (1991). *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho, el objeto protegido por la norma penal*. Barcelona, España: Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias S. A.
- Huerta Guerrero, L. A. (2013). Constitucionalización del derecho ambiental. *Revista de Derecho PUCP*(71), 477-502. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8911/9316>

- Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. *Revista Lecciones y Ensayos*(86), 187-211. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>
- Lagos, J. M. (2001). Necesidad de la fiscalidad ambiental. En F. F. Ambiental, *Instrumentos económicos de gestión ambiental, Documento de trabajo* (págs. 67-76). Barcelona, España: IV Jornadas Fòrum Ambiental. Obtenido de <http://www.ceppia.com.co/Herramientas/Herramientas/Instrumentos-economicos-Barcelona-Espana.pdf>
- Lascuraín Sánchez, J. A. (2007). Bien jurídico y objeto protegible. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 60(1), 123-251. Obtenido de file:///C:/Users/Michelle/Downloads/Dialnet-BienJuridicoYObjetoProtegible-2863873.pdf
- Ley 1819. (29 de diciembre de 2016). Congreso de la República. *Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 50.101 de 29 de diciembre de 2016. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1819_2016.html
- Ley 99. (22 de diciembre de 1993). Congreso de la República. *Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 41.146 de 22 de diciembre de 1993. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html
- López Díaz, A. (2013). Tributación medioambiental en España a nivel subcentral: CCAA y CCLL. *Revista Dereito*, 22, 225-244. Obtenido de <http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/viewFile/1182/1547>
- Lozano Flórez, R. (1992). El Derecho Humano al Medio Ambiente. Implicaciones de su Reconocimiento. En *Derecho y Medio Ambiente*. Bogotá D.C., Colombia: Fescol.
- Marcone, J. (2005). Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. *Revista Andamios*, 1(2), 123-148. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=62810206>
- Monroy Cely, D. (2016). Una aproximación económica a los derechos colectivos y sus medios de provisión: el caso de los derechos a un “medio ambiente sano” y al “manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales”. *Revista Luna Azul*(42), 105-153. doi:10.17151/luaz.2016.42.9
- Mussi, J. (2002). La protección institucional del medio ambiente: Un estudio de la experiencia en Catalunya. (*tesis de doctorado*). Barcelona, España: Universidad de Barcelona. Obtenido de <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/2864/TOL68.pdf?sequence=1>
- Ochoa Figueroa, A. (2014). Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica? *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3(11),

- 253-294. Obtenido de http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-11-5030/Ochoa_Figueroa.pdf
- Penagos, S. (2001). Economía, Ecología y Derecho Coexistencia. En *Economía-Derecho-Ecología* (págs. 21-40). Bogotá D.C., Colombia: Universidad de la Salle.
- Rodríguez García, M. (01 de julio de 2010). El bien jurídico medio ambiente en el Derecho penal. *Periódico Ámbito Jurídico*, pág. 44. Obtenido de http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8100
- Rosembuj, F. (2001). Incentivos indirectos de la ambientalización de las empresas. En F. F. Ambiental, *Instrumentos económicos de gestión ambiental* (págs. 47-59). Barcelona, España: IV Jornadas Fòrum Ambiental. Obtenido de <http://www.ceppia.com.co/Herramientas/Herramientas/Instrumentos-economicos-Barcelona-Espana.pdf>
- Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15(10), 1-27. Obtenido de <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>
- Rozo Gutiérrez, C. (2003). Las funciones extrafiscales del tributo a propósito de la tributación medioambiental en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Foro*(1), 159-201. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1813/1/RF-01-AV-Rozo.pdf>
- Salassa Boix, R. (2013). Cuestiones elementales sobre los tributos ambientales. *Revista de Derecho*(16), 125-146. doi:<http://dx.doi.org/10.5377/derecho.v0i16.1489>
- Segura Penagos, A., & Cubides Cárdenas, J. (2017). El principio de participación ambiental y su aplicabilidad en la quebrada “la velásquez” del municipio de Puerto Boyacá. *Revista Academia & Derecho*, 8(14), 249-288. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/1494>
- Sentencia C-126. (1 de abril de 1998). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: *Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-1794. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-126-98.htm>
- Sentencia C-307. (29 de abril de 2009). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: *Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-7441. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-307-09.htm>
- Sentencia C-423. (29 de septiembre de 1994). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: *Vladimiro Naranjo Meza*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente No. D-557. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-423-94.htm>
- Sentencia T-536. (23 de septiembre de 1992). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. M.P.: *Simón Rodríguez Rodríguez*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Proceso de tutela No. 2610. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-536-92.htm>

- Sentencia T-537. (23 de septiembre de 1992). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Proceso de tutela No. 2642. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-537-92.htm>
- Trejo Cruz, Y. d. (2016). La extrafiscalidad con fines ambientales en el impuesto al consumo en Colombia: IVA. *Revista Academia & Derecho*, 7(12), 185-212. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/317>
- Vaello Esquerdo, E. (2005). Los delitos contra el medio ambiente. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*(7), 15-42. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1160020>
- Vega Pérez, L. A., Ivarado Ostos, M. C., & Gutiérrez Sánchez, R. D. (2017). El páramo de Pisba y la concesión minera: la problemática ambiental de Tasco (Boyacá). *Revista Academia & Derecho*, 8(15), 51-84. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/230>
- Villegas Paiva, E. A. (2010). *Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal: Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astres. Obtenido de https://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/articulos/a_20091207_03.pdf
- Zárate Yepes, C. A. (1992). Hacia el planteamiento de un nuevo contrato natural –de Holbach y Morelly. En *Derecho y Medio Ambiente* (págs. 15-22). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Presencia.

Diana María Ramírez Carvajal - Carolina Rincón Zapata - Milany Andrea Gómez Betancur

Ideas sobre la justicia ambiental y el desarrollo social en Colombia: de la Corte Constitucional a las aulas de la universidad*

Ideas about environmental justice and social development in Colombia:
from the constitutional court to the university classroom

Recibido: Agosto 13 de 2018 - Evaluado: Noviembre 08 de 2018 - Aceptado: Diciembre 21 de 2018

Diana María Ramírez Carvajal**

Carolina Rincón Zapata***

Milany Andrea Gómez Betancur****

Para citar este artículo / To cite this article

Ramírez Carvajal, D. M., Rincón Zapata, C., & Gómez Betancur, M. A. (2019). Ideas sobre la justicia ambiental y el desarrollo social en Colombia: de la corte constitucional a las aulas de la universidad. *Revista Academia & Derecho*, 10(18), 79-104.

* Este artículo de reflexión se desprende de la investigación denominada “Evaluación del impacto del sistema de gestión ambiental y educativo en la UCO, y su relación con las políticas públicas -Un análisis en perspectiva de la responsabilidad social universitaria-“. Es un artículo corto, informe parcial de esta investigación que se encuentra en curso. Es un artículo inédito vinculado a los grupos de Investigaciones Jurídicas, Humanitas y FACEA de la Universidad Católica de Oriente que financia la investigación a través de la Dirección de Investigación y Desarrollo.

** Abogada de la Universidad de Medellín, de donde también es Magister en Derecho Procesal. Doctora en derecho de la Universidad Externado de Colombia. Profesora titular de derecho procesal y probatorio en la Universidad Católica de Oriente. Directora de Posgrados en la misma Universidad. Coordinadora de la Red Interinstitucional de Derecho Procesal, Miembro de Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.
Email: radiana2113@gmail.com y procesal@uco.edu.co

*** Economista de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Finanzas con énfasis en Banca de Inversión de la Universidad Externado de Colombia y Magister en Economía de la Universidad EAFIT. Docente Tiempo Completo en la Universidad Católica de Oriente.
E-mail: crincon@uco.edu.co

**** Filósofa de la Universidad de Antioquia, Magister en Relaciones Internacionales de la Universidad de Medellín, Doctoranda en Marketing Político, actores e instituciones de la sociedad contemporánea en la Universidad de Santiago de Compostela. Docente Tiempo Completo en la Universidad Católica de Oriente.
E-mail: mgomez@uco.edu.co

Resumen: El presente artículo es producto de la investigación “*Evaluación del impacto del sistema de gestión ambiental y educativo en la Universidad Católica del oriente (UCO). Un análisis en perspectiva de responsabilidad ambiental universitaria*”. En un primer momento, se hace un análisis teórico de la relación existente entre el cambio de paradigma constitucional de la justicia retributiva a la justicia distributiva y sus consecuencias para la defensa de los derechos medio ambientales y el desarrollo social de la población. Se cuestiona si este cambio implica solo el papel de la institucionalidad en el proceso, haciendo énfasis en los jueces y la tutela judicial efectiva.

Finalmente, se concluye que en este proceso que comienza desde 1991 con el estableciendo en Colombia de un Estado social de derecho, la universidad, como institución que forma profesionales, debe trascender su responsabilidad social ambiental como sistema de calidad y llevar a las aulas, la salvaguarda de los derechos medioambientales y el desarrollo social, para contribuir con ello a un desarrollo efectivo de la sociedad.

Palabras clave: Derecho, Justicia ambiental, desarrollo social

Abstrac: This article is the product of the research “*Evaluating the impact of the environmental and educational management system at the Universidad Católica del Oriente. A perspective analysis of university environmental duty*”. At first, a theoretical analysis is made on the relationship between the change of constitutional paradigm from retributive justice to distributive justice and its consequences for the defense of environmental rights and the social development of the population. It is questioned whether this change implies only the role of the institutionality in the process, emphasizing the judges and effective judicial protection.

Finally, it is concluded that, in this process that began in 1991 when Colombia became a Social State based on the rule of law, the university, as an institution that trains professionals, must take its environmental and social duty as a quality system and lead to the classrooms, the safeguarding of environmental rights and social development, in order to contribute to the society development.

Key words: Law, Environmental justice, social development

Resumo: Este artigo é um produto da investigação “*Avaliação do impacto do sistema de gestão ambiental e educativa na Universidade Católica del Oriente. Uma análise em perspectiva de responsabilidade ambiental universitária*”. Em um primeiro momento, faz-se uma análise teórica da relação existente entre a mudança do paradigma constitucional de justiça retributiva para justiça distributiva e suas consequências para a defesa dos direitos ambientais e o desenvolvimento social da população. Questiona-se se essa mudança implica apenas o papel da institucionalidade no processo, enfatizando os juízes e a tutela judicial efetiva. Finalmente, conclui-se que, neste processo iniciado em 1991 com o estabelecimento na Colômbia de um Estado social de direito, a universidade, como instituição formadora de profissionais, deve transcender sua responsabilidade social ambiental como um sistema de qualidade e levar às salas de aula, desde as funções substantivas, a salvaguarda dos direitos ambientais e o desenvolvimento social, para contribuir com ele para um desenvolvimento efetivo da sociedade.



Palavras chave: Direito, justiça ambiental, desenvolvimento social.

Résumé: Cet article est un produit de la recherche “Evaluation de l’impact du système de gestion de l’environnement et de l’éducation dans l’Universidad Católica del Oriente. Une analyse dans la perspective de la responsabilité environnementale des universités “. Dans un premier temps, une analyse théorique est faite de la relation existante entre le changement de paradigme constitutionnel de la justice rétributive à la justice distributive et ses conséquences sur la défense des droits environnementaux et le développement social de la population. On peut se demander si ce changement n’implique que le rôle de l’institutionnalité dans le processus, en mettant l’accent sur les juges et une tutelle judiciaire efficace. Enfin, il est conclu que, dans ce processus qui a commencé en 1991 avec l’instauration en Colombie d’un État de droit social, l’université, en tant qu’institution qui forme des professionnels, doit transcender sa responsabilité sociale environnementale en tant que système de qualité et prendre dans les salles de classe, des fonctions de fond, la sauvegarde des droits environnementaux et le développement social, pour contribuer avec elle à un développement effectif de la société.

Mots-clés: Droit, justice environnementale, développement social.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Esquema de resolución. - 1. Sobre algunas transformaciones contemporáneas en el derecho. - 2. Sobre la justicia ambiental y el desarrollo social. - 3. Visibilidad en el territorio, una construcción en clave de responsabilidad social en la educación superior. - 4. Resultados de la investigación. - Conclusiones. - Referencias bibliográficas.

Introducción

Los cambios medio ambientales que se han ido generando en los últimos años, han sido, de manera general, percibidos por la gran mayoría de la población mundial. El famoso *cambio climático*, (Wackernagel & Rees, 2001, pág. 207) es hoy uno de los temas más importantes de estudio, y no es fortuito que desde 1992 en la Cumbre de Río, como lo advierten (Gómez Betancur & Castellanos Restrepo, 2014), se haga más énfasis en la imperiosa necesidad de buscar alternativas propendiendo por el control del cambio climático. Por tal motivo, diferentes países reconocen la importancia de este tema, incluyéndolo dentro de la agenda política y gubernamental.

En Colombia, desde 1991 y su tránsito constitucional de un Estado de Derecho a uno Social de Derecho, ha llevado a que el Estado y en especial el sistema judicial, aborde estas problemáticas desde la justicia distributiva, dando un salto cualitativo a la protección de los derechos medio ambientales de las personas y comunidades, e incentivando el desarrollo social del pueblo Colombiano, al tener la posibilidad de no solo ejercer poder, sino convertirse en colaboradores de justicia a través de la tutela judicial efectiva (Gómez Betancur & Castellanos Restrepo, 2014).

De esta manera, superando el carácter retributivo de la justicia, la Corte Constitucional del país, garantiza la defensa de los ciudadanos buscando la materialización de los derechos fundamentales, en este caso, de los derechos ambientales (Sentencia SU-123, 2018). Para ello puede utilizar nuevas fórmulas jurídicas, con el fin de tomar una decisión más justa, en el que la víctima y victimario sean también una parte activa.

Sin embargo, aunque es claro que la protección y garantía de los derechos medio ambientales genera mayor desarrollo social, se encuentra su salvaguarda en una disyuntiva compleja en la actualidad, ya que los recursos medioambientales, no solo son proveedores de vida y de condiciones de existencia del hombre, sino que, a su vez, sustentan las actividades productivas de los países y el crecimiento a escala global con el que contamos hoy en día (Gomez Betancur, 2019).

Así, los Estados (tanto en el sistema legislativo, como en el ejecutivo) parecen en ocasiones sin posibilidad de maniobra para elegir entre los derechos de las partes en conflicto cuando estos entran en disputa. Pues bien, es la premisa de la igualdad en derecho la que ha hecho que esto suceda y que, en ocasiones, terminen primando intereses en contravía del cuidado y la protección medioambiental (Gomez Betancur, 2019).

Es precisamente ahí donde recae la importancia de la justicia ambiental, puesto que, el juez, al tener la posibilidad de interpretar, debe velar por una neutralidad económica que mantenga en equilibrio la economía del país, pero que también, salvaguarde la vida y la dignidad de sus habitantes, quienes tienen el derecho fundamental a un medio ambiente sano.

Ahora bien, este proceso que se comienza a llevar a nivel institucional no solo desde la rama judicial, sino también, con la realización e implementación de diferentes políticas públicas a favor del medio ambiente, es una dinámica que necesita más actores involucrados:

En relación con la participación ambiental, es importante resaltar a la Cumbre de la tierra de Río de Janeiro de 1991, donde surge la declaración de Río, en donde se destaca la participación como medio idóneo para alcanzar el desarrollo sostenible y la integridad del sistema ambiental. Ésta declaración, a través de los principios 10, 20 y 22, establece que la participación de los ciudadanos, comunidades indígenas, locales y las mujeres, es indispensable para el desarrollo sostenible, lo que permitirá la utilización de los recursos del medio tanto para las generaciones presentes como para aquellas que están por surgir (Cuesta Hinestrosa, Nupan Mosquera, Ramírez Moreno, & Palacios Lozano, 2016, pág. 63).

Uno de los actores que se suman a la protección y defensa del medio ambiente y cuya participación resulta fundamental en este proceso, es la universidad. Se



espera no solo que desde las instancias estatales se busquen alternativas para la protección y el subsecuente desarrollo social de la comunidad y del individuo, además, las universidades, en tanto formadoras de profesionales, deben comprender que tienen una responsabilidad social con sus comunidades, y por ello, no solo deben implementar sistemas medio ambientales en sus instituciones, tomados generalmente de programas internacionales reconocidos para este fin, sino que, desde la dinámica misma de su quehacer y, mediante el desarrollo de las funciones sustantivas, las universidades deben propender por procesos de cambio y comprensión de lo que es, y de lo que implica actuar con respeto y responsabilidad por la protección y salvaguarda del medio ambiente.

Problema de Investigación

Por ello, pensando en esta responsabilidad, desde la universidad Católica de Oriente -UCO- nació en el año 2018 la pregunta sobre si realmente el sistema de gestión ambiental dentro de la institución cumplía con perspectivas de responsabilidad ambiental universitaria, y si realmente, desde las funciones sustantivas se incentivaba al profesional en formación para cuidar, proteger y defender los derechos ambientales y el desarrollo social que implica. De ahí entonces nace la investigación titulada “Evaluación del Impacto del Sistema de Gestión Ambiental y Educativo en la UCO: Un análisis en perspectiva de Responsabilidad Ambiental Universitaria”.

Metodología

Dado lo anterior, este artículo da cuenta de la fase explicativa teórica que permite dar insumos para el análisis práctico que se está llevando a cabo en el marco de la investigación. Por eso, esta investigación es “teórico-aplicada” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Rubio, 2006, pág. 407) pues, se configura para describir, medir, comparar y juzgar las propiedades, y porque se espera que a partir de sus aportes se pueda ampliar la comprensión en algunos aspectos de la realidad que hoy se vive, en el tema de la Justicia Ambiental y la gestión de sus recursos. Tiene además un “enfoque mixto” (Eumelia, 2004), ya que la investigación evaluativa aquí planteada, busca tener un carácter racional-analítico, a partir del cual se configura su propio modelo en la generación y recolección de información y en el procesamiento de datos, apropiando técnicas cuantitativas y cualitativas. En especial desde el enfoque cualitativo a través de la implementación de instrumentos como la observación directa, y el análisis documental, se profundiza en el tema elegido.

Esquema de resolución

Para el desarrollo de este artículo se hace uso de tres capítulos. El primero hace alusión a la justicia distributiva y retributiva y su relación con el desarrollo social y ambiental, el segundo se refiere a la relación entre la justicia ambiental, el desarrollo social y el papel de la universidad y, el tercero, reflexiona sobre la visibilidad en el territorio en clave de responsabilidad social universitaria.

1. Sobre algunas transformaciones contemporáneas en el derecho

Desde 1991, en Colombia se vive un cambio de paradigma en el derecho, todo ello producto de nuevas formas propiciadas por la Constitución y de la nueva estructura de la organización política que asume un estado más social que liberal (Constitución Política de Colombia, 1991, pág. 1).

Uno de los pilares más importantes de esta transformación y en especial de este llamado Estado Social de Derecho, se centra en la función judicial, que se encarga de efectivizar y proteger los derechos de las personas y del colectivo. Así lo afirma la Constitución Política de Colombia

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Constitución Política de Colombia, 1991, pág. 1)

Es con este presupuesto que las decisiones de los jueces, como funcionarios públicos, deben estar nutridas de argumentos contundentes y, además, deben fundamentarse en principios constitucionales que aporten a la equidad y al equilibrio social, atendiendo a principios como la publicidad, la legalidad, la independencia y la prevalencia del derecho sustancial (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 228). Así será entendida como una decisión judicial con sentido de justicia, que se pronuncia para definir la solución de un caso concreto.

Es este, un ideal de justicia más distributiva que retributiva, aunque en términos del proceso judicial, ésta no se hace tangible hasta que aparecen las constituciones materiales (Ramírez C. D., 2017). Estas constituciones surgen justamente con el reemplazo del Estado liberal de derecho y del positivismo radical fincado en la ley.



A modo de ejemplo, cuando se adopta un sentido de justicia más retributivo que distributivo, conceptos como la compensación del daño y la indemnización del perjuicio material, se aplican tomando un sentido que podría denominarse “fuerte”, en la interpretación legal, obligando a una indemnización y resarcimiento pleno e inmediato a la víctima. A diferencia, si abordamos la decisión desde un concepto de justicia distributiva, esta cuida no dañar más a la víctima, pero también cuida no ocasionar daño al dañado. En la justicia distributiva se practica el consenso de las virtudes, ello porque “utilizar la actividad aritmética como único criterio distributivo, en todos los casos, llevaría a producir una gran cantidad de injusticia” (Serrano, 2005), por tanto, se intenta además de intervenir el conflicto, la recomposición de equilibrios sociales, y por ello se requiere otro tipo de criterios interpretativos.

De esta manera, se puede hablar de una nueva concepción en el derecho, de la perspectiva de justicia, que tiene, por lo menos, dos sentidos: el primero en perspectiva de las virtudes y el segundo de constitucionalidad.

Resulta útil para entender el sentido de las virtudes, la explicación que, sobre el sentido Aristotélico de la justicia, expone (Serrano, 2005, pág. 150): “*la justicia universal representa la suma de la virtudes en las relaciones sociales, podemos decir que es la faceta social de la virtud*”. Por ello, se puede relacionar la justicia con perspectivas de equidad.

Entonces, es plausible sostener que la justicia distributiva es un tema de ponderación de principios y valores en el proceso, lo cual sigue siendo aún un misterio según (Taruffo, 2006), ya que “distribuir” exige salir de la teoría universal de la norma que formalmente asume la igualdad de las personas, para adoptar una hermenéutica a partir del caso por caso o de la teoría del particularismo, con metodologías aun no muy precisas.

Una justicia reequilibradora, exigiría entonces, la capacidad de resolver los casos como individuales, dando una interpretación diferente a la ley y la constitución según las circunstancias, y por tanto se aparta de la solución del conflicto a partir de reglas universales. Es por ello que, este tipo de justicia distributiva se percibe más creativa que interpretativa, lo cual permite entender que se ponga en duda el hecho que esta decisión pueda ser respetuosa de las leyes y de las garantías fundamentales del Derecho.

En cuanto al segundo aspecto, se entiende la justicia distributiva desde criterios constitucionales. Esto significa que el juez tramita el proceso conforme a las normas legales y de protección constitucional, y al emitir la sentencia, argumenta y motiva su decisión a partir, no solo de la subsunción, sino, además, de la ponderación. Este es un sentido de justicia que vincula, además de la ley, los principios, los

valores y la jurisprudencia y que, se corresponde, con la esencia de los Estados democráticos, sociales y constitucionales que, entre otros aspectos, exigen al juez “una actividad hermenéutica respetuosa de los derechos fundamentales y en ese sentido más creativa que la otrora jurisprudencia de intereses, defendida hace un siglo por Heck” (Troncoso Mojica, 2015).

Esto es así, porque hace parte integral de las fuentes del derecho la constitución, y con ella, los principios, los derechos fundamentales, los valores y el bloque de constitucionalidad. Este criterio de justicia contiene: “a) *un valor jurídico que preside y está presente en cualquier ordenamiento jurídico*; b) *una organización jurisdiccional institucionalizada para hacer cumplir el Derecho*; y c) *una actitud de los juristas en general, que crean, interpretan y aplican el Derecho de acuerdo a ciertos parámetros*” (Sanz, 2005, pág. 3).

Por ello, es importante que esta nueva integración normativa que, a través de la ponderación permite actuar más en criterios distributivos que retributivos, sea ampliamente conocida por los actores del sistema de justicia, pues la ignorancia en la aplicación de las normas, es uno de los criterios de “injusticia”, contrarios al principio democrático, que con mayor frecuencia pueden producirse.

En cualquiera de las dos dimensiones, la justicia en sentido de las virtudes y la justicia en sentido de constitucionalidad, es una realidad que el paradigma de la justicia, con un sentido social, está avanzando en la sociedad latina a la manera de Kuhn – *como transformación paradigmática y cultural* (Echeverría, 1999), en donde el paradigma tradicional universalista se transforma en uno nuevo donde confluyen lo particular, las dimensiones específicas del caso y la necesidad de equilibrio social.

En esta perspectiva, la transformación que hoy se vive, de la aplicación del derecho –desde una perspectiva o teoría universal a una casuística o particular– tiene un impacto directo en la decisión justa. Y ello es así, porque la sentencia requiere de un mayor cuerpo argumentativo, se nutre, más allá de la ley, con los principios y los valores constitucionales, se refiere con mayor precisión a las garantías constitucionales que nacen de la tutela judicial efectiva, por medio de la cual se integran valores como la igualdad, la verdad y la libertad.

Pero tal vez lo que crea mayor impacto, es que la sentencia gira sobre sí misma, sobre el conflicto en estudio, para asegurar la protección de los derechos fundamentales involucrados. Por ello, en la interpretación y argumentación del derecho, en el marco de un ordenamiento constitucional y social de derecho, “es menester valorar el compendio general de derechos, principios y fines que identifican la esencia del texto constitucional” (Calderón Ortega, 2014, pág. 92).



Desde esta perspectiva, la sociedad espera del Estado social de derecho, un buen servicio judicial, como servicio público esencial. En esta dimensión, la justicia debe ser eficiente para todos los grupos sociales, participativos, oportunos y eficaces, con lo que se impide el menoscabo de las garantías constitucionales y de los derechos en disputa.

Pero hay un aspecto adicional en esta perspectiva social de la justicia del caso por caso: la esperanza fundada de un mayor equilibrio social cuando se transforme el modelo liberal del dejar hacer-dejar pasar. Hay un sentimiento colectivo de que el juez del Estado social debe trabajar en cada proceso una perspectiva de equilibrio económico, modelando la norma sustancial en el sentido de que lo prioritario no es la propiedad privada y los derechos económicos, sino los derechos fundamentales.

En otras palabras, si bien “*los mercados se basan en sistemas de derechos de propiedad y uso y distribución de recursos definidos y respaldados estatalmente, como afirmaba Karl Polanyi, no hay nada de natural en el laissez-faire*”, (Turégano, 2010, pág. 145). Si ello es así, el dejar hacer- dejar pasar (*laissez-faire, laissez passer*), ya no es un limitante para el juez, las consecuencias económicas del relacionamiento de los mercados –en cualquier sentido– pueden ser reinterpretadas por la sentencia. En este sentido, se espera que la justicia del Estado reduzca, en alguna medida, la desigualdad social, que fue connatural al Estado liberal pero que es un parámetro de medición contrario, en un Estado social de derecho.

Alrededor de estas ideas, las teorías de los derechos fundamentales avanzan con seguridad, para integrarse en las normas jurídicas. Las constituciones contemporáneas (Taruffo, Oteiza, Nieva, Priori, & Ramirez, 2018) tienen múltiples secuencias de normas sobre principios y derechos fundamentales que propician una discusión permanente, sobre los mínimos vitales de las personas y también sobre los límites que se deben gestar en derechos como la calidad de vida, la dignidad humana, la vivienda, el trabajo, la salud y la educación.

Estos derechos también llamados sociales, económicos y culturales, a la par con los ambientales y colectivos, se insertan en la discusión jurídica, no sólo a través de la acción de tutela, sino también en procesos ordinarios tales como ejecutivos, cognitivos, laborales y de familia, y de esta manera son la base para que el Estado propicie en la sociedad –como parámetro de justicia social– lo que se ha denominado “un sistema económico justo al determinar en la propiedad una función social” (Sentencia C-006, Corte Constitucional. La Sala Plena, 1993).

Esta propuesta del sistema económico justo, que hoy es una propuesta en construcción, surge en términos de la Corte Constitucional colombiana (Sentencia C-006, Corte Constitucional. La Sala Plena, 1993), al interpretar desde la carta política principios del derecho ordinario como el derecho de propiedad, la iniciativa

privada, la inversión extranjera, el principio de libertad de empresa vs la intervención estatal, entre otros principios y derechos.

Es decir, desde la perspectiva de la justicia distributiva, la Corte Constitucional tiene la posibilidad de superar la idea clásica de que por el solo hecho de estar dentro de un Estado democrático la salvaguarda de los derechos humanos debe darse a partir de una concepción igualitaria de la ley.

Esta idea que proviene del liberalismo tradicional ha llevado a que se pongan en la misma balanza la diversidad de condiciones en las que se pueden encontrar disímiles individuos y comunidades, generando procesos dinámicos de desigualdad constantes como los acaecidos en la tradicional defensa del derecho a la propiedad, a través de la cual, el factor económico ha devenido más importante que las condiciones materiales y culturales de vida de muchas comunidades (Gómez, 2018).

En este sentido, en la actualidad la Corte Constitucional admite que confluyen diversidad de modelos sociales y económicos en Colombia, y dentro del modelo de justicia distributiva, aquello debe llevarla a trabajar sobre límites del bien común, atendiendo que la propiedad privada tiene una función social (Sentencia T-380, 1993).

En esta perspectiva, es posible sostener que la justicia de la decisión es un concepto que está relacionado directamente con la interpretación del derecho ordinario, a la luz de los derechos fundamentales y de la correcta aplicación de las garantías constitucionales, que confluyen en la tutela judicial efectiva, la cual, además, es reconocida como garantía en la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Así pues, hacer real la tutela judicial efectiva en la decisión de los jueces en aras de mantener dignas condiciones de justicia, se relaciona directamente, con dos principios en la sentencia: La razonabilidad y la publicidad de la decisión. En cuanto al principio de razonabilidad, este también se relaciona con la motivación y la valoración racional de la prueba, pues se espera que la decisión del juez asigne el derecho sustancial en una interpretación argumentada, enuncie los hechos que sustentan el caso, pero, lo más importante, los declare verdaderos, esto es probados. Todo ello imprime validez y universalidad a la sentencia. (Sentencia T-406, 1992)

En otra dimensión, el principio de publicidad, de acuerdo con (Ramírez D., 2008), como eje nodal de la tutela judicial efectiva, tiene una importante vertiente, que se relaciona de forma directa con el derecho democrático que tienen las partes, a influir en la decisión final del proceso.

Esto en términos de derecho fundamental significa derecho de defensa y derecho de contradicción, por ello no se hace referencia solamente a la publicidad



formal que se da en las audiencias públicas y la prohibición de secreto; sino del diálogo fluido entre los sujetos procesales, y en especial, se trata de la claridad de la decisión, de no utilizar términos técnicos lejanos al ciudadano y de explicar de manera adecuada las inferencias que se construyan, lo que lleva a la máxima comprensión por el ciudadano.

Esto, según (Trocker, 1974), significa una nueva concepción del objeto del proceso, que asume la garantía de la defensa, no como oposición o resistencia de la acción, sino como una posibilidad de influir en la decisión que tomará el juez. Este influir, por supuesto, se refiere a que las partes utilizan adecuadamente las formas que les son dadas por el método procesal, sin lugar a ningún sesgo impuesto por el juez.

En el mismo sentido (Macedo & Peixoto, 2014), al analizar el nuevo código procesal de Brasil, explica que es necesaria la construcción de un nuevo modelo de proceso, capaz de absorber la concepción de un derecho, que sea al mismo tiempo problemático y dirigido a buscar soluciones correspondientes con los derechos fundamentales. Es lo que se denomina un proceso cooperativo en contraposición con los modelos, inquisitivo y dispositivo.

Desde estas perspectivas, la tutela judicial efectiva se hace realidad en el proceso, cuando se asume como herramienta cooperativa de solución de conflictos y, además, cuando la sentencia del juez deja de ser un acto de poder para convertirse en un acto de colaboración (Macedo & Peixoto, 2014).

Entonces, sobre la lógica del Estado social de derecho, la sentencia de los jueces, aún en procesos de conocimiento, debe nutrirse además de la ley, de principios y de derechos fundamentales. En especial, debe hacer gala de la materialización de los derechos fundamentales, derechos que, como los ambientales, hacen parte de los más controversiales y complejos, en la medida que su protección y garantía es fundamental para la conservación de la vida humana, pero a su vez, es del medio ambiente de donde se extraen las materias primas para la dinámica de producción que requiere la sociedad de consumo que hoy se extiende a escala global, y a veces en dinámicas desenfrenadas, lo que a su vez, por supuesto, causa potenciales daños medioambientales, creándose así un círculo vicioso, que con toda esta integración normativa, se espera transmutar en virtuoso.

2. Sobre la justicia ambiental y el desarrollo social

Como se ha explicado, el proceso humanizado, que es promovido por el derecho contemporáneo en formas colaborativas y garantistas, propicia la integración en la sentencia de conceptos como la justicia, que entre otras cualidades materializa la

protección permanente de los derechos fundamentales; ellos se hacen presentes, aún por sobre la ley.

En esta perspectiva, como consecuencia de un tema estudiado en la contemporaneidad, la justicia asume una vertiente bastante moderna, esta se refiere a la justicia articulada a temas ambientales. Y es que como lo exponen (Gómez Betancur & Castellanos Restrepo, 2014) existe una relación muy cercana entre el derecho al desarrollo y el derecho al medio ambiente. Nacida recientemente, en 1986, la declaración sobre el derecho al desarrollo (Declaración Sobre el Derecho al Desarrollo, 1986) implica un derecho colectivo, que re-significa la facultad de los pueblos para participar, como legítimos soberanos, en la determinación de las condiciones de existencia y convivencia desde el punto de vista jurídico-político (poder constituyente), económico, cultural y social, que permita el disfrute de los derechos fundamentales de carácter colectivo, entre ellos el del medio ambiente (Isa, 1999).

Por ello, la justicia ambiental es un concepto novedoso, que regula la conducta de los seres humanos con su entorno:

“ofrece varios elementos: los normativos o regulatorios en torno a la acepción que reglamenta la conducta de los hombres, pero a su vez se insertan en este estatuto las posturas políticas imperantes y la participación de la comunidad, dejando, por último, clara la relación del hombre con la naturaleza, lo que en términos generales conocemos como el derecho a un medio ambiente sano; sin embargo, la conceptualización es mucho más profunda y con tendencias holísticas” (Ramírez G., Galindo M., & Contreras S., 2015, pág. 231).

Es una variable importante de la justicia ambiental, el desarrollo social, y este a su vez se configura en un caleidoscopio de perspectivas, ellas van desde:

Encontrar soluciones a las desigualdades generadas por el empobrecimiento que han sufrido los países que hacen parte de lo que se conoce como Bloque Sur o países subdesarrollados, en materia de sus bienes naturales (...hasta...) la desigualdad en el consumo, en donde la estrategia para disminuir o eliminar la situación ambientalmente injusta, debe enfocarse hacia los grandes consumidores (Bellmont, 2012, pág. 29)

A todas estas dimensiones se enfrenta el juez cuando debe decidir procesos, donde de manera directa o indirecta, se discuta sobre estas circunstancias. Son pues muy diversos los componentes que se pueden abordar en la justicia ambiental para el desarrollo social, los enfoques surgen desde la organización política y los derechos fundamentales, hasta las relaciones jurídicas interpersonales que se entretajan en la sociedad, con la finalidad de crear empresa, empleo y bienes de uso común. Es por ello que, con todas las dimensiones de la justicia ambiental, se entretaje también

la política pública de orden mundial, como los ODS –objetivos del desarrollo sostenible– que contienen varios indicadores que se relacionan con la justicia y con el desarrollo social (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD-, 2018). Sobre ellos la función judicial ha de reflexionar, de manera permanente, durante sus actividades cotidianas, con la finalidad de que sean visibles en las decisiones de los jueces, así se influye en el cambio de paradigma global.

Los objetivos del desarrollo sustentable, como reducir la desigualdad en y entre países; lograr ciudades y asentamientos humanos, seguros, sostenibles y resilientes; la producción y consumo responsables; adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos; gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras, y detener la pérdida de la biodiversidad (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD-, 2018), son elementos o componentes del diario devenir judicial, de muy diversas formas y por tanto, sobre ellos, todo juez debe pronunciarse a partir de los procesos de conocimiento que deba decidir, para poco a poco construir uno de los objetivos más importantes, *lograr sociedades justas, pacíficas e inclusivas* (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD-, 2018).

En este sentido, desde la justicia ambiental se tejen conectores hacia el desarrollo social y sus implicaciones. Son múltiples los estudios que se han adelantado, para dar enfoque a estas necesidades del hombre contrapuestas, de un lado por las necesidades de éxito económico y por el otro de una sociedad en equilibrio solidario.

Alicia Bárcenas, secretaria ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-, advierte que a nivel mundial se han superado ya por lo menos cuatro de los nueve límites ecológicos. Según la (Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-, 2018), la secretaria ejecutiva realizó un análisis sobre el contexto socioeconómico y ambiental a nivel global, que aborda las principales tendencias y brechas estructurales que caracterizan el desarrollo de América Latina, en especial la desigualdad imperante y la cultura del privilegio (Sunkel, 2006), pero también, destacando el cambio climático, pues las concentraciones atmosféricas de dióxido de carbono no deberían superar las 350 partes por millón (ppm) y existe un reporte de 400 ppm; la extinción de especies y pérdida de biodiversidad, ya que, por ejemplo, en África, ya el 84% de las especies están extinguidas. La deforestación que tiene hoy el mudo con un solo 62% de bosques originarios; los pilares económico, social y ambiental del desarrollo, ya que en la actualidad, se muestra un agotamiento de estos factores, expresado en contracciones de la tasa de crecimiento del PIB y del comercio; finalmente, el incremento de los niveles de desigualdad mediante la inadecuada redistribución de los ingresos que beneficia a la élite y perjudica en mayor medida a la clase media y baja mundial (Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-, 2018).

Análisis como el de la CEPAL, llevan a una reflexión interdisciplinaria sobre los principios de orden constitucional que dinamizan el desarrollo social o, por lo menos, que intentan crear unas líneas de “maximización probable” a partir de las relaciones entre las personas y las herramientas para el enriquecimiento y el desarrollo social. Respecto a estas variables, la Carta Política contiene normas que definen la libre autonomía de la voluntad y la libertad de iniciativa privada, pero a su vez se enuncian otras que regulan los impactos al ambiente, y se antepone para ello un principio general que se denomina el principio de intervención del Estado.

En este sentido ha dicho la Corte Constitucional:

La voluntad privada y como consecuencia de ella, las libertades contractuales gozan entonces de garantía constitucional. Sin embargo, (...) aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas (Sentencia SU-157, 1999).

Por ejemplo, la libre autonomía de la voluntad y la iniciativa privada, están reguladas en la Constitución Política como actividades libres “dentro de los límites del bien común, que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades y que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones” (Constitución Política de Colombia, 1991). Por ello se han generado pronunciamientos de la Corte Constitucional, que dan cuenta de una concepción contemporánea de la interpretación de estos principios, que

lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado (Sentencia SU-157, 1999).

En esta perspectiva de la libertad de empresa regulada y de la competencia económica con responsabilidades, se impactan varios derechos ambientales, que como afirma la CEPAL (2018), son de interés global.

Consecuentemente con esto, la Carta Política en su artículo 95, dispone:

el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. (...) 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano. 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (Constitución Política de Colombia, 1991).

Sumado a lo anterior Colombia cuenta además con regulación especial en las leyes que ordenan la protección del derecho de las personas a gozar de un ambiente



sano, como lo consagra la Constitución Política en el artículo 79 (Constitución Política de Colombia, 1991).

En igual sentido, indica la Constitución Política, en el artículo 80, que el Estado deberá planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, lo cual también está regulado por el legislador en normas como la (Congreso de la República, 1996) y la (Congreso de la República, 1997).

Todo un conjunto normativo para Colombia que, si bien impulsan los objetivos de la justicia social y la protección al medio ambiente, requieren de grandes esfuerzos hermenéuticos, donde la ponderación de principios permita a su vez que fluya, lo que se ha denominado el desarrollo económico justo para el país.

Así pues, la Corte no acoge de manera específica un sistema o modelo económico impuesto, sino que además le otorga un amplio margen de discrecionalidad al legislador, con el llamado de que se debe atender lo consagrado en el preámbulo y en las normas constitucionales. En esta perspectiva se entiende que la intervención estatal –desde diversos ámbitos incluyendo la sentencia de los jueces– es un imperativo para conseguir la racionalidad en los procesos económicos, como lo indica el artículo 334 de la Constitución Política (Constitución Política de Colombia, 1991), debido a que en un Estado Social de Derecho resulta muy importante la protección de los derechos económicos de los individuos, para el éxito mismo del estado, con el propósito de que se promueva la prosperidad general sin olvidar el gasto social.

Todo ello tiene relación con el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población como finalidades esenciales y sociales del Estado, es decir, tiene que ver con el desarrollo social, con la solución de las necesidades insatisfechas de las personas en temas como la salud y la educación, pero también en saneamiento ambiental y agua potable. De aquí surge la necesidad de estudiar los impactos ambientales en diversos niveles¹, teniendo en cuenta que las acciones se deben apropiar en lo local y en lo cotidiano (Sentencia C-006, Corte Constitucional. La Sala Plena, 1993)

Y es en este enfoque de contexto, donde aparece también implicada la academia. Una apuesta real por la justicia distributiva, implica que, se vaya más allá del conjunto normativo para impulsar los objetivos de la justicia social y la protección

¹ En una concepción biocéntrica de la sociedad no se puede separar al ser humano de la naturaleza, la función ecológica de la empresa pretende garantizar la calidad de vida de las personas, la protección de los recursos naturales y la implementación del principio del desarrollo sostenible. intenta proteger el entorno, los ecosistemas, en aras de lograr hacer efectivos los derechos ambientales.

al medio ambiente, la educación ambiental, especialmente en las Instituciones de Educación Superior cobra real importancia para el desarrollo social y por ende, la justicia ambiental en el país, pues la complejidad de estos temas requiere de la participación y difusión consciente en el nivel educativo.

Educación en conciencia ambiental, en responsabilidad social y empresarial, en el uso adecuado de los bienes y servicios, en la reutilización y el reciclaje, requiere un Estado comprometido con el desarrollo social y la justicia ambiental, o lo que es igual, un Estado que actúe como un Estado social de derecho que, sin desconocer la importancia de la propiedad privada para el desarrollo económico dentro de los gobiernos liberales, logre la racionalidad económica que haga posible fortalecer los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

En tal sentido, las prácticas ambientales, implantadas en un determinado modelo de gestión empresarial o universitario, se deben sumar a una educación efectiva en responsabilidad social y ambiental, lo cual tiene como objetivo establecer el rol del hombre como actor político, cultural, social y creativo, en relación amigable con el ambiente. Un punto fundamental para ello es entonces que el Estado consciente de su papel, fortalezca estos contenidos dentro de sus disposiciones ambientales y genere estrategias para que las diferentes empresas públicas y privadas asuman esta responsabilidad social.

De esta forma, el concepto de justicia ambiental requiere además el abordaje de concepciones propias de la Responsabilidad Social, toda vez que requiere de parte de los actores sociales y empresariales, la implementación de medidas de mitigación, prevención, reparación y compensación, frente a los impactos ambientales, que desde una perspectiva de sostenibilidad conllevan además impactos socioeconómicos (Alier, 2008).

Por todo lo expuesto, se puede concluir que la justicia ambiental y el desarrollo social, son objetivos complejos para una sociedad. En su alcance confluyen políticas estatales, normas constitucionales, leyes y pronunciamientos de las altas cortes.

Para lograr una justicia ambiental, en concordancia con el desarrollo social, es determinante un cambio de cultura a gran escala, un trascender estatal que no se circunscriba a la norma, en el que los jueces entiendan que la justicia, hace y debe hacer parte de sus decisiones cotidianas, en especial, teniendo en cuenta el modelo de justicia contemporánea del país.

Lograr la justicia ambiental, requiere reflexionar sobre la mejor manera de alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible, implica que las instituciones de educación superior, además de tener modelos de gestión formal de la calidad ambiental, apliquen al modelo educativo prácticas ambientales que inician con



habilidades de pensamiento crítico y ético para todos y cada uno de los programas académicos que ofertan.

En la búsqueda de la justicia social, la educación es, sin lugar a duda, un pilar fundamental:

La educación es el instrumento válido para superar el proceso de exclusión, y a su vez, el elemento más importante para hablar de inclusión y propender por una igualdad cualitativa. Sin embargo, su dimensión varía acorde a los objetivos propuestos por el Estado. Si realmente se pretende una ciudadanía activa, en el marco de una sociedad libre y democrática, es necesario que el Estado, desde las instituciones educativas, tienda por la formación cívico política con ética de las personas y promueva el interés por los asuntos públicos, instruyendo verdaderos ciudadanos (Clávijo Cáceres & Agudelo Ibáñez, 2014).

La justicia ambiental, es un derecho que le corresponde disfrutar a las nuevas generaciones. Por todo ello, es plausible sostener que las acciones ambientales responsables permiten un desarrollo social en el que confluyan tanto el éxito económico como la equidad, ambos componentes esenciales del Estado social de Derecho.

Emerge así un nuevo paradigma, que implica necesariamente un encuentro entre el derecho y la educación. Más no cualquier educación, sino una educación que propenda por la formación ética y cívico-política de los ciudadanos, quienes se interesen en los asuntos públicos, para que, desde la academia, la institucionalidad, pero también, desde sus vidas individuales, participen de la construcción de una justicia ambiental.

3. Visibilidad en el territorio, una construcción en clave de responsabilidad social en la educación superior

Es importante recordar que en el ordenamiento jurídico colombiano la educación ha sido considerada como un derecho fundamental, de conformidad con el artículo 67 de la Carta de Derechos. “De esta forma, la Carta Política consagra que la educación es un derecho y un servicio público cuya prestación es responsabilidad del Estado conforme a las exigencias de la sociedad y la familia” (Flórez López, 2016, pág. 116).

En este orden, si dentro del paradigma de la justicia distributiva se busca una asignación mejor o más favorable de los beneficios para la sociedad, y si este paradigma es aquel, que busca imponerse dentro de la justicia colombiana para la garantía del desarrollo social y su indispensable derecho al medio ambiente (sin el cual no podría ser el primero), el Estado como constructor de políticas educativas

tiene el reto de generar dinámicas que conlleven a la promoción y salvaguarda de estos derechos.

Sin embargo, mientras esto ocurre materialmente, es un deber de la Universidad, en tanto instancia formadora de profesionales integrales, tener presente que la responsabilidad social es un tema connatural a su existir, ya que en ella se relaciona y se destaca lo humano, especialmente cuando se adopta en el sentido de ser responsable de la calidad de sus graduados, en “su” territorio, de sus gentes, de sus jóvenes y de sus oportunidades de igualdad laboral.

En esta perspectiva de responsabilidad social universitaria, relacionada con la educación integral, no cabe duda, que lo humano es asimilable en una sociedad y a la realización efectiva de los derechos fundamentales. Dice (Ferrajoli, 2006) que “la paz, como advierte el preámbulo de la Declaración Universal de 1948, tiene por “fundamento” la garantía de los derechos humanos “de todos los miembros de la familia humana” (pág. 116) Y así lo humano, es el reconocimiento universal de la igualdad con el otro.

Y es que el humanismo debe partir y llegar al reconocimiento del otro sin importar procedencia, diferencias o capacidades. El “otro”, debe ser respetado como un ciudadano con derechos reales para disfrutar la vida, el trabajo, la salud y la familia (Casanova, 2004). En este orden, el reconocimiento del “otro” o de “lo otro”, siguiendo a Sousa, es entendido como el principio filosófico de alternar o cambiar la propia perspectiva por la del otro, considerando y teniendo en cuenta su punto de vista, su concepción del mundo, intereses e ideología y, no dando por supuesto que la perspectiva personal –de uno– es la única posible (Sousa, 2011). La idea de la otredad plantea que una persona se forma a través de la interacción con el otro, y desde ahí, puede conocer aspectos del otro que antes no sabía, creando imágenes e ideas sobre el otro que antes se desconocían, lo que permite, de esta manera, llegar al reconocimiento del otro.

De ahí que, solo en el logro de este reconocimiento, la educación se convierte en un pilar fundamental. La ausencia de sensibilidad por el otro, se traduce en ausencia de sensibilidad por el colectivo y en mayor medida por los bienes de la vida, como el medio ambiente, que finalmente se convierten en objetos de uso y de abuso.

Hoy la violencia se recrudece a través del terrorismo en muchos lugares del planeta, los delitos contra los niños crecen, y la ciencia alerta sobre la sostenibilidad del planeta, porque sobrepasamos la capacidad mundial de absorción de desechos, y también porque los patrones de producción y consumo en la sociedad son fenómenos que se dirigen en contravía del desarrollo social (Eco, 2016). Parecería que la sociedad evita sistemáticamente la zona de sostenibilidad y de equilibrio entre el individuo, el colectivo y el ambiente. De ahí que sea un imperativo comprometer

la educación superior para trabajar con criterio social, pues la responsabilidad tiene múltiples aristas de reflexión.

Cuando la universidad enfoca el desarrollo social desde su quehacer educativo, se centra principalmente en dos estructuras: cobertura y calidad. La ampliación de cobertura en la educación superior en América Latina ha mejorado, no así la calidad que se mide con un aprendizaje real y efectivo, pues tal como lo indica el informe sobre Educación en América Latina, “los países latinoamericanos se han dado a la tarea de expandir la cobertura de sus sistemas educativos, un progreso significativo en la región. Sin embargo, la calidad del aprendizaje no ha sido el esperado y mucho menos para el nivel competitivo que actualmente existe en el mundo” (Mundiario, 2016, pág. 1).

Esto significa que la educación se multiplica, y por ello se mide en la cobertura, pero hay otro lateral de la educación que se rezaga: la calidad. El olvido de la calidad juega en contra de la integralidad de la educación, de la dignidad del ser humano, en contra de sus derechos más básicos, pues, es a través de la educación que cada joven aspira a la igualdad de oportunidades con el otro y en su entorno.

A todo ello se suma una época de extremos, cuando se reflexiona sobre la responsabilidad social y el humanismo. La Universidad colombiana, habita una sociedad repleta de contradicciones, como diría (Vallaes, 2008), porque la calidad e incluso la cobertura, están en una zona de peligro, pues aún en la región y en el mundo, se está construyendo estabilidad social:

- En Colombia, la industria y los macroproyectos, fueron impulsando un desarrollo económico. No obstante, aún falta fortalecimiento en el sector industrial y comercial, en reconocimiento del potencial de infraestructura y ubicación con que cuenta la región, reflejadas en corredores industriales.
- En la década de los 90 los golpes de violencia devastaron muchos corregimientos y municipios. Hoy se avanza en la reconstrucción de tejido social, con la implementación de los procesos de paz -con los paramilitares en el año 2005 y con las FARC en el año 2015.
- Hoy se experimenta un positivo retorno de las víctimas al territorio, donde se han implementado programas de memoria, de perdón y reconciliación con la participación de la Universidad se tendrá que fortalecer la perspectiva de la humanización del conflicto y el respeto de los DIH.
- En igual medida, el país sufre problemas “globales” de daño ambiental, un espejo de lo que ocurre en el mundo en cuanto a la deforestación, la emisión de tóxicos y la minería ilegal que profundiza la desigualdad, entre

otras problemáticas inminentes y actuales. Aspectos inusitados que deben ser parte de la agenda educativa.

Sobre este contexto, hacer de la responsabilidad social una realidad material y vívida, es el gran reto de la educación superior, en un aporte real y efectivo a la justicia ambiental y el desarrollo social.

La meta es propiciar ambientes y entornos educativos que aporten a la construcción de profesionales exitosos, evitando a toda costa, que el impacto negativo de las huellas del pasado violento se convierta en el impulsor de la juventud. La responsabilidad social, es una de las líneas estratégicas que propician los procesos de desarrollo integral de manera articulada para la equidad social, la inclusión, la participación ciudadana y la autonomía territorial.

En estos ideales de transformación social es importante resaltar:

- Una conexión permanente de las profesiones con la región y sus habitantes, con el ciudadano, con el campo y con el campesino, un entorno territorial en directa y permanente relación con el ambiente y el desarrollo social.
- Una investigación que se ocupe de los problemas inmediatos de la región y sus pobladores, aportes de innovación a la articulación del territorio, para el crecimiento de los municipios, de las empresas y de las industrias.
- Una extensión y proyección social, como un conjunto de estrategias para la interacción real y permanente con la sociedad, para la inclusión e intervención de problemas locales, regionales y nacionales.
- Se suman a estos objetivos, las estrategias de internacionalización que le permitan a toda institución de educación superior, adoptar una mirada global de los contextos que la rodean y de sus necesidades.

En esta medida, la educación superior (representada en las instituciones de educación superior) es un actor que se debe relacionar de manera directa y permanente con el desarrollo social, para ello, precisa responder a las tendencias mundiales y aportar de manera eficiente a la construcción de una justicia social.

Resultados de la investigación

Con los análisis logrados en la fase teórica, se demuestra la validez de la hipótesis que se desarrolla en los postulados finales frente a la resolución del problema jurídico: La justicia ambiental tiene una estrecha relación con el desarrollo social, y ambos pueden ser positivamente impactados a partir de la actividad del sector justicia y, en especial, del cumplimiento de los propósitos de educación integral que



debe centrar su materialidad en la humanización y sensibilidad de los profesionales, hacia el cumplimiento de los objetivos del desarrollo sustentable.

Conclusiones

Se presenta aquí un trabajo interdisciplinar que, da cuenta de la complejidad profunda de términos como justicia ambiental y desarrollo social, al interior de entornos como la educación superior. Este ha sido un análisis que deja aportes sobre la importancia de trabajar en equipo con visiones plurales, para establecer perspectivas diversas de análisis, entre ellas:

En la lógica del Estado social de derecho, la sentencia judicial cumple una importante labor social de construcción de tejido humano, para hacer gala de la materialización de los derechos fundamentales que, como los ambientales, hacen parte de los derechos más controversiales y complejos, en la medida que su protección y garantía es fundamental para la conservación de la vida humana.

Los derechos ambientales se deben proteger, porque forman un circuito, fundamental, para el desarrollo social. Es un imperativo proteger el medio ambiente porque de allí se extraen las materias primas para la dinámica de producción que requiere la sociedad de consumo, que hoy se extiende a escala global, lo que, a su vez, causa serios daños medioambientales. Es un imperativo intervenir y proteger este círculo, para convertirlo en virtuoso.

La justicia ambiental y el desarrollo social, son objetivos complejos para una sociedad que, como la contemporánea, avanza decididamente a lograr los objetivos del desarrollo sustentable. En su alcance confluyen políticas estatales, normas, pronunciamientos de jueces y otras estructuras culturales. Por ello, para lograrlas, es determinante un cambio a gran escala, un trascender que incluya desde la política hasta la educación superior, en diversas modalidades de gestión y materialidad. Esto es así porque la justicia ambiental y el desarrollo social son derechos humanos colectivos que les corresponde disfrutar a las nuevas y futuras generaciones.

Emerge así un nuevo paradigma, que implica necesariamente un encuentro entre el derecho y la educación. En esta medida la educación superior es un actor que se relaciona de manera directa y permanente con el desarrollo social a través de todas y cada una de sus actividades en el territorio de influencia, lo cual aglutina grupos sociales, geografía biodiversa y política pública, entre otros. La justicia social y el desarrollo social, tienen su cuna en un compromiso educativo de País.

Referencias

- Alier, J. M. (2008). Conflictos ecológicos y justicia ambiental. *Revista Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*(103), 11-28. Obtenido de http://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/revista_papeles/103/papeles_103.pdf
- Bellmont, Y. S. (2012). El concepto de justicia ambiental: reflexiones en torno a la jurisprudencia constitucional colombiana del siglo XXI. (*tesis de posgrado*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Obtenido de <http://bdigital.unal.edu.co/8706/1/905060.2012.pdf>
- Calderón Ortega, M. A. (2014). Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 71-97. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/80>
- Casanova, M. P. (2004). El reconocimiento del otro como base del discurso democrático. *Fermentum*(40), 265-284. Obtenido de http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/20537/articulo_2.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Clávijo Cáceres, D., & Agudelo Ibáñez, S. (2014). Despolitización de la ciudadanía: una mirada desde el proceso de exclusión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 183-208. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/382>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-. (20 de Agosto de 2018). *La humanidad ha superado cuatro de los nueve límites ecológicos del planeta: CEPAL*. Obtenido de Comisión Económica para América Latina y el Caribe: <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-humanidad-ha-superado-cuatro-nueve-limites-ecologicos-planeta-cepal>
- Constitución Política de Colombia. (Julio de 20 de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C, Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Cuesta Hinestrosa, L., Nupan Mosquera, M. I., Ramírez Moreno, S., & Palacios Lozano, L. G. (2016). El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales: ¿una garantía para la protección del medio ambiente? *Revista Academia & Derecho*, 7(12), 53-86. Obtenido de <http://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/download/318/251/>
- Declaración Sobre el Derecho al Desarrollo. (4 de diciembre de 1986). Organizació de las Naciones Unidas. New York, Estados Unidos: Resolución 41/128. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/righttodevelopment.aspx>
- Echeverría, J. (1999). *Introducción a la metodología de la ciencia: la filosofía de la ciencia en el siglo XX* (1 ed.). Barcelona: Barcanova Temas Universitarios. Obtenido de https://eva.udelar.edu.uy/pluginfile.php/979830/mod_resource/content/1/

- Echeverr%C3%ADa%20Javier%20-%20Introducci%C3%B3n%20a%20la%20metodolog%C3%ADa%20de%20la%20ciencia.pdf
- Eco, U. (2016). *De la estupidez a la locura: crónicas para el futuro que nos espera*. Milan: Lumen.
- Eumelia, G. M. (2004). *Diseño de proyectos de la investigación Cualitativa* (1 ed.). Medellín, Colombia: Fondo Editorial Universiad Eafit.
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*(15), 114-136. doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2006.15.5772>
- Flórez López, J. (2016). La política Pública de educación en Colombia: gestión del personal docente y reformas educativas globales en el caso Colombiano. *Revista Academia & Derecho*, 7(13), 309-332. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/313>
- Gomez Betancur, M. (2019). El sistema Interamericano de Derechos Humanos, sus sentencias y su eficacia. *Verba Iuris*, 14(41), 135-150. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4664>
- Gómez Betancur, M. A., & Castellanos Restrepo, J. C. (2014). El desarrollo como derecho. Una perspectiva histórica de su consagración jurídica internacional. *Revista de la Facultad de derecho y ciencias políticas*, 44(121), 503-526. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v44n121/v44n121a04.pdf>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Rubio, P. (2006). *Metodología de la Investigación* (1 ed.). México D.F, México: McGrawhillinteramericana Editores S.A. Obtenido de <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38911499/Sampieri.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1557033664&Signature=53p2WJrfKskkAvfBa%2FiX37YswYE%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DSampieri.pdf>
- Isa, F. G. (1999). *El Derecho al Desarrollo como Derecho Humano en el Ámbito Jurídica Internacional*. (1 ed.). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Ley 304. (5 de Agosto de 1996). Congreso de la República. *Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo para la Creación del Instituto Interamericano para la investigación del Cambio Global, IAI, suscrito en Montevideo el 13 de mayo de 1992*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 42.852, de 9 de agosto de 1996. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1658016>
- Ley 366. (17 de Marzo de 1997). Congreso de la República. *Por la cual se regula la liquidación, retención, recaudo, distribución y transferencias de las rentas originadas en la explotación de metales preciosos y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 43.004 del 17 de marzo de 1997. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0366_1997.html
- Macedo, L. B., & Peixoto, R. M. (2014). *Ônus da prova e sua dinamização* (2 ed.). Salvador, Brasil: Editorial JusPodivm.

- Mundiario. (23 de Agosto de 2016). *El problema en la educación de América Latina ya no es la cobertura, es la calidad*. Obtenido de <https://www.mundiario.com/articulo/sociedad/problema-educacion-america-latina-no-cobertura-calidad/20160823223149066066.html>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD-. (2018). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Obtenido de <http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>
- Ramírez G., S. J., Galindo M., M. G., & Contreras S., C. (2015). Justicia ambiental: Entre la utopía y la realidad social. *Revista Culturales*, 3(1), 225-250. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/694/69438994008.pdf>
- Ramírez, C. D. (2017). *Tutela judicial efectiva: El reto de la justicia de pequeñas causas* (Vol. 7). Medellín, Colombia: Revista de la Maestría en Derecho Procesal. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/19176>
- Ramírez, D. (2008). *La prueba de oficio* (1 ed.). Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia. Obtenido de https://bdigital.ueexternado.edu.co/bitstream/001/656/1/GDA-spa-2008-La_prueba_de_oficio_una_perspectiva_para_el_proceso_dialogico_civil.pdf
- Sanz, M. R. (2005). *El mito de la justicia: entre Dioses y Humanos* (11 ed.). Tarragona, España: Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho. Obtenido de <https://www.uv.es/cefd/11/ruiz.pdf>
- Sentencia C-006. (18 de enero de 1993). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: demanda No. D-060. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-006-93.htm>
- Sentencia SU-123. (15 de noviembre de 2018). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P: Alberto Rojas Ríos, M.P: Rodrigo Uprimny Yepes*. Bogotá D.C, Colombia: Expedientes T-4296682. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU123-18.htm>
- Sentencia SU-157. (10 de marzo de 1999). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes T-153.327 y T-152.413 (acumulados). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU157-99.htm>
- Sentencia T-380. (14 de octubre de 1993). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá, D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-13636. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-380-93.htm>
- Sentencia T-406. (5 de junio de 1992). Corte Constitucional. La Sala Primera de Revisión. *M.P: Ciro Angaita Barón*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-778. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

- Serrano, E. (2005). La teoría aritotélica de la justicia. *Revista Isonomía*(22), 124-160. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n22/n22a6.pdf>
- Sousa, E. (2011). La espacialidad urbana en una metrópoli prematura: Su visión imaginaria desde la otredad. *Cuadernos del Cendes*, 28(76), 23-47. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/403/40319833003.pdf>
- Sunkel, O. (2006). En busca del desarrollo perdido. *Revista Latinoamericana de Economía*, 37(147), 13-44. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/118/11820100002.pdf>
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Bogotá D.C: Editorial Temis.
- Taruffo, M., Oteiza, D., Nieva, J., Priori, G., & Ramirez, D. (2018). *Los principios procesales de la justicia civil*. Lima: Palestra.
- Trocker, N. (1974). *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano* (Vol. 12). Italia: A. Giuffrè.
- Troncoso Mojica, J. A. (2015). El precedente judicial y el principio de legalidad penal en la contratación pública colombiana. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 91-118. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/download/350/274/>
- Turégano, I. (2010). Justicia global: los límites del constitucionalismo. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*(1), 202-206. Obtenido de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2174>
- Vallaes, F. (2008). *¿Qué es la responsabilidad social universitaria?* (1 ed.). Monterrey: Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de <http://creasfile.uahurtado.cl/RSU.pdf>
- Wackernagel, M., & Rees, W. (2001). Nuestra huella ecológica: Reduciendo el impacto humano sobre la Tierra, IEP. *Revista Latinoamericana Polis*, 4, 207. Obtenido de <https://journals.openedition.org/polis/pdf/7216>

La objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia*

Conscientious objection to the voluntary termination of pregnancy in Colombia

Recibido: Septiembre 18 de 2018 - Evaluado: Noviembre 28 de 2018 - Aceptado: Diciembre 06 de 2018

William Javier Salazar Medina**
Ricardo Hernán Medina Rico***

Para citar este artículo / To cite this article

Salazar Medina, W. J., & Medina Rico, R. H. (2019). La objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 10(18), 105-126.

* El presente artículo hace parte del proyecto de la línea de investigación Problemas actuales del derecho Penal del Grupo de Investigación en Derecho Penal de la Universidad del Rosario – Categoría A Colciencias- Convocatoria 781 de 2017.

** Abogado de la Universidad Surcolombiana, especialista en Derecho Probatorio de la Universidad Católica de Colombia y en Derecho Administrativo y Procedimiento Administrativo en la Universidad Antonio Nariño y Magister en Derecho Penal de la Universidad Libre de Colombia. Profesor de Pregrado y Posgrado en diferentes Universidades y conferencista invitado. ExDecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Antonio Nariño sede Neiva y ExDirector de Consultorio Jurídico en la misma entidad. Autor de diferentes textos jurídicos. Ha sido juez de conocimiento y de control de garantías y ha trabajado en la Corte Suprema de Justicia. Se desempeñó como Defensor Público y abogado litigante. Actualmente trabaja en el Tribunal de Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz. Lo consignado en este artículo son consideraciones propias que no comprometen a institución alguna.

Correo electrónico: williamsalazar21@hotmail.com

*** Abogado de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Penal y en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España). Magister en Justicia Criminal de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Profesor de Pregrado y Posgrado en diferentes Universidades y conferencista nacional e internacional. Se ha desempeñado como abogado litigante, asesor y consultor en Derecho Penal, Disciplinario, Responsabilidad Fiscal y Derecho Administrativo. Ha sido tutor del equipo de técnicas de juicio oral de la Universidad del Rosario, joven investigador en Derecho Penal y Secretario Académico en la misma Institución. Autor de diferentes textos jurídicos. Miembro del Consejo Directivo del Colegio de Abogados Rosaristas y Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales. Actualmente trabaja como profesional especializado en el Tribunal de la Jurisdicción Especial para la Paz. Investigador Junior reconocido por Colciencias – Convocatoria 781 de 2017. Lo consignado en este artículo con consideraciones propias que no comprometen a institución alguna.

Correo electrónico: ricardo.medina@urosario.edu.co

Resumen: El presente artículo hace un análisis a la normativa y jurisprudencia que en Colombia se ha expedido respecto a la objeción de conciencia, la autorización legal para la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) y la relación que pueda existir entre ellas. Observa el desarrollo y evolución que estas figuras han tenido como garantes de los derechos a la libertad de conciencia y a la libertad sexual, así como de la autodeterminación reproductiva de las mujeres y, a partir de ello, se muestran posibles soluciones ante eventos de pugna o conflicto entre los derechos, cuando el personal médico y sanitario que le corresponde llevar a cabo el procedimiento abortivo, se niega a adelantarlos sobre el amparo de sus creencias religiosas o sus principios morales.

Como metodología se desarrolló una investigación cualitativa partiendo de una información obtenida del análisis jurisprudencial, doctrinal y de la realización de entrevistas. Lo anterior permitió una descripción, clasificación, explicación e interpretación de datos, así como la realización de entrevistas. Se pudo determinar la situación actual de las causales bajo las cuales es legal la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo y los posibles eventos de objeción moral del personal médico. Así mismo, se concluyó que siempre que se peticione el procedimiento médico dentro de los parámetros legales, debe asegurarse la prestación del servicio. De igual forma, el derecho a objetar la práctica de la IVE es personal y nunca puede ser alegado como una política institucional.

Palabras clave: Objeción de conciencia, aborto, derechos de la mujer, libertad reproductiva, derechos del no nacido.

Abstract: This article analyzes the regulations and jurisprudence regarding conscientious objection, the legal authorization for the voluntary termination of pregnancy and their relationship. It focuses on the development and evolution that these rules have had as guarantors of the rights to freedom of conscience and sexual freedom, as well as the reproductive self-determination of women and, as a result, possible solutions are shown in the face of conflict events or conflict between the rights, when the medical and sanitary personnel refuse to carry out the procedures protecting their own religious beliefs or their moral principles.

As a methodology, a qualitative research was developed based on information obtained from the jurisprudential, doctrinal analysis and interviews. This allowed a description, classification, explanation and interpretation of data, as well as interviews. It was possible to determine the current situation of the causes under which the practice of voluntary interruption of pregnancy is legal and the possible events of moral objection by medical personnel. Likewise, it was concluded that whenever the medical procedure is requested within the legal parameters, the provision of the service must be ensured. Likewise, the right to object to the practice of the voluntary interruption of pregnancy is personal and can never be claimed as an institutional policy.

Key words: Conscientious objection, abortion, women's rights, reproductive freedom, rights of the unborn.

Resumo: Este artigo analisa as normas e a jurisprudência emitidas na Colômbia em matéria de objeção de consciência, autorização legal para a interrupção voluntária da gravidez

(IVG) e a relação que possa existir entre elas. Observa o desenvolvimento e a evolução que essas figuras têm tido como garantidoras dos direitos à liberdade de consciência e à liberdade sexual, bem como à autodeterminação reprodutiva das mulheres e, com base nisso, possíveis soluções são apresentadas diante de eventos de conflito ou conflito entre direitos, quando o pessoal médico e de saúde responsável pela realização do procedimento de aborto se recusa a promovê-lo na proteção de suas crenças religiosas ou princípios morais.

Como metodologia, a pesquisa qualitativa foi desenvolvida com base em informações obtidas a partir de análises e entrevistas jurisprudenciais e doutrinárias. Isso permitiu a descrição, classificação, explicação e interpretação dos dados, bem como a realização de entrevistas. Foi possível determinar a situação actual das razões pelas quais a prática da interrupção voluntária da gravidez é legal e os possíveis acontecimentos de objecção moral por parte do pessoal médico. Concluiu-se também que, sempre que o procedimento médico for solicitado dentro dos parâmetros legais, a prestação do serviço deve ser assegurada. Da mesma forma, o direito de se opor à prática da IVG é pessoal e nunca pode ser invocado como uma política institucional.

Palavras chave: Objecção de consciência, aborto, direitos das mulheres, liberdade reprodutiva, direitos dos nascituros.

Résumé: Cet article analyse la réglementation et la jurisprudence qui ont été publiées en Colombie en ce qui concerne l'objection de conscience, l'autorisation légale de l'interruption volontaire de grossesse (IVE) et les relations qui peuvent exister entre elles. Il observe l'évolution de ces chiffres en tant que garants des droits à la liberté de conscience et à la liberté sexuelle, ainsi que de l'autodétermination des femmes en matière de procréation et, sur cette base, les solutions possibles sont montrées face à des événements de conflit ou de conflit entre droits, lorsque le personnel médical et sanitaire chargé de pratiquer l'avortement refuse de la faire progresser sur la protection de leurs croyances religieuses ou principes moraux.

En tant que méthodologie, une recherche qualitative a été élaborée à partir de l'information obtenue à partir d'analyses jurisprudentielles et doctrinales et d'entrevues. Cela a permis une description, une classification, une explication et une interprétation des données, ainsi que la conduite d'entretiens. Il a été possible de déterminer la situation actuelle des motifs pour lesquels la pratique de l'interruption volontaire de grossesse est légale et les éventuels cas d'objection morale du personnel médical. Il a également été conclu que lorsque l'intervention médicale est demandée dans le cadre des paramètres légaux, la prestation du service doit être assurée. De même, le droit de s'opposer à la pratique de l'EVI est personnel et ne peut jamais être invoqué comme politique institutionnelle.

Mots-clés: Objection de conscience, avortement, droits des femmes, liberté reproductive, droits de l'enfant à naître.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Esquema de resolución del problema jurídico. - 1. El derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente el embarazo: una lucha histórica por la autonomía y la dignidad

de la mujer. – 2. El derecho de los profesionales de la salud a ejercer la objeción de conciencia: entre el apego a la convicción moral, religiosa o personal y la debida obediencia de la ley– 2.1. La Objeción de conciencia respecto a la interrupción voluntaria del embarazo en el ámbito internacional. – 2.2. Sobre la objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia. - Conclusiones. – Referencias bibliográficas.

Introducción

El estudio de la relación entre el derecho y la moral (Alexy, 2009) no es de reciente análisis. En algunos temas se ha logrado la diferenciación total de ambos conceptos, pero en otros, el “juez constitucional termina por incorporar la regla moral sin someterla a un análisis jurídico” (Lopez, 2016, pág. 1).

Uno de los grandes debates de los últimos tiempos ha sido el tema de la interrupción voluntaria del embarazo o aborto voluntario, sobre éste, la legislación de cada país ha dado un tratamiento diferente (Cook, Erdman, & Dickens, 2016). Cada vez que se abordan reflexiones y discusiones sobre el tema, se llevan a cabo debates morales, éticos y religiosos que permean el ordenamiento jurídico. En Argentina, por ejemplo, luego de haberse bloqueado un proyecto de aborto legal por parte de la Cámara Alta, continúa vigente la Ley de supuestos que permite la IVE tan solo en casos de violación o riesgo a la vida de la madre (Molina, 2018). Por su parte, en México este procedimiento fue despenalizado desde abril de 2007 (Lamas, 2009).

Para dificultar aún más el discutido tema se ha incorporado otro que aumenta la problemática: los galenos que realizan el tratamiento legal de la interrupción voluntaria del embarazo pueden no estar de acuerdo con la solicitud de interrupción y, en consecuencia, no practicar el procedimiento en virtud de la objeción de conciencia.

Colombia no ha sido ajeno a este problema, contrario a ello, a través de este artículo se expondrá el desarrollo y evolución jurídica dado a las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo. Adicionalmente, se analizará la objeción de conciencia frente a la IVE y se mostrarán los resultados encontrados tras reconocer eventuales confrontaciones entre ambos derechos, esto es, el derecho de la mujer gestante, por un lado y, por otro lado, el derecho del cuerpo médico que conoce el asunto.

En el presente artículo se asume la tesis que, los dos derechos (el de la madre gestante a decidir voluntariamente la interrupción del embarazo y, el de los galenos a ejercer la objeción de conciencia) deben ser respetados y, por ello, tendrá tanto que preservarse la objeción de conciencia del cuerpo médico como el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo, lo anterior, siempre que se encuentre



ante las causales legales de interrupción del embarazo definidas en jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

El reconocimiento de uno y otro derecho, esto es, el de objeción de conciencia y de la libertad sexual y de autodeterminación reproductiva de las mujeres, ha sido producto de una constante lucha por su reivindicación, este aspecto será el punto de partida sobre el que se realizará el estudio y permitirá concluir la necesidad de su protección y prevalencia.

De esta forma, se iniciará el análisis con el derecho a la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, seguidamente se estudiaría la objeción de conciencia para posteriormente cotejarla con el derecho protegido a través de la IVE y se aterrizará la discusión al estudio del caso colombiano, planteando posteriormente las discusiones.

Problema de investigación

El presente escrito busca responder a la pregunta ¿Cuáles son las consecuencias de alegar objeción de conciencia para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo desde las causales previstas por la Corte Constitucional Colombiana a través de la sentencia C-355 de 2006?

Metodología

La investigación se llevó a cabo a través de la recopilación y posterior análisis documental de la normativa y jurisprudencia que a nivel nacional se ha emitido, así como de los pronunciamientos de Nacionales Unidades, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, tanto sobre el derecho de las mujeres para solicitar una interrupción voluntaria del embarazo como de los profesionales de la salud para objetar por creencias (conciencia) la práctica del mencionado procedimiento. A partir de lo anterior se pretendió realizar una comparación crítica de la documentación encontrada con la realidad colombiana, las cuales fueron verificadas por medio de la realización de entrevistas.

La metodología aplicada se basó en analizar la información obtenida de la recopilación jurisprudencial y doctrinal, se realizó una descripción, clasificación, explicación e interpretación de datos, lo que permitió llegar a conclusiones sobre la situación actual de los galenos y la objeción de conciencia respecto del procedimiento

abortivo; ello, desde un tipo de investigación descriptiva-explicativa, toda vez que procura determinar cuál es la situación dentro del fenómeno determinado.

La utilización de la entrevista permitió tener un contacto directo con el problema planteado, contrastando la realidad identificada con la normatividad vigente para de esta forma establecer la eficacia y efectividad de la decisión de la Corte Constitucional que permitió la IVE.

Esquema de resolución del problema jurídico

Para presentar los resultados del presente texto en primer lugar (i) se expondrá el derecho de la mujer para poder interrumpir voluntariamente su embarazo; en un segundo término se presentará (ii) el derecho a la objeción de conciencia; así pues en un tercer momento se estudiará (iii) el derecho en mención respecto de la interrupción voluntaria del embarazo en los pronunciamientos de Naciones Unidas y la Corte Europea de Derechos Humanos ; en cuarto lugar se mostrará (iv) el marco normativo en Colombia atinente a los derechos que entran en conflicto, para por finalmente (iv) proponer conclusiones en relación con el tema objeto de investigación.

1. El derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente el embarazo: una lucha histórica por la autonomía y la dignidad de la mujer

El derecho de la mujer a decidir cuándo quiere ser madre, es decir, el respeto por la autonomía y la libre decisión sobre su cuerpo y su proyecto de vida ha sido uno de los derroteros de la lucha feminista. (Maffia, 2008) ratifica esta situación, y presenta el debate sobre el aborto suscitado en Argentina como ejemplo de esta lucha constante, el cual, a su juicio debería concluir con una victoria para las mujeres, la reivindicación de sus derechos frente al Estado paternal, el rol de la Iglesia y el futuro de la primavera feminista.

La mujer, cómo lo ha entendido (Nussbaum, 2002), ha sido históricamente señalada como un medio para la consecución de fines ajenos y no un fin en sí misma, pues a su juicio, se le ha relegado a ser reproductora, encargada de cuidados, punto de descarga sexual, agente de la prosperidad general de una familia, etc. Mientras que su papel como ser humano, como titular de un proyecto de vida se ha desplazado a un segundo plano.

La mujer, además, ha sido históricamente sometida en la toma de sus decisiones. “(Engels y Marx, 1846; Fontenla, 2008; Martínez, 2003; Sánchez, 2007; Soler, 2006),

en tiempos prehistóricos a las mujeres se les vinculó con el espacio del hábitat; consideradas como acompañantes y objetos sexuales, cuyo papel principal era la reproducción.” (Duarte & Garcia, 2016, pág. 3).

Las diferencias biológicas entre los cuerpos de hombres y mujeres como desigualdades se construyen y establecen desde la cultura. “Allí, el cuerpo femenino por ser diferente se considera inferior en relación con el masculino. Mucha de la información al respecto se ha basado en estudios e investigaciones consideradas válidas, legítimas y supuestamente objetivas realizadas durante la actividad científica.” (Urrea, 2012, pág. 104)

El papel del Estado y del ordenamiento jurídico fue determinante en ello. Para (Tamar, 2003), la autonomía individual –entendida como la libertad de ser uno mismo y de disponer de su propio futuro– está mucho más condicionada para las mujeres que para los hombres, puesto que siempre han visto sometidos sus cuerpos al dominio de poderes maritales, jurídicos, morales, religiosos, y médicos. Pitch destaca, que se les debe reconocer a las mujeres, singularmente y en cuanto a género, la competencia moral de decidir sobre su cuerpo, sobre si quiere o no ser madre, a efectos de garantizar plenamente sus derechos.

Desde esta óptica de autonomía y respeto por la libertad de elección, el Comité contra la Discriminación de la Mujer, (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1999), desarrolla el derecho a la salud en las mujeres, sosteniendo que, si bien las diferencias biológicas entre mujeres y hombres pueden causar diferencias en su salud, el Estado debe intervenir para mitigarlas. Destaca que las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se consideran apropiadas cuando un sistema médico no responde a los intereses propios en salud de las mujeres. Por ende, la negativa de un Estado a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria.

A la luz del derecho internacional de los derechos humanos, de la abstracción de diversos mecanismos para su defensa y en particular de los derechos de la mujer, la prohibición de la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo ha sido calificada como un trato cruel inhumano y degradante, es por ello que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ha solicitado a los Estados abstenerse de castigar la práctica del aborto y enmendar las legislaciones que ya lo hagan a fin de evitar violaciones de derechos humanos.

En Colombia, hasta el año 2006, la conducta del aborto era penalizada sin contemplar ninguna excepción, conforme a las disposiciones normativas consagradas en el artículo 122 del Código Penal (Ley 599, 2000) que al tenor literal rezaba:

La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior. (Ley 599, 2000).

La exequibilidad de dicha norma fue demandada, sobre el argumento que:

La decisión de una mujer de interrumpir un embarazo no deseado, decisión que tiene que ver con la integridad de la mujer es un asunto que sólo le concierne a quien decide sobre su propio cuerpo. Así las cosas, penalizar ésta conducta no es coherente con la doctrina del núcleo esencial al derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía como máxima expresión de la dignidad humana. (Sentencia C-355, 2006, pág. 5).

De esta forma, la Corte Constitucional de Colombia, luego de realizar un detallado y exhaustivo análisis al desarrollo que en el marco del DIDH ha tenido la materia, resolvió despenalizar el aborto cuando se cometa bajo alguna de las siguientes circunstancias:

(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. (Sentencia C-355, 2006, pág. 281).

En la señalada Jurisprudencia la Corte refirió:

[...]una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección. (Sentencia C-355, 2006)

Por ello, desde la tutela de la Corte Constitucional se despenaliza en casos específicos la interrupción voluntaria del embarazo y, de no enmarcarse en dichos supuestos, la conducta de la mujer continuaría siendo antijurídica, ya que existen límites a la autonomía de la mujer en relación con la interrupción voluntaria del embarazo.

Lo anterior fue producto de una serie de eventos y circunstancias ocurridas durante los últimos 40 años tanto a nivel nacional como internacional. Fue la conclusión de una serie de movimientos sociales que generaron la consecución de un derecho como factor de distribución y legitimación (Jaramillo & Alfonso, 2008).

Jaramillo y Alfonso, hacen un recuento de la lucha desplegada en Colombia para lograr la despenalización del aborto, así como de la contribución de diferentes movimientos y organizaciones con argumentos que sustentaron la decisión de Corte Constitucional. En efecto, a su juicio, el proyecto LAICIA (Litigio de Alto Impacto en Colombia por la Inconstitucionalidad del Aborto) jugó un papel determinante, pues ejerció presión en diferentes sectores que visibilizaron la necesidad de una pronta legalización de la interrupción voluntaria del aborto, por motivos, entre otros, de salud pública.

De acuerdo con la información recolectada por la organización nicaragüense SÍ-Mujer, a partir de los datos suministrados por el Fondo de las Naciones Unidas para las Poblaciones, en el año 2004, la mortalidad materna asociada al aborto en América Latina mostraba índices elevados. En efecto, en Argentina cuya legislación permite el aborto en casos de violación y cuando se trata de una mujer “idiotas o demente” se da una tasa de mortalidad de 82 por 100.000 nacidos vivos, siendo esta la primera causa de mortalidad. Por su parte Bolivia, que permite el aborto cuando el embarazo resulta de violación, rapto seguido de no matrimonio, estupro, incesto, y cuando hay riesgo para la vida o salud de la mujer, se da una tasa de 420 por 100.000 nacidos vivos; Brasil, permite el aborto cuando el embarazo resulta de violación o cuando hay riesgo para la vida o salud de la mujer, 260 por 100.000 nacidos vivos; Colombia en donde hasta esa fecha estaba prohibida toda forma de aborto, 130 por 100.000 nacidos vivos; Costa Rica, permite el aborto para salvar la vida o salud de la madre, 43 por 100.000 nacidos vivos, 12.4% de las muertes maternas entre 1990 y 1994; Chile que tiene prohibida toda forma de aborto, 31 por 100.000 nacidos; Ecuador Permite el aborto cuando el embarazo resulta de violación o estupro contra mujer “idiotas o demente” y cuando hay riesgo para la vida o salud de la mujer, 130 por 100.000 nacidos vivos (Jaramillo & Alfonso, 2008).

Se demuestra de esta forma que, la situación presentada en los diferentes países de Latinoamérica requería de medidas urgentes que afrontaran la problemática. Si bien lo resuelto por el Tribunal Constitucional se convierte en un avance significativo en lo que al reconocimiento de derechos de la mujer en Colombia se refiere, su materialización puede resultar un tanto compleja en una sociedad marcada por tendencias religiosas que continúan equiparando el aborto con una práctica homicida.

Resultan ser muchos los factores que deben confluir para asegurar el cumplimiento del mandato del Alto Tribunal; por ejemplo, la socialización de su alcance entre la población femenina, la implementación de políticas públicas desde el nivel local, la práctica sin restricciones del procedimiento médico que interrumpe el embarazo por parte de las entidades e instituciones encargadas, el acompaña-

miento y disposición de mecanismos judiciales para procurar la reivindicación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres cuando éstas consideren que han sido vulnerados, además, de una visión amplia por parte de los jueces que eventualmente pudieran llegar a conocer investigaciones por hechos de este tipo.

Nieva & Parra (2010) aseguran respecto a la humanización de la justicia que los jueces deben ostentar ciertas características de imparcialidad a efectos de garantizar su idoneidad para una efectiva resolución de los casos ajustada a derecho:

No es admisible que se pueda decir sin ninguna clase de vergüenza, por ejemplo, que en un momento determinado existe una mayoría conservadora” o una “mayoría progresivista” en un órgano jurisdiccional, como sucede habitualmente. Y mucho menos que la jurisprudencia de dicho órgano venga influenciada por dichos motivos. (Nieva & Parra, 2010, pág. 38).

Esta apreciación lleva a que el análisis de las causales de exclusión de responsabilidad o de las causales concretas aprobadas legalmente para la IVE se desprenda de todo tipo de subjetivismo y tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada caso para un fallo en derecho:

La actividad del Juez tiene justificación para demostrar que, en modo alguno, se puede divorciar de la realidad social y que los principios constitucionales y procesales deben ser estudiados con base en la vida misma, en medio de la cual se desenvuelve. Hoy por hoy, el Juez, debe realizar la tutela efectiva, el debido proceso y la prevalencia del derecho sustancial para hacer real su función social. (Colmenares, 2012, págs. 65-66).

Debe tenerse en cuenta, que diferentes tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, (Relatoria sobre los Derechos de las Mujeres, 1997) los cuales parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y que se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos. Sin embargo, lo cierto es que en Colombia las barreras subsisten; se calcula que al año se practican unos 400.400 abortos inducidos, en 2008 por ejemplo, sólo 322 (0,08%) de abortos fueron Interrupciones Voluntarias del Embarazo (IVE) practicadas en instituciones de salud, dado que cumplieron con alguna de las tres causales legales (La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2011).

Un aborto inducido fuera de la ley, es decir sin las condiciones higiénicas, médicas adecuadas puede ser altamente riesgoso y se estima que una tercera parte del total de mujeres que tiene un aborto ilegal desarrollan complicaciones que deben ser atendidas en una institución de salud, siendo la tasa de complicaciones de las mujeres pobres del entorno rural la más alta. Sin embargo, en la práctica una quinta



parte de las mujeres que sufren complicaciones postabortos no reciben tratamiento alguno (La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2011).

La situación concreta acaecida en Colombia muestra características complejas en razón a la constante violación a los derechos de las mujeres derivados del conflicto interno que afronta el país, al respecto:

La Corte Constitucional en el Auto-092 identificó que, en el marco del conflicto armado colombiano, la mujer ha sufrido riesgos que son inherentes a su condición de género (Auto-092, 2008). Esto se puede apreciar en el hecho de que las mujeres víctimas del conflicto han sido victimizadas de manera diferencial a los hombres (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2006). Por lo tanto, delitos como el desplazamiento forzado (que se comete de manera equivalente entre hombres y mujeres) en el caso colombiano se han desarrollado de una manera “desproporcionada” con respecto a la mujer. Según la Corte Constitucional, la mujer víctima del conflicto se encuentra expuesta a los siguientes riesgos: el riesgo de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual en el marco del conflicto armado; el riesgo de explotación o esclavización para ejercer labores domésticas y roles considerados femeninos en una sociedad con rasgos patriarcales, por parte de los actores armados ilegales; el riesgo de reclutamiento forzado de sus hijos e hijas por los actores armados al margen de la ley, o de otro tipo de amenazas contra ellos, que se hace más grave cuando la mujer es cabeza de familia (Auto-092, 2008).” (Osorio, Ayala, & Urbina, 2018, pág. 56).

2. El derecho de los profesionales de la salud a ejercer la objeción de conciencia: entre el apego a la convicción moral, religiosa o personal y la obediencia de la ley

La objeción de conciencia es “un conflicto entre una doble obediencia: la obediencia a la ley y la obediencia al juicio de la conciencia” (Simon, 2007, pág. 194), lo anterior quiere decir que es una negación entre lo que se debe hacer en virtud de la norma positiva y lo que se desea hacer en virtud de una íntima convicción moral, religiosa o una simple creencia personal.

Desde la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos encontramos consagración del derecho a la objeción de conciencia. El artículo 12 señala:

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (Convencion Interamericana De Derechos Humanos, 1969)

Ligado a este derecho y al respeto y protección encontramos el artículo 11 que reza:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques (Convencion Interamericana De Derechos Humanos, 1969)

En la jurisprudencia constitucional colombiana, se ha tratado el tema de la objeción de conciencia. La Corte Constitucional ha manifestado que “por conciencia se entendía el propio discernimiento sobre lo que estaba bien y lo que estaba mal” (Sentencia C-616, 1997). En el mismo sentido, expresó que cuando se pone de presente la objeción de conciencia se pretende: “actuar en consideración a sus propios parámetros de conducta, sin que puedan imponérsele actuaciones que estén en contra de su razón” (Sentencia T-332, 2004).

La determinación amparada en la objeción de conciencia no se queda siempre en el ámbito personal, pues en algunos eventos tiene implicaciones sobre terceros, por lo cual, la Corte también expresó:

El ejercicio de la objeción de conciencia puede desencadenar y, de hecho, desata consecuencias frente a terceras personas. Por eso, resulta imposible catalogar la objeción de conciencia como un acto que permanece ubicado dentro del fuero interno de quien la ejerce. Cuando se manifiesta la objeción por motivos de conciencia, ello supone incumplir un deber jurídico “con mayor o menor proyección social”. Admitida esa circunstancia, surge la cuestión de ponderar hasta qué punto es posible el ejercicio de la objeción por motivos de conciencia – la cual prima facie puede parecer justificada –, vista desde la óptica de las consecuencias negativas

que su ejercicio produce respecto de los derechos de terceras personas. (Sentencia T-388, 2009)

Por tanto, la objeción de conciencia si bien es un derecho o garantía que tienen todas las personas, su ejercicio puede conllevar de forma implícita la afectación de terceros, surgiendo de esta manera la necesidad de fijar en forma clara los límites o parámetros de su ejecución, es decir, respetarse su facultad de actuar de determinada manera cuando su íntima convicción lo predetermine a ello.

En efecto, la objeción de conciencia ha sido señalada como:

una acción basada en la conciencia, frente a la cual un agente tiene un conjunto básico o central de creencias morales en las cuales basa su decisión de prestar o negar un servicio, según éste último sea compatible o incompatible con esas creencias. En este sentido, obrar a conciencia puede tener dos resultados de carácter inminentemente individual: la negación de servicios (objeción de conciencia) o la prestación de servicios (compromiso de conciencia). Vale la pena aclarar que la desobediencia civil, por tratarse de una práctica dirigida a cambiar una norma y desobedecer expresamente la ley, no es lo mismo que la objeción de conciencia. (Gonzales Velez, 2018, pág. 117)

Como se verá a continuación, la objeción de conciencia cuando es alegada como negativa a la práctica de la interrupción de embarazo, protege un conflicto de intereses entre el personal médico que quiere proteger su imposibilidad moral de llevarlo a cabo, y los derechos de las mujeres que requieren el servicio para asegurar su derecho a decidir sobre su cuerpo. Por tanto, la práctica del primero de los derechos debe contar con límites claros, pues no se trata de derechos absolutos.

2.1. La Objeción de conciencia respecto a la interrupción voluntaria del embarazo en el ámbito internacional.

La Corte Europea de Derechos humanos ha conocido sobre la discusión entre la interrupción voluntaria del embarazo y la objeción de conciencia que alega un médico que se niega a llevar a cabo un aborto. Si bien el sistema europeo no consagra la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho de las mujeres, considera que sí, dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado se ha reglado la legalidad del aborto, debe permitirse esta interrupción al amparo de ciertas circunstancias (Caso A, B Y C vs. Irlanda, 2010). Aunado a lo anterior considera que, si ya se ha legislado al respecto, debe practicarse la interrupción en una clínica, hospital o centro de salud (Caso P y S vs. Polonia, 2012).

También ha tratado el tema de la objeción de conciencia de quien, en virtud legal, está obligado a practicar el aborto. La Corte reconoce y protege el derecho a

la objeción de conciencia, pero cuestiona que los Estados no aseguren que, a pesar de que un médico se niegue, no tenga mecanismos o instrumentos efectivos que permitan que las mujeres puedan practicarse de manera adecuada la interrupción (Caso P y S vs. Polonia, 2012).

Encontrar esta serie de cuestionamientos llevó a que desde el 2010 el Consejo de Europa adoptara una normativa al respecto, consagrando la objeción de conciencia y la garantía de la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

La Resolución 1763 de 2010 estableció:

1. Ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, considerada civilmente responsable o discriminada debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o asistir en la práctica de un aborto, la realización de un aborto involuntario o de emergencia, eutanasia o cualquier otro acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión, por cualquier razón. 2. La Asamblea Parlamentaria enfatiza la necesidad de afirmar el derecho a la objeción de conciencia junto a la responsabilidad del Estado de asegurar que los pacientes tienen un acceso adecuado a la atención sanitaria prevista por la ley [...]. 3. En la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa, la práctica de la objeción de conciencia está regulada de modo adecuado [...]. 4. A la luz de las obligaciones de los Estados miembros de asegurar el acceso a los servicios y prestaciones sanitarias admitidas por la ley y de proteger el derecho a la protección de la salud, así como su obligación de asegurar el respeto al derecho a la libertad ideológica, de conciencia y religión de los profesionales sanitarios, la Asamblea invita a los Estados miembros del Consejo de Europa a desarrollar marcos legales claros y completos que definan y regulen la objeción de conciencia en relación con los servicios médicos y de salud, los cuales:

4.1. Garanticen el derecho a la objeción de conciencia en relación con la participación en el procedimiento en cuestión. 4.2. Aseguren que los pacientes son informados de cualquier objeción, en un plazo adecuado, así como que son derivados a otro profesional sanitario. 4.3. Aseguren que los pacientes reciben tratamiento adecuado, en particular en casos de emergencia (Consejo de Europa, 2010).

A pesar de este reconocimiento de la objeción de conciencia, ya se han despertado las alarmas por “el creciente recurso a la objeción de conciencia de los profesionales de la salud en la ausencia de un marco regulatorio adecuado” (Observaciones finales de Hungría, 2013) así como por “la insuficiente regulación del ejercicio de la objeción de conciencia de los profesionales de la salud con respecto a la salud sexual y reproductiva”. (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2008).

Estas preocupaciones han traído como consecuencia directa que se exija a los Estados a garantizar que “las mujeres que buscan un aborto legal tengan acceso a ese procedimiento, y que su acceso no esté limitado por el uso de la cláusula de

objeción de conciencia” (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, Observaciones finales de Polonia, 2007) En el mismo sentido, la Organización de naciones Unidas expresó que debe establecerse:

Un marco regulatorio adecuado y el mecanismo de seguimiento de la práctica de la objeción de conciencia de los profesionales de la salud y asegurarse que la objeción de conciencia se acompaña de información a las mujeres acerca de las alternativas existentes y que sigue siendo una decisión personal y no de una práctica institucionalizada. (Observaciones finales de Hungría, 2013, pág. 30)

Como puede notarse, en el ámbito internacional se reconoce la protección y garantía de ambos derechos permitiendo, por un lado, que el médico, el personal médico y hasta a la institución salvaguarde sus creencias mediante el ejercicio de la objeción de conciencia, debidamente demostrada, pero, por el otro, exige el respeto a la mujer y sus derechos legales y constitucionales, estableciendo que el Estado debe garantizar que, aún en caso de objeción de conciencia, exista personal médico que pueda practicar la interrupción voluntaria del embarazo.

2.2. Sobre la objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia

No se puede desconocer que, para la práctica legal del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, la objeción de conciencia se ha presentado como un argumento de no realización, (Gonzales Velez, 2018)). Inclusive este derecho llega a ser esgrimido por las instituciones prestadoras del servicio, indicando que de acuerdo con los postulados religiosos institucionales era prohibido para el personal que allí laboraba realizar estas prácticas médicas (Sentencia T-209, 2008). No obstante, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha destacado la imposibilidad de que dicho derecho se convierta en una limitante para su práctica y que el Estado debe entonces suministrar los medios y la prestación del servicio de salud mediante profesionales no objetores (Gonzales Velez, 2018).

Sobre este punto, en busca nuevamente de garantizar la protección y materialización de los derechos de la mujer, la Corte Constitucional reiteró que la objeción de conciencia no es un mecanismo que proteja a las instituciones, sino exclusivamente a las personas naturales; sin embargo, no por cualquier razón se le permite al individuo apartarse de la obligación de realizar el derecho al aborto, sino por una que, en efecto, comprometa de manera sustancial sus valores. Al respecto la Corte señaló: “si bien los profesionales de la salud tienen derecho a presentar objeción de conciencia, no pueden abusar del mismo utilizándolo como barrera para impedir, de manera colectiva o institucional, la realización del procedimiento”

(Sentencia T-209, 2008) Así como tampoco pueden abstenerse de remitir de manera inmediata a la madre gestante a otro médico que esté en disposición de llevarlo a cabo, pues de no hacerlo violarían los derechos de la mujer que solicita la práctica de la IVE.

Según lo expresado por la Corte Constitucional, la objeción de conciencia es el derecho que permite a un individuo negar o rehusarse a cumplir una obligación jurídica, cuando la actividad correspondiente signifique la realización de conductas o actividades que pugnan con sus convicciones íntimas, siendo de esta manera un objetor de conciencia; la ha diferenciado de la libertad de opinión o de la libertad religiosa, en que siempre es ejercida de modo individual.

No se trata pues de la protección abstracta de un sistema moral determinado, o de una regla objetiva de moralidad. De hecho, no hace falta estar inscrito en una religión determinada, ni en un sistema filosófico, humanístico o político, para emitir juicios prácticos en torno de lo que es correcto o incorrecto. (Sentencia C-616, 1997).

Por su parte el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece a la «libertad de pensamiento, de las conciencias y religiosa» como uno de los derechos fundamentales del que es acreedor toda persona, “incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.” (Declaración Universal De Derechos Humanos, 1948).

No obstante, esta libertad se encuentra limitada por lo señalado en el artículo 29 de la misma declaración,

Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad; en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer a las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática. (Declaración Universal De Derechos Humanos, 1948).

Por tanto, la libertad de conciencia deberá contemplar los derechos de los demás. Este derecho en concreto busca garantizar que un individuo pueda desarrollar libremente su vida sin una posible coacción por parte del Estado o la Sociedad, ante la imposibilidad que tienen de imponerle una determinada concepción del mundo.

De acuerdo con lo expuesto, cuando se solicita la interrupción voluntaria del embarazo, la objeción de conciencia no puede constituir un argumento para vulnerar

los derechos de la mujer, así lo ha reiterado la Corte Constitucional, al expresar que, si bien se trata de un derecho de los profesionales de la medicina, estos deben garantizar que dicha garantía no vaya en contravía de los derechos de la mujer. Al respecto la Corte indicó:

Si el médico respectivo se niega a practicarlo fundándose en la objeción de conciencia, su actividad no queda limitada a tal manifestación, sino que tiene la obligación subsiguiente de remitir inmediatamente a la madre gestante a otro profesional que esté habilitado para su realización, quedando sujeto a que se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica. (Subrayado fuera de texto original) (Sentencia T-209, 2008).

El tema de la objeción de conciencia puede encontrar amparo en el clásico juramento hipocrático que establece: “No administraré a nadie un fármaco mortal, aunque me lo pida, ni tomaré la iniciativa de una sugerencia de este tipo. Así mismo, no recetaré a una mujer un pesario abortivo; por el contrario, viviré y practicaré mi arte de forma santa y pura” (Bol Of Sanit Panam, 2000)

En igual sentido, la Declaración de Ginebra establece que el médico deberá :

[...] velar con el máximo respeto por la vida humana desde su comienzo, aún bajo amenaza, y no emplear sus conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas” (Declaración de Ginebra, 1948) y el Código Internacional de Ética Médica, estipula que “el médico debe, en todos los tipos de práctica médica, proporcionar un servicio médico competente, con plena independencia técnica y moral, con compasión y respeto por la dignidad humana, y recordar siempre la obligación de preservar la vida humana” (Código Internacional de Ética Médica, 1949).

Por tanto, se trata de una garantía constitucional de la que es titular toda persona, y en el caso concreto del personal médico adscrito a una institución a la que se solicita la IVE, podrá aplicarla de forma motivada a efectos de evitar un actuar negligente.

De otra parte, a efectos de determinar la percepción del derecho a la objeción de conciencia, así como la facultad de la madre gestante de interrumpir su embarazo, se llevó a cabo el proceso de entrevistas de manera aleatoria, una selección de ochenta y cinco (85) personas vinculadas a instituciones prestadoras del servicio médico, quienes, aceptando la confidencialidad del proceso estadístico, respondieron una serie de preguntas para poder concluir, la percepción respecto de esta situación.

De los ochenta y cinco (85) entrevistados, cuarenta y nueve (49) consideraron que las condiciones de los centros prestadores de salud no “son idóneas” para la práctica del procedimiento abortivo, pues carecen de información pertinente y en algunos casos pueden ser victimizadas por su situación, mientras veintiuno (21) mencionaron

que eran “poco dignas” y quince (15) expresaron que eran “condiciones idóneas”. Ningún entrevistado consideró que por parte de las entidades del Estado se hubiera hecho una efectiva difusión de las causales legales de interrupción voluntaria del embarazo, ni de la posibilidad que tenía el personal médico de objetar la práctica por motivos de conciencia.

Debe mencionarse que las entrevistas fueron semi estructuradas y que buscaban que la respuesta fuera lo más espontánea posible, dando así la posibilidad de conocer realmente la percepción del tema concreto por los afectados directos.

Conclusiones

El derecho a la mujer a decidir sobre su cuerpo, su sexualidad y poder tener la libertad de procrear, al igual que en otras legislaciones, no es un pleno derecho en Colombia.

En Colombia, la interrupción voluntaria del embarazo, se ha despenalizado por vía jurisprudencial, amparándose en el derecho que tiene la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, frente a los posibles efectos colaterales que conllevaría continuarlo en las circunstancias y en los casos específicos que la Corte Constitucional ha señalado.

En un Estado Social, Democrático y de Derecho también se reconoce como garantía el derecho que tienen los médicos, enfermeros y demás personal médico y sanitario de objetar por sus creencias la práctica de procedimientos abortivos.

En Colombia no se reconoce la objeción de conciencia institucional. Una entidad prestadora de servicios de salud no puede ampararse en unos credos para impedir la práctica de una interrupción al embarazo si se encuentra en el marco de la ley. Situación diferente a la aceptada en el contexto internacional, en el que con fundamento en la Resolución 1763 de 2010 esta práctica es permitida.

En los eventos de confluencia de estos derechos presentados, es decir, el derecho de objeción de conciencia y el de la facultad de la mujer de solicitar la interrupción voluntaria del embarazo en los casos legamente establecidos, ambos derechos deben ser garantizados por el Estado, constituyéndose por tanto en un deber de las instituciones prestadoras de servicios médicos su priorización, remitiendo en forma inmediata a la mujer ante otro profesional de la medicina no objetor de conciencia, pues como se indicó, la clandestinidad en que se están desarrollando estos procedimientos obedece entre otros aspectos, precisamente a los obstáculos de índole administrativo y al desconocimiento de los derechos.

El acompañamiento a estos procedimientos debe ser prestado de forma integral, tanto para el médico objetor de conciencia como para la mujer que cumpla con los requisitos de prosperidad de un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo.

En efecto, si bien pudiera parecer que en la actualidad resulta complejo el que este tipo de procedimientos llegare a ser limitado por un argumento de objeción de conciencia, lo cierto es que, la objeción de conciencia se trata de un derecho que igualmente debe ser garantizado para los profesionales de la medicina, así como se debe proteger el derecho a la mujer a decidir sobre su cuerpo, yendo esta garantía inclusive a una asistencia posterior.

Referencias

- Alexy, R. (2009). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, España: Gesida.
- Bol Of Sanit Panam. (2000). Juramento Hipocrático. *Revista Cubana Educ Med Super*, 14(1), 96. Obtenido de http://www.bvs.sld.cu/revistas/ems/vol14_1_00/ems14100.pdf
- Caso A, B Y C vs. Irlanda. (16 de diciembre de 2010). Corte Europea de Derechos Humanos. *Gran Sala*. Estrasburgo, Francia: Aplicacion No. 25579/05. Obtenido de <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-102332&filename=001-102332.pdf>
- Caso P y S vs. Polonia. (5 de diciembre de 2012). Corte Europea de Derechos Humanos. Estrasburgo, Francia: Aplicacion No. 57375/08. Obtenido de http://www.groczusz.edu.pl/Materials/_archiwum/archiwum2012/js_16.11.2012.pdf
- Código Internacional de Ética Médica. (Octubre de 1949). Organización de las Naciones Unidas. Londres, Inglaterra. Obtenido de <https://www.wma.net/es/policies-post/codigo-internacional-de-etica-medica/>
- Colmenares, U. C. (2012). El rol del Juez en el Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 65-81. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/21/19>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (22 de Febrero de 1999). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. New York, Estados Unidos: Recomendacion General N°24. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, O. f. (17 de julio de 2008). Organización de las Naciones Unidas. New York, Estados Unidos: CEDAW/C/SVK/CO/4. Obtenido de https://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-SVK-CO-4_sp.pdf

- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, Observaciones finales de Polonia. (2 de febrero de 2007). Organización de las Naciones Unidas. New York, Estados Unidos: CEDAW/C/POL/CO6. Obtenido de <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhss1YTn0qfX85YJz37paIgUDK9sArKTLCyDqtvLVT%2BNkoX33eFLqhZrXjPyreMjIwxaeWqkDFdkzv4dAc93IUYeJxx3LRktMU4Z68EQKWn1%2B>
- Consejo de Europa. (2010). Consejo de Europa. *Resolucion 1763*. Londres, Inglaterra. Obtenido de <https://www.bioeticablog.com/texto-en-espanol-de-la-resolucion-1763-del-consejo-de-europa-sobre-la-objecion-de-conciencia-sanitaria/>
- Convencion Interamericana De Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969). Organización De los Estados Americanos. San José, Costa Rica: Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
- Cook, J., Erdman, N., & Dickens, M. (2016). *El aborto en el derecho transnacional: Casos y controversias*. Mexico D.F, Mexico: Fondo de cultura economica. Obtenido de [https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=OR_dDAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT7&dq=J.+Cook,+N.+Erdman,+M.+Dickens,\(2016\)+El+aborto+en+el+derecho+transnacional:+Casos+y+controversias.+M%C3%A9xico:+Editorial+Fondo+de+Cultura+Econ%C3%B3mica.&ots=hVPTqSwQJp&sig=SfaaI2](https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=OR_dDAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT7&dq=J.+Cook,+N.+Erdman,+M.+Dickens,(2016)+El+aborto+en+el+derecho+transnacional:+Casos+y+controversias.+M%C3%A9xico:+Editorial+Fondo+de+Cultura+Econ%C3%B3mica.&ots=hVPTqSwQJp&sig=SfaaI2)
- Declaración de Ginebra. (1948). Asamblea General. Ginebra, Suiza. Obtenido de <https://www.wma.net/es/que-hacemos/etica-medica/declaracion-de-ginebra/>
- Declaración Universal De Derechos Humanos. (10 de diciembre de 1948). Organización de las Naciones Unidas. Paris, Francia. Obtenido de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Duarte, C. J., & Garcia, H. J. (2016). Igualdad, Equidad de Género y Feminismo, una mirada historica a la conquista de los derechos de las mujeres. *Revista CS*(18), 107-158. doi:10.18046/recs.i18.1960
- Gonzales Velez, A. C. (2018). Objeción de conciencia, bioética y derechos humanos: una perspectiva desde Colombia. *Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas*, 42, 1-22. Obtenido de <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n42/1886-5887-bioetica-42-00105.pdf>
- Jaramillo, I., & Alfonso, T. (2008). *Mujeres, Cortes y Medios: la reforma judicial del aborto*. Bogotá D.C, Colombia: Siglo del Hombre. Obtenido de <http://www.bdigital.unal.edu.co/54188/1/9789586651165.pdf>
- La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. (22 de Mayo de 2011). *despenalizaciondelaborto*. Obtenido de https://issuu.com/brujulacomunicaciones/docs/el_acceso_al_aborto_seguro_y_su_imp
- Lamas, M. (2009). La despenalización del aborto en México. *Nueva Sociedad* 220, 1. Obtenido de <http://nuso.org/articulo/la-despenalizacion-del-aborto-en-mexico/>

- Ley 599. (24 de Julio de 2000). Congreso de la Republica. *Por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 44.097 de 24 de Julio del 2000. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Lopez, S. H. (2016). Dilemas sobre la relacion entre derecho y moral. A proposito de la Sentencia C-404 de 1998, de la Corte Constitucional de Colombia. *Revista de Derecho Público*, 36. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5677962>
- Maffia, D. (2008). Contra las dicotomías: Feminismo y Epistemología crítica. En U. d. Aires (Ed.), *Seminario de epistemologia feminista* (págs. 1-9). Buenos Aires: Instituto Interdisciplinario de Estudios de Genero. Obtenido de <http://dianamaffia.com.ar/archivos/Contra-las-dicotom%C3%ADas.-Feminismo-y-epistemolog%C3%ADa-cr%C3%ADtica.pdf>
- Molina, R. F. (9 de Agosto de 2018). El senado de Argentina dice “no” al aborto y deja al pais con una ley de 1921. *EL PAÍS*. Obtenido de https://elpais.com/internacional/2018/08/08/argentina/1533714679_728325.html
- Nieva, F. J., & Parra, Q. J. (2010). La humanización de la justicia. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 36-40. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/39>
- Nussbaum, M. (2002). *Las mujeres y el desarrollo humano*. Barcelona, España: Herder.
- Observaciones finales de Hungría. (17 de junio de 2013). Organización de las Naciones Unidas. New York, Estados Unidos: CEDAW/C/HUN/CO/7-8. Obtenido de [//www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf](http://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf)
- Osorio, S. E., Ayala, G. E., & Urbina, C. J. (2018). La mujer como víctima del conflicto armado en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 9(16), 49-66. Obtenido de <https://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/212>
- Relatoria sobre los Derechos de las Mujeres, i. 1. (1997). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington D.C, Estados Unidos.
- Sentencia C-355. (10 de Mayo de 2006). Corte Constitucional. La Sala Plena. M.P: *Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-22,6123 y 6124. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>
- Sentencia C-616. (27 de Noviembre de 1997). Corte Constitucional. La Sala Plena. M.P: *Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-1639. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-616-97.htm>
- Sentencia T-209. (28 de febrero de 2008). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. M.P: *Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1673450. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/T-209-08.htm>

- Sentencia T-332. (15 de abril de 2004). Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-824803. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-332-04.htm>
- Sentencia T-388. (28 de mayo de 2009). Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. *M.P.: Humberto Sierra Porto*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1.569.183. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm>
- Simon, C. (2007). La objeción de conciencia en la práctica médica. En: *Mujer y realidad del aborto, un enfoque multidisciplinar. Actas del I Congreso Internacional Multidisciplinar Mujer y realidad del aborto* (págs. 193-202). Cáceres: Asociación Extremeña de Amigos del Foro Español de la Familia. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=333534>
- Tamar, P. (2003). *Un derecho para Dos*. Madrid, España: Trotta.
- Urrea, M. (2012). El cuerpo de las mujeres gestantes: un diálogo entre la bioética y el género. *Revista Colombiana de Bioética*, 7(1), 97-110. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/1892/189224312006.pdf>
- Zarate, A. (2014). “¿Es el aborto un derecho sexual y reproductivo de la mujer? *Revista latinoamericana de bioética*. (14) 2, 12-27.

Aportes a la seguridad social y destinación del recaudo de determinados impuestos al rubro del sistema de salud en Colombia *

Contributions to social security and destination of the collection of
certain taxes to the heading of the health system in Colombia

Recibido: Agosto 28 de 2018 - Evaluado: Noviembre 21 de 2018 - Aceptado: Diciembre 10 de 2018

Milagros del Carmen Villasmil Molero **

Yolanda Alicia Fandiño Barros ***

Nubia Pacheco Codina ****

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación “fortalecimiento del sistema de veedurías ciudadanas en el sector salud del departamento del atlántico: una estrategia comunitaria con domicilio en la academia y uso de los tics, orientada a prevenir la corrupción.”, adscrito al Grupo de Investigación Interdisciplinar Universitaria y Social, categoría A en Colciencias INVIUS de la Universidad del Atlántico y Universidad Libre Seccional Barranquilla.

** Postdoctoral en Gerencia Pública y Gobierno (2013), Doctora en Ciencias Gerenciales (2008), Magíster Scientiarum en Gerencia Tributaria (2005), Licenciada en Contaduría Pública (2001), Diplomada Experta en NIIF-NIC del Instituto Europeo de Postgrado (2014). Docente Titular de Jornada Laboral Completa, e Investigadora adscrita en la Facultad de Ciencias Económicas Administrativas y Contables. Universidad Libre Seccional Barranquilla. Investigadora de la Red Académica Internacional de “Estudios Organizacionales en América Latina, el Caribe e Iberoamérica” (REOALCEI). Par Evaluador Internacional por Colciencias, Categorizada en Nivel Sénior como Investigadora por Colciencias. Vinculada al Grupo de Investigación Tendencias Contables, Económicas y Administrativas TCEA, categorizado en B; E-mail: milagrosd.villasmilm@unilivre.edu.co. ORCID ID: <http://0000-0002-8222-8871>.

*** Doctora en Ciencias Sociales, Magister en desarrollo de proyectos sociales, especialista en estudios pedagógicos, socióloga; Docente Investigadora adscrita a la Facultad de Derecho, Vinculada al grupo de investigación INCOM. Categorizado en A. Investigadora del Instituto de Investigaciones de la Red Académica Internacional “Estudios Organizacionales en América Latina, el Caribe e Iberoamérica” (REOALCEI). E-mail: yolandaa.fandinob@unilivre.edu.co.

**** Abogada, Especialista en Derecho Público: Constitucional, administrativo, Docente Universitaria, Universidad Libre de Barranquilla, con maestría en Educación y Derecho Administrativo. Directora del Consultorio Jurídico, Facultad de derecho Universidad Libre Seccional Barranquilla. Correo electrónico: npacheco626@yahoo.es.

Para citar este artículo / To cite this article

Villasmil Molero, M. C., Fandiño Barros, Y. A., & Pacheco Codina, N. (2019). Aportes a la seguridad social y destinación del recaudo de determinados impuestos al rubro del sistema de salud en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 10(18), 127-164.

Resumen: La transparencia en la gestión de los recursos del sistema de salud es una acción que compromete al Estado y sus instituciones, de allí, que la presente *Revisión Documental* centra su objetivo en analizar los aportes a la seguridad social y la destinación del recaudo de determinados impuestos al rubro del sistema de salud, considerando como corriente teórica que sustentan las unidades de análisis a la Ley 1819 de 2016, reforma estructural, Ley 1943 de financiamiento de 2018, López, Restrepo & Gómez (2018), Restrepo & Lizarazo (2017), y otros documentos normativos tributarios que contemplan aportes de recursos al sistema. El enfoque metodológico corresponde al tipo cualitativo, con diseño bibliográfico. Dentro de los hallazgos, se hace referencia a que se esperaban dos medidas adicionales para apoyar la solución a la crisis financiera del sector: la creación del impuesto al consumo de bebidas azucaradas y la garantía de los aportes del presupuesto nacional, donde ni la ley 1819 de 2016, ni la ley 1943 de 2018 lo contempló; se verificó que existen varios impuestos cuya recaudación le inyecta recursos al sistema general de salud colombiano. Se concluye que, tras la aprobación de la reforma tributaria, el Gobierno Nacional le inyectó al sistema de seguridad social en salud cerca de \$1,8 billones directos que vienen de dos impuestos: el de los cigarrillos y medio punto del IVA. Sin embargo, a pesar de que se encuentran circulando gran cantidad de recursos del sector salud en el sistema financiero, paradójicamente continúa el cierre de hospitales en todo el territorio nacional. La Reforma tributaria no cubre el déficit del sector salud, pese a los dineros que recibirá el Ministerio de Salud, hace falta presupuesto. El artículo insta a hacer futuras investigaciones sobre el tema dado el carácter reformista del presente objeto de estudio.

Palabras clave: Aportes, destinación de recursos, impuestos, salud, seguridad social, tributación.

Abstract: Transparency in the management of the resources of the health system is an action that commits both the State and its institutions. That is why this Documentary Review focuses on analyzing the contributions to social security and the destination of the collection of certain taxes on the health system, taking into account the Law 1819 of 2016, structural reform, Law 1943 of financing of 2018, López, Restrepo & Gómez (2018), Restrepo & Lizarazo (2017), and other tax normative documents that refers to contributions to the system. The methodological approach corresponds to the qualitative type, with bibliographic design. Among the findings, we find that that two additional measures were expected to support the solution to the financial crisis in the sector; first, the creation of the tax on the sugary beverages consumption and the guarantee for the national budget contributions, which neither the law 1819 of 2016, nor the 1943 law of 2018 regulated; It was verified that there are several taxes whose collection are directed to the Colombian

general health system. It is concluded that, after the approval of the tax reform, the National Government pumped approximately \$ 1.8 billion into the health social security system, which comes from two taxes: one for cigarettes and half a point for VAT. However, despite the fact that a large amount of health sector resources are circulating in the financial system, paradoxically, the closure of hospitals throughout the national territory continues. The tax reform does not cover the deficit of the health sector, despite the money that the Ministry of Health will receive, a budget is needed. The article calls for future research on the subject given the changing nature of the matter.

Key words: Contributions, allocation of resources, taxes, health, social security, taxation.

Resumo: Visão Geral A transparência na gestão dos recursos do sistema de saúde é uma ação que compromete tanto o Estado e suas instituições que esta Revisão Documental tem como foco a análise das contribuições previdenciárias e a alocação de certos impostos ao sistema de saúde, considerando como corrente teórica que as unidades de análise apoiam a Lei 1819 de 2016, reforma estrutural, Lei de Financiamento 1943 de 2018, López, Restrepo & Gómez (2018), Restrepo & Lizarazo (2017), e outros documentos normativos tributários que contemplam contribuições de recursos para o sistema. A abordagem metodológica corresponde ao tipo qualitativo, com desenho bibliográfico. Entre os resultados, faz-se referência ao fato de que duas medidas adicionais eram esperadas para apoiar a solução da crise financeira do setor: a criação de um imposto sobre o consumo de bebidas açucaradas e a garantia de contribuições do orçamento nacional, onde nem a Lei 1819 de 2016 nem a Lei 1943 de 2018 o contemplaram; verificou-se que existem vários impostos cuja arrecadação injeta recursos no sistema geral de saúde colombiano. Conclui-se que, após a aprovação da reforma tributária, o Governo Nacional injetou no sistema de seguridade social da saúde cerca de US\$ 1,8 bilhão diretos que provêm de dois impostos: cigarro e meio ponto percentual de IVA. No entanto, apesar de uma grande quantidade de recursos do setor de saúde estar circulando no sistema financeiro, paradoxalmente, o fechamento de hospitais em todo o território nacional continua. A reforma fiscal não cobre o déficit do setor da saúde, apesar do dinheiro que o Ministério da Saúde irá receber, é necessário um orçamento. O artigo apela para pesquisas futuras sobre o assunto, dada a natureza reformista do presente estudo.

Palavras chave: Contribuições, alocação de recursos, impostos, saúde, segurança social, tributação.

Résumé: Vue d'ensemble La transparence dans la gestion des ressources du système de santé est une action qui engage tellement l'Etat et ses institutions que la présente Revue Documentaire se concentre sur l'analyse des cotisations de sécurité sociale et de l'affectation de certains impôts au système de santé, considérant comme courant théorique que les unités d'analyse soutiennent la Loi 1819 de 2016, la réforme structurelle, la Loi de financement 1943 de 2018, López, Restrepo & Gómez (2018), Restrepo & Lizarazo (2017), et autres documents normatifs tributaires qui prévoient des contributions en ressources au système. L'approche méthodologique correspond au type qualitatif, avec une conception bibliographique. Parmi les résultats, il est fait référence au fait que deux mesures supplémentaires étaient attendues pour soutenir la solution à la crise financière

du secteur : la création d'une taxe sur la consommation de boissons sucrées et la garantie des contributions du budget national, alors que ni la loi 1819 de 2016 ni la loi 1943 de 2018 ne le prévoient ; il a été vérifié que plusieurs taxes dont la collecte injecte des ressources dans le système général colombien de santé. Il est conclu qu'après l'approbation de la réforme fiscale, le gouvernement national a injecté dans le système de sécurité sociale sanitaire environ 1,8 milliard de dollars directement provenant de deux taxes : la cigarette et un demi-point de TVA. Cependant, malgré le fait qu'une grande partie des ressources du secteur de la santé circulent dans le système financier, paradoxalement, la fermeture des hôpitaux sur l'ensemble du territoire national se poursuit. La réforme fiscale ne couvre pas le déficit du secteur de la santé, malgré l'argent que recevra le ministère de la Santé, un budget est nécessaire. L'article appelle à des recherches futures sur le sujet étant donné la nature réformatrice de la présente étude.

Mots-clés: Contributions, affectation des ressources, impôts, santé, sécurité sociale, fiscalité.

SUMARIO: Introducción. - Problema jurídico. - Metodología. - Esquema de resolución. - 1. El sector empresarial, la parafiscalidad y el sistema de seguridad social en salud en Colombia. - 2. Los trabajadores independientes y sus aportes al rubro de salud en la ley 1819 de 2016. - 3. Financiación del sistema al rubro de la salud con aporte de determinados impuestos. - 4. Resultados. - Conclusiones. Referencias.

Introducción

Las sociedades contemporáneas requieren de asistencia, atención y cambios estructurados a través de acciones y programas planificados en el marco del desarrollo de los derechos y garantías de los ciudadanos como agentes objeto de bienestar, seguridad y protección. Por ello, la normativa debe tener presente lo imprescindible del significado de lo público encaminado hacia el velar por los derechos de los individuos que integran un contexto determinado.

En este ámbito Restrepo y Lizarazo (2017), señalan que:

Atendiendo a estas consideraciones los derechos y garantías, tales como la seguridad social en salud y la atención en salud, se hacen posible a la población a partir de la construcción, aplicación y evaluación de políticas públicas a nivel nacional o territorial. De este modo, se hace imprescindible encontrarse con la seguridad social puesto que es el producto del devenir histórico social de los pueblos, el crecimiento acelerado de la demografía, las tendencias del evolucionismo en el desarrollo cotidiano, el cambio de mentalidad y el surgimiento del maquinismo. (Restrepo & Lizarazo, 2017, págs. 36-38).

Ahora bien, desde una perspectiva histórica, la tributación se ha convertido en el principal mecanismo de financiación para sostener las funciones de los Estados en todos sus niveles. En ese sentido, y de acuerdo a Villegas (2001), es un concepto asociado en el contexto de la economía y las finanzas públicas, que significa tanto

el tributar, o pagar Impuestos, con base en el sistema o régimen tributario existente en una nación, cuyo objeto es recaudar los fondos que el Estado necesita para su funcionamiento. (Villegas, 2001, pág. 232).

En tanto, la seguridad social, a criterio de Villasmil, Alvarado, Socorro & Gamboa, (2018) y López, Restrepo & Gómez (2018), tiene como objetivo proteger o salvaguardar a los habitantes del país, de las eventuales enfermedades como las acciones, sean o no de trabajo, despido, desempleo, maternidad, incapacidad temporal también parcial, invalidez, y vejez, cualquier otro riesgo puede ser objeto de prevención social; así obligaciones derivadas de la vida familiar las necesidades de vivienda, recreación para todo ser humano (Villasmil, Alvarado, Socorro, & Gamboa, 2018, pág. 23).

Por su parte la Seguridad Social, de acuerdo con la Asociación Internacional de la Seguridad Social, es una función social del Estado, y un servicio público obligatorio (AISS, 2010). De igual forma, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2019) señala que, el Sistema de Seguridad Social en Salud (SGSSS) es la forma como se brinda un seguro que cubre los gastos de salud a los habitantes del territorio nacional, colombianos y extranjeros. Funciona en dos regímenes de afiliación: el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado (CEPAL, 2019). De allí que, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia se compone de los sistemas de: pensiones, de salud y de riesgos laborales y de los servicios sociales complementarios. Los Subsistemas que conforman el Sistema de la Protección Social en Colombia: Sistema General de Seguridad Social en Salud, Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, Sistema General de Riesgos Laborales, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; ICBF, Régimen del Subsidio Familiar – Cajas de Compensación Familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA (Ley 100, 1993).

Con referencia a las contribuciones parafiscales, el modelo del Código Tributario para América Latina indica que, son gravámenes establecidos por la Ley de carácter obligatorio, donde lo recaudado no se incluye en los presupuestos estatales, no son recaudados por la Administración Tributaria del Estado y, no ingresan al tesoro nacional, sino directamente en los entes recaudadores y administradores de los fondos. (OEA/BID, 1967).

Las contribuciones parafiscales reciben las más variadas nominaciones del derecho positivo, tales como tasas, contribuciones, aportes, cuotas, cotizaciones, derechos, cargas entre otras denominaciones. “Su administración y recaudación se destina a sectores fundamentales para la población como la salud, y la vivienda”. (Uthoff, 2010, pág. 85).

En concordancia con lo anterior, es posible comprender que las contribuciones parafiscales resultan ser una estrategia de inversión en la seguridad social y que

impactan directamente en la sociedad; estos aportes deberán ser pagados por los empleadores públicos o privados, trabajadores independientes, entidades o universidades públicas con régimen especial en salud, agremiaciones o asociaciones, cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado, misiones diplomáticas, consulares o de organismos multilaterales no sometidos a la legislación colombiana y organizaciones administradoras del programa de Hogares de Bienestar, pagador de aportes de los concejales municipales o distritales, o de los ediles, y los pensionados (únicamente al Sistema de Seguridad Social en Salud). El ingreso base de cotización – IBC, para los aportes parafiscales corresponde al total de la nómina de salarios del mes. (Ministerio de Salud, 2016).

Así las cosas, el Ministerio de Salud (2016), señala:

La Constitución Política de Colombia, consagra la atención en salud como un servicio público que el Estado debe garantizar conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, por lo tanto, le corresponde la organización, dirección y reglamentación, estableciendo las políticas para la prestación de los servicios de salud, las competencias de la Nación, las Entidades Territoriales y los particulares, así como ejercer su vigilancia y control La Ley 100 de 1993, crea el Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS– y señala que éste sistema debe ordenar las instituciones y los recursos necesarios para alcanzar los objetivos, unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social. (Ministerio de Salud, 2016, pág. 9).

Es así como el artículo 48 de la Carta Política establece que deben cumplirse las normas en pos de garantías a todos los ciudadanos del derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación activa de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella¹.

Con respecto a lo anterior, es posible agregar que la Seguridad Social viene a ser un servicio público, cuya obligación del Estado es la de velar, coordinar y cumplir, sujeto a los principios de eficiencia², universalidad³ y solidaridad⁴, tal y

¹ Constitución Política de Colombia. (1991). Capítulo 2. De los Derechos Sociales, Económicos.

² Entendida como la mejor utilización social y económica de los recursos.

³ Implica la protección y beneficios fundamentales a toda la población.

⁴ Hace referencia al financiamiento de la política social de forma diferenciada, según la capacidad económica de cada persona.

como lo sustenta el Acto Legislativo No. 01 de 2005. De lo anterior, se afianza esta idea a través de la citación de la Ley, la cual asume la Seguridad Social, entendida como:

El conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, a través del cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado en hermandad con la sociedad realicen con el fin de cumplir con la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad⁵. (Ley 100, 1993).

En este sentido, la hipótesis que orienta el presente estudio se conduce a demostrar que, el sistema general de salud colombiano obtiene diversas fuentes de recursos para su funcionamiento; siendo unas de esas fuentes los aportes a salud de los cotizantes, y adicionalmente recursos provenientes de diversos impuestos que establecen una destinación al sector salud colombiano. Lo anterior, con objetivo de garantizar las condiciones dignas del trabajo y por ende el desarrollo en pro de la sociedad para una vida digna.

Para ello, la investigación se soporta en elementos conceptuales y doctrinarios que dan respuesta a las preguntas planteadas en el presente trabajo, abordando las unidades de análisis que se apoyan en las leyes, normas, conceptos y autores. En consecuencia, la presente investigación plantea como principales interrogantes: ¿De qué manera afectó el legislador la destinación de recursos al sistema de salud con la implementación de la ley 1819 de 2016, la Ley 1943 de 2018 de financiamiento y otra normatividad? Y, ¿Cuáles impuestos establecen un aporte total o parcial para el financiamiento del rubro de sector salud?

El objetivo general que se plantea la presente investigación se orienta hacia el analizar los aportes a la seguridad social y la destinación del recaudo de determinados impuestos al rubro del sistema de salud en el ordenamiento jurídico colombiano. Se contextualizan diferentes acontecimientos importantes haciendo referencia a la ley 1819 de 2016 reforma estructural, Ley 1943 de financiamiento, y otros documentos normativos. El artículo culmina con las conclusiones frente a los alcances del trabajo desarrollado y las referencias bibliográficas citadas en la investigación que dan soporte al mismo.

⁵ Congreso de la República. (1993). Ley 100 de diciembre 23 de 1993. Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. Santafé de Bogotá. D.C Diario Oficial 41. 148.

Problema de investigación

El presente estudio formula en su problema de investigación las preguntas: ¿De qué manera afectó el legislador la destinación de recursos al sistema de salud con la implementación de la ley 1819 de 2016?; ¿Ley 1943 de 2018, y otra normatividad? Y, ¿Cuáles impuestos establecen un aporte total o parcial para el financiamiento del rubro de sector salud?

De allí, centra su propósito en analizar los aportes a la seguridad social y la destinación del recaudo de determinados impuestos al rubro del sistema de salud en Colombia en el marco de lo establecido en la reforma estructural ley 1819 de 2016, Ley 1943 de 2018, y otros documentos que se relacionan con el objeto del presente análisis.

Metodología

El presente artículo, sigue al paradigma *cualitativo* puesto que, “utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación” (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014, pág. 95), es decir, cuyo proceso implica la no cuantificación de datos matemáticos, sino una descripción del tema a estudiar basándose en la recopilación de información por medio de fuentes como lo son: Ley 1819 (2016), Ley 1943 (2018), Ley 100 (1993), Ley 1438 (2011), entre otras fuentes. La investigación es básica y está dirigida a profundizar con base en los datos recolectados sobre el objeto de estudio. Por otro lado, la manera en que se analizan los datos obtenidos concuerda con la descripción dada los sistemas cualitativos:

(...) Dicho de otra forma, las investigaciones cualitativas se basan más en una lógica y proceso inductivo (explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas). Van de lo particular a lo general. Es decir, procede caso por caso, dato por dato, hasta llegar a una perspectiva más general. (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014, pág. 95).

En cuanto a su método, el presente artículo se inserta en el campo de los problemas jurídicos tributarios con la intervención de los elementos asociados a los aspectos tributarios del sistema de seguridad social en salud; campo en el que el método inductivo posibilita un profundo análisis, porque parte de lo particular para llegar a conclusiones de carácter universal (Bacon, 1988, pág. 90), toda vez que los aspectos tributarios constituyen una reflexión en y desde la praxis, por cuanto la realidad de su práctica lógica jurídica está constituida por hechos observables elaborados a partir del medio en que intervienen. Es, pues, un método jurídico, analítico, descriptivo, y bibliográfico.

A su vez, para el desarrollo de la investigación interviene el método sistemático, pues en esta resulta necesario presentar las distintas unidades de análisis, que pueden derivar de los aspectos que financian al sistema de salud en el ámbito tributario, en su evolución con las diferentes reformas, la inversión social del recaudo y, la destinación del mismo, a partir de situaciones particulares tales como aquellos impuestos en cuya recaudación se destine total o parcial recursos para el financiamiento del sector salud, con el propósito de que posteriormente se logre establecer un análisis general de dicha problemática.

Entre tanto, la presente investigación cuenta con un diseño no experimental, ya que, de acuerdo con Hernández, Fernández y Baptista (2014), con referencia al tipo de investigación, la indicada para este artículo es de nivel *descriptivo analítico*, de corte *documental* realizado desde la visión exploratoria descriptiva, pues se vinculan procesos tal como se presentan en la realidad observada en la normatividad y otros documentos asociados (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014, pág. 120); además, desde la mirada crítica de la acción tributaria en el contexto del sistema general de seguridad social en Colombia.

Se busca entonces, analizar específicamente lo que concierne a la temática de la salud, en aras de obtener una reflexión analítica descriptiva de los aspectos tributarios que se relacionan con el objeto del presente estudio, entendido como el “proceso de conocimiento que se inicia por la identificación de cada una de las partes que caracterizan una realidad” (Méndez, 2001, pág. 33), similar a esta conceptualización y con la finalidad de reforzar la aplicación de este tipo de investigación a este artículo, Bernal (2006), señala: “proceso cognoscitivo, que consiste en descomponer un objeto de estudio separando cada una de las partes del todo para estudiarlas de forma individual” (Bernal, 2006, pág. 40).

Finalmente, se precisa el objeto del presente estudio, a través de los ítems planteados en el esquema de resolución del problema jurídico, en tal sentido, se observa la transición o evolución del fenómeno del objeto tal y como mencionan los teóricos y la normativa; es un proceso consecuente que se estructura en acciones específicas en la cual, primero se analiza i) El sector empresarial, la parafiscalidad y el sistema de seguridad social en salud en Colombia, ii) Los trabajadores independientes y sus aportes al rubro de salud en la ley 1819 de 2016., iii) Financiación del sistema al rubro de la salud con aporte de determinados impuestos, para al final propiciar una discusión y unas conclusiones dándole respuesta al objetivo general de la investigación.

Esquema de resolución de problema jurídico

Con el fin de dar solución al problema jurídico planteado se aborda: i) Sector empresarial, la parafiscalidad y el sistema de seguridad social en salud en Colombia, ii) Breve reseña histórica del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), de los aportes a la seguridad social: Un recorrido antes de la Ley 1607 de 2012 y 1739 de 2014, iii) Aportes a la seguridad social en salud en la reforma estructural: Ley 1819 de 2016, iv) Trabajadores independientes y sus aportes al rubro de salud en la ley 1819 de 2016., v) Financiación del sistema al rubro de la salud con aporte de determinados impuestos, vi) Resultados de investigación, vii) conclusiones, y, viii) Referencias.

1. Sector empresarial, la parafiscalidad y el sistema de seguridad social en salud en Colombia

El Sistema General de Seguridad Social en Salud por el que se rige Colombia está determinado por la Ley 100 establecida en el año 1993, cuya finalidad es la descripción del sistema compuesto por los regímenes contributivo y subsidiado, que deben cubrir a toda la población.

Las empresas tienen la obligación de afiliar a sus trabajadores a la entidad prestadora de servicio, EPS que el trabajador elija. Para que la EPS pueda garantizar al trabajador la salud, mensualmente hay que realizar un aporte equivalente al 12,5% del salario del trabajador, Aporte que se distribuye entre el trabajador y el empresario. Debiendo aportar el Trabajador 4% sobre el salario base y la empresa el restante 8,5%. Lo anterior lo señala de igual manera el Ministerio de Salud (2016), al indicar los Porcentajes de Cotizaciones así:

Con el artículo 204, la Ley 100 de 1993 estableció la obligatoriedad de aplicar, a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, una cotización del 12% del salario base de cotización, el cual no podía ser inferior al salario mínimo. No obstante, a partir del primero (1) de enero del año 2007, La Ley 1122 de 2007 incrementó este porcentaje del 12 al 12.5%. En el caso de los dependientes, del total de la cotización, dos terceras partes eran a cargo de empleador y una tercera parte a cargo del trabajador, sin embargo, al aumentar al 12.5%, al empleador le corresponde el 8.5% y el empleado el 4%. (Ministerio de Salud, 2016, pág. 13).

Es importante resaltar que la Ley 1819 de 2016, introdujo un cambio en la obligación de algunos empleadores de realizar estos aportes de salud, y establece que el Decreto 780 del 6 de mayo de 2016 reglamenta los procesos de filiación de los usuarios tanto del Régimen Contributivo como del Régimen Subsidiado y, define reglas claras de afiliación y control. (Ministerio de Salud, 2016).

A este respecto, la exoneración de aportes a la seguridad social (cotizaciones del régimen contributivo de salud) y parafiscales (SENA e ICBF), queda Así:

2. Breve reseña histórica al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), de los aportes a la seguridad social: Un recorrido antes de la Ley 1607 de 2012 y 1739 de 2014

El Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) sobre el que se rige actualmente Colombia, se encuentra delimitado dentro de la Ley 100, creada en 1993, el cual funciona así en cuanto a empleados: se rige por dos características jurídico administrativas, como son la contribución y la solidaridad.

En este sentido, Restrepo y Lizarazo (2017), señalan:

Se puede comprender que existen aportes empleado - empleador, y tuvo como principio rector la rentabilidad social. Para la creación de las EP, EPS, EPSI y unidades de salud de entes universitarios autónomos entran gran cantidad de recursos del sector privado con el consecuente interés de mejorar la rentabilidad económica de dichas empresas en un mercado de libre competencia; es así como empieza a funcionar el régimen contributivo para aquellas personas que están en capacidad económica de acceder a las EPS (Entidades Promotoras de Salud), y por otro lado, el Estado crea el régimen subsidiado, con el fin de garantizar el derecho de la salud a las personas de escasos recursos económicos. (Restrepo & Lizarazo, 2017, pág. 39).

Seguridad social en salud en una perspectiva de sistema indica que para ahondar en la definición del sistema de seguridad social en salud es recomendable, por apertura metodológica y epistemológica, realizar unas relaciones o aproximaciones conceptuales que soportan y dan pautas, por ello se comienza diciendo que, sistema es el conjunto de cosas que se sujetan para formar un todo, donde este todo tiene un objetivo definido (Arenas, 2007, pág. 36); (Pérez, 1997, pág. 36).

Asimismo, Restrepo y Lizarazo (2017), manifiestan que, se puede concluir que un sistema es un conjunto de elementos diferentes relacionados entre sí que contribuyen (organizadamente) al cumplimiento de un objetivo (finalidad). La relación es interna cuando se da entre las partes del sistema y es externa cuando se da entre el sistema y su medio o entorno. Esta última caracteriza a los sistemas abiertos. Precisamente sobre el referente que venimos esbozando, la Corte Constitucional colombiana, en aras de estar a tono con los avances de las Ciencias Sociales y Jurídicas, al igual que en pro de resolver conflictos, ha determinado el concepto de sistema a través de la Sentencia C-251, donde se afirma que “un sistema se define por el hecho de no ser un simple agregado desordenado de elementos sino por

constituir una totalidad, caracterizada por una determinada articulación dinámica entre sus partes y una cierta relación con su entorno”. (Sentencia C-251, 2002).

Así las cosas, contextualizando en cuanto a los aportes a la seguridad social, haciendo historia se hace referencia a la Ley 1607 en su Artículo 25, donde se establece la exoneración de aportes SENA – ICBF y los obligados de salud. (Ley 1607, 2012). Este dinero que se deja de recaudar por estos conceptos se cubrirá con el Impuesto de Renta para la equidad CREE, y quedaría reglamentado en el Decreto 1828 (Derogado) - Artículo 7o. Exoneración de aportes parafiscales, donde el impuesto CREE. (Reemplaza y Exonera aportes SENA e ICBF). (Decreto 1828, 2013). La distribución del CREE quedó así: 2.2 puntos para el ICBF, 1.4 puntos para el SENA y 4.4 puntos para el Sistema de Seguridad Social en Salud. (8%).

El punto adicional sería cobrado en 2013, 2014 y 2015. De éste será destinado un 40% para financiar las instituciones de educación superior públicas, 30% para la nivelación de la Unidad de Pago Por Capitación, UPC del régimen subsidiado en salud y 30% para la inversión social en el sector agropecuario. Lo anterior lo establecía, Ley 1607 de 2012 en los Artículos 20-37; y la Ley 1739 de 2014 en los Artículos 11- 24, y Reglamentación: de los Decretos 0862; 1828; 2222; 2701; 2972; 3048 y 3029 de 2013. Decreto Reglamentario 014 de 2014. Decreto Reglamentario 1246 de 2015 respectivamente. Adicionalmente, el artículo 376 de la Ley 1819, eliminó el impuesto sobre la renta para la equidad CREE, a partir del año 2017 y por lo tanto a partir del 1 de enero de 2017, la auto retención en la fuente a título de éste impuesto haciéndola obsoleta.

3. Aportes a la seguridad social en salud en la reforma estructural: Ley 1819 de 2016.

El Estatuto Tributario en su Artículo 114-1. Establece la exoneración de aportes. (Artículo adicionado por el artículo 65 de la Ley 1819 de 29 de diciembre de 2016), lo cual establece, que las empresas quedan exoneradas de realizar los aportes a salud contemplados en el artículo 204 de la ley 100 de 1993. “Dicha exoneración aplica por trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes”. En tal sentido, se deroga el CREE y se crea un mecanismo, que según el ISLR en la Ley 1819, se establece así:

Mecanismo de auto retención: (Mensual) a Título de Impuesto de Renta y Complementarios. (Incluida en una casilla específica (74) Planilla 350 de la declaración de Retención en la Fuente). Comunicado: 019 del 26/01/2017. Se modifica la Tarifa del Impuesto de Renta y Complementarios. (Ley 1819, 2016).

Ley 1819 de 2016 en su Artículo 100, modifica el artículo 240 del Estatuto Tributario el cual quedará así:

Estatuto Tributario Artículo 240. Tarifa general para personas jurídicas 33%. Antes (25% cuando él cree). Para 2017, 34% parágrafo transitorio 1. De igual forma, la Ley 1819 de 2016 – en su Artículo 125°, modifica el Artículo 365 del Estatuto Tributario, el cual quedará así: Parágrafo 2. El Gobierno nacional establecerá un sistema de auto retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta y complementarios, el cual no excluye la posibilidad de que los auto retenedores sean sujetos de retención en la fuente. Reglamentación: Decreto Reglamentario 2201 de 2016. (Ley 1819, 2016).

Otro aspecto que estableció la Ley 1819, fue el relacionado con la destinación específica del 9% impuesto de renta y complementarios:

La ley 1819 de 2016 en su Artículo 102. Señala: Adiciónese el artículo 243 al Estatuto Tributario, el cual quedará así:

Artículo 243. Destinación Específica. A partir del periodo gravable 2017, 9 puntos porcentuales (9%) de la tarifa del Impuesto sobre la Renta y Complementarios de las personas jurídicas, se destinarán así:

2.2 puntos se destinarán al ICBF.

1.4 puntos al SENA.

4.4 puntos al Sistema de Seguridad Social en Salud.

0.4 puntos se destinarán a financiar programas de atención a la primera infancia.

0.6 puntos a financiar las instituciones de educación superior públicas para el mejoramiento de la calidad de la educación superior y/o para financiar créditos beca a través del ICETEX. (Ley 1819, 2016).

Por otra parte, en cuanto al tratamiento fiscal de la persona natural obligada a declarar renta sobre los aportes de salud., es decir, los aportes obligatorios de salud (Empleado). Antes de la ley 1819 de 2016:

El Decreto Único Reglamentario 1625 de 2015 establecía: en su Artículo 1.2.4.1.16. La disminución de la base para trabajadores independientes. Art. 3 Decreto 2271 2009. Inciso 1 modificado por el art. 1 del Decreto 3655 de 2009). Los Aportes obligatorios de salud: tenían Tratamiento como Deducción, Interpretación Dian - Oficio DIAN número 066667 de noviembre 7 de 2008. (Ley 1819, 2016).

Para la Vigencia de la Ley 1819 de 2016 el Tratamiento es como INCRGO (Ingreso No Constitutivo de Renta ni Ganancia Ocasional). Según el Estatuto Tributario, en su Artículo 56, señala: Los Aportes obligatorios al sistema General de salud. (Artículo adicionado por el artículo 14 de la Ley 1819 de 29 de diciembre

de 2016). Es decir, el artículo 56 del Estatuto Tributario, introducido por el artículo 14 de la ley 1819 de 2016, el cual establece:

Los aportes obligatorios que efectúen los trabajadores, empleadores y afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud no harán parte de la base para aplicar la retención en la fuente por salarios, y serán considerados como un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional. (Ley 1819, 2016).

Concluyendo que este no precisa cuales aportes se deben descontar en el cálculo de la retención en la fuente ya que pueden ser: los valores pagados, por los conceptos en mención, durante el mes o el promedio de lo pagado en el año anterior.

Lo anterior, lo explica Moncayo (2017), por medio de un informe en el sitio web del Instituto Nacional de contadores Públicos (INCP), señalando que:

Desde el punto de vista tributario, luego de la expedición de la ley 1819 de 2016, los aportes obligatorios de salud y pensión dejan de manejarse como deducción y renta exenta respectivamente y pasan a ser considerados un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional; pero queda el dilema si estos valores se detraen de la depuración de la retención en la fuente por su valor pagado en el mes o por el promedio de lo pagado en el año anterior. (Moncayo, 2017, pág. 5).

Pues bien, siempre ha existido una cierta confusión en la forma de restar estos dos tipos de aportes, dado que para los asalariados hasta el año gravable 2016 según el concepto DIAN 06661 de 2008 y el decreto 3655 de 2009 el aporte de salud era deducible el promedio de lo pagado en el año inmediatamente anterior, mientras que, para los trabajadores independientes, otros conceptos predicaban que la deducción de salud era deducible la efectivamente pagada en el respectivo mes del cálculo. Es importante, destacar que la Ley de Financiamiento 1943 de 2018, no hizo variación alguna con relación a lo referido anteriormente, es decir, se mantiene vigente lo establecido para estos casos la Ley 1819 de 2016 (Dussán, 2017, pág. 2).

Sin embargo, conviene precisar que, según lo expone el portal del consultorio contable y tributario, luego de la expedición de reforma tributaria ley 1819 de 2016, estas normas quedan derogadas y entra a regir para el caso de los aportes de salud obligatorios lo indicado en el artículo 56 del E.T. que establece : “Los aportes obligatorios que efectúen los trabajadores, empleadores y afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud no harán parte de la base para aplicar la retención en la fuente por salarios, y serán considerados como un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional.” (Ley 1819, 2016).

Como se observa, este artículo que fue introducido por el artículo 14 de la ley 1819 de 2016, no hizo precisión de cuales aportes se deben detraer en el cálculo de la retención en la fuente, por lo que en nuestro entender debería ser el efectivamente descontado por el empleador para el caso de los asalariados o el pagado en el caso

de trabajadores independientes; y digo esto en el sentido que es el valor más lógico y sencillo que se podría restar en este caso. (Moncayo, 2017, pág. 6).

Ahora bien, hemos conocido el Oficio DIAN N° 902660 del 23 de mayo de 2017, en el cual luego de un análisis de la normativa se concluye:

Así las cosas, en relación tanto con los aportes obligatorios de salud como con los aportes obligatorios de pensión, será el decreto reglamentario que expida el Gobierno Nacional el que habrá de determinar si para la depuración de la base de retención en la fuente de las rentas de trabajo se tomaran en cuenta los aportes obligatorios realizados en el mes o los realizados en el año anterior y en este último caso como se obtendrá la cifra para cada mes. (Dussán, 2017, pág. 5).

En conclusión, el tema no es claro dado que, según la DIAN, se requiere reglamentación por parte del gobierno nacional, que esperamos indique que se pueda detraer el valor descontado por el empleador en el respectivo mes para el caso de los asalariados y el pagado para el caso de los trabajadores independientes. (Dussán, 2017, pág. 6).

4. Trabajadores independientes: aportes al rubro de salud en la ley 1819 de 2016

La reforma tributaria fue un aliciente para contribuyentes, puesto que, los trabajadores independientes que devenguen ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente coticen mes vencido al Sistema Integral de Seguridad Social (que comprende pensión, salud y riesgos profesionales) y no anticipadamente como lo indica la normativa actual.

Según López, Restrepo y Gómez (2018), la generación de recursos financieros provenientes del aporte por cotizaciones, en el caso de los trabajadores empleados, nace de la relación existente entre el trabajador y su patrono, relación cuyo fundamento es el contrato laboral. Con respecto a los trabajadores independientes, ellos deben presentar ante la EPS elegida una declaración de ingresos en el momento de afiliarse con base en la cual se calcula un ingreso presuntivo. “Todos los cotizantes se comportan como afiliados frente al aseguramiento y como usuarios ante la prestación”. (López, Restrepo, & Gómez, 2018, pág. 56).

Así, el principio esencial que se debe observar dentro de la inspección, vigilancia y control de la generación de recursos es garantizar que la población con capacidad de cotizar se encuentra realizando los aportes que le corresponden y que ellos se producen según la base salarial real. Este planteamiento general comporta dos procesos esenciales: i) Afiliación como cotizante al régimen de toda la población

con capacidad de pago; y ii) Pago íntegro de las contribuciones según los niveles de ingreso real del cotizante. (Ministerio de Salud, 2016).

Desde esta perspectiva, conviene distinguir al trabajador dependiente del independiente de la siguiente manera:

- a. El trabajador dependiente cancela conjuntamente y de manera obligatoria con el empleador las contribuciones a Salud en los siguientes porcentajes: 12.5% del salario, de los cuales 8.5% están a cargo del empleador y el 4% a cargo del trabajador (Ministerio de Salud, 2004, pág. 420).
- b. El contratista independiente cancelará el 12,5%, sobre un ingreso base de cotización –IBC equivalente al 40% del valor mensualizado del contrato. (Ministerio de Salud, 2004, pág. 420).
- c. El independiente no contratista con capacidad de pago, aportará un 12.5% sobre sus ingresos reales o efectivamente percibidos, una vez realizadas las deducciones de que trata el artículo 107 del Estatuto Tributario Nacional. Estas deducciones son aquellas relacionadas o que tengan nexo causal con la actividad que realiza (Ministerio de Salud, 2004, pág. 420).
- d. Para trabajadores bajo el régimen de salario integral (más de 10 SMMLV) el IBC corresponde al 70% del salario siempre y cuando ese valor no exceda el tope máximo de 25 salarios mínimos (Ministerio de Salud, 2004, pág. 420).

5. Financiación del sistema al rubro de la salud con aporte de determinados impuestos

La Dirección de Financiamiento Sectorial –DFS- del Ministerio de Salud y Protección Social (2018), en ejercicio de la función de seguimiento y evaluación de la ejecución de los recursos fiscales, parafiscales y demás fuentes y de las acciones y metas de financiamiento del SGSSS en los niveles nacional y territorial, entre otras, de allí se deriva que los recursos para financiar el sistema de salud provienen de dos fuentes principalmente: Recursos fiscales, que se refieren a impuestos y recursos parafiscales que se refieren a las cotizaciones de los trabajadores, copagos y cuotas moderadoras (Ministerio de Salud, 2018).

Estos recursos son manejados por el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) en diferentes subcuentas con destinaciones específicas. Para la financiación de la atención de los afiliados al régimen contributivo y subsidiado, las víctimas de eventos catastróficos y accidentes de tránsito y las acciones de promoción y prevención.



Por lo anterior resulta interesante plantearse la siguiente interrogante: el Modelo de salud en Colombia: ¿financiamiento basado en seguridad social o en impuestos? Interrogantes complementarios que se derivan del presente objeto de estudio como una sub-categoría emergente de la investigación.

Como bien se ha dicho, los recursos que financian el sistema de salud en Colombia son de naturaleza fiscal y parafiscal. Por su parte, las rentas parafiscales provienen de los aportes de los cotizantes al régimen contributivo. La aproximación al financiamiento de un sistema de salud se puede hacer desde dos enfoques. El primero es la seguridad social y el segundo es el modelo basado en impuestos generales. A grandes rasgos, las fuentes de financiación del sistema de salud en Colombia son estatales y de los empleados, empresarios y trabajadores independientes.

Considerando que en Colombia el Sector Salud se ha visto abocado a continuos cambios debido a factores diversos, el más relevante de ellos, su aspecto económico, se considera adecuado analizar el impacto que tienen los tributos para las entidades del sector salud en Colombia. En tal sentido, se hacen algunos señalamientos, orientados a establecer algunos impuestos cuya destinación total o parcial inyectan recursos al sistema de seguridad social en salud:

a) Destinación de recursos a la Seguridad social en salud con el impuesto a las ventas.

El Artículo 468 del Estatuto Tributario establece la tarifa general del impuesto sobre las ventas, en tal sentido, el artículo in comento modificado por el artículo 184 de la Ley 1819 de 29 de diciembre de 2016. La tarifa general del impuesto sobre las ventas es del diecinueve por ciento (19%) salvo las excepciones contempladas en este título. A partir del año gravable 2017, del recaudo del impuesto sobre las ventas un punto se destinará así: 0.5 puntos se destinarán a la financiación del aseguramiento en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Ministerio de Salud, 2016).

Asimismo, el Artículo 468-3 Señala:

Los servicios gravados con la tarifa del cinco por ciento (5%). (Artículo modificado por el artículo 49 de la Ley 1607 de 26 de diciembre de 2012). A partir del 1 de enero de 2013, los siguientes servicios quedan gravados con la tarifa del cinco por ciento (5%), eso se mantiene vigente tanto en la ley 1819 del 2016 como en la ley 1943 del 2018, en general en la normativa tributaria, en tal sentido, se detallan los impuestos cuya recaudación una parte, es decir, parcialmente su recaudo esta con destinación para el financiamiento del sector salud en Colombia. (Ley 1607, 2012).

Los planes de medicina preparada y complementarios, las pólizas de seguros de cirugía y hospitalización, pólizas de seguros de servicios de salud y en general los planes adicionales, conforme con las normas vigentes. El Artículo 476. Servicios excluidos del impuesto sobre las ventas. (Artículo modificado por el artículo 48 de la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998). Se exceptúan del impuesto los siguientes servicios:

1. Los servicios médicos, odontológicos, hospitalarios, clínicos y de laboratorio, para la salud humana. (Numeral 8 modificado por el artículo 50 de la Ley 1607 de 26 de diciembre de 2012).
2. Los planes obligatorios de salud del sistema de seguridad social en salud expedidos por autoridades autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud, los servicios prestados por las administradoras dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad y de prima media con prestación definida, los servicios prestados por administradoras de riesgos laborales y los servicios de seguros y reaseguros para invalidez y sobrevivientes, contemplados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad a que se refiere el artículo 135 de la Ley 100 de 1993.
3. Las comisiones por intermediación por la colocación de los planes de salud del sistema general de seguridad social en salud expedidos por las entidades autorizadas legalmente por la Superintendencia Nacional de Salud, que no estén sometidos al Impuesto sobre las Ventas. (Ley 1943, 2018).

De igual forma, el sistema de seguridad social y Protección Social en salud destaca como otra fuente de Financiación y Usos de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS–: El IVA cedido de licores, vinos y aperitivos. Ley 788, 2002 y Ley 1393, 2010. La entidad territorial determinará el monto a destinar de esta renta en cada vigencia, en el marco del Plan Decenal de Salud Pública. Para lo anterior, deberán sujetarse a lo establecido en el artículo 60 de la Ley 715 de 2001. (Ministerio de Salud, 2016, pág. 56).

(...) IVA cedido de Licores, vinos y Aperitivos. (Leyes 788 de 2002 y 1393 de 2010). Con base en la información de recaudo de esta fuente destinada a Salud, (IVA de Licores - 100% Salud- y Vinos, aperitivos y similares -70% Salud-) en el año inmediatamente anterior a la formulación del Plan, proyectarán los recursos para cada vigencia fiscal y determinarán el monto de recursos destinado a la prestación de servicios en lo no cubierto con subsidios a la demanda. Seis por ciento (6%) del Impuesto al consumo de licores, vinos y aperitivos. (Ley 1393, 2010). Con base en la información de recaudo de esta fuente destinada en el año inmediatamente anterior a la formulación del Plan, proyectarán los recursos para cada vigencia fiscal. Para la cofinanciación del Régimen Subsidiado destinarán lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1393 de 2010. (IVA de Licores-100% Salud y Vinos, aperitivos y similares -70% Salud) en el año inmediatamente anterior a la formulación del Plan, proyectarán los recursos para cada vigencia fiscal. Conforme lo establece artículo 44 de la Ley 1438 de 2011, se proyectará para la cofinanciación del régimen subsidiado el 50% de esta renta. (Ley 715, 2001, pág. 53).



b). Destinación de recursos a la Seguridad social en salud con el impuesto gravamen a los movimientos financieros

De acuerdo al Concepto No. 1466 emitido por la DIAN, el Gravamen a los movimientos financieros – GMF, se entiende que este impuesto es:

El gravamen a los movimientos financieros - GMF se creó a cargo de los usuarios del sistema financiero y de las entidades que lo conforman a partir del primero (1°) de enero del año 2001, con la Ley 633 de 2000. (DIAN, 2017, pág. 9).

Ahora bien, el Artículo 879. Del estatuto tributario establece exenciones del GMF. (Artículo adicionado por el artículo 1 de la Ley 633 de 29 de diciembre de 2000). Lo cual indica que se encuentran exentos del Gravamen a los Movimientos Financieros:

El (Numeral 10 modificado por el artículo 48 de la Ley 788 de 27 de diciembre de 2002). Las operaciones financieras realizadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de las EPS y ARS, del Sistema General de Pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, de los Fondos de Pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987 y del Sistema General de Riesgos Profesionales, hasta el pago a las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), o al pensionado, afiliado o beneficiario, según el caso. También quedarán exentas las operaciones realizadas con los recursos correspondientes a los giros que reciben las IPS (Instituciones Prestadoras de Servicios) por concepto de pago del POS (Plan Obligatorio de Salud) por parte de las EPS o ARS hasta en un 50%. Lo anterior lo ratifica la sentencia S-11001-03-24-000-2009-00114-00 de 2018. (DIAN, 2017).

c). Destinación de recursos a la Seguridad social en salud con el mono tributo según la ley 1819 de 2016 y su cambio a Régimen Unificado bajo el Régimen Simple de Tributación para la Formalización y la Generación de Empleo (SIMPLE)”. Según Ley 1943 de 2018.

De acuerdo con el libro 8 del estatuto tributario:

El Artículo 916 establece la destinación específica del componente de impuesto nacional del Mono tributo. El recaudo del componente del impuesto nacional del Mono tributo se destinará a la financiación del aseguramiento en el marco del Sistema General de Seguridad Social, en Salud y en Riesgos Laborales.

Para el primer caso, los recursos se presupuestarán en la sección del Ministerio de Salud y Protección Social (2016), y serán transferidos a la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, creada en los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015. En el segundo caso, los recursos serán

transferidos al Fondo de Riesgos Laborales, creado en el artículo 88 del Decreto ley 1295 de 1994.

La Ley 1819 de 2016 en su Art. 165 establece:

Para incentivar la adopción del régimen, se incluyen los siguientes beneficios tangibles para los contribuyentes: (I) una parte del pago del tributo es un aporte al programa de Beneficio Económico Periódico (BEPs), que le permitirá a una población prevalentemente informal acceder a un sistema de protección de la vejez; (II) acceder a una cobertura de un seguro de vida y exequial, (III) al régimen de independientes de Cajas de Compensación Familiar (Ley 789 de 2002), (IV) y a la afiliación a la Administradora de Riesgos Laborales (ARL). Adicionalmente, contempla una exención a la retención del impuesto de renta que se aplica hoy en estos comercios minoristas al utilizar medios de pagos electrónicos. (Ley 1819, 2016).

De lo anterior, el portal de Portafolio (2017) señala:

Con la creación de esta figura, los pequeños comerciantes con ventas entre 41 y 100 millones de pesos al año, pagarían entre 40.000 y 80.000 pesos mensuales con acceso al ahorro para la vejez (BEPs) y riesgos profesionales y cubriría a los comerciantes ubicados en locales de menos de 50 metros cuadrados. Debe ser explicado qué tanto será el porcentaje que se destinará a los BEPs. (Portafolio, 2017, pág. 4).

Ahora bien, una de las grandes novedades de la nueva Ley de financiamiento en su art. 66 de la ley 1943 de 2018 es la introducción del nuevo impuesto unificado bajo el régimen de tributación, el cual termina reemplazando el régimen del monotributo creado por la pasada reforma tributaria estructural. La Ley de Financiamiento desarrolla dos propuestas que ya contemplaba el Estatuto Tributario, para vincular al sector informal a nuestra economía, entre ellas esta: “Propone el Régimen Unificado bajo el Régimen Simple de Tributación para la Formalización y la Generación de Empleo (SIMPLE)”. (Ley 1943, 2018).

Destaca Reyes (2019), en el portal Ámbito Jurídico:

El régimen SIMPLE consagra una opción para aquellos contribuyentes que durante el año gravable anterior hubieran obtenido ingresos brutos inferiores a 80.000 UVT (lo que equivale, aproximadamente, a 2.700 millones de pesos para el 2019), los cuales podrán declarar, liquidar y pagar un solo tributo integral, que comprende los siguientes impuestos: Se llama régimen simple porque los pagadores que apliquen a este sistema podrán en un formulario y con una sola tarifa liquidar sus obligaciones tributarias de renta, el Impuesto de Industria y Comercio (ICA) y el impuesto sobre las ventas (IVA) o impuesto nacional al consumo cuando se desarrollen servicios de expendio de comidas y bebidas. El nuevo sistema, que dobla la cuantía que inicialmente contemplaba la Ley 1819 para quienes se

quisieran acoger al monotributo, cumple dos objetivos muy importantes: (i) facilita la vinculación de los contribuyentes que han venido operando informalmente y (ii) simplifica la operación de los pequeños empresarios, los cuales, hasta la fecha, venían asumiendo una carga administrativa absolutamente desproporcionada. Subsiste, sin embargo, la necesidad de consagrar mecanismos que fueren la vinculación del sector informal al sistema. Al efecto, habría que orientar los esfuerzos a revisar las medidas que los países más avanzados implementaron en su momento, para vincular a quienes no querían cumplir con sus obligaciones. Y si ello fuera así, a desarrollar nuevas regulaciones que restrinjan el marco de acción de los informales. (Reyes, 2019, pág. 6).

d). Destinación de recursos a la Seguridad social en salud según la ley 1438 de 2011

El Ministerio de Salud (2016), dentro de las Fuentes de Financiación y Usos de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS–, lo siguiente:

La Ley 1438 de 2011, considerada la reforma a la salud estableció en su artículo 29, el giro directo por parte de la Nación de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado a las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud -IPS. Adicionalmente, derogó la competencia de las Entidades Territoriales de firmar contratos para la administración de recursos del Régimen Subsidiado con las EPS. Dichos contratos fueron reemplazados por el instrumento jurídico determinado por Gobierno Nacional. (Ministerio de Salud, 2016, pág. 17).

El Artículo 48. Impuesto social a las armas y municiones. (Imp. Directo con destinación especial, P/ejemplo: Vacunación). Modifíquese el artículo 224 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará de la siguiente manera:

Artículo 224. Impuesto social a las armas y municiones. A partir del 10 de enero de 1996, créase el impuesto social a las armas de fuego que será pagado por quienes las porten en el territorio nacional, y que será cobrado con la expedición o renovación del respectivo permiso y por el término de este. El recaudo de este impuesto se destinará al fondo de solidaridad previsto en el artículo 221 de esta ley. El impuesto tendrá un monto equivalente al 30% de un salario mínimo mensual. Igualmente, créase el impuesto social a las municiones y explosivos, que se cobrará como un impuesto ad valorem con una tasa del 20%, con destinación para vacunación. El gobierno reglamentará los mecanismos de pago y el uso de estos recursos: el plan de beneficios, los beneficiarios y los procedimientos necesarios para su operación. Parágrafo. Se exceptúan de este impuesto las armas de fuego y municiones y explosivos que posean las fuerzas armadas y de policía y las entidades de seguridad del Estado. (Ley 100, 1993).

Asimismo, el Artículo 44° establece otras fuentes de financiamiento:

1. Recursos definidos por recaudo de IVA definidos en la Ley 1393 de 2010.
2. Los rendimientos financieros que produzcan las diferentes fuentes que financian el Régimen Subsidiado.
3. Recursos de la contribución parafiscal de las cajas de Compensación Familiar. (Ley 100, 1993).

También el Artículo 51°. Retención en la fuente de aportes al sistema de seguridad social en salud:

Establézcase un sistema de retención en la fuente de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y establézcanse los instrumentos para realizar la retención en la fuente para el pago de la cotización en seguridad social en salud, de las personas naturales y empresas unipersonales o sociedades por acciones simplificada, como mecanismo que evite la evasión y la elusión, tomando como base los conceptos constitutivos vigentes del Ingreso Base de Cotización. La retención en la fuente prevista en el presente artículo se podrá extender a los demás aportes del sistema de seguridad social. (Ley 100, 1993).

Por otro lado, el Ministerio de salud (2016) establece:

Con relación a sus destinaciones, la Ley 1438 de 2011 estableció que los recursos obtenidos producto del monopolio de juegos de suerte y azar y los recursos transferidos por COLJUEGOS (antes ETESA) a las Entidades Territoriales, que no estén asignados por ley a pensiones, funcionamiento e investigación, serán destinados a la financiación de la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado. Para las loterías la renta será del doce por ciento (12%) de los ingresos brutos de cada juego. Los concesionarios del juego de apuestas permanentes o chance pagarán mensualmente a título de derecho de explotación, el doce (12%) de sus ingresos brutos con destino a salud, más el valor adicional que llegare a existir entre ese porcentaje de derechos de explotación y el 12% sobre el valor mínimo de los ingresos brutos que por ventas al juego fueron previamente señalados en el contrato como rentabilidad mínima; ese valor adicional lo pagarán los concesionarios a título de compensación contractual con destino a salud, sin que haya lugar a reclamación o indemnización alguna en su favor de acuerdo con lo previsto en la Ley 1393 de 2010. (Ministerio de Salud, 2016, pág. 35).

Con referencia a las apuestas hípcas, se observa de igual forma que: Los derechos de explotación generados por las apuestas hípcas serán distribuidos en cada uno de los Departamentos o Distritos de la siguiente forma:

Un cincuenta por ciento (50%) con destino a la financiación de servicios prestados a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda y a la población vinculada que se atienda a través de la red hospitalaria pública, la cual deberá sujetarse a las condiciones que establezca el Gobierno Nacional para el pago de estas prestaciones en salud. El cincuenta por ciento (50%) restante para financiación

de renovación tecnológica de la red pública hospitalaria en la respectiva entidad territorial. (Ministerio de Salud, 2016, pág. 35).

e). Destinación de recursos a la Seguridad social en salud con impuestos territoriales

En cuanto a las Rentas territoriales destinada a salud, el Ministerio de Salud (2016), señala:

De acuerdo con lo establecido en la Ley 223 de 1995, este es el impuesto pagado por el consumo en el territorio nacional de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas. Estos recursos son propiedad de la Nación y su producto se encuentra cedido a los Departamentos y al Distrito Capital, en proporción al consumo de los productos gravados en sus jurisdicciones. El artículo 190 de la Ley 223 de 1995 modificado por el artículo 1 de la Ley 1393 de 2010, establece que la tarifa al impuesto de Cerveza y Sifones es el 48% y 20% de los Refajos, de los cuales el 8% corresponde al Sector Salud. Ocho (8) puntos del impuesto al consumo de cervezas y sifones. (Leyes 223 de 1995 y 1393 de 2010). Con base en la información de recaudo de esta fuente destinada a salud en el año inmediatamente anterior a la formulación del Plan, proyectarán los recursos para cada vigencia fiscal. Conforme lo establece el artículo 44 de la Ley 1438 de 2011, se proyectará para la cofinanciación del régimen subsidiado el 50% de esta renta. (Ministerio de Salud, 2016, págs. 37, 38).

(...) los recursos del impuesto a la cerveza y sifones se destinan a la financiación de la universalización en el aseguramiento, la unificación de los planes obligatorios de salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, los servicios prestados a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda y a la población vinculada que se atienda a través de la red hospitalaria pública, de acuerdo con las condiciones y prioridades que para tal efecto defina la Entidad Territorial. Estos recursos serán girados directamente por los productores nacionales y el Fondo Cuenta de Impuestos al consumo de Productos Extranjeros a los Fondos o Direcciones Seccionales de Salud y al Fondo Distrital de Salud, según el caso, el porcentaje mencionado dentro de los quince (15) días calendario siguiente al vencimiento de cada periodo gravable. El período gravable de este impuesto es mensual. (Ministerio de Salud, 2016, págs. 37, 38).

De igual forma, el impuesto al consumo de licores según lo establece la Ley 223 en sus Art. 202 de 1995 y el Impuesto de cigarrillos y tabaco indican:

El Impuesto al tabaco: Otro de los aspectos fundamentales en la Reforma Tributaria fue el apoyo de los congresistas a la medida de impuestos saludables que estima un aumento del impuesto al cigarrillo de \$1.400 en 2017, \$2.100 en 2018 y un incremento anual de IPC más 4 puntos desde 2019, a pesar del lobby de la industria



tabacalera en el Congreso. Parte de su recaudo va destinado al sector salud. (Ley 223, 1995).

Lo anterior lo señala el Ministerio de salud (2016), al establecer que:

El artículo 6 de la Ley 1393 de 2010 crea la sobretasa al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado equivalente al 10% de la base gravable que será la certificada antes del primero (1) de enero de cada año por la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Estos recursos se deben destinar por los Departamentos y el Distrito Capital, en primer lugar, a la universalización en el aseguramiento; en segundo lugar, a la unificación de los planes obligatorios de salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado. En caso de que quedaran excedentes, estos se destinarán a la financiación de servicios prestados a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda, la cual deberá sujetarse a las condiciones que establezca el Gobierno Nacional para el pago de estas prestaciones en salud. (Ministerio de Salud, 2016, pág. 41).

Resultados de investigación

Si bien es cierto desde la expedición de las leyes 60⁶ y 100⁷ de 1993, el SGSSS de Colombia ha incrementado paulatinamente los recursos, que han contribuido en el cumplimiento de metas de unificación del régimen subsidiado de salud lo cual ha permitido financiar las diversas contingencias del sistema. Pero, al tiempo han generado también una estructura de financiación compleja. En efecto existe una diversidad de mecanismos de financiamiento y fuentes y con esto se han determinado distintas reglas y parámetros de asignación y distribución de los recursos que, a su vez, implican múltiples flujos en ocasiones de difícil seguimiento para efectos de establecer su utilización final (o usos).

Luego de aplicar la metodología descrita en el anterior acápite se destaca que el SGSSS de Colombia se financia básicamente con recursos fiscales y parafiscales. Lo anterior con base en la concepción y diseño inicial de la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001⁸, lo cual buscaban regular el financiamiento con

⁶ Mediante el cual se configuró el denominado Sistema General de Participaciones (SGP) para la financiación de los sectores sociales, no solo en salud, sino también en educación y otros componentes. Esta ley constituye el desarrollo legal de lo establecido en el Constitución política en materia de distribución de competencias (art. 151-288) y de recursos (art. 356 y 357).

⁷ Por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social Integral, que hace referencia en el Libro Segundo lo concerniente al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

⁸ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los art. 151, 288, 356 y 357 (Acto legislativo 01 de 2001) en la Constitución política y dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud entre otros.

recursos de origen fiscal, dentro de un marco de descentralización de competencias territoriales. En tanto la Ley 100 de 1993 desarrolló lo relativo a financiación mediante los recursos parafiscales representados en las cotizaciones o aportes a la seguridad social en salud, que se constituyen en el mecanismo esencial de financiamiento del régimen contributivo que aporta a su vez al régimen subsidiado y los recursos del subsidio familiar que recaudan las Cajas de Compensación Familiar (CCF) provenientes del aporte parafiscal⁹ sobre la nómina. También concurren en la financiación del SGSSS los aportes del presupuesto nacional, y los recursos de orden territorial representados en las rentas cedidas.

En relación con el financiamiento y las reglas del sistema de aseguramiento en salud son varios los cambios y ajustes introducidos en la Ley 100 de 1993. Así las cosas, la Ley 1122 de 2007, adoptó algunas medidas para optimizar los flujos de recursos y mejorar aspectos específicos de gestión, pero sin alterar verdaderamente la estructura de financiamiento del sistema¹⁰. Ahora bien, en virtud de dicha Ley en materia de financiamiento, se incrementó el porcentaje de cotización del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS, pasando de 12 a 12, 5 %, estableciendo que el medio punto adicional se asumiría por el patrono; así mismo, se estableció la forma de calcular el aporte de la Nación al Régimen Subsidiado de salud.

Por su parte, las Leyes 1393 de 2010¹¹ y 1438 de 2011¹², expedidas en un contexto de crecientes dificultades financieras de SGSSS y de exigencia por parte de la Corte Constitucional a los distintos actores para que cumplan las ordenes contenidas en la Sentencia T-760 de 2008, señalan esfuerzos importantes para la generación de nuevos recursos¹³ y garantizar a su vez, una mayor eficiencia y operatividad de los flujos de financiamiento.

⁹ Eventualmente, bajo la denominación de parafiscales cabrían también los recursos provenientes del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) que financian la atención de víctimas de accidentes de tránsito y de eventos catastróficos naturales y terroristas, a través de la cuenta ECAT del FOSYGA y que en algunos años han financiado el régimen subsidiado en salud.

¹⁰ “Por el cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. El art. 1 de dicha ley modificó el art. 214 de la ley 100 en relación con los recursos del régimen subsidiado, en tanto que el art. 14 dictó varias normas con respecto al flujo y protección de los recursos de la cuenta del FOSYGA y de los entes territoriales

¹¹ Por el cual se definen rentas con destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se re-direccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones.

¹² Por medio del cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

¹³ Un antecedente de estas leyes es el Decreto 4975 de 2009 mediante el cual se declaró la Emergencia Social y el cual, a su vez, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

En tal sentido, la Ley 1393 de 2010 redefine el esquema de rentas de destinación específica para salud, adopta medidas para promover la generación de recursos y para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, reasignando, al mismo tiempo recursos al interior del sistema de salud. Los nuevos recursos generados por esta ley son: aumento en el impuesto sobre las ventas de cervezas de producción nacional y para las importadas, y en los juegos de suerte y azar a 16%; aumento en tarifa por cajetilla de cigarrillos y cigarros; fijación de tarifa de impuestos de licores, vinos, aperitivos y similares; y reglamentación del régimen de rentas de los monopolios de suerte y azar. (Ley 1393, 2010).

En este orden de ideas, la Ley 1438 de 2011 reforma algunos aspectos sustantivos del SGSSS a partir de dos ejes básicos:

Uno, la consolidación y fortalecimiento del esquema de aseguramiento; y el otro, mediante la incorporación de una estrategia de atención primaria en salud (APS). Esta ley cambió sustancialmente la operación del régimen subsidiado y determinó, como norma general que desde un mecanismo de recaudo y giro que hoy opera desde el FOSYGA, se giren los principales recursos del régimen subsidiado directamente a las EPS y a los prestadores de servicios de salud, sustituyendo el anterior esquema de contratación entre entidades territoriales y EPS. (Ley 1438, 2011).

Asimismo, la Ley adoptó igualmente algunas medidas tendientes a aumentar los recursos de sector, para lo cual modificó el artículo 214 de la ley 100 de 1993, haciendo precisa la destinación de los recursos que financian el régimen subsidiado, avanzando hacia la reorientación de los recursos territoriales representados en el Sistema General de Participaciones (SGP) para la atención de la población más vulnerable en lo no cubierto con subsidios a la demanda y las rentas cedidas. Así mismo la Ley 1438 aumentó el impuesto social a las municiones y explosivos (advalorem 20%), destinó una cuarta parte de punto porcentual de la contribución parafiscal de las cajas de compensación familiar (CCF) a financiar actividades de prevención y promoción en el marco de la estrategia de atención primaria en salud (APS) o a la unificación de los planes de beneficios para el sector salud (FONSAET). (Ministerio de Salud, 2016).

Con fundamento en el resumen expuesto el régimen contributivo se financia con las cotizaciones que realizan conjuntamente los empleadores y sus trabajadores dependientes, los trabajadores independientes, los pensionados y las madres comunitarias, y se incluyen los copagos y las cuotas moderadoras que pagan los afiliados al momento de recibir los servicios de salud.

En cuanto a las fuentes destinadas al aseguramiento de los afiliados al régimen subsidiado, proviene de recursos de orden nacional, departamental y municipal.



Sobre estos recursos en su mayoría tiene la titularidad los municipios. Tanto estos recursos como los que destina la nación y el departamento son para completar la financiación de la población. Algunos recursos propios de las entidades territoriales, rentas cedidas departamentales y algunos territoriales definidos en la Ley 1393 de 2010, concurren en la financiación, así como los establecido en el art. 44 de la ley 148 de 2011¹⁴.

Paralelamente, a partir de la premisa antes esbozada y analizada, en cuanto a la destinación de recursos al sistema de salud con aportes a la seguridad social al rubro del sistema de salud en Colombia con la implementación de la Ley 1819 de 2016; Ley 1943 de 2018, y otra normatividad, la reforma tributaria estructural del 2016 debió garantizar que el presupuesto nacional compensara la reducción de las cotizaciones que antes pagaban las empresas por los trabajadores de menos de 10 salarios mínimos, como se prometió en la anterior reforma que estableció el Cree (impuesto sobre la renta para la equidad). Asimismo, la reforma aprobada en diciembre de 2016, elimina el Cree, y establece que el Presupuesto de la Nación debe aportar los recursos, pero no estableció un monto mínimo que sirva de garantía, como sí lo hizo para el SENA y el ICBF; lo cual deja al sector salud expuesto a las decisiones del Ministerio de Hacienda frente al presupuesto que, ya de por sí, es deficitario.

A este respecto, vale destacar lo establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 del 2007, el valor total de aportes al régimen contributivo de salud continúa siendo para 2017 del 12,5% del ingreso base de cotización –IBC– del trabajador independiente, situación que se mantiene en los mismos términos por la ley 1943 de 2018. Así mismo, para empleadores que tengan menos de dos trabajadores, este se divide en un 8,5% asumido por el primero y un 4% adicional a cargo de los segundos, mientras aquellos que cuentan con más de 3 empleados serán beneficiados con la excepción del 8.5%. En ese sentido, también cancelarán dicho porcentaje aquellos empleadores de trabajadores que devenguen 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes o más, tal y como lo indica el parágrafo 1 del artículo 65 de la Ley 1819 de 2016, conocida como reforma tributaria estructural (Ley 100, 1993).

La ley 1819 de 2016 estableció la exoneración de los aportes a salud de las empresas y algunas personas naturales empleadoras, por determinados trabajadores. El artículo 65 de la ley 1819 de diciembre 29 de 2016, que adicionó el artículo 114-1

¹⁴ Comprende los recursos señalados en el art. 44 de la ley 1438 de 2011, como recursos para aseguramiento a través del régimen subsidiado de las entidades territoriales de la subcuenta de solidaridad FOSYGA y otros.

al estatuto tributario, estableció que las empresas quedan exoneradas de realizar los aportes a salud contemplados en el artículo 204 de la ley 100 de 1993. Dicha exoneración aplica por trabajadores que devenguen menos de 10 salarios mínimos mensuales.

Asimismo, el referido Parágrafo 1, refiere que:

Los empleadores de trabajadores que devenguen diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes o más, sean o no sujetos pasivos del impuesto sobre la renta y complementarios seguirán obligados a realizar los aportes parafiscales y las cotizaciones de que tratan los artículos 202 y 204 de la Ley 100 de 1993 y los pertinentes de la Ley 1122 de 2007, el artículo 7º de la Ley 21 de 1982, los artículos 2º y 3º de la Ley 27 de 1974 y el artículo 1º de la Ley 89 de 1988, y de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidos en las normas aplicables. (Ley 1819, 2016).

Por otro lado, la nueva norma nacional tributaria Ley 1943 de 2018 señala aspectos fundamentales del tema salud al señalar:

Los servicios de salud continúan excluidos del impuesto sobre las ventas, al igual que los medicamentos para la salud humana. A excepción de los tratamientos de belleza y las cirugías estéticas diferentes de aquellas cirugías plásticas reparadoras o funcionales, que estarían gravados con el IVA. Por otro lado, establece que las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) contribuyentes del impuesto sobre la renta podrán deducir la totalidad de la cartera, reconocida y certificada por el liquidador, correspondiente a los patrimonios de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) que se encuentren en medida de intervención forzosa administrativa para liquidar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud. En la medida en que recuperen dicha cartera, las sumas recuperadas serán renta líquida gravable. (Ley 1943, 2018).

Conclusiones

Frente a la resolución del problema jurídico y el cumplimiento del propósito definido en el objetivo general y los objetivos específicos, pudimos apreciar en el desarrollo de la presente investigación que, en el ordenamiento jurídico colombiano, el legislador, atendiendo sus competencias delegadas en materia de seguridad social señala el momento del inicio del actual SGSSS en Colombia con la expedición de la Ley 100 de 1993.

El estado social de derecho que consagró la Constitución Colombiana de 1991, le atribuyó al ciudadano y a la comunidad en general ciertos derechos y deberes que le permiten crear un vínculo entre el Estado y la sociedad, que se traduce en el control social de la administración pública. Dentro de esta perspectiva se gesta el derecho a la participación en política pública en salud.

Con esta investigación conviene precisar que el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), por el que se rige Colombia se encuentra determinado por la Ley 100 promulgada en el año de 1993, en la cual se describe un sistema compuesto por dos regímenes, contributivo y subsidiado, que deben cubrir a todo el grueso de la población. Si se tiene en cuenta que precisamente uno de los fundamentos que estructuran el Estado Social de Derecho es el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, luego de aplicar la metodología descrita en el anterior acápite, se demostró con los resultados que, cobra importancia fundamental para el desarrollo del país propiciar la transparencia en la gestión de los recursos del sistema de salud y la generación de mayor bienestar social.

Así las cosas, a tenor de lo establecido en sentencia C-955 de 2007, lo cual concluyó que el diseño legal del sistema de seguridad social en salud es el desarrollo del deber del Estado de intervenir en la economía para asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, como quiera que “se le ha confiado al legislador la misión de formular las normas básicas relativas a la naturaleza, la extensión y la cobertura del servicio público, su carácter de esencial”. (Sentencia C-955, 2007).

En complemento a lo anterior, Santa María (2009) y Uprimny & Rodríguez, (2008) exponen que aunque la Corte Constitucional reconoce que en efecto debe presentarse esta condición de sostenibilidad económica, lo que finalmente señala la Corte, y esto por Sentencia T-760 de 2008, es que hay un imperio del derecho a la salud, marcando a través de dicha Sentencia la más reciente ruta de transformación del derecho a la salud, que cada vez, parece menos negocio, y más, como lo que debe ser con ocasión de Estado Social de derecho, un sistema por medio del cual se garantice la preservación y conservación de la vida humana en el territorio nacional.

Adicionalmente, otro aspecto medular destaca que el sistema de salud estuvo impactado por el aumento de la licencia de maternidad de 14 a 18 semanas y el pago del subsidio monetario en el caso de incapacidades por más de 540 días, aprobadas a partir del 2017.

El 2018 dejó a la salud en Colombia en incertidumbre, iliquidez y frustración de los hospitales públicos y en general de los prestadores. Lo más grave es que el usuario es el que está llevando la peor parte de toda esta crisis.

Tras la aprobación de la reforma tributaria, el Gobierno Nacional le inyectó al sistema de seguridad social en salud cerca de \$1,8 billones directos que vienen de dos impuestos: el de los cigarrillos y medio punto del IVA. Sin embargo, a pesar de que se encuentran circulando gran cantidad de recursos del sector salud en el sistema financiero, por la vía fiscal y parafiscal, paradójicamente continúa el cierre de hospitales en todo el territorio nacional.

La reforma tributaria no cubre el déficit del sector salud, pese a los dineros que recibirá el Ministerio de Salud, hace falta presupuesto, a pesar de que existe una gran cantidad de tributos (impuestos) que de manera parcial o total coadyuvan en la financiación del SGSSS en Colombia., como quedó desarrollado en el marco de referencia del presente trabajo investigativo.

Lo que queda demostrado en este caso es la situación de vulnerabilidad formal y material en la que se encuentra la población colombiana y la ineficacia del SGSSS por falta de una regulación normativa que obligue a las entidades públicas o privadas facultadas por ley para garantizar el acceso al sistema integral en seguridad social y el buen uso en la destinación de los recursos. Sin embargo, continúan las dificultades en el flujo de los recursos del Sistema pese a las medidas de carácter regulatorio establecidas mediante la reglamentación de la ley 100 de 1993 en materia de ordenamiento de los flujos de financiamiento.

Por otra parte, también se hace necesario y resulta fundamental la implementación de mecanismos efectivos para el acceso a la participación salud, en los cuales se encuentren la sensibilización, socialización, capacitación, divulgación, fomento y formación en temas de auditorías de cuenta, a través de estrategias que propicien la transparencia en la gestión de los recursos destinados al sistema de salud en Colombia, en virtud de que la transparencia en la gestión de los recursos del sistema de salud es una acción que compromete tanto al Estado y sus instituciones.

En este orden de ideas, para lograr un adecuado funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud, se hace necesario continuar el estudio en aras de precisar políticas públicas que permitan aclarar el origen y aplicación de los recursos del SGSSS en Colombia. El artículo insta a hacer futuras investigaciones sobre el tema dado el carácter reformista del presente objeto de estudio.

Referencias

- Acto Legislativo 01. (22 de Julio de 2005). Congreso de la República. *Por medio del cual se adiciona el Artículo 48 de la Constitución Política*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2005.html
- Arenas, G. (2007). *El derecho colombiano de seguridad social* (2 ed.). Bogotá D.C: Editorial Legis.
- Autoretención renta reemplaza Autoretención CREE. (26 de Enero de 2017). DIAN. Bogotá D.C, Colombia: Comunicado de prensa No. 19. Obtenido de https://colombia.moorestephens.com/MediaLibsAndFiles/media/colombiaweb.moorestephens.com/Documents/PDF/9-CompreDIAN19_17.pdf

- Bacon, F. (1988). *El avance del saber* (1 ed.). Madrid: Alianza Editorial.
- Bernal, C. (2006). *Metodología de la investigación para administración en economía, humanidades y ciencias sociales* (2 ed.). Naucalpan: Pearson. Obtenido de https://books.google.com.co/books?hl=en&lr=&id=h4X_eFai59oC&oi=fnd&pg=PR13&dq=info:dDWqHDiLWJgJ:scholar.google.com&ots=vVIH15uet_&sig=aObhHwJP04tkS_qMchjfPsl04cU&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false
- CEPAL. (2019). *Panorama Social de América Latina* (1 ed.). Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- Constitución Política de Colombia. (20 de Julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C, Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de Julio de 1991. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Decreto 0862. (26 de Abril de 2013). Presidencia de la República. *Por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 1607 de 2012*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.773 de 26 de abril de 2013. Obtenido de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2013/Documents/ABRIL/26/DECRETO%20862%20DEL%2026%20DE%20ABRIL%20DE%202013.pdf>
- Decreto 1246. (16 de Abril de 2007). Presidencia de la República. *Por el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2007*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 46.601 de 16 de abril de 2007. Obtenido de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_1246_2007.htm
- Decreto 1295. (22 de Junio de 1994). Ministerio de Gobierno. *Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 41.405, del 24 de junio de 1994. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1295_1994.html
- Decreto 1625. (11 de Octubre de 2016). Presidencia de la República. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 50.023 de 11 de octubre de 2016. Obtenido de https://www.ane.gov.co/images/ArchivosDescargables/Normatividad/Normatividad_Ane/Impuestos/Decreto1625de2016.pdf?s=6DC1D7D19C34EBF47472EF1332B9E0140510FC86
- Decreto 1828. (27 de Agosto de 2013). Presidencia de la República. *Por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 1607 de 2012*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.895 de 27 de agosto de 2013. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1828_2013.htm
- Decreto 2222. (16 de Octubre de 2013). Presidencia de la República. *Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 28 y 29 de la Ley 1607 de 2012*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.945 de 16 de octubre de 2013. Obtenido de <https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Decretos/D2222013.pdf>

- Decreto 2513. (30 de Diciembre de 1987). Presidencia de la República. *Por el cual se establece el régimen jurídico de los Fondos de Pensiones de Jubilación e Invalidez*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No 38.168, del 30 de diciembre de 1987. Obtenido de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_2513_1987.htm
- Decreto 2701. (23 de Noviembre de 2013). Presidencia de la República. *Por el cual se reglamenta la Ley 1607 de 2012*. Bogotá D.C, Colombia: Diario oficial 48982 de noviembre 22 de 2013. Obtenido de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=55623>
- Decreto 2972. (20 de Diciembre de 2013). Presidencia de la República. *Por el cual se fijan los lugares y plazos para id presentación de las declaraciones tributarias y para el pago de los impuestos, anticipos y retenciones en la fuente y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 49.010 de 20 de diciembre de 2013. Obtenido de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2013/Documents/DICIEMBRE/20/DECRETO%202972%20DEL%2020%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202013.pdf>
- Decreto 3029. (27 de Diciembre de 2013). Presidencia de la República. *Por medio del cual se modifica el Decreto 1828 de 2013*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2013/Documents/DICIEMBRE/27/DECRETO%203029%20DEL%2027%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202013.pdf>
- Decreto 3048. (27 de Diciembre de 2013). Presidencia de la República. *Por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 1828 de 2013 y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No 49016, de 27 diciembre de 2013. Obtenido de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2013/Documents/DICIEMBRE/27/DECRETO%203048%20DEL%2027%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202013.pdf>
- Decreto 3655. (23 de Septiembre de 2009). Presidencia de la República. *Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2271 de 2009*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No 47482, de 23 septiembre de 2009. Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=legcol&document=legcol_759920426425f034e0430a010151f034
- Decreto 624. (30 de Marzo de 1989). Presidencia de la República. *Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No 38756, del 30 de marzo de 1989. Obtenido de https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/tramites_servicios/pasaportes/archivos/decreto_624_1989.pdf
- Decreto 780. (6 de Mayo de 2016). Presidencia de la República. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 49.865 de 6 de mayo de 2016. Obtenido de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Decreto%200780%20de%202016.pdf
- Departamento Nacional de Planeación. (2015). *Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: Todos por un Nuevo País* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Departamento Nacional de

- Planeación. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND%202014-2018%20Tomo%201%20internet.pdf>
- Dussán, W. (16 de Agosto de 2017). *Descuentos de los aportes de salud y pensión obligatoria en el cálculo de la retención en la fuente*. Obtenido de Consultoríacontable.com: <https://www.consultorcontable.com/descuento-salud-pension/>
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación* (6 ed.). México D.F: McGraw Hill. Obtenido de <http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf>
- Informe de resultados financieros del sector salud. (Agosto de 2018). Ministerio de Salud. Bogotá D.C, Colombia: Superintendencia Nacional de Salud. Obtenido de <https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/metodologias/Informes%20de%20Estudios%20Sectoriales/Resultados%20Financieros%20SGSSS%202017.pdf>
- Ley 100. (23 de diciembre de 1993). Congreso de la República. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html
- Ley 1112. (27 de Diciembre de 2006). Congreso de la República. *Por medio de la cual se aprueba el “Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España”, hecho en Bogotá, el 6 de septiembre de 2005*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 46.494 de 27 de diciembre de 2006. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1112_2006.html
- Ley 1393. (12 de Julio de 2010). Congreso de la República. *Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud (...)*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2010. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1393_2010.html
- Ley 1438. (19 de Enero de 2011). Congreso de la República. *Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 47.957 de 19 de enero de 2011. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1438_2011.html
- Ley 1607. (26 de Diciembre de 2012). Congreso de la República. *Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.655 de 26 de diciembre de 2012. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1607_2012.html
- Ley 1739. (23 de Diciembre de 2014). Congreso de la República. *Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia:

- Diario Oficial No. 49.374 de 23 de diciembre de 2014. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1739_2014.html
- Ley 1753. (9 de Junio de 2015). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país"*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1753_2015.html
- Ley 1819. (29 de Diciembre de 2016). Congreso de la República. *Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 50.101 de 29 de diciembre de 2016. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1819_2016.html
- Ley 1943. (28 de Diciembre de 2018). Congreso de la República. *Por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 50.820 de 28 de diciembre de 2018. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1943_2018.html
- Ley 21. (22 de Enero de 1982). Congreso de la República. *Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y Se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial Año LXXXIX. N. 28086. 26, diciembre, 1982. Obtenido de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4827>
- Ley 223. (20 de Diciembre de 1995). Congreso de la República. *Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 42.160, de 22 diciembre 1995. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0223_1995.html
- Ley 488. (24 de Diciembre de 1998). Congreso de la República. *Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 43.460, de 28 de diciembre de 1998. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0488_1998.html
- Ley 60. (12 de Agosto de 1993). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política (...)*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 40.987, de 12 de agosto de 1993. Obtenido de https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85889_archivo_pdf.pdf
- Ley 715. (21 de Diciembre de 2001). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones (...)*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No 44.654 de

- 21 de diciembre de 2001. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0715_2001.html
- Ley 788. (27 de Diciembre de 2002). Congreso de la República. *Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 45.046 de 27 de diciembre de 2002. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0788_2002.html
- Ley 89. (29 de Diciembre de 1988). Congreso de la República. *Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 38.635 de 29 de Diciembre de 1988. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0089_1988.htm
- López, J., Restrepo, J., & Gómez, M. (2018). Participación ciudadana en el Sistema de Seguridad Social en Salud: estudio de caso, percepciones de sus intervinientes en el departamento del Atlántico (Colombia). *Revista Reflexión Política*, 20(39), 254-262. doi:<https://doi.org/10.29375/01240781.3306>
- Méndez, C. (2001). *Metodología: Diseño y desarrollo del proceso de investigación* (3 ed.). Bogotá D.C: McGraw-Hill.
- Ministerio de Salud. (2004). Financiamiento del Régimen contributivo y otros procesos. En M. d. Social, *Proyecto Evaluación y Reestructuración de los Procesos, Estrategias y Organismos Públicos y Privados encargados de adelantar las Funciones de Vigilancia y Control del Sistema de Salud* (págs. 156-217). Bogotá D.C, Colombia: PARS. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/salud/Documents/Financiamiento%20del%20R%C3%A9gimen%20contributivo%20y%20otros%20procesos.%20CAP%205.pdf>
- Ministerio de Salud. (Junio de 2016). *Fuentes de financiación y usos de os recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- SGSSS* (1 ed.). Bogotá D.C: Ministerio de Salud y Protección Social. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/FS/fuentes-y-usos-de-recursos-del-sgsss.pdf>
- Moncayo, C. (17 de Agosto de 2017). *Descuento de los aportes obligatorios a salud y pensión en el cálculo de retefuente*. Obtenido de Instituto Nacional de Contadores Públicos : <https://www.incp.org.co/descuento-los-aportes-obligatorios-salud-pension-calculo-la-retefuente/>
- OEA/BID. (17 de abril de 1967). Modelo de código tributario. *Programa Conjunto*. Washington D.C, Estados Unidos: Unión Panamericana. Obtenido de https://www.ciat.org/Biblioteca/AreasTematicas/LegislacionTributaria/Codigo+Tributario_OEA-BID_Ultimo.pdf
- Pérez, P. (1997). Sistema nacionales de salud. En J. Blanco, & J. Maya, *Fundamentos de Salud Pública* (Primera ed., Vol. I, págs. 36-42). Medellín, Colombia: CIB Fondo Editorial.

- Portafolio. (19 de Mayo de 2017). *Usar datáfono sin pagar retefuente, una ventaja del monotributo para pequeños comerciantes*. Obtenido de <https://www.portafolio.co/economia/impuestos/las-ventajas-del-monotributo-para-pequenos-comerciantes-506045>
- Restrepo, J., & Lizarazo, B. (2017). *Conceptos científicos en seguridad social en salud, en contexto globalización y estado* (1 ed.). Barranquilla, Colombia: Educosta. Obtenido de <http://repositorio.cuc.edu.co/bitstream/handle/11323/1180/Conceptos%20Cient%C3%ADficos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Reyes, M. (7 de Febrero de 2019). *Ley 1943 del 2018: un avance en todo caso*. Obtenido de Ambito Jurídico: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/tributario-y-contable/ley-1943-del-2018-un-avance-en-todo-caso>
- Santa María, M. (25 de Marzo de 2009). *La sentencia T-760: Sus implicaciones en el financiamiento de la salud y los incentivos que genera*. Obtenido de FEDESARROLLO: http://www.med-informatica.net/FMC_CMCB/VeeduriaCiudadana/CIDMEDvcacelapss/ST760yFinanciamiento_MauricioSantamaria_presentacioncongreso_sentencia.pdf
- Sentencia C-251. (11 de Abril de 2002). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Eduardo Montealegre Lynett*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expedientes D-3720 y D-3722. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-251-02.htm>
- Sentencia C-955. (14 de Noviembre de 2007). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expedientes D-6842 y D-6843 acumulados. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-955-07.htm>
- Sentencia T-760. (31 de Julio de 2008). Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. *M.P: Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expedientes T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317,. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Documents/Sentencia%20T-760/SENTENCIA%20T760%20-2008.pdf>
- Sobre el gravamen a los movimientos financieros - GMF. (29 de Diciembre de 2017). DIAN. Bogotá D.C, Colombia: Concepto Unificado No. 1446. Obtenido de https://cijuf.org.co/sites/cijuf.org.co/files/normatividad/2018/Concepto_001466_29_Dic_2017%20%281%29.pdf
- Una Seguridad Social Dinámica para las Américas: cohesión social y diversidad institucional (evolución y tendencias). (mayo de 2010). AISS. Ginebra, Suiza: Asociación Internacional de Seguridad Social. Obtenido de <https://www.issa.int/es/details?uuid=afdc416e-7eb2-4326-a090-444bf8ec42c9>



- Uprimny, Y., & Rodríguez, D. (2008). Aciertos e insuficiencias de la Sentencia T-760 de 2008: Las implicaciones para el derecho a la salud en Colombia. *Revista Observatorio de la Seguridad Social*, 7(18), 12-16.
- Uthoff, A. (Mayo de 2010). Extensión de la seguridad social en América Latina y el Caribe: Integración de los regímenes y solidaridad en la financiación. *Foro Regional de la Seguridad Social para las Américas*. Brasilia.
- Villasmil, M., Alvarado, L., Socorro, S., & Gamboa, N. (2018). Contribuciones parafiscales: factores determinantes para la seguridad social. *Revista Ciencias Sociales*, 24(3), 21-35. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6740993>
- Villegas, H. (2001). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario* (7 ed.). Buenos Aires: Depalma. Obtenido de <http://www.ejuridicosalta.com.ar/files/libro9.pdf>

Marco jurídico para la autonomía económica de las mujeres en Colombia^{*}

Legal basis for the economic autonomy of women in Colombia

Recibido: Septiembre 06 de 2018 - Evaluado: Noviembre 28 de 2018 - Aceptado: Diciembre 10 de 2018

Isabel Goyes Moreno^{**}

Para citar este artículo / To cite this article

Goyes Moreno, I. (2019). Marco jurídico para la autonomía económica de las mujeres en Colombia. Revista Academia & Derecho, 10(18), 165-206.

Resumen: El presente artículo es uno de los productos de la investigación “Autonomía Económica de las Mujeres en Nariño”, desarrollada por el Observatorio del Género de Nariño. Este escrito hace referencia a uno de sus resultados: El marco jurídico internacional y nacional sobre la autonomía y los derechos económicos de las mujeres. De todas las violencias (sexual, física, psicológica) que afectan su vida (cuyas causas son remotas y quizás invisibles), la violencia económica es una de las más relevantes por sus efectos tanto en el ámbito familiar, como en la construcción de la identidad y ciudadanía femeninas. Esta problemática ha sido objeto de Declaraciones, Convenciones y Convenios de carácter universal; sin embargo, la vida de las mujeres se encuentra muy distante de tales mandatos. Por lo mismo, los Estados se han comprometido con la realización de estos derechos estrechamente vinculados a los principios de igualdad, no discriminación y dignidad humana.

Desde la CEDAW hasta los ODS, la equidad de género se incorporó a las agendas oficiales, admitiendo que sin esa condición no es posible superar la pobreza ni potencializar la

^{*} Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de revisión. Uno de los productos del proyecto de investigación denominado “Autonomía Económica de las Mujeres de Nariño”, formulado por el grupo de investigación “Derecho, Justicia y Región” DEJURE y financiado por el Sistema de Investigaciones de la Universidad de Nariño. Convocatoria 2016.

^{**} Abogada de la Universidad de Nariño. Doctora en Ciencias de la Educación de RUDECOLOMBIA. Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Laboral. Directora grupo de investigación Derecho, Justicia y Región DEJURE. Directora del Observatorio de Género de Nariño. Docente titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

E-mail: dejure@udenar.edu.co; isabelgoyes@udenar.edu.co; isabelgm99@yahoo.com

economía. Colombia por su parte, adquirió compromisos con el logro de los estándares internacionales sobre la autonomía económica de las mujeres. Contribuir a divulgar tales conquistas normativas es la finalidad de este escrito.

Palabras clave: Violencias, autonomía económica, marco jurídico, equidad de género.

Abstract: This article is one of the products of the research “Economic Autonomy of Women in Nariño”, developed by the Nariño Gender Observatory. This document refers to one of its results: The international and national legal basis on the autonomy and economic rights of women. Of all the violence (sexual, physical, psychological) that affect their lives (whose causes are remote and perhaps invisible), economic violence is one of the most relevant for its effects both in the family, as in the construction of identity and female citizenship. This problem has been a matter of Declarations, agreements and universal Conventions; however, women’s lives are very distant from such mandates. For this reason, the States have committed themselves to the realization of these rights closely linked to the principles of equality, non-discrimination and human dignity.

From the CEDAW to the SDGs, gender equality was incorporated into official agendas, admitting that without this condition it is not possible to overcome poverty or boost the economy. Colombia, on the other hand, acquired commitments with the achievement of international standards on the economic autonomy of women. Contributing to promote these achievements is the purpose of this writing.

Keywords: Violence, economic autonomy, legal Basis, gender equality.

Resumo: Este artigo é um dos produtos da pesquisa “Autonomia Econômica das Mulheres em Nariño” desenvolvido pelo Observatório de Gênero de Nariño. Este artigo faz referência a um de seus resultados: O marco legal internacional e nacional sobre a autonomia econômica das mulheres em Nariño.

A autonomia e direitos econômicos das mulheres. De toda a violência (sexual, física, psicológica) que afeta suas vidas (cujas causas são remotas e talvez invisíveis), a violência econômica é uma das mais relevantes devido aos seus efeitos tanto no ambiente familiar quanto na construção da identidade e cidadania das mulheres. Este problema tem sido objecto de Declarações, Convenções e Convenções universais; no entanto, a vida das mulheres está muito distante de tais mandatos. Pela mesma razão, os Estados se comprometeram com a realização desses direitos estreitamente ligados aos princípios da igualdade, da não discriminação e da dignidade humana.

Da CEDAW à ODS, a equidade de gênero foi incorporada às agendas oficiais, admitindo que sem essa condição não é possível superar a pobreza ou empoderar a economia. A Colômbia, por sua vez, assumiu compromissos para o cumprimento das normas internacionais sobre a autonomia econômica das mulheres. O objetivo deste documento é ajudar a disseminar essas conquistas normativas.

Palavras chave: Violência, autonomia econômica, marco legal, equidade de gênero.

Résumé: Cet article est l’un des produits de la recherche « Autonomie économique des femmes de Nariño » développé par l’Observatoire du genre de Nariño. Ce document fait



référence à l'un de ses résultats : le cadre juridique international et national sur l'autonomie économique des femmes à Nariño.

L'autonomie et les droits économiques des femmes. De toutes les violences (sexuelles, physiques, psychologiques) qui affectent leur vie (dont les causes sont lointaines et peut-être invisibles), la violence économique est l'une des plus pertinentes en raison de ses effets tant dans le milieu familial que dans la construction de l'identité et de la citoyenneté des femmes. Ce problème a fait l'objet de déclarations, conventions et conventions universelles, mais la vie des femmes est très éloignée de ces mandats. Pour la même raison, les États se sont engagés à réaliser ces droits étroitement liés aux principes d'égalité, de non-discrimination et de dignité humaine.

De la CEDAW à l'ODS, l'équité entre les sexes a été intégrée dans les programmes officiels, admettant que sans cette condition, il n'est pas possible de vaincre la pauvreté ou d'autonomiser l'économie. Pour sa part, la Colombie s'est engagée à respecter les normes internationales relatives à l'autonomie économique des femmes. Le présent document a pour objet de contribuer à la diffusion de ces réalisations normatives.

Mots clés: Violence, autonomie économique, cadre juridique, équité entre les sexes.

SUMARIO: Introducción - Problema de investigación – Metodología – Esquema de Resolución 1. Marco Jurídico Internacional 1.1 El Protocolo Facultativo de la Cedaw – 1.2 La Plataforma de Acción de Beijing – 1.2.1 La Declaración de Beijing – 1.2.2 La Plataforma de Acción - 1.3 Los Objetivos del Desarrollo Sostenible hacia la autonomía económica y la equidad de género – 1.4 La OIT y los derechos económicos de las mujeres 1.5 La Comisión de las Naciones Unidas sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer y el empoderamiento económico de las mujeres – 1.6 La Autonomía Económica de las mujeres en la Organización de los Estados Americanos – 1.6.1 Declaración de Lima – 1.7 La Cepal y los Derechos Económicos de las Mujeres – 2. Marco Jurídico Nacional 2.1 Jurisprudencia Constitucional – 2.2 Las mujeres frente al mercado laboral en Colombia – Conclusiones – Referencias bibliográficas.

Introducción

Organismos de gran experticia y reconocimiento como la (Organización Internacional del Trabajo (Las mujeres en el trabajo, 2016) la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, (Autonomía de las mujeres e igualdad en la Agenda de Desarrollo Sostenible., 2016), La Entidad de la ONU para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer (ONU MUJERES, 2018) advierten acerca de la urgencia de invertir en el logro de la autonomía económica de las mujeres para enfrentar con éxito la lucha contra la pobreza (el gran flagelo del siglo XXI) y mejorar paralelamente las condiciones de vida familiares y sociales.

Se afirma con evidencias universales que los ingresos que recibe una mujer benefician de manera directa a sus hijos y al núcleo familiar en su conjunto, sin consideración a la clase social, el nivel de escolaridad y el monto de los recursos que perciban.

Las mujeres han padecido la exclusión histórica del mundo del trabajo remunerado al tiempo que han asumido casi la totalidad de las actividades no remuneradas (carentes de reconocimiento social y valoración económica), lo que genera una paradoja absurda e injusta: las mujeres trabajan jornadas de hasta 15 horas diarias en las actividades domésticas y de cuidado, sin embargo en los datos que alimentan el producto interno bruto, esta actividad era equivalente a *cero* (Autonomía de las mujeres e igualdad en la Agenda de Desarrollo Sostenible, 2016, pág. 40) Los hombres en el mundo laboral formal trabajan entre 8 y 10 horas, reciben remuneración, contribuyen a generar riqueza, ejercen la ciudadanía y controlan la vida familiar (menos horas y mayores beneficios) (Stefanovic, 2015).

Por estas razones es que desde el decenio de los setenta las mujeres reclaman tanto su vinculación libre y en igualdad de oportunidades al mercado laboral, como la valoración económica y redistribución de las actividades de cuidado (menores, adultos mayores, discapacitados) en el núcleo familiar (Stefanovic, 2015). Estos logros permitirán a las mujeres alcanzar la autonomía económica, percibir recursos económicos, empoderarse de sus derechos y avanzar tanto en el desarrollo social inclusivo como en la realización de modelos alternativos de crecimiento económico.

La anterior meta feminista adquiere relevancia cuando se observa la realidad de los países de América Latina, en los que aún subsisten relaciones patriarcales que subvaloran las actividades de cuidado que realizan las mujeres; donde se discrimina salarialmente por razones basadas en el sexo de las personas, así se trate de los mismos trabajos.

Países en los que las mujeres tienen menos acceso al mercado laboral, a pesar del incremento de la escolarización femenina y en los que se obstaculiza su ascenso a los altos cargos de dirección públicos y privados (La igualdad de género en el núcleo del desarrollo sostenible: a 49 años de la primera conferencia regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe, 2016). La situación descrita obedece de un lado, a la vigencia de estereotipos discriminadores, y de otro, a la vinculación mayoritaria de las mujeres a los sectores informales de la economía, ya sea en calidad de dependientes o independientes. De allí la importancia de alcanzar la vinculación de las mujeres al mercado laboral formal, puesto que como lo señala la Comisión Económica para América Latina y el Caribe:

(...) La autonomía económica es un pilar fundamental de la autonomía de las mujeres y, por definición, requiere que estas perciban ingresos que les permitan



superar la pobreza y disponer de su tiempo libremente para capacitarse, acceder al mercado laboral, desarrollarse profesional y personalmente (Autonomía de las mujeres e igualdad en la Agenda de Desarrollo Sostenible, 2016, pág. 39).

Esta investigación se abordó desde la teoría crítica del feminismo que permite entender las relaciones desiguales que se presentan en la sociedad como consecuencia de los roles de género que el patriarcalismo asigna a hombres y mujeres. En la anterior perspectiva es que debe asumirse la validez de construir un marco jurídico internacional y nacional que ayude a la capacitación de las mujeres, al mismo tiempo que respalde la búsqueda de su autonomía económica.

Si bien se admite que el derecho no puede cambiar las realidades, si puede convertirse en una herramienta para el impulso y la justificación de las reivindicaciones femeninas de carácter económico, las que conducen a procesos de cambio, en la medida en que las mujeres adquieren capacidad para tomar decisiones, lo que transforma su rol en una sociedad excluyente (Sanchíz & Katzkowicz, 2014).

La autonomía económica de las mujeres garantiza: 1) el acceso a recursos, el control de los mismos y su vinculación al mercado de forma equitativa, lo que le permite avanzar social y políticamente 2. La participación en la toma de decisiones no solo acrecienta su poder individual, familiar y social, sino que consolida su dignidad personal y política, al convertirse en agente de su propio desarrollo (Golla, Malhotra, Nanda, & Mehra, 2011).

Problema de Investigación

Aunque está establecida la importancia de la autonomía económica de las mujeres para alcanzar la equidad de género, y a pesar de su reconocimiento tanto por los tratados y convenciones internacionales, como por los postulados constitucionales y legales del Estado colombiano, no existe una difusión amplia ni una síntesis de dichos mandatos que, opere como una herramienta jurídica capaz de servir de apoyo a las reclamaciones de las mujeres y sus organizaciones tanto en el ámbito laboral, como en familiar y social, debido a la dispersión de tales normativas y a la priorización de otras temáticas como la violencia física, sexual o psicológica.

Acogiendo la premisa, según la cual, es la carencia de recursos y la falta de oportunidades laborales la que genera las demás violencias, el interrogante se concretó en establecer ¿Cuál es el marco jurídico para la autonomía económica de las mujeres en Colombia?

Metodología

Esta investigación se ubica en el paradigma de la investigación cualitativa y se realizó desde el enfoque histórico hermenéutico, en cuanto se ocupó del análisis, interpretación y sistematización de los derechos consagrados en defensa de la autonomía económica de las mujeres, por lo mismo el escenario de recolección de la información fue documental, doctrinal, jurisprudencial, lo que permitió un trabajo sistemático acerca de los derechos económicos de las mujeres, continuamente contrastados con los datos estadísticos que dan cuenta de la realidad de la vida de las mujeres. Esta metodología permitió el logro de los tres objetivos específicos: 1) Establecer el marco teórico internacional y nacional sobre los derechos económicos de las mujeres, 2) Realizar un diagnóstico sobre la situación económica y laboral de las mujeres en Nariño 3) Proponer alternativas para fortalecer la autonomía económica de las mujeres en Nariño.

El presente artículo aborda únicamente el primero de los objetivos específicos antes indicado.

Esquema de Resolución

En un primer momento se identificará el marco normativo internacional, tanto a nivel universal como regional. En segunda instancia se analizarán los desarrollos constitucionales, legales y jurisprudenciales tendientes a garantizar los derechos económicos de las mujeres colombianas. Con estos insumos se presentarán las conclusiones y algunas recomendaciones tendientes a efectivizar estos derechos desde un enfoque interseccional¹.

1. Marco Jurídico Internacional

Sea lo primero advertir que en el mundo jurídico internacional existe una distinción entre los instrumentos, según su naturaleza, así: a) Los convencionales o vinculatorios, que exigen ratificación o adhesión expresa al mismo, como evidencia del compromiso que adquieren los Estados frente a su implementación y que, por tanto, conllevan obligaciones y rendición de cuentas. A esta categoría

¹ La categoría “interseccional” permite comprender que el concepto mujeres no es universal, puesto que existen desigualdades entre las mujeres, relacionadas con la etnia, la clase social, el nivel académico, el estrato económico, generando situaciones diversas y particulares que es necesario visibilizar para incidir en la construcción de políticas públicas más equitativas y contextualizadas a su entorno.



pertenecen las convenciones, convenios, pactos y protocolos; b) Los declarativos, que son aquellos que, si bien carecen de efectos jurídicos, su autoridad es moral en cuanto dan respuesta a situaciones críticas y se adoptan en reuniones, conferencias, convenciones internacionales y toman la denominación de: Declaraciones, Directrices, Principios, Reglas Mínimas o Recomendaciones. Según su cobertura, dichos instrumentos jurídicos pueden ser universales, regionales, generales y específicos (UNESCO, 2017).

En relación con los derechos económicos de la mujer, hay un instrumento internacional vinculatorio y específico, denominado Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer – (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 2010). Es la convención que cuenta con el mayor número de ratificaciones (188) de los 193 países que integran Naciones Unidas. Colombia la ratificó en 1981 (Ley 51, 1981), es decir, está vigente entre nosotros desde hace 38 años, sin embargo, sólo a partir de 1991 se la insertó tanto en el ordenamiento jurídico como en las políticas y programas nacionales comprometidos con la equidad de género. Las consideraciones que sustentan su expedición están relacionadas en la validez de los derechos humanos y la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

La (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 2010) reafirmó el principio de no discriminación y proclamó la igualdad de todos los seres humanos en dignidad y derechos, enfatizó en la obligación de los Estados Partes de garantizar a hombres y mujeres el goce de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

Expresó de igual manera, preocupación al comprobar que a pesar de los avances jurídicos las mujeres eran discriminadas debido a su sexo en distintos países y en diversos escenarios; recordó que

(...) la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 2010).

Para finalmente reconocer que la igualdad estaba supeditada a lograr la transformación del rol tradicional del hombre y de la mujer en la sociedad y en la familia. La Convención (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 2010) en su artículo primero entiende la expresión “discriminación contra la mujer” como toda distinción exclusión o

restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil cualquier otra esfera.

Por lo mismo, el artículo 4 (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 2010) señala que la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas se crearán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

En relación con la autonomía y los derechos económicos de las mujeres, hay tres artículos que abordan específicamente esta temática:

Artículo 10. Referido a la educación de las mujeres en igualdad de condiciones a los hombres, lo que implica para los Estados la obligación de garantizar:

a) Las mismas condiciones en materia de carreras y capacitación profesional (...); b) Acceso a los mismos programas de estudios, a los mismos exámenes, a personal docente del mismo nivel profesional y a locales y equipos escolares de la misma calidad; c) La eliminación de todo estereotipo sobre los roles masculino y femenino en todos los niveles (...) mediante el estímulo de la educación mixta y mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza; d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones (...); e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación permanente, (...), f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios (...); g) Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física; h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia. (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 2010).

Artículo 11 Tendiente a eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar

a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo (...); c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones (...); d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a la igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad,

invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 2010).

Así mismo, según el referido artículo, con la finalidad de proteger de manera especial la maternidad, los estados se comprometen a:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales. (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 2010).

Artículo 13. En virtud del cual, se obligan a eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

a) El derecho a prestaciones familiares; b) El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero; c) El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural. (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 2010).

Debe destacarse así mismo que, el Artículo 14 hace extensivos estos derechos a las mujeres rurales, previo reconocimiento de la discriminación de que son víctimas, obligándose a tomar todas las medidas que aseguren la igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y el acceso a sus beneficios, en particular los derechos reconocidos en las CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 2010).

Los compromisos estatales para alcanzar la autonomía económica de las mujeres a través de la educación igualitaria, el acceso al empleo sin discriminación con igualdad de oportunidades y de trato, lo mismo que el aseguramiento de la superación de obstáculos para la inserción en el mundo comercial, financiero y empresarial, son bases fundamentales para avanzar en el reconocimiento y goce de derechos, en los objetivos de la agenda 2030 (Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 2015) y en la construcción de una paz estable y duradera.

Con el objeto de hacer seguimiento a la aplicación de la CEDAW se creó, a través del artículo 17 (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 2010), un Comité conformado por personas expertas en la temática de mujer, atendiendo criterios de conocimiento, nacionalidad y

sistemas jurídicos, al que los Estados Partes, de conformidad con el artículo 18 (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 2010) presentarán un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas tendientes a realizar la convención, con una periodicidad cuatrienal o cuando el Comité lo solicite.

1.1. El Protocolo Facultativo de la CEDAW

El Protocolo Facultativo de la (Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1999) es un instrumento que tiene por finalidad permitir a las mujeres que han sido vulneradas en sus derechos, previo el lleno de ciertos requisitos, demandar al respectivo Estado Parte ante un órgano internacional independiente, esto es, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, para obtener la reparación de los daños causados.

El Protocolo consta de 21 artículos, en virtud de los cuales, los Estados Parte, admiten la competencia del Comité para decidir frente a las comunicaciones que realicen personas o grupos de personas en su condición de víctimas de violación de alguno de los derechos consignados en la CEDAW (Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1999). Las comunicaciones se presentarán por escrito y no podrán ser anónimas (artículo 3), advirtiendo que la competencia del Comité está supeditada al agotamiento de todos los recursos internos, salvo que la tramitación se prolongue injustificadamente o cuando no sea probable un resultado efectivo (artículo 4). El Comité podrá dirigir al Estado Parte una solicitud para que adopte medidas provisionales tendientes a evitar daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación; adicionalmente se indicó que de toda comunicación admisible se dará traslado al Estado Parte, indicando la identidad de las víctimas, con su consentimiento y, en un plazo de seis meses, el Estado Parte presentará las explicaciones o las medidas correctivas que hubiere adoptado (artículo 6). Cuando el Comité reciba evidencias sobre violaciones graves o sistemáticas de los derechos de las mujeres, el Estado Parte debe presentar observaciones sobre dicha información e inclusive ordenar investigaciones urgentes que pueden incluir visitas al territorio. La investigación será de carácter confidencial y en todas sus etapas se solicitará la colaboración del Estado Parte (artículo 7).

Para (Gabr Naéla, 2015), el Protocolo autoriza dos tipos de actuaciones: 1) Las comunicaciones/denuncias que realiza la persona afectada o un grupo de personas (ONG) sobre una violación a los derechos estipulados en la Convención y 2) La investigación que realiza el Comité cuando en su criterio existan pruebas de una



violación grave y a gran escala contra los derechos de la mujer en un Estado concreto. Esta actuación procederá cuando haya sido expresamente admitida por el Estado.

Según el artículo 13 (Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1999), los Estados Parte se comprometen a divulgar y darle amplia publicidad, tanto a la CEDAW como al Protocolo Facultativo, facilitando a todas las personas interesadas el acceso a la información y recomendaciones del Comité, en particular de aquellas que guarden relación con el Estado del que sean nacionales.

Colombia ratificó el protocolo Facultativo de la CEDAW mediante la (Ley 984, 2005), cuya constitucionalidad fue analizada en la sentencia C-322 de 2006, justificando su validez en la falta de oportunidades de acceso a la salud, la protección, la educación, el empleo, espacio en el que las brechas salariales se incrementan. En apoyo de su afirmación se transcriben apartes del texto justificatorio del artículo 42 constitucional, donde se afirmó:

(...) diversos motivos, como la violencia –que ha dejado un sinnúmero de mujeres viudas- el abandono del hogar por parte del hombre y la displicencia de éste con respecto a la natalidad, han obligado a la mujer a incorporarse a los roles de producción adquiriendo la responsabilidad de ser la base de sustentación económica del hogar, sin haber llegado jamás a desprenderse de los patrones culturales que la confinan al espacio doméstico y al cuidado de los hijos. (Sentencia C-322, 2006).

En consecuencia, para la Corte Constitucional, el Protocolo es un Tratado internacional autónomo, aunque vinculado a la CEDAW, cuya finalidad es reconocer al Comité creado por la Convención las competencias que le permitirán no sólo recibir los informes de los Estados parte sino también las comunicaciones sobre violaciones concretas y formular las observaciones o recomendaciones que fueren pertinentes. Por estas razones declaró su exequibilidad.

1.2. Plataforma de Acción de Beijing

Han transcurrido 24 años desde cuando la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrado en Beijing en 1995, aprobó dos documentos fundamentales: La Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing (Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995).

1.2.1. La Declaración de Beijing

Es un documento universal tendiente a la promoción de la igualdad, el desarrollo y paz para todas las mujeres del mundo, que parte de reconocer que los derechos de la mujer son derechos humanos y que la sola vigencia de los mismo tanto en la

vida familiar como social, pueden asegurar su bienestar y el de su núcleo familiar, consolidando la democracia. En materia de autonomía económica los Estados Partes se comprometieron a:

26. Promover la independencia económica de la mujer, incluido su empleo, y erradicar la carga persistente y cada vez mayor de la pobreza que recae sobre las mujeres, (...) haciendo especial énfasis en (...) las zonas rurales, como agentes vitales del desarrollo, a los recursos productivos, oportunidades y servicios públicos. (Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995, pág. 13).

Esta obligación se consolida al finalizar la Declaración cuando reiteran:

38. Por la presente nos comprometemos en calidad de Gobiernos a aplicar la siguiente Plataforma de Acción y a garantizar que todas nuestras políticas y programas reflejen una perspectiva de género. (Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995, pág. 13).

Por estas expresas manifestaciones, es que las mujeres reivindican la obligatoriedad de trabajar tanto en el sector público como privado desde un enfoque de género, la cual dejó de ser una posición partidista para convertirse en un compromiso ineludible de los Estados participantes en Beijing 1995.

1.2.2. La Plataforma de Acción

La plataforma de acción es el programa a través del cual se realiza la Declaración de Beijing mediante la participación plena e igualitaria de la mujer en la toma de decisiones económicas, sociales, culturales, políticas e intrafamiliares. La Plataforma de Acción reconoce que los problemas de las mujeres requieren del trabajo compartido con los hombres, con los gobiernos, con los organismos internacionales y con las diversas organizaciones de mujeres, para alcanzar a nivel universal la igualdad de género. El documento señala unas esferas de especial preocupación y propone objetivos estratégicos y medidas concretas para alcanzar dichos objetivos.

Una de las esferas de especial preocupación es la llamada “La mujer y la pobreza”: con apoyo en estadísticas globales reconoce que la pobreza afecta de manera desproporcionada a la mujer, pobreza que obedece a causas estructurales. De donde las estrategias para reducir la pobreza requieren de análisis con enfoque de género, realizados con la participación igualitaria de hombres y mujeres (Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995, pág. 37).

A la pobreza se debe la carencia de ingresos y recursos productivos; el hambre y la malnutrición; la mala salud; los obstáculos para el ingreso y permanencia en el sistema educativo; el aumento de la morbilidad y la mortalidad; la vivienda



inadecuada y/o la carencia de vivienda; las condiciones de inseguridad, la discriminación y exclusión sociales, la cual es producto directo de la falta de oportunidades y autonomía económica (Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995, pág. 38).

Otra esfera de interés es “La mujer y la economía” cuya finalidad es evidenciar cómo el acceso de la mujer a las estructuras económicas es discriminatorio, ya que

En la mayor parte del mundo es escasa o nula la presencia de mujeres en los niveles de adopción de decisiones económicas, incluida la formulación de políticas financieras, monetarias, comerciales y de otra índole, así como los sistemas fiscales y los regímenes salariales (Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995, pág. 115).

A partir de esta Plataforma los asuntos de género forman parte de la agenda de los Estados, en cuanto comprometió a las mujeres y hombres, al gobierno, al sector financiero, la banca internacional, los organismos multilaterales y a las organizaciones de mujeres a realizar acciones en conjunto para su observancia. Sus preocupaciones, problemas, objetivos y medidas continúan siendo válidas, por cuanto si bien existen avances en los campos educativo, político y social, en materia de autonomía y respeto de los derechos económicos de las mujeres, aún es necesario avanzar en el reconocimiento y protección de los derechos.

1.3. Los Objetivos del Desarrollo Sostenible hacia la autonomía económica y la equidad de género

En el mes de septiembre del año 2015, Naciones Unidas aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible. Los 17 *ODS* se pusieron en marcha en enero de 2016 con el fin último de asegurar la supervivencia de la especie humana.

Entre dichos objetivos figura la equidad de género, respecto a la cual se insistió en que sin ella no es posible realizar el potencial humano ni alcanzar el desarrollo sostenible. El documento final para la aprobación de la Agenda 2030 afirmó:

(...) Las mujeres y las niñas deben tener igual acceso a una educación de calidad, a los recursos económicos y a la participación política, así como las mismas oportunidades que los hombres y los niños en el empleo, el liderazgo y la adopción de decisiones a todos los niveles. Trabajaremos para lograr un aumento significativo de las inversiones destinadas a paliar la disparidad entre los géneros y fortalecer el apoyo a las instituciones en relación con la igualdad y el empoderamiento de las mujeres en el plano mundial, regional y nacional. Se eliminarán todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres y las niñas, incluso mediante la participación de los hombres y los niños. La

incorporación sistemática de una perspectiva de género en la implementación de la Agenda es crucial (Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 2015, pág. 7).

El objetivo 5 está encaminado a lograr la igualdad de género como condición fundamental para afianzar la democracia y la justicia social. En relación con los derechos económicos de las mujeres deben destacarse los siguientes numerales:

5.4 Reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país.

5.5 Asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisorios en la vida política, económica y pública (Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 2015, pág. 20).

La lectura de los numerales transcritos demuestra que la autonomía económica de las mujeres tiene una doble faz, por un lado, la valoración económica y cultural de las actividades de cuidado y de la redistribución de las mismas y por el otro, la igualdad de oportunidades en la vida económica del país. Estas condiciones conducen a la promoción humana de hombres y mujeres y a lograr formas de convivencia más igualitarias.

1.4. La OIT y los derechos económicos de las mujeres

El principio de igualdad de oportunidades adoptado por la OIT como una característica del trabajo decente (trabajo bien remunerado, productivo y realizado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana), desarrolla en la práctica del mundo laboral la igualdad de género sobre la que se fundamenta el logro de los cuatro objetivos estratégicos de esta organización: 1) Promover y cumplir las normas y los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 2) Generar mayores oportunidades para que las mujeres y los hombres puedan tener un empleo e ingresos dignos, 3) Mejorar la cobertura y la eficacia de una seguridad social para todos y 4) Fortalecer el tripartismo y el diálogo social (OIT, 2018).

La OIT ha mantenido a través de sus cien años de existencia estos postulados igualitarios para el campo del trabajo, los que han fundamentado convenios específicos como, el Convenio 100 (1951) sobre igualdad de remuneración, el Convenio 111 (1958) sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, el Convenio 156 (1981) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares y el Convenio 183 (2000) sobre la protección de la maternidad. Los Convenios 100 y



111 también se cuentan entre los ocho Convenios fundamentales de la Declaración de la OIT de 1998 sobre principios y derechos fundamentales del Trabajo.

Por medio de la circular 564 (1999), la OIT adoptó la política de igualdad de género como eje transversal de todos sus programas, políticas, acciones, etc. El Trabajo decente (también eje transversal) y la igualdad de género constituyen una unidad inseparable en el ámbito laboral, con independencia del tipo de relación, las modalidades y demás condiciones específicas.

1.5. La Comisión de Naciones Unidas sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer y el Empoderamiento económico de las mujeres

Esta Comisión comenzó a funcionar desde antes de 1947 liderando los estudios sobre las condiciones reales de vida de las mujeres en los distintos países integrantes de Naciones Unidas. A su liderazgo y persistencia se deben las conquistas normativas internacionales, los compromisos estatales y la implementación de políticas públicas y programas tendientes a alcanzar la equidad de género, la justicia social y la paz.

En su 61 reunión celebrado en Nueva York en el año 2017, la Comisión trabajó en torno al “Empoderamiento económico de la mujer en el cambiante mundo del trabajo”, adoptando derroteros claros para orientar las acciones estatales hacia la abolición de las desigualdades que aún persisten en el ámbito laboral. En la primera parte del documento (Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, 2017) se hace un recuento de las principales conquistas jurídicas, destacando tanto la CEDAW como la Plataforma de acción de Beijing y su validez para alcanzar la meta de la equidad 50/50 prevista en los ODS para el año 2030.

Respecto a la situación de las mujeres en el ámbito laboral reconoció:

15. (...) los obstáculos estructurales a la igualdad entre los géneros y la discriminación por razón de género persisten en los mercados de trabajo de todo el mundo, lo cual impone mayores dificultades a las mujeres que a los hombres para conciliar las responsabilidades laborales y familiares, y que es necesario eliminar esos obstáculos estructurales para que las mujeres puedan participar plenamente en la sociedad y en pie de igualdad en el mundo del trabajo. (Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, 2017, pág. 5).

En los 40 numerales de esta introducción desarrolla un enfoque desde la diversidad, denunciando la situación especial de las mujeres según su etnia, condición regular o irregular, capacidades diversas, instando a gobiernos, entes

internacionales, ciudadanía y sector privado a impulsar medidas como: 1) fortalecer los marcos jurídicos 2) garantizar la educación, la capacitación y el desarrollo de aptitudes con perspectiva de género 3) impulsar políticas económicas y sociales que apoyen el ejercicio de los derechos económicos de las mujeres 4) buscar alternativas para formalizar el trabajo de las mujeres y su inestabilidad 5) vincularlas a las innovaciones tecnológicas del mundo del trabajo 6) tener en cuenta la voz colectiva de las mujeres en la toma de decisiones 7) vincular al sector privado con logro de la meta de la autonomía económica de las mujeres. (Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, 2017).

Esta temática, como podemos fácilmente inferirlo, se encuentra al orden del día y si bien el Estado colombiano ha avanzado en el fortalecimiento normativo, como se verá más adelante, aún dista mucho de las metas fijadas en esta reunión. Es importante que las organizaciones de mujeres hagan seguimiento a estas directrices para evitar retrocesos históricos inaceptables, so pretexto del fortalecimiento de la familia o del bienestar de la sociedad. Las mujeres no pueden ser una vez más, las víctimas de los desajustes estructurales que ellas no causaron.

1.6. La Autonomía Económica de la mujer en la Organización de Estados Americanos

La OEA desde su creación hizo manifiesto su compromiso con los Derechos Humanos a través de la Convención Americana de los Derechos Humanos (1969) y con los Derechos Económicos, Sociales y culturales (DESC) mediante el “Protocolo de San Salvador” (1978) .

En relación con la autonomía y empoderamiento económico de las Mujeres, la OEA por intermedio de la Comisión Interamericana de las Mujeres, produjo dos documentos de singular importancia. El primero de ellos, es la Declaración de San José sobre el empoderamiento económico y político de las mujeres de las Américas, aprobada en Costa Rica durante la Trigésima Sexta Asamblea de Delegadas de la CIM en octubre de 2012.

En la Declaración de Lima (2012) se estableció la relación existente entre el logro de la autonomía económica de la mujer y la redistribución de las actividades de cuidado, lo que implica, involucrar a los hombres con estos quehaceres, comprometer a los empleadores para facilitar la armonización de la vida laboral y familiar, exigir a los Estados el reconocimiento legal y social del valor económico de las actividades de cuidado y su profesionalización, orientando la adopción de leyes y políticas públicas sobre equidad de género en los Estados americanos.



1.6.1. Declaración de Lima

La declaración de Lima es el documento más importante de la Comisión Interamericana de mujeres de la OEA referida a la Igualdad y la Autonomía de los Derechos Económicos de las Mujeres, la cual fue proferida en la Trigésima Séptima Asamblea, en el mes de mayo de 2016. Esta declaración (2012), contrastando la situación que enfrentan las mujeres en las Américas con los diferentes instrumentos internacionales sobre los derechos económicos de las mujeres, consideró que los Estados deben comprometerse a: 1) ratificar algunos convenios de la OIT como el Convenio 100 (1951) sobre igualdad de remuneración, el Convenio 111 (1958) sobre la discriminación (empleo y ocupación), el Convenio 156 (1981) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, el Convenio 183 (2000) sobre la protección de la maternidad, el Convenio 189 (2011) sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos; 2) identificar brechas salariales de género con la finalidad de establecer estrategias para superarlas; 3) valorar y visibilizar el valor económico y social del trabajo no remunerado del hogar y su importancia familiar y social; 4) Incluir en los sistemas de seguridad social a las trabajadoras de la economía informal y del trabajo doméstico; 5) garantizar su participación en los procesos de planificación y formulación de políticas económicas y en los temas laborales que las afectan (maternidad); 6) Recoger información y construir indicadores específicos para medir el ejercicio de los derechos económicos por parte de mujeres; 7) Asignar los recursos humanos, financieros y materiales necesarios para garantizar la inclusión de la perspectiva de género en las esferas sociales y gubernamentales.

De la anterior síntesis puede afirmarse que los Estados Partes de la OEA mediante el funcionamiento de la CIM están comprometidos a la realización plena de los derechos económicos de las mujeres en la región americana para asegurar el logro de los ODS 2030.

En la misma perspectiva, ONU Mujeres decidió para su trabajo América Latina y Caribe priorizar tres aspectos: participación política de las mujeres y liderazgo, el empoderamiento económico de las mujeres y erradicación de la violencia contra las mujeres y las niñas con miras a alcanzar la equidad y afianzar la paz (ONU MUJERES, 2018).

1.7. La CEPAL y los Derechos Económicos de las Mujeres

La Comisión Económica para América Latina – CEPAL como organismo regional de las Naciones Unidas, en el documento denominado “Autonomía de las mujeres e igualdad en la Agenda de Desarrollo Sostenible” presentado en

Montevideo a la XIII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, caracterizó la situación actual en estos términos:

La sobrerrepresentación de las mujeres entre las personas en situación de pobreza, la falta de ingresos propios y suficientes, la sobrecarga de trabajo no remunerado, las brechas de participación económica y las tasas de desempleo sistemáticamente superiores a las de los hombres evidencian que aún quedan por enfrentar importantes desafíos para que hombres y mujeres vivan en condiciones de igualdad y gocen de manera plena de sus derechos. (Autonomía de las mujeres e igualdad en la Agenda de Desarrollo Sostenible., 2016, pág. 39).

La anterior afirmación se fundamenta en estadísticas mundiales y regionales, según las cuales hay un incremento del capital de los excesivamente ricos frente al empobrecimiento de grandes sectores integrados por mayorías femeninas. En dicha pobreza se sustentan las diversas violencias que padecen las mujeres, de donde resulta claro que el acceso a recursos económicos y financieros están llamados a convertirse en contendores de violencia.

La autonomía económica es un pilar fundamental de la autonomía de las mujeres y, por definición, requiere que estas perciban ingresos que les permitan superar la pobreza y disponer de su tiempo libremente para capacitarse, acceder al mercado laboral, desarrollarse profesional y personalmente, participar de manera activa de la vida social y política, y dedicarse a sus seres queridos sin que ello se transforme en una barrera para el logro de sus propias aspiraciones. Los ingresos monetarios y el tiempo son recursos finitos y muchas veces escasos; la evidencia empírica indica que no se reparten en forma igualitaria en los hogares, como tampoco en la sociedad. (Autonomía de las mujeres e igualdad en la Agenda de Desarrollo Sostenible., 2016, pág. 39).

Para superar la pobreza se propone el ingreso de las mujeres al mercado laboral formal, que permitan superar la dependencia y tomar decisiones. El ingreso al empleo público y privado requiere que se pongan en práctica los principios de igualdad de oportunidades y de trato, combatiendo los estereotipos discriminadores basados en el sexo de las personas.

Dada la disminución de los puestos de trabajo, es necesario pensar en otras alternativas, tales como la mejora de las condiciones de seguridad social de los empleos informales y regularización de actividades como el servicio doméstico, así como la financiación de las actividades de cuidado no remuneradas.

Las anteriores medidas deben ir acompañadas de una redistribución de funciones en las labores del hogar y del apoyo del Estado expresado en el incremento de las guarderías, los comedores escolares; por su parte los empleadores deben comprometerse con la flexibilización de las jornadas laborales, la capacitación permanente y gratuita de las y los trabajadores.



A continuación, se hará referencia al marco jurídico que vincula al Estado colombiano con la realización de la igualdad de género y de manera puntual con su compromiso de promocionar la dignidad humana de la mujer y la realización de sus derechos económicos con miras a alcanzar su autonomía en la toma de decisiones, en la definición de su identidad, en la consolidación de su familia y en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes como ciudadana.

2. Marco jurídico Nacional

Los defensores del orden jurídico clásico se resisten a admitir la obligatoriedad de adecuar la normativa estatal a las obligaciones y compromisos adquiridos internacionalmente, y de forma un tanto a-histórica reclaman la soberanía de los parlamentos en materia legislativa (Tamayo Jamarillo, 2006). La realidad del mundo global y la existencia de organismos internacionales con capacidad coercitiva directa e indirecta, demuestra que, por el contrario, la existencia indiscutible de un marco jurídico internacional universal y regional se constituye en una directriz a la que deben ajustarse las leyes nacionales (López Medina, 2004).

Revisado en el acápite anterior dicho marco, corresponde ahora establecer, de qué manera el Estado Colombiano cumple sus obligaciones frente a los derechos de las mujeres, la abolición de la discriminación y la adopción de medidas que favorezcan la equidad de género.

Colombia de manera temprana ratificó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres - CEDAW, mediante la expedición de la Ley 51 (1981). Sin embargo, la adopción en el país de la teoría dualista constitucional, según la cual, todo tratado internacional ratificado requiere de reglamentación para entrar en vigencia, dejó en la práctica sin efecto dicha norma por espacio de 10 años, razón por la cual, pasó inadvertida inclusive para las mujeres y sus organizaciones hasta la expedición de la Constitución Nacional en el año de 1991. Así las cosas, la historia de la CEDAW en Colombia data de 1991, año en que los colectivos de mujeres se trazaron la meta de constitucionalizar la CEDAW, mediante un fuerte activismo previo a la Asamblea Nacional Constituyente, el que permitió concretar el apoyo de cuatro mujeres constituyentes, Aida Abello (Unión Patriótica), Maria Mercedes Carranza y Maria Teresa Garcés (M-19) y Helena Herrán (Partido Liberal), quienes asumieron la representación de las peticiones formuladas por 17 organizaciones de mujeres, que buscaban el reconocimiento y compromiso con la igualdad real de las mujeres en los diferentes ámbitos de la vida, garantizando el disfrute pleno de los derechos consagrados en la CEDAW de carácter político, económicos, sociales, culturales, sexuales y reproductivos, que

permitieran cerrar las brechas existentes y abolir la discriminación sistemática que padecían las mujeres colombianas por razón de su sexo (Bucheli Ibarra, 2014).

El Estado Social de Derecho consagrado en la Carta Política de 1991 se alindero con el nuevo constitucionalismo y por tanto adquirió compromisos con la justicia material y la igualdad real, reconoció la pluralidad política y la multiculturalidad étnica, adoptó una Carta de Derechos acompañada de acciones constitucionales, a las que les dieron vida con fundamento en la dignidad humana, la igualdad de oportunidades, la tolerancia, el trabajo y la paz, tal como lo consagra el preámbulo de dicha Constitución, que goza de fuerza vinculante como hilo conductor de toda la hermenéutica constitucional (Sentencia T-426, 1992).

Las conquistas de las mujeres en relación con la autonomía y empoderamiento económico tienen como fundamento general el artículo 13 (Constitución Política de Colombia, 1991) que consagra la igualdad ante la ley, prohibición de discriminación y acciones afirmativas a favor de los desiguales y, el artículo 25 que, concibe el Trabajo como un derecho y una obligación que merece la protección especial del Estado en todas sus modalidades y que, además, debe desarrollarse en condiciones dignas y justas. Tales condiciones están relacionadas con los principios del trabajo previstos en el artículo 53 constitucional, como con los postulados constitucionales de la dignidad humana, la salud, el buen nombre, la honra, el debido proceso y demás derechos fundamentales.

Los mandatos específicos a favor de las mujeres aparecen en el artículo 40 (Participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública) artículo 42 (Igualdad de derechos y deberes de la pareja) y 43 el más relevante para el tema de investigación, según el cual, “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia” y además el artículo 53 ya referido, que consagró de forma expresa, la protección especial a la maternidad (Goyes Moreno, 2011).

La normativa constitucional a la que se ha hecho referencia contiene la positivización de los derechos de las mujeres reconocidos internacionalmente, con lo cual el país se puso a tono con los estándares internacionales en equidad de género y de manera concreta se construyeron las bases para la construcción de autonomía y el empoderamiento económico de más del 50% de la población colombiana, las mujeres. En síntesis, el articulado mencionado se refiere a derechos tendientes a inspirar y proteger el desarrollo autónomo femenino en una sociedad históricamente discriminadora. Uno de los aspectos que merece especial mención,



es que, en asuntos laborales, las mujeres pasaron de ser sujetos de la protección (en virtud de la cual se las excluía de las jornadas nocturnas, y de la posibilidad de vincularse a determinadas actividades que, según los prejuicios reinantes, no eran femeninas, como las de construcción, la participación en fuerzas armadas, las labores de albañilería, entre otras actividades), a ser consideradas personas titulares de derechos, que gozan de autonomía y por tanto de capacidad decisoria.

La figura del bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 engrosó los derechos consagrados en la Constitución, adicionando aquellos derechos contenidos en los tratados internacionales referidos a derechos humanos y, en especial, con la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - CEDAW, contentiva de los derechos humanos de las mujeres (Goyes Moreno, 2011).

A partir de estas directrices constitucionales, se han proferido diferentes leyes con la finalidad de apoyar los procesos autonómicos emprendidos por las mujeres para acceder al mercado laboral, al salario y por ende, a una transformación de las relaciones familiares, sociales y políticas, surgidas de su condición de proveedora de bienes y servicios para sus hijos y su familia, situación que incide en las relaciones de pareja y de familia y que soportan nuevas dimensiones en la toma de decisiones que afectan al grupo familiar.

Entre tales disposiciones se destacan: La Ley 82 (1993), modificada por la Ley 1232 (2008), en desarrollo del mandato del artículo 43 constitucional, confiere protección especial a la mujer cabeza de familia², así: a) otorgándole prioridad para que sus hijos accedan a las instituciones educativas y a los textos escolares (Ley 1232, 2008, artículos 3 y 5); fomentando la generación de emprendimiento empresariales de mujeres (artículo 6); concediendo incentivos a los empleadores privados que generen empleo para mujeres cabeza de familia (artículo 7); garantizando estabilidad laboral en empleos públicos (Sentencia T-061, 2006); reconociendo su prelación para acceder a los cargos de carrera; entregando apoyos para la adquisición de vivienda mediante créditos, subsidios, etc. (Ley 1232, 2008, artículo 8); ordenando atención preferente en situación de desplazamiento forzado (artículo 15) (Guerra Acevedo & Tamayo Múnera, 2012) .

La Ley 731 (2002) es una norma que busca la protección de la mujer rural, frente a la cual el Estado colombiano tiene una deuda histórica, no sólo por el tradicional olvido y abandono sino por haber sufrido los estragos irracional de una

² Se da esta denominación a la mujer soltera (viuda o separada) o casada que asume la responsabilidad afectiva, económica y social de sus hijos, familiares con imposibilidad de trabajar, por ausencia de su cónyuge o compañero.

guerra que se prolongó por algo más de medio siglo, amén de la violencia de una cultura patriarcal acendrada (Defensoría del Pueblo, 2014). La ley va más allá de teorizar sobre la igualdad formal y se compromete con medidas prácticas para garantizar el mejoramiento real, al crear el Fondo de Fomento para las Mujeres Rurales (Fommur) del Ministerio de Agricultura, el que debe impulsar planes, programas y proyectos que faciliten la inserción de las mujeres rurales en la vida política, económica y social de sus respectivas comunidades y del país en general. No obstante, se considera que la norma se quedó en letra muerta, puesto que hasta 2015 no existían decretos que desarrollen los mandatos de dicha ley. En un informe preparado por la Oxfam sobre la situación de la mujer rural en Colombia se reconoce que

(...) pese a que los hombres rurales suelen trabajar mayor tiempo fuera del hogar y destinan más horas de su trabajo a actividades remuneradas con respecto a las mujeres rurales, éstas últimas llegan a trabajar más horas al día, pues además de las labores productivas, son las responsables del hogar. De esta forma, su trabajo no remunerado supera en horas promedio al que desarrollan las mujeres en las ciudades. Estos autores concluyen que las mujeres rurales, sin importar, su origen geográfico o sitio de trabajo tienden a laborar más que los hombres. (Vargas & Villarreal, 2014).

Para Bernal (2014) los programas institucionales a favor de las mujeres rurales requieren tanto de una perspectiva territorial como de la participación de las mujeres y sus organizaciones en los procesos de diseño, implementación y seguimiento, fortaleciendo las microfinanzas a través del FOMMUR, como alternativas de financiamiento. De esta manera, se irán dando pasos firmes hacia el reconocimiento y efectividad de los derechos de las mujeres rurales en Colombia.

Por su parte, la Ley 823 (2003) puso en marcha alternativas tendientes a garantizar el principio de igualdad de oportunidades para las mujeres tanto en el ámbito público como en el privado. En el mismo sentido, la norma establece directrices para la adopción de políticas y acciones tendientes a lograr la equidad, permitiendo a las mujeres ejercer plenamente sus derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, al poner sus aptitudes y capacidades al servicio del desarrollo nacional. La participación de las mujeres en los diferentes campos de la vida nacional contribuye a eliminar los obstáculos reales y los prejuicios mentales que en pleno siglo XXI se aferran al mantenimiento de roles ya superados. En materia de autonomía y empoderamiento económico el artículo 5 de esta norma (Ley 823, 2003) ordena al gobierno nacional:

1. Desarrollar acciones y programas que aseguren la aplicación del principio de salario igual a trabajo igual.



2. Diseñar programas de formación y capacitación laboral para las mujeres, sin estereotipos por sexo (construcción).
3. Brindar apoyo a las micro, pequeñas y medianas empresas dirigidas por mujeres y a las que empleen mayoritariamente personal femenino.
4. Divulgar, informar y sensibilizar a la sociedad sobre los derechos laborales y económicos de las mujeres y los mecanismos de protección.
5. Garantizar a la mujer campesina el acceso a la propiedad o tenencia de la tierra, al crédito, asistencia técnica, capacitación y tecnología agropecuaria.
6. Asegurar la observancia de las normas sobre seguridad social a favor de las mujeres trabajadoras.
7. Realizar evaluaciones periódicas sobre las condiciones de trabajo de las mujeres, las trabajadoras rurales y elaborar los registros estadísticos.

Las estadísticas sobre la situación laboral de las mujeres en Colombia son negativas en cuanto se registra un desempleo que afecta más a mujeres (12.8%) que a los hombres (8.8%); la brecha salarial si bien se redujo en los últimos 20 años, aún se mantiene en un 7% frente al salario de los hombres. Algunas de las causas que explican de este injusto estado de cosas son la inequitativa distribución de las labores de cuidado, a las cuales las mujeres les dedican más del doble del tiempo que los hombres y en el caso de las mujeres desempleadas ese tiempo alcanza las 35.5 horas frente a 7 horas por parte de los hombres (Economía y Negocios, 2018). Estos datos muestran con toda claridad la urgencia de mejorar el ingreso de las mujeres al mercado del trabajo y la obligación de garantizarles igualdad de oportunidades en el ingreso y en la permanencia, amén de respetar el principio de a trabajo igual salario igual³.

Por medio de la Ley 1010 (2006) se reguló contra el acoso laboral y el acoso sexual en el ámbito del trabajo. Esta norma contribuye al empoderamiento económico de las mujeres, debido a que son muchos los casos, en que para librarse de las conductas de acoso (laboral o sexual) protagonizadas por sus jefes inmediatos o altos directivos, las mujeres optan por renunciar al vínculo laboral en aras de proteger su libertad y autonomía.

La disposición clasifica los tipos de acoso laboral y establece para su configuración condiciones de tiempo y frecuencia, lo que permite diferenciar estos tipos

³ En Islandia en el 2018 se profirió una ley que considera ilegal el pago de salarios inferiores a las mujeres cuando desempeñan las mismas labores que los hombres.

del ejercicio del *ius variandi* del que es titular el empleador. La identificación, regulación y sanción de las conductas constitutivas de acoso laboral y sexual en la realidad laboral, develan con frecuencia que las mismas conllevan, además, discriminación basada en género.

Dos barreras impiden que esta norma sea utilizada de manera más eficiente por las mujeres trabajadoras: por una parte, la falta de conocimiento respecto a los límites de la subordinación laboral, la que se restringe exclusivamente a las actividades contractuales y por tanto, no es admisible la pretensión del empleador de usar su poder dominante en otras esferas de la vida de sus trabajadoras y por otra, las dificultades en el acceso a la justicia laboral, puesto que las trabajadoras víctimas no denuncian y en las pocas ocasiones en que lo hacen no encuentran respaldo en operadores judiciales (López Pino & Seco Martín, 2015).

Según datos divulgados por la Escuela Nacional Sindical – ENS (2018), en las ciudades de Medellín, Bogotá y Bucaramanga, se presentaron 42 demandas por acoso laboral, con 1 sola condena, 15 sentencias absolutorias y 26 en trámite. Las circunstancias de trabajar solas o en contextos aislados, incrementan la vulnerabilidad de las trabajadoras, como ocurre con el servicio doméstico, para el cual debe reforzarse la capacidad de vigilancia del Ministerio del Trabajo. **Los crímenes selectivos contra los sindicalistas han afectado también a las mujeres, así por ejemplo entre 2017 y 2018 ocurrieron 204 violaciones a la vida, libertad e integridad cometidas contra sindicalistas.** De estas, 186 acciones fueron perpetradas contra hombres y 18 contra mujeres lideresas comprometidas con la defensa de los derechos humanos. Estas violencias no sólo afectan la vida de la líder, sino que destruyen simultáneamente la apuesta femenina por la justicia e igualdad (Escuela Nacional Sindical, 2018).

La Ley 1257 (2008), sobre la no violencia contra las mujeres, busca sensibilizar, prevenir y sancionar todas las formas de violencia y discriminación contra las mujeres, situación que por ser estructural requiere de múltiples acciones desarrolladas por diversos actores en diferentes campos (educativo, cultural, normativo, político) que, abarquen la complejidad del problema y ayuden a comprender cómo la familia y las relaciones de pareja, llamados a ser los espacios más seguros, sean en la actualidad, los de mayor riesgo para las mujeres (Hoyos & Benjumea, 2016).

En la evaluación realizada con ocasión de los 10 años de vigencia de la ley se mostraron avances en los procesos de información sobre violencia contra las mujeres en salud, al incluir la atención a mujeres víctimas de violencias y en el seguimiento a la Ley 1257 (2008). Sin embargo, se encontraron graves falencias en el ámbito educativo por su poca contribución a la efectividad de la Ley 1257 (2008);



así como en las instituciones del Estado que siguen trabajando de manera aislada y sin entender aún el significado de la atención integral que prevé la ley. Finalmente, se denuncia que se ha medido el impacto de esta norma en la vida de las mujeres y en su derecho fundamental a permanecer libres de todo tipo de violencia (Análisis de la ley 1257 de 2008 en sus diez años de implementación, 2018).

La Ley 1413 (2010) dio un giro trascendental a la forma de entender los aportes de las mujeres a la economía del país, al otorgar valor a las actividades de cuidado que garantizan la supervivencia del grupo familiar (menores, adultos mayores, personas con capacidades diversas, estudiantes) y que permiten que otras personas integrantes de ese núcleo laboren fuera del hogar. Dicha disposición creó una cuenta satélite para la contabilización del valor económico del cuidado y la medición de su aporte al Producto Interno Bruto (PIB). Según los datos de la Encuesta Nacional del Uso del Tiempo emitida por el DANE (2013), valorados por Viviana Osorio Pérez y Carmen Lucia Tangarife (2014):

(...) la participación de las mujeres en el mercado laboral es 22.4 puntos porcentuales por debajo de la de los hombres, y en las actividades de cuidado no remuneradas la diferencia en la participación es de 26.3 puntos porcentuales por encima de la participación masculina.

Las estadísticas demostraron que el cuidado es una actividad que favorece la economía del país, a la cual, las mujeres dedican tres veces más tiempo que los hombres.

Colombia con esta norma cumplió con uno de los estándares internacionales de la Plataforma de Acción de Beijing, que no sólo hace justicia a una actividad feminizada y esclavizante, cuyas jornadas superan las máximas legales, sino que además otorga datos para la construcción de políticas públicas tendientes a lograr la equidad de género, impulsando la redistribución de las actividades de cuidado entre los integrantes del grupo familiar, revalorizándolas socialmente y liberando a las mujeres de las dobles y triples jornadas que atentan contra su salud física y psíquica. Al Estado le corresponde asumir el compromiso de crear guarderías, comedores escolares, casas de adultos mayores, entre otros.

La Ley 1429 (2010) de “Formalización y primer empleo”, busca disminuir las altas tasas de informalidad laboral, mediante dos estrategias: 1) formalizando los empleos existentes y 2) generando nuevos empleos; unos y otros deben garantizar los mínimos legales en materia salarial y prestacional. Como contraprestación a aquellos empleadores que acojan estas directrices, se les otorgan beneficios tributarios (exención de impuestos por los dos primeros años, exclusión del régimen de retención en la fuente y renta presuntiva por 5 años entre otros), así como mayores facilidades para fijar jornadas laborales.

El Decreto 4463 (2011) trata sobre la equidad salarial entre hombres y mujeres. Esta ley es de la mayor importancia se tiene en cuenta las brechas salariales existentes a nivel nacional y local y en el sector urbano y rural. Las mujeres vinculadas al sector público en los niveles administrativo y operativo no presentan grandes diferencias frente a los hombres, debido a que los montos salariales se establecen legal y convencionalmente y, la vinculación se hace por concurso de méritos o por contrato; la brecha salarial se evidencia a partir de los obstáculos que encuentran las mujeres para acceder a los niveles asesor y directivo, integrados por cargos de libre nombramiento y remoción y por tanto, sujetos a la discrecionalidad de los nominadores, algunos de los cuales se oponen a la equidad de género (Guzmán & Molano, 2012); así mismo, la creciente tercerización de funciones en el sector público desvirtúa la existencia de la carrera administrativa y las expectativas ciudadanas de encontrar una vinculación estable y dignamente retribuida.

Es en el sector privado, cuyos salarios y prestaciones dependen de la autonomía empresarial (con excepción de los mínimos legales), es donde mayores brechas existen a nivel salarial, a pesar de los altos niveles educativos alcanzados por las mujeres. Esta diferencia salarial obedece según algunos teóricos al hecho de que las mujeres laboran menos horas que los hombres, ya que el resto del tiempo lo dedican a atender las labores de cuidado (Gonzales Lobo & Sierra Bustos, 2017).

En complemento de esta norma, se expidió la Ley 1496 (2011), sobre igualdad salarial y de cualquier forma de retribución laboral entre mujeres y hombres, tanto en el sector público como en el privado, fijando los mecanismos para que dicha igualdad será real y efectiva. El artículo 2 de la referida ley que modifica el artículo 10 del Código Sustantivo del Trabajo, ordenó:

Todos los trabajadores y trabajadoras son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, en consecuencia, queda abolido cualquier tipo de distinción por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, el género o sexo salvo las excepciones establecidas por la ley. (Ley 1496, 2011).

En consecuencia, con esta disposición no es admisible ninguna distinción arbitraria en el tema salarial, ya que su fijación debe estar mediada por criterios relacionados con: “a) La naturaleza de la actividad; b) la formación profesional; c) Condiciones en la admisión; d) Condiciones de trabajo; e) La igualdad de oportunidades y de trato” (Ley 1496, 2011). La ley encargó a la Comisión Permanente de Concertación de políticas salariales y laborales consensuar dichos criterios, obligándose en un año a expedir el decreto reglamentario.



Finalmente, el artículo 7 de Ley 1496 (2011) que modifica el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, reiteró el principio según el cual “a trabajo igual corresponde salario igual” y que toda diferencia en la remuneración se presume injustificada hasta tanto el empleador demuestre objetivamente las razones de dicha diferenciación.

Como se puede concluir esta es otra excelente iniciativa que está reducida a letra muerta, por cuanto la falta de reglamentación diluye su aplicación, el decreto reglamentario hasta este año 2018 no se expide y las brechas salariales se mantienen e inclusive se incrementan impunemente alejándonos cada vez más de la agenda 2030 ODS (Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 2015).

En ese mismo año 2011 se aprobó la Ley 1482 (2011) que establece sanciones penales para quienes discriminen por razones de raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual.

La Ley 1822 (2017) mediante la cual se fijó la licencia por maternidad en 18 semanas remuneradas, acogiendo conceptos médicos y psicológicos, según los cuales la presencia de la madre en esos primeros meses de vida constituyen factores fundamentales para la estabilidad emocional y la salud de dicho menor y, con idénticos fines, la Ley 1823 (2017) indica a empleadores privados y públicos su obligación de implementar espacios dentro de las instalaciones de la empresa con las condiciones adecuadas para la extracción y conservación de la leche materna durante la jornada laboral. Los empleadores en plazos de 2 y 5 años deberán ponerlas en funcionamiento. Las anteriores medidas legislativas se ponen a tono con las buenas prácticas de otros contextos. La finalidad de esta disposición, además de proteger la maternidad y la vida del menor, es evitar que las madres abandonen sus puestos de trabajo, sensibiliza al resto del personal e incide positivamente en la vinculación entre la vida familiar y laboral.

Otra norma de armonización de la vida familiar y laboral es la Ley 1857 (2017) que estableció diversas alternativas para lograr dicho propósito, acogiendo las orientaciones de la OIT, en el sentido de que las mujeres no pueden ser obligadas a elegir entre la vida laboral o la vida familiar. Se busca, por el contrario, hacer posible que estas dos dimensiones de la vida humana puedan realizarse de manera armónica y en estrecha relación tanto para hombres como para mujeres, con el conocimiento y aquiescencia de la empresa, la que debe ser sensible a las necesidades de una familia con jefatura femenina o compartida. Al respecto, la ley contempla la flexibilización de la jornada laboral atendiendo a estas necesidades. Esta norma es de obligatorio cumplimiento para empleadores públicos y privados.

2.1. Jurisprudencia Constitucional

Mediante sentencias tipo C-SU y T⁴ la Corte Constitucional desde el año de 1992 ha mantenido como hilo conductor en la hermenéutica del texto constitucional, la defensa estricta del principio de igualdad y la prohibición expresa de cualquier forma de discriminación. Consecuente con los postulados constitucionales, la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial (2011) elaboró unos criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género.

Así las cosas, contribuir mediante los fallos judiciales a alcanzar la equidad de género es un mandato constitucional inspirado en la dignidad humana y en la solidaridad social, postulados que orientan todo el texto constitucional. En consecuencia, con esta posición, en la Sentencia T-878 (2014), al definir una acción de amparo propuesta por una trabajadora que fue despedida sin justa causa después de ser agredida violentamente por su pareja sentimental en el sitio de trabajo, la Corte afirmó que una decisión judicial vulnera los derechos de las mujeres cuando: i) No existe un análisis exhaustivo de las pruebas recogidas o cuando se revictimiza al recoger pruebas ii) Se hace uso de estereotipos de género para tomar sus decisiones y iii) se afectan los derechos de las víctimas.

En el mismo sentido, en Sentencia T-012 (2016), al estudiar la acción de amparo interpuesta por una mujer víctima de diversas violencias por parte de su cónyuge, la Corte insistió en la obligación de observar los criterios de género obligatorios al proferir sentencias, esto es: la necesidad de realizar todas las diligencias investigativas; reconocer que las mujeres constituyen un sector históricamente discriminado que amerita un trato diferenciado; superar los estereotipos de género; evitar la revictimización; flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación; evaluar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; analizar rígidamente las actuaciones de los agresores; evaluar las posibilidades reales de acceso a la justicia; tener en cuenta las relaciones de poder que vulneran la dignidad y autonomía de las mujeres.

Sobre el tema específico de autonomía económica de las mujeres se han proferido diversos fallos que respaldan su vinculación al mercado laboral libres de estereotipos de género, el ingreso basado en las capacidades, la remuneración acorde con la calidad y cantidad del trabajo, el respaldo estatal a las labores de cuidado, a las

⁴ En el ordenamiento jurídico colombiano, en la clasificación de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional Colombiana se encuentran, entre otros tipos, las Sentencias C: o de constitucionalidad; las sentencias SU: o sentencias de Unificación en Tutela y, las sentencias T: o sentencias de Tutela.



del servicio doméstico, y a toda forma de trabajo libre de coacción o violencia. De ellas se destacan las siguientes:

La sentencia SU-388 (2005), mediante la cual se buscó unificar la jurisprudencia relativa a la protección del “retén social” para las madres cabeza de familia desvinculadas de sus empleos frente a los procesos de reestructuración del Estado. La Corporación precisó los presupuestos para ser considerada madre cabeza de familia, tales como: a) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas e incapacitadas, b) que esa carga sea de carácter permanente, c) que haya ausencia permanente por parte de la pareja y/o que se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones voluntariamente o por razones de fuerza mayor e) que no haya ayuda de los demás miembros de la familia. Sobre la protección al trabajo de las madres cabeza de familia, señaló:

“(…) el Estado tiene la obligación de adoptar medidas destinadas a proteger de manera especial a los trabajadores que por sus condiciones de debilidad manifiesta o discriminación histórica así lo demandan, entre los cuales sobresalen las madres cabeza de familia, velando en cuanto sea posible por su permanencia en la entidad de manera tal que la indemnización constituya la última alternativa” (Sentencia SU-388, 2005).

La figura de las madres cabeza de familia, ha permitido proteger los derechos económicos de las mujeres a tener empleo digno y bien remunerado y establecer medidas de acción positiva en casos excepcionales.

Otra sentencia que merece ser destacada es la Sentencia T-247 (2010), mediante la cual se tuteló a una mujer que fue descalificada para el cargo de vigilante al que se presentó, por considerar que se trataba de una actividad netamente masculina. En el estudio que realizó la Corporación pueden leerse apartes como el siguiente: “(…) quienes sin que mediara un criterio de necesidad, adecuación o esencialidad y, por consiguiente, con un carácter prejuicioso carente de cualquier fundamentación objetiva y razonable utilizaron el género como parámetro que exclusión de ingreso al mencionado puesto de vigilancia” (Sentencia T-247, 2010). Es urgente que los empleadores públicos y privados respeten el derecho de las mujeres a acceder al empleo sin ninguna restricción, desarrollando sus potencialidades y contribuyendo de una manera efectiva a la generación de riqueza en beneficio de las empresas e instituciones y del grupo familiar al cual pertenecen.

Por medio de la sentencia T-012 (2016), se otorgó la acción de amparo interpuesta contra la sentencia del Tribunal que concedió el divorcio, pero negó la cuota alimentaria reclamada por la cónyuge víctima de diversas violencias. La Corporación, con fundamento en el análisis de las pruebas allegadas al proceso, afirmó:

(...) Por su poder económico sobre la víctima, adecuó su comportamiento financiero para hacerla dependiente de sus decisiones. La señora (...) materialmente, se encontró sometida a las reglas de su esposo. Esa circunstancia, lejos de ser irrelevante, tiene una trascendencia especial en el caso concreto. No puede obviarse el hecho de que la señora (...) dependía económicamente de (...). Esa dependencia sirvió como un mecanismo de dominación sobre su esposa, ya que le impidió desempeñarse laboral y profesionalmente. En la providencia reseñada se resalta cómo antes de su matrimonio, la peticionaria laboraba en distintos oficios, pero al casarse, (...) le hizo retirar de su trabajo (Sentencia T-012, 2016).

El texto transcrito contiene un reconocimiento expreso de la violencia económica de que es víctima una mujer privada de su posibilidad de laborar y de generar recursos propios que le permitan construir su proyecto de vida. La subordinación basada en el poder económico de su cónyuge la obligó a soportar años de violencia física y psicológica. Al tutelar sus derechos y ordenar se dicta nueva sentencia teniendo en cuenta el análisis realizado por la Corporación se está reparando a una mujer a quien se la pretende despojar de los bienes adquiridos en vigencia de la sociedad conyugal.

Al proferir la sentencia C-586 (2016) la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo que, prohibía a todas las mujeres sin distinción de edad y a los menores de dieciocho (18) años trabajar en actividades subterráneas (minas), y en labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos. Para la Corte, la disposición mencionada vulneraba el derecho al trabajo garantizado en el artículo 25, la libertad de escoger profesión u oficio del artículo 26 y la igualdad de oportunidades del artículo 53, con lo cual adicionalmente, se reproducían estereotipos que clasifican trabajos para hombres y trabajos para mujeres inspirados en el prejuicio de la debilidad femenina. Estos pronunciamientos protegen los derechos económicos de las mujeres y lanzan alertas sociales a favor de la igualdad en el mundo del trabajo.

La amplia línea jurisprudencial en defensa de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo también ha contribuido a evitar despidos discriminatorios por esta causa. La inexecutable condicionada del artículo del Código Sustantivo del Trabajo que preveía para estos eventos una sanción a favor de la trabajadora de 60 días, y las normas protectoras emitidas con posterioridad (Ley 909, 2004) han consolidado la existencia del fuero de maternidad. Algo similar ocurre con la imposibilidad de despedir durante el uso de la licencia de maternidad. La protección más débil es la relacionada con el período de lactancia no obstante que la importancia de la alimentación materna es recomendada y se impulsa como política pública a favor de los menores, no sólo por las ventajas nutritivas, sino especialmente por los invaluable beneficios afectivos.



Esta sintética muestra jurisprudencial sirve para complementar el marco jurídico de la autonomía económica de las mujeres y para los precedentes que ellas contienen respalden sus reclamos de igualdad y dignidad femeninas.

2.2. Las mujeres frente al mercado laboral en Colombia

La economía colombiana se ha caracterizado por su solidez y crecimiento continuo, así como por la reducción constante de los porcentajes de pobreza absoluta (Ayuda en Acción, 2018), argumentos que sirvieron para respaldar su aspiración de ingreso al Comisión para el Desarrollo Económico - OCDE donde se encuentran los países con mejores condiciones de vida del planeta. Tal cometido fue uno de los últimos logros del gobierno de Juan Manuel Santos y si bien han proliferado las críticas a esta iniciativa, quizá para la población colombiana en su conjunto, la ventaja de este ingreso radique en convertirse en objeto permanente de estudio y de análisis estadísticos comparativos, que incentiven la adopción de políticas acertadas en materia económica.

En el último informe sobre Colombia, la OCDE (2016) enfatiza en la necesidad de alcanzar altas tasas de crecimiento para nivelarse con los estándares de vida de los países de la OCDE, puesto que en la actualidad se encuentra con un PIB per cápita del 34% bastante menor que el de México (46%) y el de Turquía (50%) países que ocupan los dos últimos puestos de la OCDE. La experiencia demuestra que el crecimiento económico acompañado de políticas dirigidas a favorecer a los más pobres incide en el nivel de vida de las grandes mayorías (Estudio de la OCDE sobre mercado laborales y políticas sociales: Colombia 2016 evaluación y recomendaciones, 2016).

Según el mismo informe (Estudio de la OCDE sobre mercado laborales y políticas sociales: Colombia 2016 evaluación y recomendaciones, 2016), la pobreza absoluta disminuyó 17 puntos ubicándose en el 31% en el decenio 2003-2013, la pobreza extrema se redujo en 7 puntos con un 9%, y la pobreza multidimensional (educación, trabajo, salud, servicios públicos y vivienda), pasó del 49% a 25%. Por el contrario, las diferencias por ingresos son aún muy marcadas lo que explicita las desigualdades existentes en Colombia (0,56 frente al promedio de 0,31 de la OCDE). En general los hombres, los jóvenes y las personas de la tercera edad mejoraron sus tasas de empleo con excepción de las mujeres que continúan muy rezagadas, amén de un problema estructural del mercado laboral colombiano relacionado con las altas tasas de autoempleo (52%) mientras que el trabajo independiente promedio de la OCDE es del 17%, con el agravante de que estas actividades independientes son informales (83%) y carecen de seguridad social (Estudio de la OCDE sobre mercado laborales y políticas sociales: Colombia 2016 evaluación y recomendaciones,

2016). Por su parte, quienes gozan de empleo lo hacen mediante contratos a término fijo carentes de estabilidad laboral (42%). Tanto el trabajo independiente como el dependiente con alta inestabilidad afectan de manera mayoritaria a las mujeres por sus limitaciones para acceder al mercado del trabajo (Estudio de la OCDE sobre mercado laborales y políticas sociales: Colombia 2016 evaluación y recomendaciones, 2016).

Durante el proceso de paz con las FARC que culminó con la firma de la paz de la Habana, disminuyeron las muertes violentas que pasaron del 66.5 por 100.000 habitantes a 30,8, cifra demasiado alta si se tiene en cuenta el índice promedio del OCDE que fue de 2,2 por cada 100.000 personas en el 2012 (Estudio de la OCDE sobre mercado laborales y políticas sociales: Colombia 2016 evaluación y recomendaciones, 2016). El desplazamiento forzado que arrojó a cerca de 6.200.000 de personas (afrocolombianos e indígenas) a otros sitios del territorio nacional, representa el 22% de los desplazados internos a nivel mundial (OCDE, 2016).

De otra parte, el asesinato de los líderes sociales, dirigentes sindicales, comunales y defensores de derechos humanos se ha incrementado durante el actual gobierno. En reciente informe de la Corporación Humanas (2018) se da cuenta de los desplazamientos desde las zonas rurales de los municipios de la Costa Pacífica Nariñense hacia Tumaco y otros municipios ya supera las 9.000 personas, a manos de los grupos ilegales con presencia en la zona (Gaitanistas, Guerrillas Unidas del pacífico, Guerreros del Sindagua y otros miembros del Clan Úsuga, Los Sicarios, entre otros grupos) cuya motivaciones son, el acrecentamiento del dominio territorial y el control de las rutas del narcotráfico. La violación sexual y los abusos sexuales contra niñas y mujeres de las zonas rurales (indígenas y afrodescendientes) es el hecho más reiterativo y doloroso, los estragos de la guerra y la débil presencia del Estado coadyuvan estas circunstancias contrarias a la paz y abiertamente vulneradoras de los derechos humanos. El desempleo, la falta de actividades culturales y las nulas alternativas, inducen a la juventud a encontrar en los grupos delincuenciales fuentes de recursos, sentido de pertenencia grupal e, inclusive, identidad (De la Rosa, 2018).

Por su parte, ONU Mujeres – Colombia (2018) produjo un informe que da cuenta del progreso de las mujeres en el país con un sugestivo subtítulo “Transformar la economía para realizar los derechos”. En el primer aparte se destacan los avances normativos de carácter constitucional y legal, los que contrastan con datos estadísticos que explicitan estancamiento de los logros en el último quinquenio “la participación laboral de las mujeres pasó del 46% a 54% entre 2008 y 2012, cifra que se mantuvo hasta 2018” (El progreso de las mujeres en Colombia 2018. Transformar la economía para realizar los derechos, 2018, pág. 17), si



bien disminuyó el porcentaje de manera sin ingresos propios (27%), incidiendo en la reducción de la brecha en 10, ubicándose en el 17 para el 2017, gracias a las iniciativas económicas de las mujeres lo que les ha otorgado autonomía y vinculación en la producción nacional.

La persistencia de este estado de cosas está relacionada con la violencia que vivió el país, de la cual, las principales víctimas fueron mujeres rurales y raizales, el incremento de la pobreza, la inequitativa distribución de las labores de cuidado y su falta de remuneración, el desempleo (12.5% mujeres frente al 7.2% de los hombres) en 2017. Así mismo, algunas actividades se han fortalecido con el ingreso de las mujeres, comercio, hoteles y restaurantes (34%), y servicios comunales, sociales y personales (30%), por el contrario, los hombres están vinculados con la agricultura, ganadería, caza, silvicultura y pesca (24%); comercio, hoteles y restaurantes (22%); y transporte, almacenamiento y comunicaciones (12%) (El progreso de las mujeres en Colombia 2018. Transformar la economía para realizar los derechos, 2018, pág. 26).

ONU Mujeres (2018), señala tres escenarios para el ejercicio de los derechos económicos de las mujeres: techos de cristal, escaleras rotas y pisos pegajosos, los cuales están vinculados a los niveles de escolaridad, así: En el primer caso son las mujeres de mayores ingresos con estudios universitarios que no obstante su conocimiento padecen brechas salariales que para el año 2016 presentaron cerca de 4 puntos de diferencia (11.8 % mujeres, 15. 1% hombres); en este grupo sólo un 13% están desempleadas y un 19% se limitan a las tareas del hogar. Las mujeres ubicadas en el escenario de escaleras rotas son las que tienen educación secundaria, de las cuales un 26% están desempleadas y las que trabajan presentan brechas salariales del 24%, asumen la mayor carga del trabajo doméstico y sus empleos son muy vulnerables. Las que pertenecen al escenario pisos pegajosos, son aquellas mujeres con maternidad temprana, educación básica o ninguna y dedicadas a las actividades domésticas; tienen una baja participación en el mercado laboral y la brecha salarial es del 47.5%, son las más vulnerables y sus posibilidades de avanzar son muy limitadas, casi extraordinarias.

Si bien cada escenario tiene necesidades y expectativas propias, en su conjunto las mujeres para poder ejercer sus derechos económicos de manera real necesitan de políticas públicas, recursos y medios de información que aceleren la transformación. Las políticas públicas a su vez deben estar apoyadas en información confiables y desagregadas, con indicadores y mediciones según raza, edad, ubicación, geográfica, escolaridad y es aquí donde los Observatorios deben jugar un papel de primera línea en la divulgación de información confiable y con perspectiva de género.

Conclusiones

La revisión normativa demuestra que Colombia tiene importantes compromisos internacionales con los derechos económicos de las mujeres. La Plataforma de Acción de Beijing, la CEDAW, los ODS, los convenios de la OIT, las declaraciones de las CIM, ONU Mujeres, entre otros, impulsan la autonomía económica de las mujeres como expresión del principio de igualdad y no discriminación.

La equidad de género y el derecho a una vida libre de violencias requiere que las mujeres generen sus propios ingresos, de tal manera que, como personas autónomas económicamente, estén en capacidad de incidir en la toma de decisiones consensuadas al interior de las familias.

Cuando las mujeres acceden al mercado laboral en igualdad de oportunidades y de trato con los hombres, tienen la posibilidad real de desarrollar todas sus potencialidades, reforzar su autoestima, definir su identidad y ejercer plenamente la ciudadanía.

La experiencia universal demuestra que los ingresos de las mujeres se utilizan en mayor porcentaje de los recursos de los hombres, para la atención de las necesidades del hogar y de la descendencia.

En Colombia existen suficientes herramientas constitucionales y legales para alcanzar la anhelada autonomía económica de las mujeres, sólo hace falta, el conocimiento y concientización sobre dichos derechos, el compromiso de las autoridades con sus mandatos y una administración de justicia que respete los precedentes constitucionales y actúe en consecuencia con los postulados del Estado Social de Derecho.

El Ministerio del Trabajo de Colombia, está comprometido con el principio del trabajo decente y por lo mismo la equidad de género que le es inherente debe guiar todas sus actuaciones.

La labor de cuidado ha sido tradicionalmente destinada a la mujer, sobre la presunción de su virtud como cuidadora, imponiendo al género femenino obligaciones basadas en el deber de cuidado que, en algunos aspectos, limitan el desarrollo personal y profesional de las mujeres que asumen dichas labores. Es necesario consolidar y avanzar en el reconocimiento social y económico del trabajo de cuidado e insistir en su equitativa distribución entre todos los integrantes del grupo familiar.

En este camino hacia la autonomía económica de las mujeres se requiere del esfuerzo del Estado y de la empresa privada para otorgar los apoyos infraestructurales y de servicios que hagan compatible la vida familiar y laboral en dichos



espacios (salas cunas, centros de lactancia, hogares infantiles, comedores escolares, casas de acogida entre otros).

El proceso de esclarecimiento de la verdad en el asesinato de los líderes y lideresas sociales es fundamental para reconstruir el tejido social hacia la paz y, esencial para la construcción de una sociedad justa y equitativa.

El Plan Nacional de Desarrollo “Pacto por Colombia”, debe incluir el compromiso con la realización de los derechos de las mujeres y la autonomía económica de manera esencial, como un paso necesario para la abolición de las otras violencias. Las políticas, proyectos, programas de este gobierno deben ser diferenciados y tener en cuenta no sólo los escenarios antes referidos, sino también las expectativas regionales, las interseccionalidades femeninas y el compromiso estatal con la igualdad y la no discriminación.

Solo conociendo los derechos podemos trabajar por su realización efectiva.

Referencias

- Análisis de la ley 1257 de 2008 en sus diez años de implementación. (noviembre de 2018). Red Nacional de Mujeres. Bogotá D.C, Colombia: ONU Mujeres, USAID. Obtenido de http://www.rednacionaldemujeres.org/phocadownloadpap/informe_ley_1257_digital_2018.pdf
- Autonomía de las mujeres e igualdad en la Agenda de Desarrollo Sostenible. (28 de octubre de 2016). CEPAL. Montevideo, Uruguay: Comisión Económica para América Latina. Obtenido de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40633/4/S1601248_es.pdf
- Ayuda en Acción. (27 de julio de 2018). *Diferencia entre pobreza absoluta y pobreza relativa*. Obtenido de <https://ayudaenaccion.org/ong/blog/pobreza/pobreza-absoluta-pobreza-relativa/>
- Bernal, I. (12 de mayo de 2014). ¿Cuál es la realidad de las casi 3 millones de mujeres campesinas? *Las 2 Orillas*. Obtenido de <https://www.las2orillas.co/cual-es-la-realidad-de-las-casi-3-millones-de-mujeres-campesinas/>
- Bucheli Ibarra, L. F. (2014). Una mirada feminista al derecho constitucional colombiano. *Revista Ciencia Política*, 8(18), 83-107. Obtenido de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/cienciapol/article/view/52309>
- Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. (2017). IE empoderamiento económico de la mujer en el cambiante mundo del trabajo, conclusiones convenidas. *ONU MUJERES*, 1-18. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/2810921DB5918E3C0525824E0072D5F5/\\$FILE/CSW-Conclusions-61-SP-WEB.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/2810921DB5918E3C0525824E0072D5F5/$FILE/CSW-Conclusions-61-SP-WEB.pdf)

- Constitución Política de Colombia. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C, Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (noviembre de 2010). CEDAW. Ciudad de Panamá, Panamá: Sistema de Naciones Unidas de Panamá. Obtenido de https://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf
- Convenio sobre igualdad de remuneración-111. (25 de junio de 1958). Organización Internacional del Trabajo - OIT. Ginebra, Suiza: Ginebra, 42ª reunión CIT. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100
- Convenio sobre la Igualdad de remuneración-110. (29 de junio de 1951). Organización Internacional del Trabajo - OIT. Ginebra, Suiza: Ginebra, 34ª reunión CIT. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100
- Convenio sobre la protección de la maternidad-183. (15 de junio de 2000). Organización Internacional del Trabajo - OIT. Ginebra, Suiza: Ginebra, 88ª reunión CIT. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183
- Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos-189. (16 de junio de 2011). Organización Internacional del Trabajo - OIT. Ginebra, Suiza: Ginebra, 100ª reunión CIT. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:2551460
- Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares-156. (23 de junio de 1981). Organización Internacional del Trabajo - OIT. Ginebra, Suiza: Ginebra, 67ª reunión CIT. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156
- Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género. (junio de 2011). Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. Bogotá D.C, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, Programa Integral contra la violencia de Género (MDGIF) y Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). Obtenido de http://www.mdgfund.org/sites/default/files/GEN_ESTUDIO_Colombia_criterios%20equidad%20para%20el%20sector%20Justicia.pdf
- De la Rosa, M. (27 de abril de 2018). Cinco grupos delincuenciales amenazan seguridad fronteriza en Tumaco. *El tiempo*. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/violencia-en-tumaco-es-generada-por-cinco-grupos-delincuenciales-210962>
- Declaración de San José sobre el empoderamiento económico y político de las mujeres de las Américas. (30 de octubre de 2012). OEA: Comisión Interamericana de Mujeres.

- Lima, Perú: Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 30 de octubre de 2012. Obtenido de <http://justiciaygenero.org.mx/wp-content/uploads/2015/04/111.pdf>
- Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. (1995). ONU MUJERES. Pekin, China: Naciones Unidas. Obtenido de http://beijing20.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf
- Decreto 4463. (25 de noviembre de 2011). Presidencia de la República. *Por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 1257 de 2008*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2011/Documents/Noviembre/25/dec446325112011.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (2014). *El conflicto armado y el riesgo para la mujer rural*. Bogotá D.C: Torre Gráfica Limitada. Obtenido de <http://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20colombia/documentos/publicaciones/2015/elconflictoarmadoyelriesgoparalamujerruraldefensoriaonu2015.pdf?la=es&vs=2530>
- Economía y Negocios. (8 de marzo de 2018). Brecha salarial entre hombres y mujeres bajó a la mitad en 20 años. *El Tiempo*. Obtenido de www.eltiempo.com/economia/sectores/cierre-de-la-brecha-salarial-entre-hombres-y-mujeres-en-colombia-190766
- El progreso de las mujeres en Colombia 2018. Transformar la economía para realizar los derechos. (2018). ONU MUJERES. Bogotá D.C, Colombia: Entidad de Naciones Unidas para la igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres.
- Encuesta Nacional de Usos del Tiempo. (2013). DANE. Bogotá D.C, Colombia: DANE. Obtenido de <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-sociales/encuesta-nacional-del-uso-del-tiempo-enut>
- Escuela Nacional Sindical. (8 de marzo de 2018). *Discriminación y violencia contra la mujer en el mundo del trabajo. Informe especial*. Obtenido de <http://ail.ens.org.co/informe-especial/discriminacion-y-violencia-contra-la-mujer-en-el-mundo-del-trabajo/>
- Estudio de la OCDE sobre mercado laborales y políticas sociales: Colombia 2016 evaluación y recomendaciones. (2016). OCDE. Bogotá D.C, Colombia: Mintrabajo. Obtenido de http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/200428/Estudio+OECD+sobre+Mercados+Laborales+y+Políticas+sociales_Colombia2016.pdf/1e434624-f413-9155-8688-947c0656ef0f
- Gabr Naéla. (2015). La importancia del Comité de la CEDAW para las mujeres del espacio euromediterráneo. *Ouanderns de la Mediterrània*(22), 291-295. Obtenido de https://www.iemed.org/observatori/arees-danalisi/arxiu-adjunts/qm22/0093ES_CEDAWFemmes_NGabr.pdf
- Golla, A., Malhotra, A., Nanda, P., & Mehra, R. (2011). Understanding and Measuring Women's Economic Empowerment. Washington D.C, Estados Unidos: International Center for Research On Women (ICRW). Obtenido de <https://www.icrw.org/wp-content/uploads/2016/10/Understanding-measuring-womens-economic-empowerment.pdf>

- Gonzales Lobo, Y., & Sierra Bustos, T. M. (2017). Brechas en remuneración salarial entre hombres y mujeres en el sector público en el periodo 2002 - 2016. (*tesis de pregrado*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad de La Salle. Obtenido de http://repository.lasalle.edu.co/bitstream/handle/10185/22309/10131951_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Goyes Moreno, I. (2011). *Mujer, maternidad y trabajo en Colombia* (1 ed.). Pasto: Universidad de Nariño.
- Guerra Acevedo, J. E., & Tamayo Múnera, S. J. (2012). Derechos de las madres Cabeza de familia. *ABCES Jurídico*, 1-4. Obtenido de http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4651/1/ABCES_2012_Derechos_de_las_madres_cabeza_de_familia.pdf
- Guzmán, D. E., & Molano, P. (2012). Ley de cuotas en Colombia: avances y retos. 10 años de la ley 581 de 2000. *Documentos de Discusión*(13), 1-67. Obtenido de [/www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/02/fi_name_recurso_715.pdf](http://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/02/fi_name_recurso_715.pdf)
- Hoyos, C. A., & Benjumea, A. C. (2016). Las medidas de protección a mujeres víctimas de violencia: Análisis de la ley 1257 de 2008 y recomendaciones para su efectividad. *Corporación Humanas Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género*, 1-16. Obtenido de https://www.humanas.org.co/archivos/260716_Medidas_proteccion_mujeres_vitimas._Analisis_ley__1257_2008_recomendaciones2016.pdf
- Igualdad entre los sexos e incorporación de las consideraciones de género en la Oficina Internacional del Trabajo. (17 de diciembre de 1999). Organización Internacional del Trabajo - OIT. Ginebra, Suiza: Serie: 1. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/policy/wcms_114184.pdf
- La igualdad de género en el núcleo del desarrollo sostenible: a 49 años de la primera conferencia regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe. (28 de enero de 2016). CEPAL. Santiago de Chile, Chile. Obtenido de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39845/S1600020_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Las mujeres en el trabajo. (2016). OIT. Ginebra, Suiza: Tendencias. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_457094.pdf
- Ley 1010. (23 de enero de 2006). Congreso de la República. *Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 46.160, de 23 de enero de 2006. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1010_2006.html
- Ley 1232. (17 de julio de 2008). Congreso de la República. *Por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 47.053 de 17 de julio de 2008. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1232_2008.html

- Ley 1257. (4 de diciembre de 2008). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 47.193 de 4 de diciembre de 2008. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1257_2008.html
- Ley 1413. (11 de noviembre de 2010). Congreso de la República. *Por medio de la cual se regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 47.890 de 11 de noviembre de 2010. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1413_2010.html
- Ley 1429. (29 de diciembre de 2010). Congreso de la República. *Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 47.937 de 29 de diciembre de 2010. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1429_2010.html
- Ley 1482. (30 de noviembre de 2011). Congreso de la República. *Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.270 de 1 de diciembre de 2011. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1482_2011.html
- Ley 1496. (29 de diciembre de 2011). Congreso de la República. *Por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.297 de 29 de diciembre de 2011. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1496_2011.html
- Ley 1822. (4 de enero de 2017). Congreso de la República. *Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 50.106 de 4 de enero de 2017. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1822_2017.html
- Ley 1823. (4 de enero de 2017). Congreso de la República. *Por medio de la cual se adopta la estrategia salas amigas de la familia lactante del entorno laboral en entidades públicas territoriales y empresas privadas y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 50.106 de 4 de enero de 2017. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1823_2017.html
- Ley 1857. (26 de julio de 2017). Congreso de la República. *Por medio de la cual se modifica la ley 1361 de 2009 para adicionar y complementar las medidas de protección de la familia y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 50.306 de 26 de julio de 2017. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1857_2017.html

- Ley 51. (2 de junio de 1981). Congreso de la República. *Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer"*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 35794 de 7 de julio de 2018. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1605470>
- Ley 731. (14 de enero de 2002). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas para favorecer a las mujeres rurales*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 44.678, de 16 de enero de 2002. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0731_2002.html
- Ley 82. (3 de noviembre de 1993). Congreso de la República. *Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 41.101, de 3 de noviembre de 1993. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0082_1993.html
- Ley 823. (10 de julio de 2003). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 45.245 de 11 de julio de 2003. Obtenido de https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3692_documento.pdf
- Ley 909. (23 de septiembre de 2004). Congreso de la República. *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0909_2004.html
- Ley 984. (16 de agosto de 2005). Congreso de la República. *Por medio de la cual se aprueba el "Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer"*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 46.002 de 16 de agosto de 2005. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0984_2005.html
- López Medina, D. (2004). *La teoría impura del derecho*. Bogotá D.C: Editorial: Legis.
- López Pino, C. M., & Seco Martín, E. (2015). Eficacia de la ley 1010/2006 de acoso laboral en Colombia., una interpretación desde la sociología. *Revista de Derecho*(44), 111-144. doi:<http://dx.doi.org/10.14482/dere.44.7171>
- OIT. (2018). *La OIT y la igualdad de género*. Obtenido de <http://www.ilo.org/gender/Aboutus/ILOandgenderequality/lang-es/index.htm>
- ONU MUJERES. (2018). *Empoderamiento económico*. Obtenido de <http://lac.unwomen.org/es/que-hacemos/empoderamiento-economico>
- Osorio Pérez, V., & Tangarife, C. L. (2014). *La economía del cuidado en Colombia: el (des) balance mercado - familias - estado*. Obtenido de <http://www.ens.org.co/wp-content/uploads/2016/12/ENSAYOS-LABORALES-25-La-econom%C3%ADa-del-cuidado-en-Colombia-El-desbalance-Mercado-Familias-Estado.pdf>

- Pacto de San José de Costa Rica. (22 de noviembre de 1969). Organización de Estados Americanos - OEA. San José, Costa Rica: Suscrita en Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “protocolo de San Salvador”. (18 de julio de 1978). Organización de Estados Americanos - OEA. San José, Costa Rica. Obtenido de <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (6 de octubre de 1999). Consejo de Derechos Humanos. Ginebra, Suiza: Resolución A/54/4. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opcedaw.aspx>
- Sanchíz, N., & Katzkowicz, N. (2014). Argentina. Obstáculos para la inserción laboral equitativa y el empoderamiento económico de las mujeres. Buenos Aires, Argentina: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Obtenido de <http://americalatinagenera.org/newsite/images/ARGENTINA2.pdf>
- Sentencia C-322. (25 de abril de 2006). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-2220146. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-247-10.htm>
- Sentencia C-586. (26 de octubre de 2016). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Alberto Rojas Ríos*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-11339. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-586-16.htm>
- Sentencia SU-388. (13 de abril de 2005). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes T-901538, T-90296, T-903174, T-904612, T-906384, T-907561, T-908425, T-909903, T-924620, T-934411, T-942237, T-942287, T-942903, T-945636, T-945653, T-945899, T-950971, T-988968, T-994871, T-997518, T-1007070, T-1008895, T-1011654. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/SU388-05.htm>
- Sentencia T-012. (22 de enero de 2016). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. *M.P: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-4.970.917. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-012-16.htm>
- Sentencia T-061. (2 de febrero de 2006). Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. *M.P: Alvaro Tafur Galvis*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-1215579. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-061-06.htm>
- Sentencia T-247. (15 de abril de 2010). Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. *M.P: Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-2220146. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-247-10.htm>

- Sentencia T-426. (24 de junio de 1992). Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. *M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-824. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-426-92.htm>
- Sentencia T-878. (18 de noviembre de 2014). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. *M.P: Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-4.190.881. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-878-14.htm>
- Stefanovic, A. (2015). Hacia la construcción de pactos para la autonomía económica de las mujeres La experiencia de Costa Rica, El Salvador, Panamá y el Perú. *CEPAL-Serie Asuntos de Género*(130), 1-65. Obtenido de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39658/1/S1501221_es.pdf
- Tamayo Jamarillo, J. (2006). El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 36(105), 361-397. Obtenido de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5584>
- Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. (12 de agosto de 2015). Organización de las Naciones Unidas. Nueva York, Estados Unidos: A/69/L.85. Obtenido de <https://undocs.org/es/A/69/L.85>
- UNESCO. (2017). *Social and Human Sciences*. Obtenido de Más sobre la naturaleza y el estatus de los instrumentos legales y programas: <http://www.unesco.org/new/es/social-and-human-sciences/themes/advancement/networks/larno/legal-instruments/nature-and-status/>
- Vargas, C., & Villarreal, N. (septiembre de 2014). Programa Mujer Rural, avances, obstáculos y desafíos. Bogotá D.C, Colombia: Oxfam. Obtenido de http://www.observatorioidetierras.org/wp-content/uploads/2014/04/Oxfam_An%C3%A1lisis-del-Programa-Mujer-Rural.pdf
- Violencia sexual contra las mujeres en Tumaco. (2018). Corporación Humanas - Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. Bogotá D.C, Colombia: Ántropos Ltda. Obtenido de <http://www.mpd.org/sites/default/files/180530-informe-tumaco.pdf>

La pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo en Colombia*

Survivor's pension for same-sex couples in Colombia

Recibido: julio 04 de 2018 - Evaluado: 25 de septiembre de 2018 - Aceptado: Noviembre 08 de 2018

Jessica Alejandra Patiño Jiménez**

Laura García Juan***

Para citar este artículo / To cite this article

Patiño Jiménez, J.A., & García Juan, L. (2019). La pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 10(18), 207-236.

Resumen: La presente investigación aborda el problema del concepto de familia en la legislación colombiana y su tratamiento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, centrándose en el estudio de los derechos de las personas que entablan relaciones con parejas del mismo sexo. El trabajo se enfoca en la pensión de sobrevivientes y en otras cuestiones relacionadas con la Seguridad Social, y realiza un análisis de los antecedentes normativos y jurisprudenciales comparándolos con el marco legislativo actual en Colombia. Dado que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos juega un papel esencial en las formulaciones legales y decisiones judiciales en esta materia, la investigación revisa el fallo del caso Duque contra el Estado Colombiano de 2016, dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una de las conclusiones es que este país sigue incumpliendo sus

* Artículo inédito. Artículo de investigación. Producto resultado del proyecto de investigación denominado "Explorando nuevas vías en el derecho migratorio comparado que fomentan la convivencia ciudadana y los valores democráticos (Fase I)" (Ref. 069C-04/18-37), realizado por el Grupo de Investigaciones en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia). Agradecemos al Centro de Investigación para el Desarrollo y la Innovación de la UPB su confianza y apoyo incondicional en todas las fases del proyecto.

** Magíster en Derecho y Especialista en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Universidad Pontificia Bolivariana. Circ. 1 #70-01, Campus de Laureles, Medellín, Colombia.

Correo: alejandra.patinojimenez@gmail.com

*** Doctora en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia (España). Profesora Asociada y Coordinadora de Investigación de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. Circ. 1 #70-01, Campus de Laureles, Bloque 12, Oficina 201, Medellín, Colombia.

Correo: laura.garciaj@upb.edu.co

compromisos internacionales y desconociendo la jurisprudencia de las Altas Cortes cuando la administración y la justicia ordinaria continúan denegando el derecho a la pensión de sobrevivencia reclamado por personas homosexuales.

Palabras Clave: Corte Constitucional, Constitución Política, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sistema de Seguridad Social, parejas homosexuales.

Abstract: This research approaches the concept of family in the Colombian legislation and its treatment in the Constitutional Court jurisprudence, focusing on the study of the rights of homosexual couples. The work focuses on the survivor's pension and other issues related to Social Security, and analyzes the regulations and jurisprudential background comparing them with the current legislative framework in Colombia. Taking into account that International Law of Human Rights plays an essential role in the legal formulations and judicial decisions in this matter, the investigation reviews the ruling of the case *Duque vs. Colombian* in 2016, solved by the Inter-American Court of Human Rights. One of the conclusions is that this country continues to violate its international commitments and ignoring the jurisprudence of the High Courts when the government and justice continue to deny the right to a survivor's pension claimed by homosexuals.

Key words: Constitutional Court, Political Constitution, Inter-American Court of Human Rights, Social Security System, homosexual couples.

Resumo: Esta pesquisa aborda o problema do conceito de família na legislação colombiana e seu tratamento na jurisprudência do Tribunal Constitucional, com foco no estudo dos direitos das pessoas que se relacionam com pessoas do mesmo sexo. O trabalho enfoca as pensões de sobrevivência e outras questões de seguridade social, e analisa o contexto normativo e jurisprudencial em relação ao marco legislativo vigente na Colômbia. Dado que o direito internacional dos direitos humanos desempenha um papel essencial nas formulações jurídicas e decisões judiciais nesta área, a investigação analisa a decisão do *Duque vs. Estado colombiano* de 2016 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma das conclusões é que este país continua a violar seus compromissos internacionais e ignora a jurisprudência dos Tribunais Superiores quando a administração e a justiça ordinária continuam negando o direito à pensão de sobrevivência reivindicada pelos homossexuais.

Palavras chave: Corte Constitucional, Constituição Política, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sistema de Seguridade Social, casais homossexuais.

Résumé: Cette recherche aborde le problème de la notion de famille dans la législation colombienne et son traitement dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, en se concentrant sur l'étude des droits des personnes qui ont des relations homosexuelles. Le travail se concentre sur les pensions de survivants et d'autres questions de sécurité sociale, et analyse le contexte normatif et jurisprudentiel par rapport au cadre législatif actuel en Colombie. Étant donné que le droit international des droits de l'homme joue un rôle essentiel dans les formulations juridiques et les décisions judiciaires dans ce domaine, l'enquête examine l'arrêt *Duque c. État colombien* de 2016 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. L'une des conclusions est que ce pays continue de violer ses engagements internationaux et ignore la jurisprudence des Hautes Cours lorsque l'administration et la

justice ordinaire continuant de refuser le droit à la pension de survivant réclamé par les homosexuels.

Mots-clés: Cour constitutionnelle, Constitution politique, Cour interaméricaine des droits de l'homme, système de sécurité sociale, couples homosexuels.

SUMARIO: Introducción. – Problema de investigación. – Metodología. – Plan de redacción. – 1. Antecedentes normativos y jurisprudenciales del concepto de familia en Colombia. 1.1. Breve repaso de la evolución de la ley. 1.2. Los principales fallos de la Corte Constitucional. 1.3. Marco normativo y jurisprudencial actual. 1.4. La protección a las diferentes formas de familia. 1.5. La protección a las parejas del mismo sexo. 2. El reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo. 3. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Duque vs. Estado colombiano*. – Conclusiones. – Referencias.

Introducción

En Colombia la jurisprudencia constitucional en materia de derechos reconocidos a las parejas del mismo sexo se ha desarrollado en una misma línea que parte del mandato constitucional y de conformidad con la cual se prohíbe la discriminación en razón a la orientación sexual. Sin embargo, la Alta Corte reconoce que todavía existen diferencias a nivel legislativo entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, conminando reiteradamente al legislador a definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la salvaguarda de los derechos de quienes se encuentren en una situación de discriminación.

La falta de un mandato legislativo específico que proteja los derechos de las personas homosexuales contrasta con la producción jurisprudencial en este país. En los últimos años, se han venido reconociendo por diferentes tribunales determinados derechos a las personas homosexuales en Colombia, siendo concluyente en este sentido una sentencia de la Corte Constitucional del año 2008 donde se trataba el tema de la pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo y se consideraba que también estas pueden ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, siempre que se acrediten los requisitos establecidos en la Ley (Sentencia C-336, 2008). Este pronunciamiento decisivo, al igual que otros muchos que le han seguido, se basa en el mandato de la Constitución de 1991, texto que ha sido clave en el proceso histórico de reconocimiento de derechos a las personas homosexuales.

Así las cosas, la Corte ha actuado para prevenir o reparar eventos de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas, expresando reiterada-

mente que si bien del ordenamiento constitucional se desprende una prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual, la efectividad de tal postulado no se ha manifestado en el ámbito legislativo que concierne a las parejas del mismo sexo. A este respecto, la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual se encuentra de forma clara en las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que de manera genérica proscriben toda forma de discriminación. Un ejemplo sería la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se establece que todas las personas son iguales ante la ley.

En el plano judicial internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció al respecto de la pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo en el año 2016, condenando al Estado colombiano por la violación de varios derechos. El caso le había sido sometido, a su vez, por la Comisión Interamericana (Caso Duque vs. Colombia, 2016). Este tribunal ha ejercido, por medio de sus funciones contenciosas y consultivas, un papel fundamental en desarrollo conceptual y práctico de la responsabilidad internacional de los Estados por actos que violan los derechos de los particulares, contribuyendo no solo a la garantía y protección de estos derechos en la región, sino también al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Desde este planteamiento, y atendiendo a los numerosos pronunciamientos de la Corte Constitucional, así como a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, urge determinar los factores que impiden un avance legislativo en Colombia en materia de pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo a pesar del mandato constitucional y de los pronunciamientos favorables y reiterados de la Corte Constitucional.

Siguiendo una metodología principalmente analítico-descriptiva, este trabajo de investigación se enfoca en la jurisprudencia y la práctica forense en Colombia, tanto en los juzgados ordinarios como en las altas Cortes, al respecto del tratamiento del principio de igualdad y no discriminación en los procesos de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo. También se estudia la perspectiva del problema, como ya se adelantaba, desde el enfoque del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El artículo se focaliza en el derecho a la igualdad y el concepto de familia recogidos en la Constitución Política colombiana de 1991, e indaga en el tratamiento legal y jurisprudencial de los derechos de las parejas del mismo sexo. Para ello, se revisan y analizan los textos normativos y las resoluciones judiciales más representativas sobre la pensión de sobrevivientes en las parejas homosexuales, así como algunas cuestiones relacionadas con la seguridad social.



En el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la investigación revisa el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) de 26 de febrero de 2016, donde se declaró la responsabilidad internacional de Colombia por la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en el caso de Ángel Alberto Duque, en el que se le negó el acceso en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia luego del fallecimiento de su pareja (Caso Duque vs. Colombia, 2016).

El problema que plantea este trabajo es que en Colombia sigue existiendo un vacío legislativo respecto a la pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo. En este sentido, los tribunales ordinarios, pese a la Constitución y a la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, continúan profiriendo sentencias en los casos relacionados que no respetan el principio de igualdad para estas personas.

Ello obliga a que el mecanismo de la acción de tutela siga siendo el principal medio de actuación para aspirar a obtener pronunciamientos firmes que garanticen los derechos y la igualdad para las parejas homosexuales. Por eso se hace urgente determinar los factores que pueden estar obstaculizando un avance real del legislador que motive a la judicatura a cambiar su línea jurisprudencial, siendo que en la mayoría de pronunciamientos se siguen desconociendo los numerosos dictámenes de las Altas Cortes.

Problema de Investigación

¿Cuáles son los factores que impiden un avance legislativo en Colombia en materia de pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo a pesar del mandato constitucional y de los pronunciamientos favorables y reiterados de la Corte Constitucional desde el año 2008?

Metodología

Se ha optado por un método descriptivo y analítico de la literatura especializada, de la Constitución Política de 1991 y del marco legal doméstico e internacional, así como de la jurisprudencia constitucional de los últimos años sobre las transformaciones sociales y culturales que se han presentado en el ámbito de los derechos de las personas homosexuales, específicamente en cuanto a los derechos prestacionales y pensionales de sobrevivientes. De esta manera, se proporciona una visión holística y no sesgada del panorama actual, pues para su comprensión se ha considerado necesario revisar los antecedentes tanto normativos como judiciales poniéndolos en relación con el contexto histórico.

Plan de redacción

En la primera parte del texto se realiza un recorrido por la evolución del concepto de familia en el ordenamiento jurídico de Colombia a través de una contextualización tanto doctrinal, como normativa y jurisprudencial, haciendo especial referencia a la Sentencia de la Corte Constitucional de abril de 2016 (Sentencia SU-214, 2016) como hito histórico donde se ratificó la igualdad de derechos para parejas del mismo sexo. La segunda parte entra en el tema principal y aborda el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo, haciendo un recorrido por la jurisprudencia más reciente del Alto Tribunal. Finalmente, en el bloque previo a las conclusiones, se hace una revisión de la Sentencia de la Corte Interamericana antes aludida donde se condena al Estado colombiano por seguir incurriendo en prácticas discriminatorias hacia las personas homosexuales.

1. Antecedentes normativos y jurisprudenciales del concepto de familia en Colombia

El concepto jurídico de familia en Colombia ha tenido diferentes acepciones e interpretaciones, y su regulación ha evolucionado con los cambios sociales y culturales en un mundo cada día más globalizado y conectado por múltiples redes y canales de información, donde continuamente se crean tendencias y nuevas formas de concebirlo (Monroy Cabra, 2012). Los cambios culturales que se presentan en la actualidad generan el reto de construir un nuevo concepto de familia que requiere de una articulación interdisciplinaria e interinstitucional, dado que los tiempos y las personas han cambiado y se han transformado de muchas maneras. Se trata de hechos que a la luz del derecho no han pasado desapercibidos, pues es una de las instituciones más importantes, tanto en el ámbito nacional como internacional (Rodríguez Sarmiento & Rodríguez Castro, 2014). La naturaleza jurídica de la familia tiene como esencia el objeto de su regulación, el cual ha evolucionado de manera simultánea y coherente con la normativa que la ha codificado. A continuación, se expone una síntesis de los acontecimientos legales más destacados en Colombia en los siglos XIX y XX al respecto del concepto de familia.

1.1. Breve repaso de la evolución de la ley

Nos remontamos en este apartado al año 1887, fecha en la que se promulga en Colombia un Código Civil (Ley 57, 1885) que mantiene en su concepto de familia algunas características del matrimonio y la filiación del Código Civil soberano creado durante el Estado de Cundinamarca en los años 1857 y siguientes, y que a



su vez provenía del Código de Bello (Rivadeneira Vargas, 2005) En Colombia, el concepto de familia se trajo del derecho chileno, siendo que Andrés Bello lo tomó del francés y este, a su vez, del derecho romano. En general, el tipo de familia que se extendió en toda Latinoamérica es la que introdujeron los españoles y portugueses, y que se fundaba en bases judeocristianas de estirpe patriarcal donde la autoridad giraba alrededor del poder casi absoluto del padre, el cual incluso tenía la facultad de vender y empeñar a sus hijos (Soriano Cienfuegos, 2013). En definitiva, la base normativa del Código de 1887 se argumenta en torno al sostenimiento de la autoridad del patriarca, adoptando principios que tenían su origen en el derecho romano, donde tanto los hijos como las mujeres casadas estaban sometidos y subordinados a la autoridad del padre y esposo (Valencia de Urina, 2014).

En 1922 se publica la Ley 8, de 18 de febrero, que modifica el Código Civil de 1887. Esta ley proporciona más autonomía a la mujer en casos puntuales, como sería el de ser testigo en un juicio o el de otorgarle el derecho a invocar la separación de bienes. El texto legal surge en respuesta a la necesidad de cambiar el panorama jurídico de la autoridad patriarcal hacia una evolución normativa que le dé a la mujer un mayor nivel de autonomía frente a su esposo. Se opta por proveerla de mayor libertad de actuación en caso de que falte el hombre cabeza de hogar, dado que, por el hecho de estar casada, su destino todavía quedaba en manos de su marido (Hinestrosa, 2006)

Con la Ley 70, de 28 de mayo de 1931, se intensifica la autonomía de la mujer en la vida familiar, y se introduce una nueva figura jurídica que declara el patrimonio de la familia como inembargable. Asimismo, se produce un avance significativo al dar libertad a la mujer casada para gestionar su patrimonio. La Corte Suprema de la época fue consecuente con la tendencia que se venía observando y, a través de varios fallos, dio respuesta a los diferentes cambios de mentalidad que se estaban presentando en la mayoría de las sociedades occidentales. Estos pronunciamientos jurisprudenciales fueron determinantes para dar entrada a diversos conceptos jurídicos que aportaron cierta modernidad normativa a la legislación en Colombia (Arévalo Barrero, 2014)¹.

¹ Otras disposiciones que se han dado referentes a la protección de la familia en Colombia son: la Ley 45 de 1936, sobre filiación natural; la Ley 83 de 1946, orgánica de la defensa del niño; la Ley 75 de 1968, sobre filiación y mediante la cual se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; el Decreto 2820 de 1976, por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los hombres; la Ley 5ª de 1975, sobre adopción; las leyes 1ª de 1976 y 25 de 1992, sobre divorcio, separación de cuerpos y de bienes de matrimonio civil y católico, y cesación de efectos civiles de matrimonio católico; el Decreto 2272 de 1989 que organizó la jurisdicción de familia; el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor; la Ley 54 de 1990, sobre unión marital de hecho; la Ley 82 de 1993, sobre protección a la mujer cabeza de

La evolución del concepto de familia en Colombia hasta finales del siglo pasado está ligada a los avances de la autonomía de la mujer, así como al aumento de las garantías para todos los hijos sin importar su procedencia o filiación. Mientras que en el siglo XIX coexistía la distinción entre hijos naturales, adúlteros, incestuosos, legítimos y legitimados, en el siglo XX esta distinción se reduce a hijos naturales (o ilegítimos) y legítimos. Con la expedición del Decreto 2820 de 1974 se coloca a los cónyuges en pie de igualdad jurídica siendo ambos responsables de la familia que han formado, por lo que ya se puede hablar de familia conyugal. Ocho años después se sanciona la Ley 29 de 1982, para establecer igualdad de derechos tanto para el hombre como para la mujer y para otorgar igualdad de derechos hereditarios a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos.

Pero no será hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1991 que se declaran constitucionalmente amparados varios aspectos referentes al matrimonio, tanto civil como religioso, como son el divorcio, la igualdad jurídica del hombre y la mujer, los derechos del niño, del joven, y de las personas de la tercera edad, reconociéndoles un lugar privilegiado dentro de la escala social. Por su parte, el artículo 42 de la Ley 599 de 2000 consagra a la familia como “el núcleo fundamental de la sociedad”. En 1991 las parejas heterosexuales que vivían en unión marital de hecho ya tenían el reconocimiento jurídico, regulado mediante la Ley 54 de 1990. Por ello, la nueva Constitución colombiana instaura el Estado Social de Derecho y genera un cambio político que abre la oportunidad de extender a las parejas que conviven en unión marital de hecho la protección anteriormente otorgada, exclusivamente, a las familias nacidas del matrimonio tradicional (Ceballos Ruiz, Ríos Quintero, & Ordóñez Patiño, 2012)

1.2. Los principales fallos de la Corte Constitucional

En la actualidad, los cambios sociales y culturales producto de las nuevas formas de interactuar en el mundo a través de las tecnologías digitales de la información y las comunicaciones –TDICS, han originado otras maneras de configurar una familia. Sin importar que estas maneras sean adoptadas por personas pertenecientes a grupos o colectivos minoritarios, deben respetarse y protegerse en igualdad de condiciones que las formas tradicionales. La Corte Constitucional colombiana ha buscado esta igualdad de derechos, así como la protección de la dignidad de las

familia; la Ley 294 de 1996, sobre violencia intrafamiliar; y la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia.



minorías sociales, independientemente de sus creencias y orientación sexual (Guio Camargo, 2009)

El 26 de julio de 2011 el Alto Tribunal falló en su Sentencia C-577 que las uniones de parejas del mismo sexo constituían también una familia, y que los derechos consagrados en el artículo 42 de la Constitución Política debían hacerse extensibles a ellas. En el mismo sentido, la Sentencia de 11 de julio de 2013 del Consejo de Estado se pronunció de la siguiente manera:

(...) la familia es una estructura social que se construye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros. Por tanto, sin bien puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor lo que estructura y le brinda cohesión a la institución (Sentencia Reparación Directa, 2013)

Esta misma resolución reconoce los avances socioculturales relacionados con la amplitud de la noción de familia según las nuevas tendencias, como es la potenciación de la individualidad en la conformación de la pareja y, por ende, de la familia, o también el ejercicio de la libertad y la autonomía a través del respeto y la elección².

Por su relevancia en el contexto del problema que se trata en la presente investigación, merece mención aparte el pronunciamiento dictado por la Corte Constitucional el 28 de abril del año 2016 (Sentencia SU-214, 2016) En esta resolución se ratificó la igualdad de derechos para parejas del mismo sexo y se aclaró que dentro de la Constitución no está excluido el derecho a contraer matrimonio por parejas homosexuales. Se tutelaron en esta ocasión los derechos de la comunidad LGBTI en Colombia, que pedía desde hace tiempo la ampliación de la figura del matrimonio. Tal como se ha expresado, cinco años antes el Alto Tribunal había decretado que las uniones de parejas del mismo sexo constituían una forma de familia (Sentencia C-577, 2011).

En consonancia con ello, y para enmendar la falta de protección constitucional todavía vigente tras el pronunciamiento de 2011, reconoció en 2016 que estas parejas tienen el mismo derecho a establecer el vínculo que se da entre hombres y mujeres

² Este pronunciamiento del Consejo de Estado reconoce el carácter variable de la noción de familia de acuerdo con las transformaciones de la sociedad en el mundo globalizado. Para ello se proponen dos escenarios de evolución: por un lado, el avance en el reconocimiento de la familia, sin presencia del padre o de la madre, es decir, las madres o padres cabeza de hogar; y por otro, la extensión a una pensión alimenticia de los derechos de manutención para las parejas encargadas de las labores domésticas y para los hijos menores de edad o estudiantes.

que deciden unirse en matrimonio³. La sentencia de 2016 declara expresamente que “los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al 20 de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica” y estima que “celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana y a conformar una familia, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género”. Cabe resaltar que en esta resolución la Sala Plena recordaba al Congreso de la República que había vencido el plazo señalado en la Sentencia C-577 para expedir la legislación que eliminara el déficit de protección que afectaba a las parejas del mismo sexo en Colombia (Sentencia SU-214, 2016)

En un Estado Social de Derecho existe un conjunto de derechos fundamentales cuyos contenidos configuran un “coto vedado” para las mayorías, es decir, una serie de conquistas no negociables. Entre ellas, aquella que tiene todo ser humano en condiciones de igualdad para unirse libremente con otro y conformar una familia con miras a realizar un plan de vida común (Sentencia SU-214, 2016). Según establece la sentencia de 2016 aludida, hombres y mujeres son seres humanos, y por tal motivo la igualdad debe darse en la misma medida para los que son iguales. El hecho de tener la condición humana les otorga un valor intrínseco y un derecho fundamental a formalizar un matrimonio sin ninguna discriminación social, cultural, económica o sexual. En este sentido, este fallo representa una oportunidad para proteger de la discriminación a una minoría sexual en Colombia, y debe entenderse como un referente de la dignidad humana, de la libertad e igualdad de derechos para casarse en las mismas condiciones y con los mismos beneficios que las parejas y uniones heterosexuales.

Como se ha visto, la interpretación jurídica evoluciona constantemente y se adapta a los contextos que plantea la realidad. Sin embargo, la interpretación que los jueces de instancia continúan llevando a cabo en Colombia no admite la existencia de dos clases de matrimonio. Esto envía un mensaje de inferioridad a algunas personas, pues ello comporta un trato diferenciado y desproporcionado

³ La Sala Plena se pronuncia en los siguientes términos; “La última exhortación al Congreso de la República surgió precisamente de la sentencia C-577 de 2011. Transcurridos cinco años aproximadamente, como ya se ha dicho, desde su pronunciamiento, continúa como omisión legislativa relativa el déficit de protección tantas veces invocado, sin restauración constitucional plausible, toda vez que, a la fecha de esta providencia, las parejas del mismo sexo no cuentan con una opción clara, idónea y jurídicamente eficaz para contraer matrimonio en iguales condiciones a las de las parejas heterosexuales, dado que la figura de la unión marital de hecho y la indeterminada unión solemne, resultan insuficientes e implican un déficit de protección constitucional”.

fundado en la orientación sexual que quebranta los derechos a la libertad, a la dignidad humana y a la igualdad (Zagrebelsky, 2009)

1.3. Marco normativo y jurisprudencial actual

El marco jurídico colombiano en torno al concepto de familia y a la protección de los derechos de sus integrantes está conformado por los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos que se refieren a la materia, por la Constitución Política de Colombia de 1991 y por las leyes nacionales relacionadas con la familia y con sus integrantes individualmente considerados. Así, siendo la Corte Constitucional la encargada de interpretar la Constitución, este Tribunal ha realizado su trabajo en la salvaguarda de los derechos de especial protección a la familia, situándola en el más alto rango constitucional. En este sentido entiende la Corte que, antecediendo la familia a la sociedad y al Estado, es imperante la plena seguridad de contar con la garantía de sus condiciones de forma integral, tanto de parte del Estado como del gobierno y la sociedad, y ello para garantizar su libertad de expresión para todo tipo de desarrollo y establecer condiciones de bienestar, integridad, supervivencia y conservación (Sentencia C-271, 2003)⁴. Esta protección deriva en mandatos específicos contenidos en los derechos fundamentales tales como la prohibición de la discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. La Constitución eleva la institución familiar al más alto rango constitucional y establece una serie de derechos y deberes, y también de prohibiciones especiales a la discriminación por cualquier motivo, además del régimen de inhabilidades e incompatibilidades⁵.

⁴ En el mismo sentido Sentencia C-371, 1994.

⁵ Se enumeran a continuación las leyes donde pueden encontrarse estos regímenes: a) Ley 82 de 1993, modificada por la Ley 1232 de 2008, implanta mecanismos de protección para los miembros de familias monoparentales, es decir, de aquellas en donde la jefatura del hogar corresponde a una sola persona, hombre o mujer, (arts. 1º, 2º y 3º); b) Ley 282 de 1995, que implementa medidas tendentes a erradicar algunos delitos contra la libertad personal, especialmente el secuestro y la extorsión; c) Ley 387 de 1997, adopta medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, la protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos en la República de Colombia y establece como un derecho fundamental de la población desplazada la reunificación familiar (art. 2º); d) Ley 418 de 1997 consagra instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia, entre los cuales se destaca el diseño y ejecución, por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de un programa especial de protección para la asistencia de todos los casos de menores de edad que hayan tomado parte en las hostilidades o hayan sido víctimas de la violencia política, en el marco del conflicto armado interno (art. 17); e) Ley 685 de 2001, por la cual se expide el Código de Minas, considera comunidades negras al conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación como poblado, que revelan y conservan identidad que las distinguen de otros grupos étnicos (art. 132); f) Ley 755 de 2002, conocida

Colombia ha suscrito diferentes instrumentos jurídicos internacionales y regionales para la protección de la familia que conformarían el bloque constitucional o marco jurídico a partir del cual se establecen las garantías mínimas para el desarrollo libre, digno y reconocido de la célula familiar⁶. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante en proteger la unidad e integridad del núcleo familiar que surge por diferentes vínculos, sean estos naturales, jurídicos, de hecho o crianza, afirmando que se entiende por familia aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida (Sentencia C-577, 2011)⁷.

Un enfoque alineado con esta interpretación constitucional entiende que el Principio de Progresividad, en relación con la institución familiar, está orientado a establecer condiciones de vida digna, asumiendo desde el Estado, el gobierno y su

como Ley María, establece el beneficio de la licencia remunerada de paternidad; g) Ley 861 de 2003, dicta disposiciones relativas al único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer y el hombre cabeza de familia y establece el patrimonio de familia inembargable en favor de su grupo familiar; h) Ley 971 de 2005 establece el mecanismo de búsqueda urgente en relación con las personas víctimas de desaparición forzada y establece derechos a favor de sus familiares; i) Ley 986 de 2005 adopta medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias; j) Ley 1361 de 2009, por la que se crea la protección integral a la familia, partiendo también del concepto de familia plasmado en la Constitución Política.

⁶ Se enumeran a continuación algunos de estos instrumentos: a) Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (protocolo II), hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y promulgado mediante el Decreto 509 de 1996; b) Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1990, aprobada mediante Ley 146 de 1994; c) Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, suscrita en Nueva York el 14 de diciembre de 1973, aprobada mediante Ley 169 de 1994; d) Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994, aprobada mediante Ley 248 de 1995; e) Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, suscrito en La Haya, el 29 de mayo de 1993, aprobado mediante Ley 265 de 1996; f) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, aprobado mediante Ley 319 de 1996; g) Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, hecha en Montevideo, el 15 de julio de 1989, aprobada mediante Ley 449 de 1998; h) Acuerdo sobre asistencia a la niñez entre la República de Colombia y la República de Chile, hecho en Santa Fe de Bogotá, D. C., el 16 de julio de 1991, aprobado mediante Ley 468 de 1998; i) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000, aprobado mediante Ley 765 de 2002; y j) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, aprobados en Colombia mediante Ley 800 de 2003.

⁷ En el mismo sentido la Sentencia C-271, 2003.



administración la responsabilidad de garantizar la prevalencia de las necesidades de los niños, niñas y adolescentes en el gasto público y social. En el año 2008, la Corte Constitucional expresó que la familia merece los principales esfuerzos del Estado con el fin de garantizar su protección integral y el respeto a su dignidad, honra e intimidad intrínsecas (Sentencia T-1036, 2008).

Dos años después el Alto Tribunal se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil, expresando la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares y su carácter maleable, los cuales pueden adoptar distintas configuraciones con funcionamiento propio. Se resaltaba en esta resolución que reconocer que Colombia es un Estado multicultural y pluriétnico implica reconocer el derecho de las personas a establecer familias conforme a sus propias opciones de vida, respetando los derechos fundamentales en razón a la diversidad (Sentencia C-577, 2011).

Es importante dejar claro que en la interpretación de la Corte no simplemente se habla de la suficiencia en la responsabilidad Estatal, sino de la eficacia en la prioridad y prevalencia de los derechos constitucionales que amparan a la institución familiar. De esta manera lo expresa en una resolución del año 2015 en la que sostuvo que la familia ocupa el primer lugar como institución social que conecta los requerimientos de la naturaleza con la razón social y los fines esenciales del Estado (Sentencia T-741, 2015).

1.4. La protección a las diferentes formas de familia

El desarrollo de la doctrina jurisprudencial de las altas cortes ha reconocido de manera reiterada el aporte y la importancia de la célula familiar en la sociedad. Y ha sido la Corte Constitucional quien, a pesar de los pesos y contrapesos religiosos, políticos, económicos y culturales que se han suscitado en el debate sobre la institución familiar, la que ha logrado avanzar en la garantía progresiva del marco jurídico y constitucional que la protege.

El poder constituyente, si bien rompió las cadenas que excluían jurídicamente de la protección legal de las familias a aquellas que no cumplían con los requisitos específicos, lo hizo dando prevalencia al matrimonio en su artículo 42. Pero hemos visto que la Corte Constitucional considera que la protección que se le ha brindado a las uniones matrimoniales no significa que sea esta la única forma digna de protección constitucional, puesto que otras estructuras familiares también caben y merecen la misma protección que las familias tradicionales conformadas por parejas heterosexuales (Estrada Vélez, 2011). Así las cosas, las parejas del mismo sexo están protegidas, independientemente de que su origen sea matrimonial o

natural (de hecho) con fundamento en el principio de igualdad (Sentencia C-1033, 2002) y (Sentencia C-016, 2004).

Avanzar en la garantía progresiva de los derechos fundamentales conlleva asumir obligaciones drásticas de parte del Estado, así como también del gobierno y la sociedad en general, materializando el avance en políticas públicas que garanticen la efectividad del derecho a la igualdad y el bienestar, preservación y libre desarrollo de la familia. La obligatoriedad de prestar protección especial constitucional a los diferentes tipos de familia, y entre ellas a la conformada por personas del mismo sexo, debe impregnar no solo a los tribunales de todo el país sino también a los entes administrativos, y ello con el fin de acabar con la aplicación de las normas que contradicen la Carta Constitucional. En este sentido, la Corte se ha pronunciado respecto a los derechos de la seguridad social y ha establecido que el derecho a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad resultan quebrantados en el momento que se pierden beneficios por no estar incluidos en el sistema de salud (Guio Camargo, 2009). La independencia económica familiar no se determina respecto del tipo de pareja que se conforma, sino en razón a la protección que necesita individualmente cada persona, o de lo contrario se estaría presuponiendo que tal conformación admitiría un sustento económico propio de la pareja que cubriría los costos patrimoniales en el caso de la Seguridad Social, excluyéndolos así de la protección patrimonial familiar que ofrece la Constitución (Sentencia C-029, 2006).

1.5. La protección a las parejas del mismo sexo

En los últimos años algunos estados en América Latina han desarrollado avances normativos referentes al reconocimiento jurídico de las uniones de parejas homosexuales. Entre estos países encontramos Argentina, Colombia, Ecuador, México, Brasil y Uruguay. Aunque se han dado pasos firmes hacia la igualdad entre parejas del mismo sexo en el ámbito legislativo, una de las excepciones más notorias sigue siendo el caso de Colombia, donde el reconocimiento de derechos a las personas homosexuales se ha realizado principalmente por la vía jurisprudencial, que no por la legislativa. La configuración legal de las uniones integradas por parejas del mismo sexo en los países del entorno se ha desarrollado de diferentes formas, siendo una de las más comunes la aceptación jurídica de la institución del matrimonio entre dos hombres o entre dos mujeres. Algunos países de la región como Brasil, Argentina o Uruguay han legalizado las uniones homosexuales y les han concedido los mismos derechos de los que gozan las parejas heterosexuales, incluido el derecho a la Seguridad Social (Gallego Montes & Vasco Alzate, 2010).



En Colombia, la redacción original de algunos artículos de la Ley 54 de 1990 fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, pues a juicio del demandante el legislador había incurrido en una omisión al haberse limitado a regular, en términos de equidad y de justicia, las relaciones patrimoniales en las parejas heterosexuales. En este sentido, la petición del accionante fue declarar la inconstitucionalidad de algunos párrafos de la ley por hacer engañosa la garantía de los derechos consagrados en la carta política para las parejas del mismo sexo como tipo de familia reconocida constitucionalmente, toda vez que no reguló sus relaciones patrimoniales. Por tanto, el legislador debió reconocer que la conformación de la institución familiar no solo debe predicarse de la relación entre heterosexuales, pues lo contrario constituye una violación a la Constitución Política. Frente a esta posición, la Corte Constitucional consideró, en su Sentencia C-098 de 1996, que las disposiciones adoptadas por el legislador no prohibían ni sancionaban la homosexualidad, sino que se limitaban a tratar los aspectos patrimoniales de un determinado tipo de relaciones (Sentencia C-098, 1996).

En este pronunciamiento, los magistrados Eduardo Cifuentes y Vladimiro Naranjo aclararon su voto en el sentido de considerar justo y pertinente que la ley estableciera un régimen patrimonial propio en relación con las uniones homosexuales, lo cual es independiente de que estas se consideren o no constitutivas de familia. Por su parte, el magistrado José Gregorio salvaba su voto negando el reconocimiento a las parejas del mismo sexo con el argumento de que a la pareja homosexual no le es posible alcanzar uno de los fines esenciales de la familia, la procreación. El magistrado Hernán Darío Herrera hacía lo propio y confirmaba su posición respecto de la conformación de la familia por parejas homosexuales, aclarando que “la unión marital de hecho debe conformarse solamente entre hombre y mujer y dejar por fuera las parejas del mismo sexo, tal y como está definido y consignado en ley 54 de 1990” (Sentencia C-098, 1996).

Trece años después, en la Sentencia C-029 de 2009 de la Corte Constitucional, la conclusión del Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil (a partir del estudio constitucional de la Ley 54 de 1990, modificada parcialmente la por la Ley 979 de 2005), se enfoca en la situación patrimonial de las parejas del mismo sexo y determina que limitar el régimen patrimonial únicamente a parejas heterosexuales constituye una violación de diferentes derechos fundamentales, tales como el respeto de la dignidad humana y el derecho a la igualdad. La Corte consideró que el marco legislativo que integraba la protección de la familia era inconstitucional por el hecho de no incluir en ella situaciones que encajan y obedecen a transformaciones sociales reconocidas constitucionalmente en el concepto de familia (Sentencia C-029, Corte Constitucional. Sala Plena, 2009).

Vemos así que los esfuerzos nacionales e internacionales en comprender la idea de que la sociedad está en continua transformación, se han visto reflejados en el orden constitucional, por lo que el ordenamiento jurídico debe obedecer a estas lógicas de transformación. Pero solo es a partir del reconocimiento real y efectivo a los diferentes tipos de familia que se logra establecer una justificación clara para la protección especial por parte del Estado y legitimar la lucha de las parejas del mismo sexo por el derecho a la igualdad (Estrada Vélez, 2011).

2. El reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo

El derecho a la Seguridad Social, tal y como está configurado en la Constitución Política colombiana, tiene una doble connotación, pues es un derecho constitucional y a la vez un servicio público. Un servicio de carácter obligatorio sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y economía en los términos que establezca la ley. Al mismo tiempo es un derecho irrenunciable cuya prestación corre a cargo del Estado, con la intervención o participación de los particulares. Ese entendimiento de la Seguridad Social como un servicio le ha permitido al Estado construir un Sistema Pensional que protege no solo a los pensionados sino también a los familiares cercanos y con dependencia económica del difunto (Restrepo Villa, Pérez Rivera, & Escobar Pérez, 2004).

El Sistema General de Pensiones forma parte del Sistema General de Seguridad Social Integral y se encuentra consagrado en la Ley 100 de 1993, de 23 de diciembre, en su Libro I, artículos 10 y siguientes, texto a su vez modificado por la Ley 797 de 2003, de 29 de enero. Este sistema de pensiones fue creado con el fin de garantizar a todos los empleados del territorio nacional la protección contra las eventualidades que pudieran presentarse derivadas de tres situaciones: la vejez, la invalidez y la muerte, y ello a través del reconocimiento de prestaciones económicas como la pensión y otras prestaciones asistenciales que concede la Ley (Muñoz Segura & Castillo Cadena, 2014). En Colombia, la pensión de sobrevivientes tiene sus orígenes en el siglo XX, y nació con el objetivo de crear mecanismos legales de protección y amparo para las personas que dependían económicamente del individuo fallecido, beneficiario de la pensión o con aspiraciones a obtenerla (Pulido Fajardo & González Rodríguez, 2013).

La Corte Constitucional ha manifestado respecto de la pensión de sobrevivientes que es un derecho de naturaleza fundamental por estar contenido dentro de valores tutelables como son el derecho a la vida, a la Seguridad Social, a la salud y al trabajo, así como en el derecho a la educación, pues se trata de una prestación que protege



en situaciones de debilidad (Londoño Jaramillo, 2012). Esta tesis fue confirmada en la Sentencia T-049 de 2002, en la que se recoge que el derecho a la pensión es inalienable, inherente y esencial al ser humano, lo que implica que existiendo una situación de indefensión del beneficiario es el Fondo de Pensiones quien debe pagarle la mesada, tal y como establece la norma (Ley 100, 1993)⁸. La pensión de sobrevivientes surge entonces como una prestación que tiene por finalidad proteger al grupo familiar o beneficiarios del difunto que pueden quedar desamparados con el fallecimiento de la persona que proveía el sustento, es decir, que poseían una dependencia económica (Martínez Cifuentes, 2009). Esta prestación tiene por objeto garantizar derechos fundamentales como el mínimo vital y la dignidad humana de quienes dependían económicamente del trabajador o afiliado causante, y que puedan acreditar su calidad de beneficiarios (Sentencia T-716, 2011).

Es por esta correlación inescindible entre la prestación económica y los derechos fundamentales de los dependientes del causante que la pensión de sobrevivientes adquiere una connotación de *ius* fundamental, como una herramienta jurídica que tiene como finalidad impedir que la familia del causante (los beneficiarios) se vean privados de los ingresos que suministraba el afiliado o pensionado del que dependían económicamente para satisfacer mediante la congrua subsistencia las necesidades básicas de la familia, brindando así una especial protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad (Sentencia T-1207, 2005); (Sentencia C-1094, 2003); (Sentencia C-1176, 2001); (Sentencia C-002, 1999) y (Sentencia C-080, 1999)⁹.

La primera jurisprudencia de la Alta Corte que reconoce derechos a las parejas conformadas por personas del mismo sexo en materia de pensión de sobreviviente surge en un pronunciamiento del año 2007 en el que se reconoce que esa protección

⁸ Encontramos también este argumento en los siguientes dictámenes de la Corte Constitucional: Sentencia T-173 del 11 de abril de 1994, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-513 del 22 de julio de 1999, Magistrado Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez; Sentencia T-571 de 1999, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; Sentencia T-638 del 15 de febrero de 1999, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia T-974 del 6 de abril de 1999, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis; Sentencia T- 695 del 13 de junio de 2000, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis; Sentencia T-173 del 11 de abril de 1994, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁹ La Corte Constitucional define en la Sentencia T-1207 la congrua subsistencia de la siguiente manera: “De acuerdo con la Jurisprudencia de esta Corporación, el concepto de mínimo vital corresponde a aquellos requerimientos básicos de toda persona para asegurar la digna subsistencia, el cual depende en forma directa de la retribución salarial, pues de esta manera también se estará garantizando la vida, la salud, el trabajo y la seguridad social. Así entendido el derecho al mínimo vital, no puede ser restringido a la simple subsistencia biológica del ser humano, pues es lógico pretender la satisfacción de las aspiraciones, necesidades y obligaciones propias del demandante y su grupo familiar. Como desarrollo de lo anterior, la Corte ha explicado que el mínimo vital no equivale al salario mínimo, sino que depende de una valoración cualitativa que permita la satisfacción congrua de las necesidades, atendiendo las condiciones especiales en cada caso concreto”.

también aplica a las parejas homosexuales (Sentencia C-075, 2007). Más tarde, en 2008 la Corte Constitucional profirió una sentencia que estudió la constitucionalidad de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados ambos por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y donde declaró la exequibilidad condicionada de los referidos preceptos, en el entendido de que las parejas del mismo sexo también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente y no pueden ser objeto de discriminación alguna en razón de su elección sexual (Sentencia C-336, 2008). Esto supuso que la Corte se acogió al derecho a la igualdad para invocar la protección a las parejas del mismo sexo (Buitrago Escobar, Suárez Trujillo, & Giraldo Restrepo, 2015).

En esta resolución la Alta Corte reconoce que las parejas conformadas por personas del mismo sexo también son beneficiarias de esta prestación, lo cual debería haber bastado para que se garantizaran sus derechos a la pensión de sobrevivientes. Sin embargo, estas personas se vieron obligadas a acudir a un mecanismo excepcional para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes: la acción de tutela, la cual se ha convertido en casi el único medio eficaz para el reconocimiento de este derecho. Esto a pesar de que ha sido reiterado por la Corte Constitucional en diferentes providencias que la acción de tutela para reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debe ser un mecanismo excepcional.

Si bien los conflictos legales relacionados con el reconocimiento de derechos prestacionales, particularmente de carácter pensional, deben ser tramitados ante la justicia laboral ordinaria por ser este el mecanismo idóneo, en la práctica es el menos eficaz para la obtención de los fines que se persiguen, y ello debido a la alta ineficacia del sistema judicial colombiano (Arráez Sánchez & Lastre Téllez, 2014). Estas prácticas convierten un asunto de naturaleza excepcional en una regla, la cual permite a través de la acción de tutela acceder al derecho a la pensión de sobreviviente, tutela en la que el juez constitucional debe evaluar y calificar el conflicto planteado para determinar si el medio de defensa judicial con el que cuenta el accionante es lo suficientemente eficaz para defender la pretensión invocada o de lo contrario, debe ser tutelado para evitar un perjuicio irremediable (Sentencia T-076, 2003)¹⁰.

3. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Duque vs. Estado colombiano.

El Estado colombiano, al aceptar la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los términos del artículo 62.3 de la Convención

¹⁰ También pueden consultarse los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional en el mismo sentido: Sentencia T-1042, 2008; Sentencia T-118, 2009 y Sentencia T-120, 2009.



Americana sobre Derechos Humanos, adquirió compromisos que requieren grandes transformaciones sociales y cambios estructurales en el desarrollo de las políticas de Estado. Así, en la Sentencia de 26 de febrero de 2016 encontramos el reflejo del desconocimiento de una problemática que se presenta, no solo en la sociedad colombiana sino también en el mundo: la discriminación de las personas homosexuales.

Los hechos del caso se resumen en que el señor Ángel Alberto Duque decidió acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) porque consideró que el Estado colombiano había vulnerado su derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, las garantías judiciales del debido proceso, su integridad personal y el derecho a la vida. Al señor Duque, que había convivido con su pareja del mismo sexo en una relación permanente y estable, le fue denegado por la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS, el derecho a la Seguridad Social, concretamente el acceso a la pensión de sobreviviente de quien fue su compañero. Este órgano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de Colombia por la vulneración de los derechos alegada por el demandante, considerando que había sido víctima de discriminación con fundamento en su orientación sexual. La diferencia de trato no podía considerarse idónea, al suponer esto que el concepto de familia referido por el Estado sería limitado y estereotipado, excluyendo de manera arbitraria otras formas de familia como las conformadas por parejas del mismo sexo.

La Comisión constató que el Estado no había proveído al señor Duque de un recurso efectivo frente a los hechos que constituyeron la violación de sus derechos humanos y que, por el contrario, las autoridades judiciales habían perpetuado con sus decisiones los perjuicios y la estigmatización de las personas y parejas del mismo sexo. Concluyó que, debido a los múltiples factores de vulnerabilidad en que se encontraba el señor Duque, incluyendo su orientación sexual, su condición de portador de VIH y su condición económica, él se había visto afectado en su derecho a la integridad personal. Es por esto que la Comisión Interamericana decidió que Colombia era responsable y solicitó a la Corte que se pronunciara sobre esos hechos, y ello a pesar de que en los informes rendidos por el Estado colombiano se hizo hincapié en que existían todavía mecanismos ordinarios y judiciales para que el peticionario pudiera ver satisfechos sus derechos (Caso 12841, 2014).

Como fundamento jurídico de sus pretensiones, el accionante consideró que existía una violación de los derechos establecidos en los artículos 5, 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo texto. En cuanto a la argumentación del Estado colombiano, este presentó dos excepciones preliminares

que hacían referencia a: 1) la falta de agotamiento de los recursos internos, frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclamaba el señor Duque; y 2) la falta de agotamiento de los recursos internos en relación a los supuestos de hecho en los que se pretendía fundar la presunta violación de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana. Igualmente señaló que, subsidiariamente, presentaba la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal.

Colombia se resguardó en los avances significativos que ha tenido la Corte Constitucional en materia de reconocimiento, sin discriminación alguna, de las familias colombianas diferentes de las heterosexuales, y concretamente de sus derechos a la Seguridad Social integral, que a partir de la Sentencia T-051 de 2010 modificaron las reglas judiciales que impedían la aplicación de la Sentencia C-336 de 2008, sobre cuando la muerte hubiera tenido lugar antes de dicha decisión y que exigían la declaración ante notario de ambas partes como prueba de la unión homosexual¹¹. En cuanto a los argumentos esgrimidos por la CIDH, esta decidió delimitar el problema jurídico en la pregunta de si hubo responsabilidad internacional de Colombia por la exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una pensión de sobrevivencia.

Para la Corte Internacional, a pesar de que existió un cambio en el marco jurídico respecto del reconocimiento de la pensión a parejas del mismo sexo con la sentencia C-336 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia, ello no debía significar la subsanación automática de un hecho de discriminación por razones de identidad sexual en contra del señor Duque, debido a la negación que tuvo el 19 de marzo de 2002 en la concesión de la prestación social. El Tribunal internacional consideró que el alegato del Estado sobre el recurso administrativo y judicial que se generó a partir de la providencia de la Corte Constitucional, implícitamente reconocía que las personas de la comunidad LGBTI no poseían ningún recurso para remediar la situación de discriminación sufrida por el peticionario al momento de los hechos (Sentencia C-336, 2008).

En cuanto a los principios de igualdad y no discriminación, la Corte Interamericana ha dispuesto que la noción de igualdad se entiende referida a todos los seres

¹¹ El Estado colombiano planteó en su defensa que reconocía la existencia de un “hecho ilícito internacional continuado, durante al menos parte del período que estuvieron vigentes las disposiciones que no permitían el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo”. Asimismo señaló que ese hecho ilícito había cesado con la emisión de la Sentencia C-336 que modificó las normas que estaban generando el hecho ilícito internacional y afirmó que se había reparado (Sentencia T-051, 2010) los efectos del hecho ilícito internacional al garantizar un recurso adecuado y efectivo para el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo.



humanos, sin distinción de género, dado que esta hace parte y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. La jurisprudencia de la Corte también ha resuelto que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio de igualdad y no discriminación se ha inscrito en el ámbito del *ius cogens*, sobre el cual descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea a todo el ordenamiento jurídico. El alto Tribunal se refirió igualmente a lo estipulado por el Comité de Derechos Humanos, en cuanto a lo resuelto en relación con la discriminación de las parejas del mismo sexo que son excluidas del derecho a la pensión. En el caso concreto, la Corte encontró la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, lo cual constituye una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que efectivamente se materializó un hecho ilícito internacional.

En lo relativo a la pretendida violación del artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 24 y 1.1 del mismo instrumento, la Corte consideró que, atendiendo la evolución normativa y jurisprudencial en Colombia sobre el reconocimiento y protección de las parejas conformadas por personas del mismo sexo “...no cuenta con elementos para concluir que exista una violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno” (Caso Duque vs. Colombia, 2016), por lo que el Tribunal concluye que el Estado no es responsable. A igual solución llegó respecto de los cargos alegados por el accionante en cuanto al derecho a la integridad física y a los derechos y garantías judiciales, argumentando que no había elementos probatorios suficientes que permitieran concluir que en el caso concreto del señor Duque, el régimen subsidiario le hubiera brindado una protección de menor calidad que el régimen contributivo. Tampoco se pudo concluir que el sentido de los fallos tuviera como base principal las creencias estereotipadas de los jueces, y no el resultado de la aplicación literal de la legislación colombiana para la fecha de ocurrencia de los hechos discriminatorios.

De la Sentencia de la Corte IDH (Caso Duque vs. Colombia, 2016) Cabe resaltar que se ordenó a Colombia reparar adecuadamente al señor Duque por las violaciones de derechos humanos declaradas en el informe presentado por la Comisión, incluyendo los daños materiales e inmateriales. La reparación debía incluir la concesión de la pensión de sobrevivencia y una justa compensación. Asimismo, se le indicó al Estado que es su deber proveer el acceso ininterrumpido a los servicios de salud y tratamiento requeridos en virtud de ser una persona que vive con VIH. El fallo obliga a Colombia a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la no repetición de otros hechos como los del señor Duque. Y en particular, adoptar las medidas pertinentes para que las decisiones jurisprudenciales adoptadas por la Corte Constitucional con posterioridad a los hechos del caso fueran debidamente

acatadas y cumplidas. Consecuentemente, se ordenó brindar la debida capacitación a los funcionarios públicos y a los particulares en ejercicio de funciones públicas para dar trámite a las solicitudes de personas que integraron o integran parejas del mismo sexo, de conformidad con el ordenamiento jurídico interno, y adoptar las medidas para garantizar que las parejas del mismo sexo no sean discriminadas en cuanto al acceso a servicios de Seguridad Social y reconocimiento de cada uno de sus derechos.

Conclusiones

Los cambios sociales de los últimos cincuenta años han hecho visible un mapa plural de la sociedad que ubica a la familia en una situación que continúa siendo difícil de aceptar para determinados sectores sociales, religiosos y políticos de pensamiento conservador en Colombia. Pero el hecho de que algunas de estas nuevas estructuras permanezcan ocultas a la vista de la mayoría no significa que no formen parte del tejido social. Sin embargo, solo algunas instancias judiciales e institucionales del Estado colombiano se han ido adaptando a estas variaciones y a los nuevos desafíos que plantean.

La economía, la educación, las tecnologías digitales y los medios masivos de comunicación, la justicia, las instituciones estatales y las diferentes organizaciones sociales le han dado forma y dinamismo a la familia como núcleo de la sociedad, lo que ha derivado en que la institución constituya una parte fundamental y activa de las agendas públicas del país. A la vista de la jurisprudencia nacional e internacional revisada, es claro que la institución familiar, como uno de los fines esenciales del Estado, requiere la visualización, identificación y reconocimiento de todas las personas como seres humanos, eliminando las barreras de discriminación y marginalización.

En atención a lo expuesto en este artículo, es posible concluir que aunque el concepto formal de familia, tal y como está consagrado en el artículo 42 de la Constitución, es la piedra angular de la que parte el legislador en la elaboración de normas excluyentes para su protección y la de sus integrantes, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tenido diversas interpretaciones de la norma. La tendencia actual es la de ampliar el concepto con el fin de que otras formas familiares puedan ser titulares de derechos reservados a la institución tradicional. En esta misma línea, también en lo tocante a la protección de las parejas del mismo sexo se ha avanzado significativamente en la garantía de sus derechos, tanto en el ámbito patrimonial como en otros aspectos legales. Pero pese a los desarrollos jurisprudenciales, el concepto de familia pluralista sigue a día de hoy sin encontrar el respaldo, el compromiso, ni la voluntad política por parte del legislador colombiano.



Todos los poderes públicos y la sociedad en general deben contribuir activamente en la construcción de una colectividad donde prime el respeto hacia el otro de manera integral. Hemos visto que Colombia está entre los países de la región que muestran más progresos legislativos y jurisprudenciales en relación con este tema, sin embargo, en múltiples ocasiones estos avances no se traducen de forma automática en el goce efectivo de los derechos protegidos, y ello debido a que en la práctica diaria las parejas del mismo sexo se siguen viendo obligadas a acudir al sistema judicial para que sus derechos sean reconocidos en el nivel administrativo, específicamente a la figura de la tutela. Aunque la ley por sí misma es deficiente frente a la realidad que está llamada a regular, le corresponde a su intérprete actualizar su contenido y dar una aplicación correcta a las normas, garantizando y salvaguardando la igualdad y la dignidad a la que todos los seres humanos tienen derecho. Las decisiones judiciales deben respetar el principio de legalidad y ofrecer una solución real y efectiva a los conflictos sociales.

De forma reiterada el Alto Tribunal ha exhortado al Congreso de la República para que amplíe la institución del matrimonio a las parejas conformadas por personas del mismo sexo en iguales condiciones que las de las parejas heterosexuales, para así eliminar el déficit de protección que todavía les afecta. Siguiendo estos llamamientos, esta investigación se ha enfocado en las sucesivas y numerosas resoluciones de la Corte al respecto del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para cónyuges y compañeros del mismo sexo, pues de esta forma se ha logrado establecer un vínculo inescindible con la protección de la familia y, en particular, con el mínimo vital del grupo familiar dependiente del afiliado o pensionado que fallece o que queda en situación de grave discapacidad.

La relevancia constitucional que reviste la pensión de sobrevivientes y la validez de su exigibilidad judicial está sustentada tanto en el carácter universal y obligatorio de la Seguridad Social como en la necesidad de respetar, garantizar y proteger los derechos fundamentales del grupo familiar. En tal sentido, existe una relación estrecha entre esta figura y la protección especial de la familia establecida en los artículos 5 y 42 de la Constitución como núcleo esencial de la sociedad, lo que se traduce en la vigencia del derecho al mínimo vital y la satisfacción de la prestación económica.

En el plano internacional, la condena en 2016 al Estado Colombiano por parte de la CIDH ha hecho más urgente, si cabe, cumplir administrativa y judicialmente con el mandato de la Corte Constitucional al respecto del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo. Esta reprobación hace perentoria una reforma legislativa en Colombia que materialice las decisiones judiciales y que garantice a las parejas conformadas por dos hombres o por dos mujeres su acceso a los servicios de la Seguridad Social en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales.

El análisis jurisprudencial realizado en la presente investigación demuestra el valor de los fallos de la Corte Constitucional para mantener el ordenamiento jurídico vivo, al adaptarse progresivamente a los cambios socio-culturales y a las exigencias de la sociedad actual. Sus resoluciones hacen apremiante que el Congreso de la República comience a legislar con base en los criterios de igualdad, diversidad y pluralismo, reconociendo la inclusión social de todas las personas independientemente de que sus opiniones, ideología u orientación de cualquier tipo sean diferentes a las de la mayoría.

Referencias

- Arévalo Barrero, N. (15 de Mayo de 2014). El concepto de familia en el siglo XXI. *Foro Nacional de Familia*. Bogotá D.C, Colombia: Ministerio de Justicia y del Derecho. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/6.%20Min%20Justicia-%20El%20Concepto%20de%20Familia%20en%20el%20Siglo%20XXI.pdf>
- Arráez Sánchez, M., & Lastre Téllez, J. (2014). La Jurisprudencia colombiana en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del cónyuge o compañero permanentes en parejas del mismo sexo. (*tesis de pregado*). Cartagena, Colombia: Universidad de Cartagena. Obtenido de <http://repositorio.unicartagena.edu.co:8080/jspui/bitstream/11227/1445/1/LINEA%20INFORME%20FINAL.pdf>
- Buitrago Escobar, A., Suárez Trujillo, M., & Giraldo Restrepo, Y. (2015). Evolución constitucional del dercho a la pensión de sobreviviente de las parejas del mismo sexo: ámbito jurisprudencial. *Revista de Derecho Público*, 35, 1-33. doi:<http://dx.doi.org/10.15425/redepub.35.2015.13>
- Caso 12841. (2 de abril de 2014). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Angel Alberto Duque vs. Colombia*. Washington D.C, Estados Unidos: Informe No. 5/14. Informe de Fondo. Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12841FondoEs.pdf>
- Caso Duque vs. Colombia. (26 de febrero de 2016). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf
- Ceballos Ruiz, P., Rios Quintero, J., & Ordóñez Patiño, R. (2012). El Reconocimiento de Derechos a las Parejas del Mismo Sexo: el camino hacia un concepto de Familia pluralista. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 14(2), 207-239. Obtenido de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2173>
- Decreto 2820. (30 de diciembre de 1974). Congreso de República. *Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones*. Bogotá D.C, Colombia:

- Diario Oficial. N. 34327. 2 de junio de 1975. Obtenido de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80962>
- Estrada Vélez, S. (2011). Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 36, 126-159. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972011000200007&script=sci_abstract&tlng=es
- Gallego Montes, G., & Vasco Alzate, J. (2010). El Reconocimiento al Derecho de Unión entre Personas del Mismo sexo: el caso de Colombia, Argentina, Uruguay y el Distrito Federal en México. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 2, 176-194. Obtenido de http://190.15.17.25/revlatinofamilia/downloads/Rlef2_9.pdf
- Guio Camargo, R. (2009). El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *Revista Studiositas*, 4(3), 65-81. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3658953.pdf>
- Hinestrosa, F. (2006). El Código Civil de Bello en Colombia. *Revista Derecho Privado*, 10, 5-27. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/582/549>
- Ley 100. (23 de diciembre de 1993). Congreso de la República. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5248>
- Ley 29. (24 de febrero de 1982). Congreso de la República. *Por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=256>
- Ley 54. (28 de diciembre de 1990). Congreso de la República. *Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=30896>
- Ley 57. (15 de abril de 1885). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código Civil*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535>
- Ley 599. (24 de julio de 2000). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388>
- Ley 797. (29 de enero de 2003). Congreso de la República. *Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y*

- especiales*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7223>
- Londoño Jaramillo, M. (2012). Derechos de las parejas del mismo sexo: Un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Opinión Jurídica*, 11(22), 45-64. Obtenido de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/552/499>
- Martínez Cifuentes, J. (2009). *La pensión de sobrevivencia* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Monroy Cabra, M. (2012). *Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia* (14 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Muñoz Segura, A., & Castillo Cadena, F. (2014). La pensión familiar en Colombia ¿Una solución para el déficit pensional colombiano. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 18, 59-99. doi:[https://doi.org/10.1016/S1870-4670\(14\)70165-4](https://doi.org/10.1016/S1870-4670(14)70165-4)
- Pulido Fajardo, L., & González Rodríguez, N. (2013). Análisis de la pensión de sobrevivientes entre parejas del mismo sexo. (*tesis de pregrado*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/1053/4/ANALALISIS%20DE%20LA%20PENSION%20DE%20SOBREVIVIENTES%20ENTRE%20PAREJAS%20DEL%20MISMO%20SEXO%20CON%20NORMAS.pdf>
- Restrepo Villa, R., Pérez Rivera, P., & Escobar Pérez, M. (2004). Evolución del sistema general de riesgos profesionales, Colombia 1994-2004. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 27(2), 226-238. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/rfnsp/v27n2/v27n2a14.pdf>
- Rivadeneira Vargas, A. (2005). Los doce códigos del Estado soberano de Cundinamarca. *Revista Principia IURIS*, 5(5), 103-115. Obtenido de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/732/477>
- Rodriguez Sarmiento, L., & Rodriguez Castro, J. (2014). *Concepto Jurídico del núcleo familiar: un estudio sobre los "grupos familiares" -Sub Judice*. (*tesis de pregrado*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Obtenido de <http://repositorios.rumbo.edu.co/handle/123456789/4986>
- Sentencia C-002. (20 de enero de 1999). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P: *Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-2104. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-002-99.htm>
- Sentencia C-016. (20 de enero de 2004). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P: *Álvaro Tafur Galvis*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-4667. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-016-04.htm>
- Sentencia C-029. (26 de enero de 2006). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P: *Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-5864. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-029-06.htm>

- Sentencia C-029. (28 de enero de 2009). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-7290. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm>
- Sentencia C-075. (7 de febrero de 2007). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-6362. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>
- Sentencia C-080. (17 de febrero de 1999). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-2133. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-080-99.htm>
- Sentencia C-098. (7 de marzo de 1996). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Demanda N° D-911. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-098-96.htm>
- Sentencia C-1033. (27 de noviembre de 2002). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-4102. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-1033-02.htm>
- Sentencia C-1094. (19 de noviembre de 2003). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-4659. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-1094-03.htm>
- Sentencia C-1176. (8 de noviembre de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-3531. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1176-01.htm>
- Sentencia C-271. (1 de abril de 2003). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-4248. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-271-03.htm>
- Sentencia C-336. (16 de Abril de 2008). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-6947. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>
- Sentencia C-371. (25 de agosto de 1994). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: José Gregorio Hernández Galindo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-510. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-371-94.htm>
- Sentencia C-571. (11 de agosto de 1999). Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. *M.P: Fabio Morón Díaz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-206561. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-571-99.htm>
- Sentencia C-577. (26 de julio de 2011). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expedientes acumulados D-8367 y D-8376. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>

- Sentencia Reparación Directa. (11 de julio de 2013). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. *C.P: Jaime Orlando Santofinío Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número 68001231500020010193201 (34435). Obtenido de http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=6800123150002001019320
- Sentencia SU-214. (18 de abril de 2016). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Alberto Rojas Ríos*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-4.167.863 A.C. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>
- Sentencia T-051. (2 de febrero de 2010). Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. *M.P: Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-2.292.035. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-051-10.htm>
- Sentencia T-076. (5 de febrero de 2003). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. *M.P: Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-607545. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-076-03.htm>
- Sentencia T-1036. (23 de octubre de 2008). Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. *M.P: Manuel Jose Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1908679. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-1036-08.htm>
- Sentencia T-1042. (23 de octubre de 2008). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. *M.P: Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1952209. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-1042-08.htm>
- Sentencia T-118. (24 de febrero de 2009). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. *M.P: Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-2025255. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-118-09.htm>
- Sentencia T-120. (24 de febrero de 2009). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. *M.P: Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-2076076. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-120-09.htm>
- Sentencia T-1207. (24 de noviembre de 2005). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. *M.P: Jaime Araujo Rentería*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1171942. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1207-05.htm>
- Sentencia T-173. (11 de abril de 1994). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-17.639. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-173-94.htm>

- Sentencia T-199. (9 de mayo de 1996). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-87402. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-199-96.htm>
- Sentencia T-278. (15 de junio de 1994). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Hernando Herrera Vergara*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T- 31.510. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-278-94.htm>
- Sentencia T-513. (22 de julio de 1999). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-213.175. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-513-99.htm>
- Sentencia T-638. (15 de febrero de 1999). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-208852. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-638-99.htm>
- Sentencia T-695. (13 de junio de 2000). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. *M.P.: Álvaro Tafur Galvis*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-285.225. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-695-00.htm>
- Sentencia T-716. (22 de septiembre de 2011). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expedientes T-3.086.845 y T-3.093.950. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-716-11.htm>
- Sentencia T-741. (2 de diciembre de 2015). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-10813. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-741-15.htm>
- Sentencia T-974. (6 de abril de 1999). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Álvaro Tafur Galvis*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-235.622. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-974-99.htm>
- Soriano Cienfuegos, C. (2013). Circulación de modelos y centralidad de los Códigos Civiles en el derecho privado latinoamericano. *Revista Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(136), 125-164. doi:[https://doi.org/10.1016/S0041-8633\(13\)71124-4](https://doi.org/10.1016/S0041-8633(13)71124-4)
- Valencia de Urina, H. (2014). Estructura jurídica de la familia en Colombia, cambios en su conformación y regimen patrimonial. *Inciso*, 16, 91-103. Obtenido de <http://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/268/513>
- Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil* (11 ed.). Madrid, España: Editorial Trotta.

Registro de la situación de control en las sociedades por acciones simplificadas en eventos de accionista único y mayoritario*

Registration of control situation for joint-stock companies¹ in single
and majority shareholder events

Recibido: Agosto 14 - Evaluado: Octubre 17 de 2018- Aceptado: Noviembre 28 de 2018

Omar Alfonso Cárdenas Caycedo**

Leonardo Alfredo Enríquez Martínez***

Para citar este artículo / To cite this article

Cárdenas Caycedo, O.A., & Enríquez Martínez, L. A. (2019). Registro de la situación de control en las sociedades por acciones simplificadas en eventos de accionista único y mayoritario. *Revista Academia & Derecho*, 10(18), 237-274.

* Artículo inédito, clasificado como artículo de reflexión. Resultado del proyecto de investigación del Grupo de Investigación CEJA – Centro de Estudios Jurídicos Avanzados, categoría C en Colciencias, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

¹ El término sociedad por acciones simplificada ha sido traducido como «*simplified joint-stock company*» y así se ha presentado por instituciones como la Cámara de Comercio de Bogotá en su versión en inglés. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2019).

** Abogado Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Procesal Civil y Magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, conciliador inscrito en el Min de Justicia. Secretario y miembro del Capítulo Nariño del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Líder del Grupo de Investigación CEJA – Centro de Estudios Jurídicos Avanzados, actualmente docente de planta en la modalidad tiempo completo en pregrado y postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

Dato de contacto: omarcardenas@udenar.edu.co. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7987-8785>

*** Abogado Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Administrativo y Candidato a Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca, conciliador inscrito en el Ministerio de Justicia. Curso de Litigación Internacional en la Universidad Alcalá de Henares. Presidente del Capítulo Nariño del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro del Grupo de Investigación CEJA- Centro de Estudios Jurídicos Avanzados, actualmente Decano y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

Dato de contacto: derecho@udenar.edu.co

Resumen: La legislación colombiana diferencia entre la situación de control y el grupo empresarial. El grupo empresarial implica, además del control, la unidad de propósito y dirección. En ambos casos –grupo y control– el artículo 30 de la ley 222 de 1995 establece el deber del controlante o matriz de inscribir en el registro mercantil la situación para así publicitar ante terceros que la voluntad de la sociedad surge de una persona diferente a la sociedad. Igualmente, la legislación colombiana contempla la posibilidad de que el control sea ejercido por una persona natural. En este marco se expidió el decreto 667 de 2018 sobre el registro de la situación de control en la SAS por parte de los accionistas únicos cuando éstos sean personas naturales. El artículo explora la obligación de registro de la situación de control en los accionistas de la SAS cuando éstos son personas naturales, tanto en eventos de accionista único como de accionista mayoritario; lo cual conllevará a estudiar los eventos en los cuales la obligación no es operante.

Palabras clave: Sociedad por acciones simplificada, registro de la situación de control, grupos empresariales, decreto 667 de 2018.

Abstract: Registration of control situation for joint-stock companies in single and majority shareholder eventsgroup. The business group implies, in addition to control, the unity of purpose and direction. In both cases –group and control– Article 30 of Law 222 of 1995 establishes the duty of the parent or parent to register the situation in the mercantile registry in order to publicize to third parties that the will of the company arises from a different person than the society. Likewise, Colombian legislation contemplates the possibility that control is exercised by a natural person. In this framework, Decree 667 of 2018 was issued on the registration of the control situation in the SAS by the sole shareholders when they are natural persons. The article explores the obligation to register the control situation in the shareholders of the SAS when they are natural persons, both in events of single shareholder and majority shareholder; which will lead to studying the events in which the obligation is not operative. KeywordsSimplified joint stock company, registration of the control situation, business groups, decree 667 of 2018. The article explores the obligation to register the control situation in the shareholders of the SAS corporation when they are natural persons, both in events of single shareholder and majority shareholder; which will lead to studying the events in which the obligation is not operative.

Key words: Simplified joint-stock company, registration of the control situation, business groups, decree 667 of 2018

Resumo: A lei colombiana diferencia entre a situação de controle e o grupo empresarial. Além do controle, o grupo corporativo implica unidade de propósito e direção. Em ambos os casos –grupo e controle– o artigo 30 da Lei 222 de 1995 estabelece o dever do controlador ou registrar no registro mercantil a situação, a fim de divulgar perante terceiros que a vontade da empresa surge de uma pessoa diferente da empresa. O direito colombiano prevê igualmente a possibilidade de o controle ser exercido por uma pessoa singular. Em este enquadramento foi objecto do Decreto n.º 667, de 2018, relativo ao registo da situação de controle na SAS pelos accionistas únicos quando se trate de pessoas singulares. O artigo explora a obrigação de registar a situação de controle dos accionistas da SAS quando estes são. Tal conduzirá a um estudo dos acontecimentos em que a obrigação não é aplicável.



Palavras chave: Sociedade por ações simplificada, registro da situação de controle, grupos empresariais, decreto 667 de 2018.

Résumé: La législation colombienne établit une distinction entre la situation de contrôle et le groupe d'entreprises. Outre le contrôle, le groupe de sociétés implique l'unité d'objectif et d'orientation. Dans les deux cas - groupe et contrôle - l'article 30 de la loi 222 de 1995 établit l'obligation de la partie contrôlante ou de la d'inscrire au registre du commerce la situation afin de faire savoir aux tiers que le testament de la société provient d'une personne autre que la société. La législation colombienne prévoit également la possibilité pour une personne physique d'exercer un contrôle. Dans ce cadre a été publié le décret 667 de 2018 relatif à l'enregistrement de la situation de contrôle dans la SAS par les actionnaires uniques lorsqu'il s'agit de personnes physiques. L'article explore l'obligation d'enregistrer la situation de contrôle des actionnaires de SAS lorsqu'ils sont Cela conduira à une étude des événements dans lesquels l'obligation n'est pas applicable.

Mots-clés: Sociétés à actions simplifiées, registre de la situation de contrôle, groupe d'entreprises, décret 667 de 2018.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Plan de redacción. - 1. Breve repaso de las características de la sociedad por acciones simplificada en Colombia. 2. Características de la SAS con accionista único. 3. Los grupos empresariales y la situación de control. 3.1. La situación de control como elemento integrante de los grupos empresariales. 3.2. Obligación de registro de la situación de subordinación y de la situación de grupo empresarial. 3.3. Personas naturales como controlantes. 4. Perspectivas jurídicas a partir de la expedición del Decreto 667 de 2018 frente a las SAS con accionista único. 4.1. Efectos de la inscripción de la situación de control del accionista único persona natural de la SAS. 4.2. Eventos en los cuales el accionista único de la SAS no ejerce el control. 5. 1. El registro de la situación de control en eventos de accionistas mayoritarios de la SAS. - Conclusiones. Referencias.

Introducción

La sociedad por acciones simplificada (en adelante SAS) ha consolidado diez años de existencia en Colombia desde su creación a través de la (Ley 1258, 2008), como un tipo societario con innegables beneficios y condiciones mucho más atractivas que las propias de las sociedades incorporadas en el Código de Comercio (Decreto 410, 1971) (colectiva, comandita, limitada, anónima, de hecho).

La SAS, pese a contar con su propia normatividad (Ley 1258, 2008) y a conferir una amplitud a sus accionistas para regular los estatutos de manera mucho más laxa que en las sociedades tradicionales, también queda cobijada por varias normas propias del régimen general de sociedades comerciales, en especial las referidas

a los grupos empresariales y la situación de control reguladas en el artículo 260 y 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) y la (Ley 222, 1995).

Los controlantes de la SAS deben cumplir con el deber de registro de la situación de control o grupo empresarial regulada en el artículo 30 de la (Ley 222, 1995), lo cual era claro cuando tal control era ejercido por personas jurídicas, puesto que la norma en comento se refiere a «sociedades controlantes». No obstante, con la expedición del (Decreto 667, 2018) el gobierno nacional otorgó validez a la teoría según la cual las controlantes personas naturales también deben hacer el registro correspondiente ante cámara de comercio y creó un procedimiento ágil para la inscripción de la situación de control ejercida –concretamente– por los accionistas únicos de la SAS, cuando se trate de personas naturales.

El presente artículo analiza los efectos de la situación de control en el marco de la SAS con accionistas personas naturales y mayoritarios, en especial en lo que refiere a la irrupción en el ordenamiento jurídico colombiano del (Decreto 667, 2018).

Problema de investigación

El problema que se pretende resolver en el presente artículo es el siguiente: ¿Cuáles son los efectos jurídicos de la obligación de registrar la situación de control, cuando se trata de una sociedad por acciones simplificada con accionista único o mayoritario en Colombia?

Metodología

El método usado es el dogmático, por cuando se pretende describir categorías o conceptos jurídicos, con apoyo en fuentes investigativas tales como bibliografía, sentencias, e información académica disponible en físico y en línea. Se utilizó como herramientas de investigación la revisión documental, el fichaje y el mapeo.

Esquema de resolución del problema jurídico

El esquema de resolución el problema jurídico planteado es el siguiente: (i) Se analizará brevemente las características de la sociedad por acciones simplificada en Colombia en el marco de la posibilidad de accionista único; (ii) se realizará una presentación general de la situación del control y su diferencia con los grupos empresariales; (iii) se presentará las perspectivas jurídicas a partir de la expedición del (Decreto 667, 2018) frente al accionista único; (iv) se analizará el tema del



registro de control en el marco de accionistas mayoritarios en la SAS; (v) con lo cual se tendrá bases para concluir.

Plan de redacción

1. Breve repaso de las características de la sociedad por acciones simplificada en Colombia

Sin duda es mucho lo que se ha escrito sobre las características generales de la sociedad por acciones simplificada (en adelante SAS) en Colombia, incorporada en la legislación a través de la (Ley 1258, 2008) la cual ha tenido un amplio desarrollo en la realidad económica nacional.

Existe, en primer lugar, una «redefinición de los elementos esenciales de la sociedad» (Reyes Villamizar, 2018) entre los cuales se encuentran: (i) La posibilidad de configurar la sociedad con un solo accionista (*shareholder*) tal como lo establece el artículo 1 de la (Ley 1258, 2008), situación vedada en las sociedades desarrolladas en el Código de Comercio (Decreto 410, 1971). (ii) La posibilidad incorporada en el artículo 12 de la (Ley 1258, 2008) de que las acciones se entreguen a un patrimonio autónomo (como el caso de una fiducia mercantil) siempre y cuando se identifique plenamente a los beneficiarios del patrimonio, lo cual marca una diferencia con los tipos societarios del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) en los cuales por las voces del artículo 98, la propiedad accionaria necesariamente debe estar radicada en cabeza de personas bien sea naturales o jurídicas. (iii) Posibilidad de constituir acciones en las cuales el reparto de utilidades no necesariamente esté vinculado al monto del aporte. (iv) facilidad de negociación de acciones sin necesidad de reforma estatutaria, (v) ausencia de máximos para el número de socios como en el caso de la sociedad limitada, (vi) responsabilidad limitada de los accionistas frente a obligaciones tributarias, laborales y de derecho privado que contraiga la sociedad (Sentencia C-090, 2014) (Sentencia C-237, 2014); (vii) incorporación de nuevos tipos de acciones; (viii) facilidad en el trámites como la «fusión abreviada», entre otros. (Reyes Villamizar, 2018)

El profesor Reyes Villamizar presenta las restantes características de la SAS² así: (i) simplificación de los trámites de constitución, puesto que la SAS puede

² Algunos trabajos estadísticos han analizado cuáles son las características de la SAS que más atraen a los comerciantes, especialmente en el caso de sociedad que previamente tenía otra de las formas asociativas del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) y se transformaron en SAS: «Al preguntar a los encuestados cuáles fueron las razones que los motivaron a cambiarse a la SAS, el 68% hicieron referencia a la

constituirse con documento privado con reconocimiento de firmas y solo requiere escritura pública cuando entre los aportes se encuentra algún derecho que requiera tal formalidad para perfeccionar la transferencia, como en el caso de derecho de dominio sobre bienes inmuebles. Debe acotarse que la SAS puede constituirse incluso por medios digitales (mensaje de datos y firma digital), lo cual sin duda constituye un reflejo de la irrupción de las nuevas tecnologías en las figuras comerciales³. (ii) La SAS siempre tiene un carácter comercial, saliendo de la regla general del artículo 100 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971). La SAS de manera independiente a su actividad será siempre una sociedad comercial. (iii) La (Ley 1258, 2008) en el artículo 42 incorporó la acción de desestimación de la personalidad jurídica⁴, la cual puede ser ejercida por los acreedores con el fin de perseguir los bienes de los accionistas, siempre y cuando existan supuestos de abuso y mala fe en las operaciones de la SAS. (Maldonado Narváez, 2016) (iv)

flexibilidad que provee esta estructura (el 58% eran empresas familiares y el 10% no familiares); el 16% mencionaron la reducción de costos (el 12% eran empresas familiares y el 4% no familiares); el 19% señalaron la posibilidad de crear diversos tipos de acciones (el 18% eran empresas familiares y el 1% no familiares); el 5% se refirieron a su auge en el mercado colombiano (en su totalidad eran empresas familiares); el 26% indicó que se cambió a la SAS por recomendación (el 21% eran empresas familiares y el 5% eran no familiares); el 18% escogieron todas las opciones anteriores (el 12% eran empresas familiares y el 6% no familiares). En casos puntuales mencionaron los beneficios parafiscales, la confidencialidad, el anonimato de los accionistas y la responsabilidad de los socios contra eventuales problemas financieros.» (Betancourt, Gómez, López, Pamplona, & Beltrán, 2013) Igualmente se ha establecido una relación importante entre el advenimiento de la SAS en Colombia y la formalización empresarial de las MIPYMES, lo cual ha impactado a la generación de empleo y crecimiento económico. (Rodríguez Soto & Hernández Sanchez, 2014)

³ La irrupción de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) en el mundo del comercio e incluso en el derecho procesal genera un sinnúmero de manifestaciones que conllevan un análisis jurídico detenido por parte de la doctrina. A continuación, se presentan algunos fenómenos del comercio en general y sus estudios correspondientes: (i) La SAS puede constituirse y contener sus estatutos en un mensaje de datos con firma digital de quien otorga el documento (Superintendencia de Sociedades, 2015); (ii) La contratación electrónica como una realidad ha dado lugar al nacimiento de figuras novedosas como las criptomonedas que facilitan el intercambio en la red, sin estar exenta de peligros y dificultades jurídicas. (Cárdenas Caycedo, 2016); (iii) El uso de nuevas tecnologías en esquemas de negocios altamente regulados por el estado, como el transporte, que generan dudas sobre la legalidad de las plataformas tales como UBER (Acosta López & Espinosa Salazar, 2015); (iv) La puesta en escena de los medios electrónicos está influyendo incluso en la concepción de justicia y por ende en la solución de controversias civiles y mercantiles. (Martínez Tovar, Ortiz Montoya, Torres, & López Daza, 2015); (v) La contratación electrónica ha generado también estudios sobre las particularidades tributarias (Santos Ibarra, 2017)

⁴ La acción de desestimación de la personalidad jurídica puede ser tramitada ante la Superintendencia de Sociedades, la cual ha creado una sólida postura según la cual el demandante debe cumplir con una «altísima carga probatoria» a fin de lograr la declaratoria de su pretensión, puesto que se trata de una acción de ocurrencia excepcional y que pone un alto al principio de responsabilidad limitada. Emblemáticos casos que se pueden citar son: (Sentencia N° 419-99, 2017), (Sentencia N° 800-29, 2017), (Sentencia N° 801-14, 2015), (Sentencia N° 801-10, 2013), (Sentencia N° 801-15, 2013) y la ya emblemática sentencia: (Sentencia N° 801-07, 2013)



Autonomía contractual derivada de un amplísimo margen de configuración de estatutos, siendo la (Ley 1258, 2008) en su gran mayoría de carácter puramente supletivo. (v) No existen proporciones obligatorias entre el capital autorizado, suscrito y pagado, como sí ocurre en la sociedad anónima, además de contar con un plazo más amplio (dos años) para pagar las acciones suscritas. (vi) Regulación del abuso del derecho al voto. (vii) incorporación de la figura del administrador de hecho (Reyes Villamizar, 2018) y (ix) amplia posibilidad de acudir a los métodos alternativos de solución de conflictos (Sentencia C-014, 2010).

Estas innovaciones –de las cuales aquí solo se ha presentado un resumen– han causado un vertiginoso avance y uso de la SAS en la vida comercial de país. Diversos estudios plantean un incremento paulatino del porcentaje de SAS creadas por año, del 43% de las empresas nuevas en 2009 (Cámara de Comercio de Bogotá, 2009) pasando a un 93% de las nuevas sociedades en 2012 (Morales, 2012), tendencia que se explica por las ventajas que la SAS ofrece frente a los tradicionales tipos societarios del Código de Comercio (Decreto 410, 1971). La preferencia de los comerciantes por la SAS no solo se evidencia en Colombia, sino en otros países latinoamericanos. (Arcudia Hernández, 2016)

Algunos autores consideran, empero, que los avances de la SAS son más de cara a la sociedad limitada que a la sociedad anónima. En efecto, Pablo Córdoba (2014), por ejemplo, considera que buena parte de la libertad (o contractualismo) de la SAS ya está incorporado en las sociedades anónimas; en cambio, son notables los avances de la SAS frente a la sociedad limitada, tradicionalmente conocida por su rigorismo y su menguada responsabilidad limitada que hace vulnerables a los socios frente a obligaciones laborales y tributarias (Córdoba Acosta, 2014). Para Pablo Córdoba (2014), el panorama a futuro mostraría una tendencia a conformar SAS para las pymes (pequeña y mediana empresa) y sociedades anónimas para empresa de gran envergadura, siendo entonces la limitada desplazada por la SAS (Córdoba Acosta, 2014).

2. Características de la SAS con accionista único

En el presente artículo se analiza el caso específico de la SAS cuando cuenta con un único accionista. Esta situación sólo se permite en la SAS, la cual puede ser constituida enteramente por un solo accionista, persona natural o jurídica que detentaría la totalidad de las acciones expedidas (100%). Lo anterior genera unas consecuencias a saber:

- a) Las decisiones de la compañía son tomadas directamente por el accionista único sin posibilidad, obviamente, de votos en contra. Lo anterior se puede concluir a partir de la lectura del artículo 17 de la (Ley 1258, 2008)

- b) La SAS con accionista único se encuentra igualmente obligada a llevar libros de actas y a condensar sus decisiones en tal libro. La diferencia radica en que no es obligatorio nombrar presidente y secretario, basta con la firma del accionista único o su representante; esta posición fue planteada por la Superintendencia de Sociedades en el (Concepto 220-050053, 2017)
- c) El nombramiento de los administradores recae en el accionista único, que incluso puede ejercer la representación legal del ente, tal y como lo menciona el artículo 26 de la (Ley 1258, 2008)
- d) No existe posibilidad de impugnación de decisiones sociales por parte de accionistas ausentes o disidentes. Sí se mantiene, empero, titularidad de la acción en cabeza de los administradores y revisores fiscales, a la voz del artículo 191 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971); aclarando que, en el caso de administradores, la posibilidad de la acción de impugnación de decisiones se sostiene siempre y cuando éstos cargos no sean ejercidos por el accionista único.
- e) En caso de que el accionista único utilice la sociedad en fraude a la ley o perjuicio de terceros, se abre la posibilidad de la acción de desestimación de la personalidad jurídica contemplada en el artículo 42 de la (Ley 1258, 2008), evento en el cual el accionista único entraría a responder solidariamente por las obligaciones contraídas por la sociedad⁵.
- f) Para efectos tributarios, laborales, judiciales y frente a las obligaciones tanto sociales como personales del accionista único, no debe confundirse a éste con la SAS cuya propiedad accionaria detenta. En tal sentido, por ejemplo, si se ha demandado a una SAS, quien debe contestar la demanda es ésta y el poder deberá ser conferido por la compañía, más no por el accionista único.

⁵ Acción sobre la cual la doctrina ha aclarado: «Las cargas de razonabilidad y proporcionalidad impuestas por el juez constitucional han sido honradas por el legislador en el texto de la Ley 1258 de 2008, en donde se concreta una evolución normativa de limitación del riesgo que obedece a la necesidad económica de facilitar la operación de la gran empresa. (...) Como muestra del cumplimiento de estas cargas, el legislador dispuso la posibilidad excepcional de perforar el velo corporativo o desestimar la personalidad jurídica y extender la responsabilidad de los socios, frente a cualquier acreencia, “cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros”, siempre que los accionistas o administradores hayan realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios. En este evento responderán por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Conviene citar en este punto la precisión que anota el profesor Reyes Villamizar, en el sentido de que técnicamente no se desestima del todo la personalidad jurídica de la sociedad sino uno de sus atributos, cual es la separación del patrimonio social del de los socios.» (Polanía, 2010, pág. 74)



- g) La SAS con accionista único es ideal para aquellos comerciantes que no desean asociarse con otras personas por razones de desconfianza, tamaño económico, mercado o por motivos familiares.
- h) La SAS es ideal para la formación de grupos empresariales, en efecto, para una matriz resulta mucho más fácil formar una SAS ubicándose directamente, o a través de sus filiales, como accionista única, lo cual le permite tener un control total de la SAS sin asumir el riesgo de la acción de accionistas minoritarios, por ejemplo, frente a acciones de impugnación de actos.

Esta última característica ha sido resaltada por la doctrina (Reyes Villamizar, 2018); puesto que existe una relación entre la SAS y los grupos empresariales, pudiendo fácilmente el tipo societario participar como matrices, filiales o subsidiarias, bien sea bajo la estructura de varios accionistas o de accionista único. Naturalmente, la SAS con accionista único resulta ideal para la constitución de filiales en las cuales no se desee la interferencia de nuevos accionistas y no se requiera de su capital para operar. Incluso, para grupos empresariales conformados por familias, la SAS se muestra como un ente bastante dúctil⁶ y de fácil manejo (Gaitán, 2010) , no sólo para conformar subordinadas – como podría pensarse inicialmente- sino también para matrices y controlantes.

En ese marco resulta importante indagar sobre los elementos que conforman los grupos empresariales o societarios y en especial su diferencia con la simple situación de control. Situación que se realizará en el siguiente aparte.

3. Los grupos empresariales y la situación de control

3.1. La situación de control como elemento integrante de los grupos empresariales

Los grupos son herramientas modernas de organización empresarial, la más compleja y desarrollada, que en términos de Francesco Galgano es acorde con la

⁶ Diferentes estudios demuestran que en Colombia la SAS ha sido de común uso por empresas de familia, así: «De las empresas de la muestra, el 41% eran SAS desde su creación (el 30% eran empresas familiares y el 11% no familiares) y el 59% eran producto de una transformación de otro tipo de persona jurídica a una SAS (el 54% eran empresas familiares y el 5% no familiares), lo cual refleja que la SAS es un instrumento utilizado principalmente por los empresarios de familia (84%) Reyes menciona que la gran acogida de la SAS en empresas familiares de dimensiones pequeñas podría ser un indicio del acceso a la economía formal de un número creciente de comerciantes y profesionales.» (Betancourt, Gómez, López, Pamplona, & Beltrán, 2013)

mediana y gran empresa, la cual, una vez alcanza determinados niveles de activos y participación en mercados cada vez más grandes, termina por organizarse bajo la dirección de una *holding* y un conjunto de filiales y subsidiarias, y pueden tener incluso presencia a nivel internacional (Galgano, 2009). El grupo empresarial tiene como característica principal que las filiales y subsidiarias siguen las directrices emanadas de la sociedad matriz, esta condición permite concluir que, pese a que jurídicamente son varias compañías con personalidad jurídica diferente, desde el punto de vista económico se comportan como una unidad. Los grupos son, ante todo, una realidad de la práctica empresarial.

En Colombia no existe una ley que se encargue exclusivamente de la regulación de los grupos societarios o empresariales, tal y como lo plantean los profesores Edgar Iván León y Yira Castro (2009), no obstante, existen algunas normas que permiten su entendimiento al menos en sus rasgos más generales, así: (Ley 222, 1995), (Ley 550, 1999), y (Ley 1116, 2006) (León Robayo & López Castro, 2009)

La legislación colombiana, pese a establecer los elementos del grupo, no definió específicamente la figura. En tal sentido la literatura especializada en el tema los define como:

(...) parafraseando la definición de Mercadal de grupos de sociedades, se puede afirmar que se llama grupo empresarial a conjunto constituido por varias empresas, cada una de las cuales conserva su existencia jurídica propia, unidas entre ellas por diversos lazos, en virtud de los que una de ellas, denominada matriz, mantiene a las otras bajo su dependencia, subordinadas o subsidiarias, ejerce control sobre el conjunto y hace prevalecer la unidad de dirección. En cualquier caso, se trata de mecanismos indispensables para aunar recursos mediante la concentración de capitales, trabajo y tecnología, en procura de beneficios directos para las empresas que los integran, puesto que les permite satisfacer los requerimientos de los procesos de operaciones y negocios, así como las proyecciones en los mercados nacional e internacional. (León Robayo & López Castro, 2009, pág. 315)

El artículo 28 de la (Ley 222, 1995) definió los elementos del grupo empresarial en Colombia, exigiendo dos requisitos, a saber: (i) existencia de un vínculo de subordinación y (ii) unidad de propósito y dirección. Lo anterior permite arrojar una conclusión inmediata, en la legislación colombiana existe una clara diferencia entre los conceptos «grupo empresarial» y «subordinación o control». Resulta evidente que la subordinación es solo uno de los elementos del grupo y por sí sola no lo configura, requiere de la unidad de propósito y dirección para provocar el nacimiento del grupo.

La unidad de propósito y dirección está definida en el mismo artículo 28 de la (Ley 222, 1995), cuando advierte que aquél aflora cuando pese a que cada sociedad integrante del grupo desarrolla su propio objeto social, todas persiguen un fin eco-



nómico común bajo la tutoría de la matriz. Este requisito implica que el grupo se comporta económicamente como una misma organización, persiguiendo idénticos o confluentes fines y con actitudes de bloque y no de individualidad⁷.

La doctrina considera que la unidad de propósito y dirección se evidencia en prácticas tales como: objetos sociales afines en todas las compañías del grupo, composición accionaria similar, administración de la sociedad por la misma junta directiva o bajo su influencia, representación legal en una misma persona (León Robayo & López Castro, 2009). Prácticas a las cuales es posible agregar otras tales como: una política común de responsabilidad social empresarial (RSE) (Bonilla Sanabria, 2017), unidad de publicidad, redes de servicio entre todas las integrantes del grupo, presentación ante clientes y consumidores como un grupo y uso de tal condición para prestar un mejor servicio, representación judicial coordinada o incluso conjunta, entre otras prácticas.

El grupo empresarial requiere adicionalmente de la subordinación o control, el cual surge cuando las decisiones de la sociedad no se adoptan internamente, sino que provienen de un agente externo, estando la sociedad filial o subsidiaria obligada a acatar tales directrices. La matriz es ese agente externo que puede ser una persona natural o jurídica (artículo 27 par. 1 de la (Ley 222, 1995)), no necesariamente la matriz se constituye como una persona jurídica de naturaleza societaria, bien puede tratarse de otro tipo de personas jurídicas como asociaciones, fundaciones, etc. Lo anterior ha llevado a autores como Galgano a hablar de asociaciones *holding*, o fundaciones *holding*, grupo cooperativo, *holdings* públicos, entre otras modalidades (Galgano, 2009).

La filial o subsidiaria, esto es, la sociedad que soporta el control ejercido por la matriz es normalmente una sociedad en los términos del artículo 260 y 261 del

⁷ Pablo Acosta analizando las características o requisitos de existencia de los grupos, enfatiza en la connotación jurídica y económica del grupo: «Podemos entonces decir que el grupo empresarial puede ser visto desde una perspectiva económica y una perspectiva jurídica. Así, y en primer lugar, la orientación económica implica la consideración del grupo como una sola empresa cuyas unidades se encuentran dotadas de individualidad jurídica, criterio que se basa en los siguientes factores:

- Normalmente un solo capital alimenta a todas las sociedades, es decir el de la sociedad cabeza de grupo que directa o indirectamente adquirió participaciones determinantes o totales en dichas compañías.
- Un solo capital se remunera por la actividad de cada sociedad, pues directa o indirectamente las utilidades llegan a la sociedad cabeza del grupo.
- En principio existe un solo centro en el que se toman las decisiones fundamentales.

La perspectiva jurídica nos dice que se podría tratar de una sola empresa ejercitada directamente por las sociedades subordinadas e indirectamente por la sociedad cabeza de grupo, lo que permitiría, con la utilización alternativa del atributo de la personalidad jurídica y del beneficio de la responsabilidad limitada, lograr una multiplicación del segundo, posición que es más atendible por la posibilidad de que una misma empresa sea ejercitada por varios sujetos de derecho.» (Córdoba Acosta, 2005, pág. 123)

Código de Comercio (Decreto 410, 1971). Algunos autores consideran, sin embargo, que es posible que la calidad de controlada sea ostentada por otro tipo de personas jurídicas, no necesariamente sociedades. (Córdoba Acosta, 2005)

El artículo 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) modificado por el artículo 27 de la (Ley 222, 1995), ha establecido un régimen de presunciones de control que no excluyen otras posibilidades o eventos de configuración del fenómeno; este régimen debe complementarse con el artículo 451 del Estatuto Tributario (León Robayo & López Castro, 2009). Las presunciones son:

- a) Cuando la controlante cuente con más del cincuenta por ciento (50%) del capital social de la subordinada, directamente o por intermedio de una de sus subordinadas. Para este cómputo, aclara la norma, no se tienen en cuenta las acciones con dividendo preferencial y sin derecho al voto, puesto que el voto es el mecanismo por medio del cual es posible ejercer el control.
- b) Cuando la controlante y sus subordinadas tengan el derecho a emitir los votos que a su vez constituyen la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o asamblea de accionistas de la subordinada, o cuando tengan el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los integrantes de la junta directiva. Lo que ocurre, por ejemplo, si en virtud de un negocio jurídico determinado, la controlante logra hacerse con el derecho al voto sin que necesariamente detente la propiedad de las acciones, tal como ocurre a través del contrato de mandato. Las dos presunciones mencionadas (literales a y b) son consideradas por la doctrina, como eventos de «control interno» (Córdoba Acosta, 2005).
- c) La tercera presunción es lo que la doctrina denomina «control externo» o «control contractual» (León Robayo & López Castro, 2009), se configura cuando la controlante directamente o por conducto de sus subordinadas realiza un acto o negocio jurídico⁸ con la controlada, en virtud del cual ésta última acepta someterse al control y permite que la controlante tome las decisiones que serán ejecutadas por sus órganos de administración. Este

⁸ Algunos sectores diferencian entre el «contrato de dominación» en el cual el objeto principal del negocio es la subordinación de una sociedad sobre otra, y otro tipo de contratos cuyo objetivo económico es otro, pero en razón de las condiciones del mismo la sociedad con mayor debilidad queda sometida a la voluntad de la sociedad más fuerte. Desde esta visión, la legislación colombiana habría contemplado el segundo tipo de contratos en el numeral tercero del artículo 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) y no así el primer tipo. (Córdoba Acosta, 2005)

tipo de contrato tiene la característica que no altera la propiedad accionaria de las sociedades implicadas.

4. En el artículo 451 del Estatuto Tributario (Decreto 624, 1989) se establece una cuarta presunción o modalidad de subordinación, consistente en que al menos dos controlantes participen del cincuenta por ciento (50%) o más de las utilidades de la subordinada, y que además se configure entre estas una de las causales de «vinculación económica» establecida en el artículo 450 del mismo estatuto.

Es necesario hacer énfasis en que los supuestos de control del artículo 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) no son presunciones de derecho, sino puramente legales y admiten prueba en contra, y por otro lado, no son taxativos (Concepto 220-001946, 2016).

Es posible que dos sociedades se encuentren en los supuestos de control del artículo 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), pero al no contar con la unidad de propósito y dirección, no configuran un grupo empresarial. En consecuencia, el control o subordinación es una condición del grupo empresarial, pero claramente se trata de situaciones diferentes; acudiendo a una expresión de uso común en la enseñanza: todo grupo empresarial conlleva la situación de control, pero no toda situación de control implica la existencia de grupo empresarial (Córdoba Acosta, 2005).

Un ejemplo de configuración de control sin la existencia de un grupo societario ocurre en el evento en el que un acreedor de una sociedad llega a un acuerdo con ésta para el pago de las obligaciones, en virtud de dicho acuerdo los accionistas de la deudora transfieren como forma de pago un número de acciones que equivalen al cincuenta por ciento o más del capital suscrito. La sociedad acreedora sin duda obtiene el control de la subordinada, pero no la integra a su esquema de negocios y detenta la propiedad en tanto transfiere la misma o incluso la desmantela para hacerse con los activos como forma de pago. En este caso es claro que existe subordinación o control, pero no se configura la unidad de propósito y dirección, lo que, a su vez, genera la inexistencia del grupo empresarial.

3.2. Obligación de registro de la situación de subordinación y de la situación de grupo empresarial

Los efectos de la existencia de los supuestos de grupo empresarial o de la situación de control únicamente, se encuentran reglados en ley. El primer efecto a mencionar es la obligación de inscribir en el registro mercantil la situación correspondiente (bien sea de grupo o de control), la cual se anota en el correspondiente

certificado de existencia y representación legal tanto de controlante como de la subordinada.

La obligación de inscribir la situación de control se encuentra contenida en el artículo 30 de la (Ley 222, 1995), para cumplirla es necesario que la controlante o matriz haga constar en un documento privado tal situación incluyendo nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados y el presupuesto que genera la situación del control. El documento debe presentarse ante las cámaras de comercio en las cuales se encuentren registradas todas las sociedades participantes de la situación. La inscripción debe realizarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la configuración de la situación de control, en caso de no hacerlo en dicho plazo la Superintendencia de Sociedades o Financiera, según corresponda, procederá a realizarlo de oficio o a petición de parte, sin perjuicio de las multas por el incumplimiento de la obligación de carácter legal.

El mismo artículo 30 de la (Ley 222, 1995) establece que en caso de darse los supuestos de existencia de grupo empresarial (control más unidad de propósito y dirección) debe registrarse tal hecho en los mismos términos ya mencionados, en tal caso no es necesario hacer el registro de la situación de control, puesto que se entiende incluida.

Finalmente, la norma en cita prevé que las cámaras de comercio deben incluir dicha información en el certificación de existencia y representación legal, lo cual, por supuesto, tiene simplemente efectos de publicidad y no constitutivos; es decir, el registro no es un presupuesto de existencia del grupo empresarial o del control, sino simplemente un acto de publicidad del mismo que informa a terceros que la subordinada no emite su voluntad libremente sino bajo el cobijo de las directrices de la controlante.

3.3. Personas naturales como controlantes

De la lectura del artículo 30 de la (Ley 222, 1995) es fácil concluir que la obligada a realizar la inscripción es la «sociedad controlante» lo que ofrece serias dudas en caso de que ésta sea otro tipo de persona jurídica o incluso una persona natural. Sin embargo, la Superintendencia de Sociedades ha establecido que la obligación de inscribir la situación de control no se predica solo de entes societarios, sino de otro tipo de personas jurídicas e incluso naturales (Concepto 22050924, 1996).

La posibilidad de que las personas naturales se constituyan en controlantes emerge del mismo artículo 260 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), norma que establece que la controlante o matriz serán otras personas, sin hacer precisión al respecto, lo cual permite concluir que se trata de personas naturales o jurídicas



de cualquier naturaleza. Situación que es confirmada por el artículo 261 parágrafo primero del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), donde claramente se hace referencia al control ejercido por personas naturales y por personas jurídicas de naturaleza no societaria (León Robayo & López Castro, 2009).

La doctrina colombiana desde el año 2010, es decir, a dos años de expedida la (Ley 1258, 2008), había llamado la atención sobre la exigencia de registro de la situación de control aún en el evento de accionistas personas naturales. Andrés Gaitán explicó:

Llama la atención que a pesar del carácter de sociedad por acciones del nuevo tipo societario regulado en la Ley 1258, no se establecen excepciones respecto de lo dispuesto en el citado artículo 30, en concordancia con el artículo 261 del Código de Comercio, por lo cual quien posea más del 50% de las acciones deberá cumplir con esta obligación, salvo que pueda desvirtuar la presunción de control en la que se encuentra. En esta situación se incluye el caso del accionista único, persona natural o jurídica, que deberá revelar en el registro mercantil su calidad de controlante. Sobre este particular habría podido incluirse una disposición que excluyera a las personas naturales controlantes de una sola sociedad del cumplimiento de la inscripción en las cámaras de comercio, para mantener la reserva en estos casos que sólo hay control por parte de una persona natural y no por un grupo de sociedades. (Gaitán, 2010, pág. 106).

Contrario a lo que esperaba el autor de la cita transcrita, el avance normativo fue en el sentido contrario: el (Decreto 667, 2018) dejó claro que el accionista único de una SAS, pese a ser persona natural, tiene el deber de registrar la situación de control para lo cual se le facilitará un formato, pudiendo el accionista desvirtuar la presunción que le cobija.

4. Perspectivas jurídicas a partir de la expedición del Decreto 667 de 2018 frente a las SAS con accionista único

El Gobierno Nacional expidió el (Decreto 667, 2018) por medio del cual se establece un trámite para facilitar la inscripción del control en las SAS con accionista único. La norma está dirigida a los eventos en los cuales una SAS es constituida por una sola persona natural, detentando el 100% del accionariado, al encontrarse en una de las presunciones del artículo 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), esto es, detentar más del 50% de las acciones, resulta la SAS incurso en una situación de subordinación.

El tema es relevante por cuanto muchos comerciantes, inscritos en el registro mercantil como persona natural, decidieron constituir una SAS con el objetivo de beneficiarse de las características del tipo societario, principalmente para cobijarse

con la responsabilidad limitada y la separación de patrimonio que se producen. Para tal fin surgen a la vida SAS de único accionista, detentando el 100% de las acciones suscritas. En este tipo de eventos y conforme el (Decreto 667, 2018), queda claro que debe inscribir la situación de control.

Cabe preguntarse si la obligación de registrar el control para las personas naturales que ostenten la calidad de accionista único de la SAS es impuesta por el (Decreto 667, 2018). De manera evidente resulta que esto no es así, la obligación de inscripción de la situación de control emerge del artículo 30 de la (Ley 222, 1995) en todos los supuestos contemplados en el artículo 27 de la misma ley, entre los cuales se encuentra detentar más del 50% de las acciones, cuotas o partes de la compañía. En consecuencia, el deber de registrar la situación de control del accionista único de la SAS no es nueva en Colombia ni fue impuesta por el (Decreto 667, 2018), venía de tiempo atrás en la legislación.

Incluso, debe aclararse que la obligación de inscribir la situación de control no se predica únicamente del accionista único de la SAS como podría pensarse, sino de todo aquel que se encuentre en las presunciones de que trata el artículo 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971). Así, por ejemplo, si una SAS es conformada por dos socios donde uno detenta el 70% y el otro el 30% de las acciones, el mayoritario debe inscribir la situación de control.

En contravía de la explicación mencionada puede afirmarse que el (Decreto 667, 2018) se dirige a las SAS con accionista único, y que si la SAS cuenta con dos o más accionistas estaría fuera de la órbita de aplicación del decreto. Frente a esta interpretación debe aclararse que efectivamente una SAS con dos o más accionistas no se encuentra dentro de los linderos del mentado decreto, pero la obligación de inscribir el control no emerge de esta norma sino del artículo 260 y 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) y del artículo 30 de la (Ley 222, 1995). Siendo ello así, entonces ¿en qué consiste la novedad del (Decreto 667, 2018)?

El (Decreto 667, 2018) incorpora únicamente un mecanismo más ágil para que el accionista único de la SAS registre la situación de control sobre la compañía al momento de constituirla. El objetivo de la norma es que el accionista único no soslaye –bien por olvido, desconocimiento o mala fe– la obligación de registro contenida en el artículo 30 de la (Ley 222, 1995). El (Decreto 667, 2018), en consecuencia, no presenta novedad o cambios en el régimen de control en Colombia, sólo simplifica su trámite para accionistas únicos de la SAS.

Siendo así las cosas, según prescribe el (Decreto 667, 2018), cuando se presente ante una cámara de comercio una SAS con accionista único persona natural para ser inscrita en el registro mercantil, la obligación de la cámara es la de suministrar al constituyente un formato para que éste se inscriba como controlante y con ello



cumplir el artículo 30 de la (Ley 222, 1995) de manera más fácil y sencilla. La idea es que el constituyente diligencie el formato y junto con la constitución de la nueva compañía, se registre la situación de control existente, determinando quién ejerce dicha potestad.

En el evento de que una SAS nazca con dos o más accionistas, pero el mayoritario detente entre el 51% y el 99% de las acciones, no se aplica el (Decreto 667, 2018), es decir, no le será suministrado el formato para inscribir la situación de control, puesto que no se encuentra en el evento de una SAS con accionista único. No obstante, sí está en la obligación de registrar la situación de control, sólo que sin el trámite ágil y fácil que contempla el (Decreto 667, 2018) y debe hacerlo motu proprio.

El (Decreto 667, 2018) aclara que, si además de la situación de control existe unidad de propósito y dirección, configurándose no solo el control sino un auténtico grupo empresarial (artículo 28 de la (Ley 222, 1995)), el trámite de registro del grupo debe igualmente realizarse, para lo cual no resulta necesario hacer además la inscripción de la situación de control, puesto que la de grupo conlleva la de control, tal y como lo ordena el inciso tercero del artículo 30 de la (Ley 222, 1995)

El (Decreto 667, 2018) no se aplica a los eventos en cuales la SAS cuente con accionista único persona jurídica, exclusión que debe entenderse únicamente en el sentido que no debe entregarse el formato de que trata el (Decreto 667, 2018), cuando el accionista único de una SAS es una persona jurídica, pero de ningún modo exonera a la sociedad controlante a registrar la situación de control ordenado por la (Ley 222, 1995).

Frente a temas tributarios, el (Decreto 667, 2018) en el párrafo segundo del artículo primero, establece que la inscripción del documento o formato que le es suministrado al accionista único cuando constituye una SAS con el fin de que informe del control, causa el pago del impuesto de registro y los derechos de inscripción con la base gravable y la tarifa establecida en la ley⁹.

Finalmente, el (Decreto 667, 2018) contiene dos elementos adicionales que merecen un comentario especial:

⁹ Existen dudas sobre la legalidad del decreto el punto tributario, puesto que: « En segundo lugar, resulta extraño –por decir lo menos– que a través de un decreto de naturaleza comercial se esté ampliando (o modificando) el hecho generador del impuesto de registro para incorporar, en él, el registro de actos que, por mandato del artículo 226 de la ley 223 de 1995, están expresamente excluidos del mismo, tal como lo son el registro de “actos o providencias que no incorporan un derecho apreciable pecuniariamente a favor de una o varias personas, cuando por mandato legal deban ser remitidos para su registro por el funcionario competente”. Esta extralimitación del decreto sobre una ley que claramente exonera del mencionado impuesto el registro de tal tipo de documentos, implica que tal disposición –de ser demandada– pueda ser declarada nula.» (Sanín Gómez, 2018, pág. 15)

- a) Debe analizarse las consecuencias de la inscripción de la situación de control por parte del accionista único de la SAS.
- b) El decreto prevé que el accionista único de la SAS puede rehusar la inscripción como controlante, lo cual debe hacerlo manifestándolo por escrito y explicando las razones por las cuales considera que no ostenta el control de la compañía y si considera que otra persona es el controlante, debe informar el nombre e identificación de esa persona. Tal documento se remitirá por la cámara de comercio a la Superintendencia de Sociedades.

Estos elementos pasan a dilucidarse en los siguientes apartes de este artículo.

4.1. Efectos de la inscripción de la situación de control del accionista único persona natural de la SAS

El (Decreto 667, 2018) no estableció elementos nuevos en materia de obligaciones para los controlantes, solo se trató, como quedó dicho, de un trámite que simplificó la inscripción del control ante el registro mercantil en casos de SAS con accionista único persona natural.

Las obligaciones de la SAS con accionista único persona natural, siguiendo con la línea argumentativa expuesta, son las mismas de cualquier controlante, tal y como lo regulan las normas comerciales y tributarias. En consecuencia, el accionista único persona natural en calidad de controlante adquiere las siguientes obligaciones:

- a) Debe registrar la situación de control, tal como quedó expuesto, generando así un elemento de publicidad que se hará visible en el certificado de existencia y representación legal de la subordinada. (art. 30, (Ley 222, 1995).
- b) Debe registrar cualquier situación en el cambio del control ante el registro mercantil (artículo 30 (Ley 222, 1995) y (Decreto 667, 2018). Así, por ejemplo, si el accionista mayoritario transfiere parte de las acciones a otra persona natural o jurídica y pierde la calidad de mayoritario, deberá informar de la operación a la cámara de comercio para que realice el registro respectivo.
- c) Debe presentar los estados financieros consolidados, obligación contenida en el artículo 35 de la (Ley 222, 1995)¹⁰ y que la norma impone no solo

¹⁰ Art. 35 Ley 222 de 1995: «La matriz o controlante, además de preparar y presentar estados financieros de propósito general individuales, deben preparar y difundir estados financieros de propósito general

a la matriz sino también a la controlante (Narváez García, 2008). La Superintendencia de Sociedades aclaró que en un principio esta obligación estaba dirigida a las controlantes personas jurídicas de cualquier tipo; ahora, frente a las personas naturales, en una primera etapa se exigía sólo a las personas naturales comerciantes quienes debe llevar contabilidad, en consecuencia, las personas naturales no comerciantes no debían consolidar estados financieros. Sin embargo, la misma Superintendencia de Sociedades aclaró en una segunda etapa, que el advenimiento de las NIIF¹¹ implicó que el Grupo de Investigación y Regulación Contable expidiera un concepto (Concepto 115-093437, 2016) en el cual se aclara que frente a la situación de control ejercida por una persona natural no comerciante, debe ésta presentar estados financieros consolidados (Concepto 220-231898, 2017).

- d) En caso que el accionista único de la SAS no inscriba la situación de control, podrá hacerlo la Superintendencia de Sociedades junto con las multas a que haya lugar, tal como lo establece el artículo 30 inciso segundo de la (Ley 222, 1995)¹².
- e) Frente al denominado principio de la no imbricación¹³, contenido en el artículo 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), éste sólo opera cuando la controlante es una sociedad con cuotas, partes o acciones, las

consolidados, que presenten la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio, así como los flujos de efectivo de la matriz o controlante y sus subordinados o dominados, como si fuesen los de un solo ente.

Los estados financieros de propósito general consolidados deben ser sometidos a consideración de quien sea competente, para su aprobación o improbación.

Las inversiones en subordinadas deben contabilizarse en los libros de la matriz o controlante por el método de participación patrimonial.»

¹¹ Las NIIF (Normas Internacionales de Información Financiera) fueron adoptadas en Colombia por medio de la ley 1314 de 2009, en la cual se buscó la armonización de las prácticas contables nacionales con los estándares internacionales diseñados por la Junta de Normas Internacionales de Contabilidad o International Accounting Standards Board (IASB) con sede en la ciudad de Londres (Reino Unido).

¹² La Superintendencia de Sociedades tiene facultades para inscribir forzosamente la situación de control e incluso la de grupo empresarial en el registro mercantil, caso en el cual, y teniendo en cuenta que la controlante no cumplió con su deber, se producirían multas impuestas por la mencionada entidad. Estas decisiones de la Superintendencia de Sociedades constituyen actos administrativos que pueden controvertirse ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Si se desea consultar un caso en el cual se haya ejercido la acción mencionada en supuestos de registro de la situación de control, ver: (Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, 2010)

¹³ El principio de la no imbricación también es denominado «prohibición de participación recíproca» y este tipo de negociaciones es sancionada con la ineficacia. (León Robayo & López Castro, 2009) Esta prohibición consiste en que básicamente, las subordinadas no pueden tener participación en el capital social de sus matrices o controlantes, es decir, no pueden detentar la propiedad de acciones, cuotas o partes de

cuales no pueden ser adquiridas por las subordinadas. Naturalmente, esta prohibición no puede darse en los supuestos en que la controlante sea una persona natural.

- f) Comprobación de operaciones: una vez incurra la subordinada y la controlante en la situación del control, las superintendencias respectivas tienen facultades para comprobar las operaciones que realicen entre sí la subordinada y la controlante. La autoridad administrativa podrá imponer multas o incluso suspender las operaciones cuando advierta que son irreales, o que se realizan en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado, o en perjuicio del Estado, de los socios o de terceros.

Las sanciones administrativas no excluyen las acciones indemnizatorias que los socios o terceros afectados puedan adelantar en contra de quienes causaron perjuicios con las operaciones ya mencionadas. Punto en el cual debe mencionarse el artículo 31 de la Ley 222 de 1995 incorporada al artículo 265 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971). Cabe preguntarse si esta disposición se extiende al caso del control ejercido por personas naturales, puesto que la norma hace referencia a operaciones celebradas entre «una sociedad y sus vinculados», a lo que se responde en el sentido que la expresión «y sus vinculados» no se refiere solo a las subordinadas sino a las controlantes, puesto que en caso de haber querido el legislador referirse a uno u otro, habría utilizado sus denominaciones naturales y no el término genérico «vinculadas».

En conclusión, en las SAS con accionista único, la Superintendencia de Sociedades tendrá facultades amplias para comprobar las operaciones entre el accionista único en su calidad de controlante y la SAS como subordinada.

- g) Pago de dividendo en subordinadas: El artículo 455 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) regula el reparto de dividendos en las sociedades anónimas, junto con un párrafo que fue incluido por el artículo 33 la (Ley 1258, 2008), en el cual se establece que en casos de control solo podrá pagarse el dividendo liberando acciones o cuotas liberadas de la misma sociedad, a los socios que así lo acepten (Narváez García, 2008).

Es importante analizar si esta norma es aplicable a la SAS, objeto de estudio de este artículo, para lo cual debe tenerse en cuenta que el artículo

las sociedades que las controlan. Esta prohibición es ampliamente reconocida en la doctrina y en la ley como una consecuencia del control societario. (Franco Mongua & Rey Guerrero, 2017)



45 de la (Ley 1258, 2008)¹⁴ establece que en lo no previsto en la citada ley, se aplicarán las disposiciones de los estatutos y a falta de estas, por las regulaciones de la sociedad anónima. Sobre el tema de dividendos en situación de control, la ley de la SAS no establece ninguna precisión. En consecuencia, la SAS debe atenerse a lo establecido en los estatutos de la misma; en caso de que los estatutos guarden silencio, deberá aplicarse el artículo 455 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), propio de las sociedades anónimas, y requerir la aceptación de los accionistas.

Lo anterior es aplicable a las SAS con más de un accionista, donde uno de ellos ejerce el control. Ahora bien, el tema de este artículo se centra en la SAS con accionista único, en donde el evento del reparto de dividendos con acciones sin la voluntad de uno de los accionistas nunca ocurre, por obvias razones. Por lo tanto, en la SAS con accionista único no se da aplicación al párrafo del artículo 455 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), por cuanto al ser un único accionista el que toma las decisiones, no existen otros accionistas que estén en desacuerdo con la decisión.

- h) Información del cambio de control en sociedad accionista de una SAS. El artículo 16 de la (Ley 1258, 2008) prevé que es posible incorporar a los estatutos una obligación de información en cabeza de las sociedades accionistas de una SAS, en el evento de que aquellas sufran algún cambio en su propia situación de control. En este evento la asamblea de la SAS puede excluir a la sociedad accionista que ha sufrido cambios en la situación de control.

Este tipo de medidas operan en las SAS con varios accionistas, puesto que en la SAS con accionista único resulta absurdo que sesione para determinar si se autoexcluye de la compañía.

- i) Control de integraciones empresariales: el artículo 9 de la (Ley 1340, 2009)¹⁵ regula el tema del control de integraciones empresariales realizadas por

¹⁴ La Superintendencia de Sociedades ha explicado en varias ocasiones que las disposiciones de la sociedad anónima se aplican a la SAS solo en defecto de los estatutos. Igualmente, las disposiciones del régimen general de sociedades se aplican en defecto de las normas de la sociedad anónima. Ver. (OFICIO 220-284146, 2017), (OFICIO 220-202141, 2017), (OFICIO 220-139176, 2017).

¹⁵ ARTÍCULO 9o. Ley 1340 de 2009: «CONTROL DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES. El artículo 4o de la Ley 155 de 1959 quedará así:
Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

empresas se dediquen a una misma actividad económica o participen de una misma cadena de valor, cuando pretendan fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse bajo cualquier modalidad. La norma fija la obligación de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio –como autoridad nacional en materia de libre competencia¹⁶– cuando se cumplan los requisitos ahí establecidos, con el fin de que la SIC autorice la operación¹⁷. En el evento de que individualmente o en conjunto las empresas a integrarse no alcancen el 20% del mercado relevante, se entiende autorizada la operación y únicamente deben informar a la SIC sin necesidad

1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o

2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.

En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% <sic> mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.

En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.

PARÁGRAFO 1o. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el Superintendente se abstenga de objetar una integración pero señale condicionamientos, estos deberán cumplir los siguientes requisitos: Identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración.

PARÁGRAFO 3o. Las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio.»

¹⁶ No obstante, se han presentado discusiones sobre algunos sectores tales como el aeronáutico, donde problemas sobre la libre competencia y su afectación a los consumidores han sido objeto de análisis, especialmente en lo referente a los precios excesivos que algunos usuarios denuncian, en aquellas rutas en las cuales determinadas compañías ostentan posición dominante. (Montezuma Martínez, 2015)

¹⁷ La libre competencia no solo es protegida desde una visión legal sino también desde una perspectiva constitucional, que incluso ha sido considerada como un derecho con una doble connotación, por un lado, en cuanto derecho individual y por otro como un derecho colectivo. (Correa Henao, 2008)



de que ésta se pronuncie. La reglamentación de este tipo de autorizaciones se encuentra establecida en la (Ley 1340, 2009).

En el caso de una SAS que pase a someterse al control de otra sociedad comercial o de una persona natural comerciante como accionista único, debe analizarse en los términos de la (Ley 1340, 2009) si la operación debe ser autorizada o no, por la SIC. En caso de creación de nuevas sociedades, no es necesario solicitar dicha autorización, puesto que es claro que la Ley 1340 de 2009 se refiere a sociedades ya existentes en la cual una adquiere el control de otra, generando riesgo de afectación a la libre competencia.

- j) Ejercicio de acción subsidiaria de responsabilidad en caso de liquidación judicial. Es este uno de los efectos más delicados que surgen de la situación de control ejercido sobre una sociedad comercial. La expedición del (Decreto 667, 2018) deja en claro que los accionistas únicos personas naturales de la SAS deben registrar la situación de control, con lo cual quedan sometidos a los efectos de la acción de los acreedores en los términos del artículo 61 de la (Ley 1116, 2006); pero debe aclararse que el (Decreto 667, 2018) únicamente facilita el registro de la situación de control, por lo tanto cualquier accionista que se encuentre en los supuestos del artículo 260 y 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), debe registrar también la situación de control, e igualmente queda sometido a los efectos de la (Ley 1116, 2006).

La (Ley 1116, 2006) es el régimen de insolvencia empresarial vigente en Colombia, y en su artículo 61 reglamenta la responsabilidad de los controlantes frente al concurso de la subordinada. La norma establece que en aquellos eventos en los cuales la insolvencia o liquidación judicial de la subordinada haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones de la matriz o controlante, en el marco de la relación de subordinación y en interés de éstas o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del interés de la sociedad concursada, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de la fallida. La norma incluso presume que la sociedad subordinada se encuentra concursada por las actuaciones derivadas del control, presunción que sin duda es legal (*juris tantum*) y por lo tanto admite prueba en contra (Narváez García, 2008).

Para lograr la declaratoria de esta responsabilidad subsidiaria en contra de la matriz, se requiere del ejercicio de una acción judicial autónoma e independiente del concurso, pero que se adelanta ante el mismo juez y con una caducidad de cuatro años. El proceso sin duda es un declarativo, verbal o verbal sumario dependiendo de la cuantía.

Frente a esta acción deben aclararse varios puntos: (i) No se trata de responsabilidad directa, es decir, no puede perseguirse a los accionistas de una SAS concursada por ese solo hecho, sino que requiere de la declaración judicial a través de una acción tramitada conforme el artículo 61 de la (Ley 1116, 2006). (ii) El ejercicio de la acción judicial para lograr la responsabilidad de la controlante no siempre resultará con sentencia a favor de los demandantes, si bien los acreedores o incluso el liquidador de la subordinada pueden accionar contra los controlantes en caso de concurso, y pese a que están cobijados por la presunción de que la insolvencia fue producida por los hechos de la matriz o controlante, es claro que ésta puede desvirtuar tal presunción y demostrar en el proceso que la insolvencia es causada por elementos extraños a su propio actuar, por ejemplo, por situaciones adversas en el mercado o incluso por la acción de terceros en el marco de actos constitutivos de infracciones al derecho de la competencia. (iii) La norma incluye a las matrices y controlantes, por lo tanto y siguiendo las voces del artículo 260 y 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) opera para aquellos esquemas empresariales donde se configure el grupo y en los cuales solo se presente el control. (iv) Por tratarse de una acción de responsabilidad debe demostrarse por los accionantes el daño y los perjuicios causados, y en caso de resultar victoriosos la parte vencida será condenada al pago de la indemnización que queden demostradas en el proceso.

Como quedó dicho, la SAS de accionista único persona natural (regulada la inscripción del control en el (Decreto 667, 2018)), al constituirse éste en un controlante puede ser objeto pasivo de la acción de que trata el artículo 61 de la (Ley 1116, 2006), cuando la SAS subordinada incurra en insolvencia o liquidación en los términos de dicha ley. Debe aclararse, que en caso de que la SAS tenga accionista único persona jurídica o varios accionistas, pero uno ejerza control, también serán objeto de la citada acción. Es importante aclarar que se trata entonces de una limitación al principio de responsabilidad limitada consagrado en el artículo 1 de la (Ley 1258, 2008) para la SAS, siempre que se acrediten los supuestos ya mencionados.

4.2. Eventos en los cuales el accionista único de la SAS no ejerce el control

Una de las innovaciones del (Decreto 667, 2018) es reconocer que la persona natural que además ostente la categoría de accionista único de una SAS, no necesariamente ejerce el control de la compañía, pese a su privilegiada posición. El inciso segundo del artículo primero del Decreto 677 de 2018 que modificó el artículo 2.2.2.41.6.1 del (Decreto 1074, 2015), establece que en tal evento el constituyente



deberá informar la persona que ejercer el control y el fundamento de su afirmación con destino a la Cámara de Comercio.

Cabe preguntarse por los eventos en los cuales una persona natural accionista único carece del control de la SAS, lo que abriría la puerta a la manifestación que plantea la norma transcrita. A título enunciativo, y sin pretender hacer una lista cerrada, se presentan los eventos en que esto ocurre:

- a) Negocio jurídico que implica que el control es ejercido por un tercero: El artículo 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) contempla una modalidad de control que no surge de la propiedad sobre acciones, cuotas o partes (acciones para el caso de la SAS) o de la posibilidad de ejercer mayorías en las asambleas o juntas directivas, sino que emerge de un negocio jurídico. En efecto el numeral tercero del mencionado artículo, prevé la posibilidad de celebrar un acto o negocio entre matriz o controlante y la subordinada, en virtud del cual ésta acepta adoptar todas las decisiones de la primera. Este tipo de negocio, lógicamente supone una contraprestación a favor de la sociedad que renuncia a adoptar por sí misma sus decisiones para someterse a la voluntad de otra persona.

En el caso que una SAS con accionista único persona natural haya celebrado un negocio o acto de los regulados en el numeral tercero del artículo 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), es evidente que carece del control y deberá informar frente a la cámara de comercio respectiva, la persona natural o jurídica que realmente ejerce el control en virtud de ese acto o contrato.

Debe tenerse en cuenta que el controlante por medios contractuales o negociales (art. 261 núm. tercero del Código de Comercio (Decreto 410, 1971)), tiene el deber de registrar en cámara de comercio la situación de control, en los términos de artículo 260 a 265 del mismo código y de la (Ley 222, 1995), como ya se ha explicado ampliamente en este documento.

- b) Contrato de promesa de sociedad: El contrato de promesa de sociedad se encuentra regulado en el artículo 119 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) y al no encontrarse desarrollado en la (Ley 1258, 2008), le es plenamente aplicable a la SAS. Por medio de este contrato, las partes contraen una obligación de hacer consistente en conformar una sociedad comercial bajo unos parámetros previamente fijados, el contrato debe realizarse por escrito por así exigirlo la norma (Reyes Villamizar, 2016).

Es perfectamente plausible que en un contrato de promesa de sociedad se establezca que la SAS será constituida únicamente por uno de los

promitentes, suscribiendo la totalidad de las acciones, quien posteriormente y en cumplimiento el contrato mencionado, transfiere parte de la propiedad accionaria a los restantes promitentes, o como accionista único emite acciones nuevas que serán adquiridas por los promitentes. Este tipo de negociación permite la rápida constitución del ente societario y luego la inclusión de los restantes accionistas.

En el evento propuesto, resulta evidente que el accionista único persona natural que constituye la SAS no es realmente controlante de la misma, puesto que su vocación es meramente temporal y en virtud del contrato de promesa, esa situación de control cambiará rápidamente. Ahora bien, teniendo en cuenta que el traspaso de las acciones puede estar sujeta a contraprestaciones previas de los demás promitentes, es posible que el accionista único termine por no transferir los títulos a los promitentes, en razón, por ejemplo, de un incumplimiento previo; en este caso, sin duda, deberá el accionista único que ha decidido quedarse con el control de la compañía, inscribir en el registro mercantil esta novedad.

- c) Contratos sobre las acciones: Puede ocurrir que se haya celebrado un contrato sobre las acciones que están por emitirse, por ejemplo, de compraventa, anticresis o mandato, en virtud del cual el accionista único en un corto plazo entregue la titularidad en las acciones a uno o varios terceros, o bien confiera un mandato en virtud del cual un tercero tiene el derecho a emitir los votos en la asamblea de accionistas. En este evento, el accionista único persona natural que constituye la SAS deberá informar ante la cámara de comercio que una vez expedidas las acciones, un tercero las recibirá en compraventa, anticresis o tendrá derecho a emitir los votos en virtud de un contrato de mandato. Este tipo de negocios pueden ampliarse no solo a los enunciados, sino a cualquier contrato que entregue la posibilidad de la toma de decisiones a terceros.
- d) Cuando el accionista único sea mandatario o representante a cualquier título de otra persona natural o jurídica: Otro evento en el cual el accionista único persona natural de una SAS no sería controlante ocurre cuando actúa por encargo de un tercero, piénsese por ejemplo en un accionista de otra compañía a quien se le encarga constituir una SAS que actúe en conjunto con la primera empresa en un determinado negocio; o bien en la instrucción de una sociedad a alguno de sus administradores para que constituya una SAS con algún fin económico o comercial; o bien que un bloque de accionistas mayoritarios o minoritarios en otra compañía impongan la obligación a uno de los integrantes del bloque para que constituya una SAS a fin de continuar con la actividad comercial en otra persona jurídica. En este evento, es claro



que el accionista de la nueva SAS no actúa en por cuenta propia, sino por cuenta ajena, y existen uno o varios terceros que son quienes imponen al accionista único obligaciones e instrucciones sobre las operaciones que realizará la nueva SAS. Ante las situaciones mencionadas, el accionista único no será controlante y deberá informar tal situación a la cámara de comercio respectiva.

5. El registro de la situación de control en eventos de accionistas mayoritarios de la SAS

Debe analizarse ahora la situación de la SAS y los accionistas mayoritarios, puesto que se podría creer, de forma equívoca, que los mayoritarios en una SAS al tratarse de personas naturales, se encuentran exentos de registrar la situación de control.

Lo primero que debe aclararse es que el (Decreto 667, 2018) está dirigido únicamente a SAS con único accionista, persona natural, que detenta el cien por ciento de las acciones de la compañía. En este caso, como se ha repetido a lo largo de este artículo, el decreto no crea la obligación de registrar la situación de control, puesto que dicha obligación emana del artículo 260 y 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), sino que establece un mecanismo más ágil para dicho registro, el cual se consolida a través de la entrega de un formato al momento de constituir el ente societario con el objetivo de ser diligenciado por el accionista único.

El (Decreto 667, 2018) si reafirma que la situación de control o incluso la calidad de matriz de un grupo empresarial, puede estar radicada en cabeza de una persona natural (párrafo primero del artículo 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971)).

Resulta claro que el (Decreto 667, 2018) no excluye otros eventos de control ejercido por personas naturales o jurídicas, caso en el cual los controlantes obligatoriamente deben registrar la situación, pese a que el formato de que trata (Decreto 667, 2018) no les sea suministrado al momento de constituir la SAS. A continuación, se analiza los dos casos:

(i) El accionista único de la SAS es una persona jurídica: el (Decreto 667, 2018), artículo primero, en su párrafo deja claro que la persona jurídica que detenta el cien por ciento de las acciones suscritas de la SAS debe inscribir la situación de control, pero el formato no le será entregado.

(ii) Accionistas mayoritarios de una SAS: cuando una SAS tenga más de un accionista, puede ocurrir que ninguno detente la mayoría suficiente para controlar

la asamblea (ejemplo cinco accionistas detentan cada uno el veinte por ciento de las acciones), en este caso no existe situación de control y por ende no debe hacerse registro de tal hecho. La otra posibilidad es que la composición accionaria establezca que uno o varios de los accionistas sí controlan la asamblea, (ejemplo el accionista A tiene el 51% de las acciones suscritas y el restante 49% se reparte entre cuatro accionistas), en este evento el mayoritario debe registrar la situación de control, por así ordenarlo el artículo 30 de la (Ley 222, 1995) y los artículos 260 y 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971). Se itera, a pesar de que no le será entregado el formato de que trata el (Decreto 667, 2018).

El caso de los accionistas mayoritarios resulta interesante, puesto que son varias las posibilidades en las que personas naturales pueden detentar la calidad de mayoritario, teniendo la capacidad de imponer su voluntad en la asamblea¹⁸. La conclusión que permite arrojar el análisis propuesto a lo largo de este artículo, es que, si la calidad de mayoritario es detentada por una persona natural, en el escenario de una SAS, debe registrar la situación de control en los términos del artículo 30 de la (Ley 222, 1995). A continuación, se presentan los eventos de control ejercido por personas naturales en SAS con varios accionistas:

- a) Accionista que detenta más del 50% de las acciones de la compañía: Es el evento contemplado en el numeral primero del artículo 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), y el ejemplo resulta bastante fácil de construir: cinco accionistas personas naturales, donde uno de ellos detenta el 51% o más de las acciones suscritas, mientras que el restante 49% se reparte entre los otros cuatro accionistas. En este caso, el accionista mayoritario deberá registrar la situación de control, quedando sometido a todos efectos de dicha situación ya explicados en este artículo.
- b) Cuando un accionista tiene el derecho directa o indirectamente a emitir más del 50% de los votos válidos en la asamblea en el marco de un negocio jurídico: El control de un accionista puede darse no por detentar acciones, sino por contar con el derecho a emitir votos, a continuación se presentan algunos ejemplos: (i) en virtud de un negocio jurídico otros accionistas entregaron al mayoritario el derecho a emitir votos, como en el caso de un contrato de mandato; (ii) en el marco de pactos expresos dentro de los

¹⁸ La escuela del análisis económico del derecho ha entendido que el control de una sociedad, en sí mismo, es apetecido por algunos accionistas, produciendo entonces la denominada «prima de control» que se paga sobre las acciones que detentan el control, en palabras sencillas, cuando el accionista mayoritario vende sus acciones, el comprador no solo debe pagar el valor real de éstas sino un adicional por tratarse, precisamente, de las acciones con las cuales detentará el control de la compañía. Este tipo de análisis fue desarrollado por Henry Manne y a nivel local, ha sido estudiado por Francisco Reyes. (Reyes Villamizar, 2012)

contratos de prenda o anticresis de acciones (artículos 411 y 413 del Código de Comercio, (Decreto 410, 1971)) que permitan a los tenedores de los títulos ejercer el derecho al voto, lo cual inicialmente no está incluido en este tipo de negociación, pero que por pacto puede conferirse.

- c) Cuando un accionista tiene el derecho directa o indirectamente a emitir más del 50% de los votos válidos en la asamblea, por contar con acciones con voto múltiple: En la SAS es posible, por expresa autorización de la ley, crear acciones que cuenten con voto múltiple, es decir, que rompan la relación de un voto una acción, pudiendo una sola acción conferir el derecho a otorgar más votos, sin límite en su número. Este tipo de acciones deben ser creadas y reguladas en los estatutos, conforme lo establece el artículo 11 de la (Ley 1258, 2008). Debe recordarse que en las sociedades anónimas este tipo de acciones no pueden emitirse, por expresa prohibición contenida en el inciso final del artículo 381 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), lo que hace que las acciones con voto múltiple sean una característica exclusiva de la SAS. La regulación de las acciones con voto múltiple es tan abierta que es perfectamente plausible que un accionista que en principio detenta un porcentaje no mayoritario, incluso ínfimo, del capital social, pueda representar esa titularidad en acciones con voto múltiple en un número tal que le garantice el control de la sociedad; figura que es muy útil en casos, por ejemplo, de sociedades de familia¹⁹ (Gaitán, 2010).

A fin de presentar un ejemplo que permita comprender la figura: cinco accionistas –todas personas naturales- tienen repartido el capital social en partes iguales, de un total de 100 acciones de la compañía cada uno de los accionistas tiene 20 acciones; no obstante, en estatutos se establece que las acciones de uno de los accionistas son con voto múltiple, a razón de 10 votos por acción, lo que le otorgaría 200 votos en la asamblea, y por ende le otorgaría el control absoluto de la asamblea de accionistas.

En conclusión, el accionista que en virtud de detentar acciones con voto múltiple cuente con el poder decisorio sobre la asamblea de accionistas,

¹⁹ Andrés Gaitán resalta la importancia del voto múltiple para las sociedades de familia, las cuales al decir del autor representan el 70% de las empresas en Colombia, punto que explica así: «Para preservar el control de los fundadores tradicionalmente se vienen utilizando, en especial, los siguientes instrumentos: (a) El usufructo; (b) La fiducia; (c) La sociedad en comandita (simple o por acciones). Con la Ley 1258 aparece una nueva alternativa para lograr este propósito pues la posibilidad del voto múltiple permitirá establecer diferencias sobre los derechos políticos, de tal manera que unas acciones pueden dar lugar a más votos que otras. Así, el fundador puede poseer unas pocas acciones y, a pesar de ello, reservarse el control de la empresa en virtud del número de votos que le otorguen las mismas» (Gaitán, 2010, pág. 81)

ejerce el control sobre la sociedad en los términos del numeral segundo del artículo 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) y por ende se encuentra obligado a registrar la situación de control sobre la compañía en el registro mercantil.

- d) Control derivado de acuerdos entre accionistas en una SAS: el artículo 24 de la (Ley 1258, 2008) establece la posibilidad de realizar acuerdos entre accionistas para diferentes temas entre los cuales se encuentra la posibilidad de ejercer el voto en igual sentido e incluso a través de un representante común²⁰, este tipo de acuerdos permiten formar los denominados bloques de accionistas, y si el acuerdo es depositado ante la sociedad y no supera el término de diez años, la sociedad debe respetarlo y garantizar que se cumpla. A modo de ejemplo, cinco accionistas de una SAS tienen cada uno el 20% de las acciones, por lo tanto, ninguno ostenta la calidad de mayoritario por sí solo, no obstante, tres accionistas que juntos alcanzan el 60% suscriben un acuerdo de accionistas en virtud del cual votarán en bloque sin posibilidad de disidencia, el acuerdo es depositado ante la sociedad; en este caso, el bloque de tres accionistas tiene la posibilidad de controlar la sociedad.

En el caso mencionado, el bloque de accionistas que surge del acuerdo suscrito bajo el amparo del artículo 24 de la (Ley 1258, 2008), debe registrar la situación de control en el registro mercantil, incluso en el evento de tratarse de personas naturales.

Los acuerdos entre accionistas también denominados contratos parasociales, no son nuevos en la legislación colombiana, como bien lo anota Pablo Córdoba Acosta ya el artículo 70 de la (Ley 222, 1995) contempló una modalidad de contrato parasocial, consistente en el acuerdo para votar en bloque; no obstante, la doctrina reconoce la existencia de otro tipos de acuerdos²¹ tales como: sindicatos de bloqueo, acuerdos sobre

²⁰ Algunos autores consideran la regulación de los acuerdos parasociales como un avance frente al artículo 70 de la ley 222 de 1995, así: «Con la Ley 1258 de 2008 se da un avance significativo frente a la eficacia de estos acuerdos, toda vez que, por ejemplo, los socios podrán establecer acuerdos de bloqueo, de amarre o aseguramiento, para restringir, limitar o prohibir, por determinado tiempo, la negociación de las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases, con personas diferentes a las que forman el acuerdo de sindicación, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del término de diez años contados a partir de la emisión, término que sólo podrá ser prorrogado por periodos adicionales no mayores a diez años por voluntad unánime de la totalidad de los accionistas» (Arcila Salazar, 2010, pág. 223)

²¹ Así lo refiere Pablo Córdoba (2005): «En últimas, la Ley 222 de 1995 se refirió solamente a una de las varias clases de contratos parasociales, esto es las convenciones sobre el voto que gozarían de alguna tipicidad contractual en su consagración pero de una atipicidad relativa en su regulación, estando las



utilidades y pérdidas, sindicatos de gestión y otros pactos como los referente a temas como la liquidación (Córdoba Acosta, 2014).

- e) Control derivado de un negocio jurídico en virtud del cual una sociedad entrega el control a un tercero (numeral tercero del artículo 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971)): La SAS con varios accionistas puede decidir entregar el control de sus órganos de administración a un tercero, para lo cual puede valerse de un negocio jurídico bajo el amparo del artículo 261 numeral tercero del Código de Comercio (Decreto 410, 1971). En este evento, la contraparte del contrato –quien a su vez tiene el control de la SAS- debe registrar la situación en el registro mercantil.

Conclusiones

Lo expuesto permite identificar varias conclusiones así:

La expedición del (Decreto 667, 2018) refuerza el concepto según el cual las personas naturales pueden ostentar la calidad de controlantes o matrices en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), y su obligación de registrar la situación en el registro mercantil bajo el auspicio del artículo 30 de la (Ley 222, 1995).

El (Decreto 667, 2018) no creó la obligación de registrar la situación de control en cabeza del accionista único de la SAS, sino que estableció un mecanismo para un ágil registro de la situación, consistente en la entrega de un formato al momento de conformar la sociedad.

El (Decreto 667, 2018) no es aplicable a SAS con varios accionistas, o con accionista único persona jurídica, pero esto no significa que en estos casos no deba registrarse la situación de control, sino que no les será entregado el formato de que trata la mencionada norma y que facilita dicho registro. En los casos de control ejercido en el marco de SAS con varios accionistas o con accionista único persona jurídica, el registro debe hacerse en los términos del artículo 30 de la (Ley 222, 1995).

demás modalidades bajo un manto, casi absoluto, de atipicidad a pesar de la reciente existencia de alguna diferencia clara de dichos contratos en la sociedad anónima inscrita respecto de la no inscrita y de lo previsto en la Ley 1258 de 2008, al menos en lo que atañe a sus requisitos, y de la admisión, en general, de los acuerdos de accionistas en las sociedades que acuden al ahorro público. En este orden de ideas, no estamos ante una definición sino más bien frente a una descripción legislativa, siendo necesario entonces tratar de lograr un concepto de contrato parasocial que acoja a todas sus modalidades y sea adaptable a todas las hipótesis en que se presenta.» (Córdoba Acosta, 2005, pág. 516)

Registrar la situación de control tal como lo ordena el (Decreto 667, 2018) y la (Ley 222, 1995) en su artículo 30, genera varias obligaciones en cabeza de la controlante. Se resalta la responsabilidad subsidiaria en caso de insolvencia contemplada en el artículo 61 de la (Ley 1116, 2006).

Existen eventos en los cuales el accionista único de una SAS no tiene la calidad de controlante, tal y como se exploró a lo largo del artículo. En estos eventos, el accionista único debe informar a la cámara de comercio respectiva, situación también prevista en el (Decreto 667, 2018).

Las SAS con accionista único persona jurídica no queda cobijada con el (Decreto 667, 2018), es decir, no recibirá el formato para inscripción de la situación de control, pero se mantiene la obligación de registrar tal situación conforme lo ordena el artículo 30 de la (Ley 222, 1995).

Las SAS con varios accionistas personas naturales o jurídicas, tampoco quedan cobijadas con el (Decreto 667, 2018), no obstante, siempre que se configure una situación de control de las tipificadas en el artículo 261 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), debe registrarse aquél hecho en el registro mercantil. En el artículo se exploraron algunos eventos en los cuales personas naturales se hacen con el control de una SAS, en virtud de causas tales como: detentar la mayoría de las acciones, o contar con el derecho a emitir la mayoría de los votos, conformar acuerdos entre accionistas, o contar con acciones con voto múltiple, entre otras causas.

Referencias

- Acosta López, M. A., & Espinosa Salazar, L. S. (2015). UBER Una alternativa necesaria para el transporte de pasajeros. *Revista Científica CODEX*, 1(1), 163-176. Obtenido de <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/2553>
- Arcila Salazar, C. A. (2010). Algunas consideraciones generales sobre la sociedad por acciones simplificada. En *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (págs. 177-246). Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Arcudia Hernández, C. E. (2016). La sociedad por acciones simplificada: una aproximación a su régimen jurídico. *Revista Iberoamericana de Contaduría, Economía y Administración*, 5(10), 54-70. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5676221>
- Betancourt, J., Gómez, G., López, M. P., Pamplona, F., & Beltrán, C. (2013). Ventajas y desventajas de la Sociedad por Acciones Simplificada para la empresa familiar en Colombia. Estudio exploratorio. *Revista Estudios Gerenciales*, 29(127), 213-221. Obtenido de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0123592313000107>

- Bonilla Sanabria, F. A. (2017). Comentarios sobre la responsabilidad social empresarial, el derecho societario y la empresa de grupo. *Revista Vniversitas*(134), 21-58. doi:10.11144/Javeriana.vj134.crse
- Cámara de Comercio de Bogotá. (2009). *El perfil económico y jurídico de la SAS en su primer año*. Bogotá D.C: Horizontes gráficos SA.
- Cámara de Comercio de Bogotá. (6 de mayo de 2019). *What are Simplified Joint Stock Companies?* Obtenido de <https://www.ccb.org.co/en/Frequently-Asked-Questions/Public-Registries/What-are-Simplified-Joint-Stock-Companies>
- Cárdenas Caycedo, O. A. (2016). Aplicación de los principios de la contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 7(13), 265-308. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/130/187>
- Córdoba Acosta, P. A. (2005). El gobierno de la empresa de grupo: visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo ("corporate governance"). En *La empresa en el siglo XXI* (págs. 116-205). Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Córdoba Acosta, P. A. (2014). *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Correa Henao, M. (2008). *Libertad de empresa en el Estado social de Derecho*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Decreto 1074. (26 de mayo de 2015). Presidente de la República de Colombia. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/decretos/2015/Decretos2015/DECRETO%201074%20DEL%2026%20DE%20MAYO%20DE%202015.pdf>
- Decreto 410. (27 de marzo de 1971). Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se expide el Código de Comercio*. Bogotá D.C, Colombia: Diario oficial No. 33.339 de 27 de marzo de 1971. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html
- Decreto 624. (30 de marzo de 1989). Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 38.756 de 30 de marzo de 1989. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_tributario.html
- Decreto 667. (18 de abril de 2018). Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se agrega una sección al capítulo 41 del título 2 de la parte 2 del libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, número 1074 de 2015*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/>

- normativa/DECRETO%20667%20DEL%2018%20DE%20ABRIL%20DE%202018.pdf
- Franco Mongua, J. F., & Rey Guerrero, D. F. (2017). El control societario en Colombia: la internacionalización de filiales y subordinadas por los grupos empresariales. *Revista de derecho y economía*(48), 59-81. doi:<https://doi.org/10.18601/01236458.n48.05>
- Gaitán, A. (2010). La SAS: Una nueva alternativa para las empresas de familia. En *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (págs. 77-109). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Galgano, F. (2009). La empresa de grupo. En F. Galgano, H. Roitman, E. I. León Robayo, & Y. López Castro, *Los grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades*. (pág. 345). Bogotá D.C: Universidad del Rosario.
- León Robayo, E., & López Castro, Y. (2009). Aspectos generales de los grupos empresariales en Colombia. En F. Galgano, H. Roitman, E. León Robayo, & Y. López Castro, *Los grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades* (pág. 345). Bogotá D.C: Universidad del Rosario.
- Ley 1116. (27 de diciembre de 2006). Congreso de la República de Colombia. *Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 46.494 de 27 de diciembre del 2006. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html
- Ley 1258. (5 de diciembre de 2008). Congreso de la República de Colombia. *Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada*. Bogotá D.C., Colombia: Diario oficial No. 47.194 de 5 de diciembre de 2008. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1258_2008.html
- Ley 1340. (24 de julio de 2009). Congreso de la República de Colombia. *Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 47.420. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1340_2009.html
- Ley 222. (20 de diciembre de 1995). Congreso de la República de Colombia. *Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 42.156 de 20 de diciembre de 1995. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html
- Ley 550. (30 de diciembre de 1999). Congreso de la República de Colombia. *Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario oficial 43.836 de 30 de diciembre de 1999. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0550_1999.html

- Maldonado Narváez, M. I. (2016). Levantamiento del Velo Societario en Colombia. Un análisis del artículo 43 (sic) de la Ley 1258 de 2008. *Revista e-mercatoria*, 15(2), 85-97. Obtenido de <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN15/pdf02/188.pdf>
- Martínez Tovar, F., Ortiz Montoya, L., Torres, K., & López Daza, G. (2015). Los medios electrónicos en la administración de justicia en Colombia. *Revista Científica CODEX*, 1(1), 177-194. Obtenido de <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/2554>
- Montezuma Martínez, J. P. (2015). LOS PRECIOS EXCESIVOS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COLOMBIANO. *Revista Científica Codex*, 1(1), 145-162. Obtenido de <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/2552>
- Morales, M. (6 de julio de 2012). Colombia ya cuenta con 160.000 SAS creadas. *Portafolio*.
- Narváez García, J. I. (2008). *Teoría General de las Sociedades* (10 ed.). Bogotá D.C: Legis editores.
- OFICIO 115-093437. (26 de mayo de 2016). Superintendencia de Sociedades. Bogotá D.C, Colombia: Supersociedades. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_contables/OFICIO%20115-093437%20DE%2026-05-2016.PDF
- OFICIO 220-001946. (18 de enero de 2016). Superintendencia de Sociedades. Bogotá D.C, Colombia: Supersociedades. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-001946.pdf
- OFICIO 220-050053. (06 de marzo de 2017). Superintendencia de Sociedades. Bogotá D.C, Colombia: Supersociedades. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-050053.pdf
- OFICIO 220-139176. (12 de julio de 2017). Superintendencia de Sociedades. Bogotá D.C, Colombia: Supersociedades. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-139176.pdf
- OFICIO 220-202141. (15 de septiembre de 2017). Superintendencia de Sociedades. Bogotá D.C, Colombia: Supersociedades. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-202141%20DEL%2015%20DE%20SEPTIEMBRE%20DE%202017.pdf
- OFICIO 220-231898. (20 de octubre de 2017). Superintendencia de Sociedades. Bogotá D.C, Colombia: Supersociedades. Recuperado el 2019, de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-231898.pdf

- OFICIO 220-284146. (14 de diciembre de 2017). Superintendencia de Sociedades. Bogotá D.C, Colombia: Supersociedades. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-284146.pdf
- OFICIO 220-50924. (12 de noviembre de 1996). Superintendencia de Sociedades. Bogotá D.C, Colombia: Supersociedades. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/24426.pdf
- Polanía, N. (2010). Consideraciones sobre el régimen de responsabilidad en la sociedad por acciones simplificada (SAS). En *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (págs. 65-76). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Reyes Villamizar, F. (2012). *Análisis económico del derecho societario*. Bogotá D.C: Editorial Ibañez y Universidad Javeriana.
- Reyes Villamizar, F. (2016). *Derecho Societario Tomo I* (Tercera ed., Vol. I). Bogotá: Temis.
- Reyes Villamizar, F. (2018). *SAS La sociedad por acciones simplificada* (cuarta ed.). Bogotá: Legis Editores.
- Rodríguez Soto, J. R., & Hernández Sanchez, J. (2014). Las sociedades por acciones simplificadas entre la flexibilidad societaria y la formalización del emprendimiento empresarial. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*(41), 123-136. Obtenido de <http://revistavirtual.ucn.edu.co/index.php/RevistaUCN/article/view/470/992>
- Sanín Gómez, J. E. (28 de abril de 2018). Situación de control en las S.A.S. unipersonales. *El mundo.com*. Obtenido de <https://www.elmundo.com/noticia/Situacion-de-control-en-las-S-A-Sunipersonales/370338>
- Santos Ibarra, J. M. (2017). Legislación vigente en materia tributaria del comercio electrónico (e-commerce) en Colombia y la necesidad de un pronunciamiento por parte del legislador. *Revista Academia & Derecho*, 8(15), 85-110. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/231/224>
- Sentencia C-014. (20 de enero de 2010). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P: Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-7784. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-014_1910.html#1
- Sentencia C-090. (19 de febrero de 2014). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P: Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-9769. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-090_1914.html#inicio
- Sentencia C-237. (9 de abril de 2014). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P: María Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-9884. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-237_1914.html#INICIO
- Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. (8 de julio de 2010). Consejo de Estado. La Sala Plena Contenciosa Administrativa Sección Primera. *C.P: Maria*

- Claudia Rojas Lasso*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00956-01. Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-259804082>
- Sentencia N° 419-99. (11 de diciembre de 2017). Superintendencia de Sociedades. *Panavias SA Vs Agrorepuestos SAS y otros*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Agro_Repuestos_11_12_2017.pdf
- Sentencia N° 800-29. (20 de abril de 2017). Superintendencia de Sociedades. *Caracol Televisión SA vs Affiny Network SAS y otro*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Caracol_20_04_2017.pdf
- Sentencia N° 801-07. (16 de octubre de 2013). Superintendencia de Sociedades. *Finagro contra Mónica Colombia S.A.S., Tilava S.A.S., Monicol S.A.S y Agrocaxias S.A.S*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_MonicaColombiaSAS_16_10_2013.pdf
- Sentencia N° 801-10. (7 de diciembre de 2013). Superintendencia de Sociedades. *Icobandas S.A. contra Industrias Mecánicas G.A.G. Ltda. en Liquidación*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Icobandas_27_12_2013.pdf
- Sentencia N° 801-14. (22 de julio de 2015). Superintendencia de Sociedades. *Granportuaria S.A. contra Cargo Logística S.A.S. y Daniel Enrique Price Anzola*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Granportuaria_22_07_2015.pdf
- Sentencia N° 801-15. (15 de marzo de 2013). Superintendencia de Sociedades. *Sentencia Jaime Salamanca Ramírez contra Logística S.A.S., José Vicente Padilla Martínez y otros*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Log%C3%ADstica_15_03_2013.pdf
- Superintendencia de Sociedades. (2015). *Cien preguntas y respuestas sobre la sociedad por acciones simplificada (SAS)*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia. Recuperado el 21 de octubre de 2018, de https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_ivc/CartillasyGuias/Cartilla_Sociedad_Acciones_Simplificada.pdf

Acción de Tutela contra providencias judiciales: elementos, condiciones y crítica^{*}

Tutela against judicial providences: elements, conditions and criticism

Recibido: Julio 2 de 2018 - Evaluado: Septiembre 28 de 2018 - Aceptado: Noviembre 14 de 2018

Diego Mauricio Higuera Jiménez^{**}

Para citar este artículo / To cite this article

Higuera Jiménez, D. M. (2019). Acción de Tutela contra providencias judiciales: elementos, condiciones y crítica. *Revista Academia & Derecho*, 10(18), 275-334.

*“Tenue rey, sesgo alfil, encarnizada
reina, torre directa y peón ladino
sobre lo negro y blanco del camino
buscan y libran su batalla armada.
No saben que la mano señalada
del jugador gobierna su destino,
no saben que un rigor adamantino
sujeta su albedrío y su jornada.
También el jugador es prisionero
(la sentencia es de Omar) de otro tablero
de negras noches y de blancos días.
Dios mueve al jugador, y éste, la pieza.
¿Qué Dios detrás de Dios la trama empieza
de polvo y tiempo y sueño y agonía?”*

Ajedrez

JORGE LUIS BORGES.

^{*} Artículo de investigación científica y tecnológica, resultado del proyecto de investigación terminado “Los derechos como límites”. Línea de investigación en Derechos Constitucional y fortalecimiento Democrático, enmarcado epistemológicamente en el análisis teórico jurídico y deductivo.

^{**} Abogado, Universidad Santo Tomas, Tunja. Magister en derecho Público y Ciencia Política, Université Nancy 2, Francia. Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Grupo de investigación A1 Derecho Justicia y Estado Social de Derecho-CUA.
Correo electrónico: higuerajimenez.abogado@gmail.com

Resumen: El actual régimen constitucional colombiano permite que los ciudadanos puedan ejercer un control real de las actuaciones del Estado, encaminadas al cumplimiento de sus fines esenciales. En ocasiones, las motivaciones de los funcionarios (jueces en sus providencias y funcionarios en sus actos administrativos) son desacertadas, y se requiere acudir a mecanismos de defensa constitucional, como la tutela, para evitar la violación y vulneración de derechos fundamentales, como son el derecho al trabajo y la seguridad social. Cuando se utiliza la acción de tutela para ejercer un control sobre los vicios en las sentencias judiciales, es necesario cumplir con unas causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción constitucional.

El objetivo general es determinar las condiciones establecidas en la jurisprudencia para la procedencia de la acción de tutela contra las providencias judiciales, antes llamada “Vías de Hecho”. El estudio es desarrollado por la metodología de análisis de la jurisprudencia, por lo tanto, son estudiados los precedentes, para presentar como resultados la sistematización de las causales genéricas y específicas que se exigen para que prospere la mencionada tutela. Lo anterior permite llegar a título de conclusiones a las críticas a la aplicación que está dando la Corte Constitucional y las posibilidades de regulación como solución mediante las recomendaciones que se presentan en la parte final.

Palabras Clave: Derechos Fundamentales, mecanismo constitucional, vía de hecho, causales, acción de tutela, vicios.

Abstract: The current Colombian constitutional regime allows citizens to exercise real control over the actions of the State, aimed at fulfilling their essential purposes. Sometimes, the motivations of the officials (judges in their orders and officials in their administrative acts) are misguided, and it is necessary to resort to constitutional defense mechanisms, such as guardianship, to avoid the violation and violation of fundamental rights, such as Right to work and social security. When the tutela action is used to exercise control over the vices in judicial sentences, it is necessary to comply with generic and specific grounds for the constitutional action.

The main objective is to determine the conditions established in the jurisprudence for the origin of the action of guardianship against the judicial orders, previously called “vías de hecho”. The study is developed by the jurisprudence analysis methodology, therefore, the precedents are studied, to present as a result the systematization of the generic and specific causes that are required for the aforementioned guardianship to prosper. The above allows to reach title of conclusions to the criticisms of the application that the Constitutional Court is giving and the possibilities of regulation as a solution through the recommendations presented in the final part.



Key words: Fundamental Rights, constitutional mechanism, de facto route, grounds, guardianship action, vices.

Resumo: O atual sistema constitucional colombiano permite que os cidadãos exerçam um controle real sobre as ações do Estado para alcançar seus objetivos essenciais. Por vezes, as motivações dos funcionários públicos (juízes em suas ordens e servidores públicos em seus atos administrativos) são equivocadas, sendo necessário recorrer a mecanismos de defesa constitucional, como a tutela, para evitar a violação e a violação de direitos fundamentais, como o direito ao trabalho e à previdência social. Quando a ação de tutela é utilizada para exercer controle sobre os vícios das sentenças judiciais, é necessário observar algumas causas genéricas e específicas de procedimento da ação constitucional.

O objetivo geral é determinar as condições estabelecidas na jurisprudência para a origem da ação da tutela contra as providências judiciais, anteriormente denominadas “Vías de Hecho”. O estudo é desenvolvido pela metodologia de análise da jurisprudência, portanto, os precedentes são estudados, para apresentar como resultados a sistematização das causas genéricas e específicas que são requeridas para que a referida tutela prospere, o que permite chegar a conclusões sobre as críticas à aplicação que o Tribunal Constitucional está dando e as possibilidades de regulação como solução por meio das recomendações apresentadas na parte final.

Palavras chave: Direitos fundamentais, mecanismo constitucional, via de facto, causais, ação tutelar, vícios.

Résumé: Le système constitutionnel colombien actuel permet aux citoyens d'exercer un contrôle réel sur les actions de l'État visant à atteindre ses objectifs essentiels. Parfois, les motivations des fonctionnaires (les juges dans leurs ordonnances et les fonctionnaires dans leurs actes administratifs) sont mal interprétées et il est nécessaire de recourir aux mécanismes de défense constitutionnels, tels que la tutelle, pour éviter la violation et la violation des droits fondamentaux, tels que le droit au travail et à la sécurité sociale. Lorsque l'action de la tutela est utilisée pour exercer un contrôle sur les vices des sentences judiciaires, il est nécessaire de respecter certaines causes génériques et spécifiques de procédure de l'action constitutionnelle.

L'objectif général est de déterminer les conditions établies dans la jurisprudence pour l'origine de l'action de tutela contre les prévoyances judiciaires, anciennement appelée «Vías de Hecho». L'étude est développée par la méthodologie d'analyse de la jurisprudence, donc, les précédents sont étudiés, pour présenter comme résultats la systématisation des causes génériques et spécifiques qui sont nécessaires pour que les tutela mentionnées prospèrent, ce qui permet de conclure aux

critiques à l'application que la Cour constitutionnelle donne et les possibilités de réglementation comme solution par les recommandations qui sont présentées dans la dernière partie.

Mots-clés: Droits fondamentaux, mécanisme constitucional, mode de fait, causes, tutelle, vices.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Esquema de Resolución del problema jurídico. - Plan de redacción., 1. Causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, 1.1 Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, 1.2 Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance del sujeto afectado, tanto ordinarios como extraordinarios, excepto que se trate de la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable, 1.3 La inmediatez de la acción, 1.4 La irregularidad procesal debe tener un efecto directo y determinante sobre la decisión impugnada y que afecta los derechos fundamentales del sujeto afectado, 1.5 Identificación del derecho vulnerado y las causas de la vulneración, 1.6 Que no se trate de sentencias de Tutela, 2. Causales específicas de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, 2.1 Defecto orgánico, 2.2 Defecto procedimental absoluto, 2.3 Defecto fáctico, 2.4 Defecto material sustantivo, 2.5 Error Inducido (Vía de hecho por consecuencia), 2.6 Decisión sin motivación, 2.7 Desconocimiento del Precedente, 2.8. Exceso ritual manifiesto y prevalencia del Derecho Sustancial, 2.9. Violación directa de la Constitución, 3. Desconocimiento del precedente propio en materia de las llamadas Vías de Hecho por Parte de la Corte a través de la Sentencia SU-424 de 2016, 4. Análisis externo a la línea jurisprudencial, 4.1 Una aproximación comparada, 4.2 La insistencia en una ley estatutaria. 5. Conclusiones, Bibliografía.

Introducción

Las constituciones integran los elementos dogmáticos y orgánicos superiores de un ordenamiento jurídico, tanto los derechos fundamentales como la estructura pública se plasman en la norma superior, la cual, para implementar sus mandatos establece medidas de control jurisdiccional (Higuera, D.M (a), 2015). Así, uno de los principales intereses del constituyente de 1991 era dotar de herramientas procesales y sustanciales a los derechos constitucionales, para hacer efectivas las garantías establecidas en la Constitución y lograr un auténtico control sobre las normas y las conductas, después de todo “el control constitucional sobre las leyes es perfectamente posible en los sistemas jurídicos al asumir la idea de Constitución normativa como base del sistema jurídico y condición de validez de todas las otras normas” (Higuera, D.M, 2016, pág. 233). Por su parte la acción de tutela es



reconocida como el medio idóneo por excelencia para la protección de derechos fundamentales en Colombia ante las acciones y omisiones, en mecanismos de control concreto que amparan ante las conductas que afectan los núcleos esenciales de los derechos reconocidos constitucionalmente (Higuera, D.M (a), 2015) y (Higuera, D.M (b), 2015). El análisis sobre las tutelas contra sentencias – TCS, nace temprano en el constitucionalismo colombiano, con la Sentencia C-543 (1992), en la cual se declara inexecutable el término de caducidad de un año fijado en el artículo 11 del Decreto 2591 (1991) para la interposición de las misma.

Para referirse a las TCS se utilizó en un primer momento la definición de “vías de hecho”, la cual es, por definición, una actuación que se sale de la vía de derecho. Es decir, una decisión que, aunque parezca jurídica, no lo es, pues se ve afectada por errores o vicios evidentes (Botero, García Villegas, Guarnizo, Jaramillo, & Uprimny, 2006). Esta arbitrariedad, cuando se traduce en un acto específico de un servidor público (efectos particulares de los actos administrativos o las sentencias), implica una violación del debido proceso y el derecho a la igualdad ante la ley. Puede hablarse de la misma como una acción de tutela calificada ya que ataca sentencias judiciales por fuera de los recursos provistos para las mismas. En materia jurisdiccional, el desarrollo de la TCS o vía de hecho no ha tenido un tránsito pacífico en el sistema jurídico colombiano, pues sus detractores afirman que estas acciones, configuran una vulneración a elementos, tales como: la seguridad jurídica, la independencia judicial, el principio de cosa juzgada e inclusive se ha llegado a afirmar que mediante las TCS o acciones por vías de hecho se crea un fenómeno de tercera instancia en el régimen colombiano (Uprimny, R. 2006).

En ese sentido, si bien existe afectación a los elementos antes mencionados, no necesariamente se vulneran los mismos pues, la seguridad jurídica entendida en sus dos dimensiones como (i) estabilidad y (ii) previsibilidad de las decisiones, conlleva en sí misma un contenido de justicia material y por tanto, lo que se pretende sea estable y permanezca en el tiempo, es precisamente, el carácter y la pretensión de justicia material en la decisión; y no por el contrario una decisión judicial evidentemente injusticia; por ende, debe existir seguridad jurídica de las decisiones alrededor de expectativas legítimas, en ese sentido violar derechos fundamentales no es una expectativa legítima. Así, se sostiene como máxima fundamental que no hay seguridad jurídica donde no exista un compromiso y contenido de justicia material.

La TCS, otrora llamada acción por vía de hecho (Sentencia T-173, 1993), procede contra decisiones jurisdiccionales y actos administrativos, cuando la decisión y su motivación misma incurre en una violación evidente de los mandatos superiores, en tal sentido desde la sentencia C- 590 (2005) se acoge el término TCS, y se

establece que la causa debe cumplir con Causales Genéricas y Específicas propias para proceder. Así, el estudio de los vicios nos permite delimitar que tipo de yerro de las normas jurídicas particulares, es decir los actos administrativos y sentencias que por graves desatenciones a la cadena de validez del ordenamiento jurídico se deben considerar como antijurídicas y en tal sentido, sancionables mediante los mecanismos de control de constitucionalidad. Por supuesto, el adecuado uso de la acción debe darse para evitar, demandas temerarias, dilaciones injustificadas de los procesos, creación de una *tercera instancia*, abuso del derecho o suplantación de las jurisdicciones.

Problema de Investigación

Comprendiendo la importancia en el ámbito jurídico de la acción de tutela contra providencias judiciales, así como los elementos para la determinación de su procedencia, resulta preciso preguntar en calidad de problema de investigación ¿Cuáles son los elementos que componen la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en Colombia?

Metodología

El presente artículo es resultado de una investigación jurídica, descriptiva, analítica y documental a partir de la cual se identificó la información primaria recolectada en fuentes como la jurisprudencia, la doctrina, así como en artículos académicos e investigativos desarrollados sobre el tema. Para la valoración y análisis de la información se emplearon fichas de análisis documental. La información fue catalogada, clasificada y analizada para la construcción de las discusiones, resultados y conclusiones.

Esquema de resolución del problema jurídico

Para resolver el problema jurídico el presente artículo desarrollará tres grandes cuestiones: Primero se estudiarán las generalidades de la acción de tutela contra providencias judiciales; luego se clasificará la información destacando los principales elementos y características de dicha acción, así como los criterios para su procedencia como mecanismo excepcional; finalmente, se presentarán, desde una perspectiva crítica y sintética, las discusiones y conclusiones sobre el tema.

Plan de Redacción

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES Y ACTOS ADMINISTRATIVOS	
<i>Causales genéricas de procedibilidad: (Procedencia)</i> i. Tema de relevancia constitucional. ii. Agotamiento de recursos ordinarios y extra-ordinarios, salvo en la consumación de un perjuicio ius-fundamental irremediable. (Principio de Subsidiariedad). iii. Principio de inmediatez de la acción. iv. La irregularidad procesal con efecto directo, determinante y de afectación de los derechos fundamentales del tutelante. v. Principio de alegación del derecho vulnerado y las causas de la misma. vi. No contra sentencias de Tutela.	<i>Causales específicas de procedibilidad: Afectación (cargos)</i> i. Defecto orgánico. ii. Defecto procedimental absoluto. iii. Defecto fáctico. iv. Defecto material sustantivo. v. Error Inducido (Vía de hecho por consecuencia). vi. Decisión sin motivación. vii. Desconocimiento del Precedente. viii. Exceso de ritual manifiesto ix. Violación directa de la Constitución.

(Tabla 1, diseño del autor; Higuera 2019)

1. Causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales

En su línea jurisprudencial se han explicado las causales genéricas, siendo requisitos para que prospere la vía de hecho, que por demás son los mismos requisitos necesarios para la interposición de cualquier acción de tutela, aunque en lo relativo a las acciones en contra de providencias judiciales se torna más riguroso y detallado, en el entendido de que es excepcional la tutela en tales escenarios y con ello también se busca la protección de la seguridad jurídica.

Aunado a lo anterior, por Causales Genéricas de Procedibilidad o procedencia¹, se puede afirmar que hacen referencia a los requisitos y condiciones formales con

¹ Creemos más ajustada la expresión procedencia, pues refiere a la concesión o no en la sentencia, mientras la procedibilidad es un requisito propio de la admisión de la demanda, sin embargo, siendo la denominación usada por la Corte, la mantendremos para evitar confusiones.

naturaleza procesal, que deben cumplirse en su totalidad para la concesión de una Tutela por vía de hecho, es así que: la jurisprudencia constitucional ha indicado que al estudiar las solicitudes de tutela contra sentencias judiciales, deben cumplirse unas exigencias formales que no son otra cosa que los requisitos generales de procedibilidad de las demandas de tutela, adecuados a la especificidad de las providencias judiciales (Sentencia T-256, 2012).

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia SU- 813 de 2007 señala lo siguiente:

(...) Adicionalmente, las llamadas causales genéricas de procedibilidad, tienden a garantizar que no exista abuso en el derecho de acción, así como los deberes mínimos procesales de las partes. En criterio de la Corte la exigencia de estos deberes –como el deber de lealtad, diligencia, etc.– es necesaria para que pueda existir una adecuada cooperación social y una mayor y mejor satisfacción de todos los bienes y principios implicados en cada proceso. Adicionalmente, algunas de las llamadas causales genéricas de procedibilidad tienden a promover que el juez ordinario pueda pronunciarse sobre el asunto constitucionalmente relevante. En este sentido no puede olvidarse que uno de los más importantes efectos de la tutela contra providencias judiciales es la constitucionalización del derecho legislado, gracias a la aplicación de la Constitución a la hora de resolver las causas ordinarias. Ello simplemente no se logra si no se permite al juez ordinario pronunciarse sobre la cuestión *iusfundamental* debatida (...) (Sentencia SU-813, 2007).

Las causales genéricas anteriormente mencionadas se explican a continuación:

1.1. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional

Teniendo en cuenta la jurisprudencia que se ha citado, se puede decir que es evidente que no cualquier situación es susceptible de ser analizada o desarrollada por medio de la acción de tutela. Por el contrario, solo pueden serlo los asuntos revestidos de amplia importancia constitucional.

De esta forma el carácter temático que aborda la tutela contra decisiones judiciales o actos administrativos debe tener rango constitucional y no meramente legal. Lo expuesto, se basa en el reconocimiento de la acción de tutela, como el medio más eficaz para proteger los derechos fundamentales de las personas de su posible vulneración y transgresión; siendo los derechos fundamentales, el pilar fundamental de la estructura del Estado Constitucional de Derecho colombiano y por consiguiente la cuestión debatida debe ser de importancia constitucional. “*La Constitución es concebida como el acto Jurídico-Político fundador de un Estado (social) de Derecho*”, compuesta de sus dos elementos esenciales, la parte dogmática



(derechos fundamentales) y la parte orgánica (estructura del estado) (Higuera, D.M (a), 2009, pág. 139).

En lo relativo a este tema, la Corte Constitucional en Sentencia T-689 2016 expuso la importancia de que el juez constitucional motive e indique de forma clara y expresa por qué es un asunto de su competencia, al tratarse de un caso de especial importancia constitucional:

(...) Frente a la exigencia de que lo discutido sea de evidente relevancia constitucional, esta Corte ha dicho que ello obedece al respeto por la órbita de acción tanto de los jueces constitucionales, como de los de las demás jurisdicciones. Debe el juez de tutela, por lo tanto, establecer clara y expresamente si el asunto puesto a su consideración es realmente una cuestión de relevancia constitucional, que afecte los derechos fundamentales de las partes (Sentencia T-698, 2016).

Además, la Corte en jurisprudencia en sede de tutela en Sentencia T-683, 2003, nos habla sobre la procedibilidad de la acción constitucional y de los pasos a seguirse en dicho examen de procedencia:

(...) Al respecto, la Corte Constitucional ha afirmado que para evaluar la procedibilidad de la acción, el juez debe i) evaluar si se discute la vulneración o amenaza de un derecho fundamental; ii) descartar que se trate de un derecho exclusivamente de rango legal; iii) considerar la posibilidad de que el derecho legal en discusión vulnere o amenace directamente un derecho fundamental; iv) verificar si aun tratándose de un derecho meramente legal, existe la posibilidad de que se cause un perjuicio irremediable con respecto a los derechos fundamentales.(...) (Sentencia T-683, 2003).

1.2. Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance del sujeto afectado, tanto ordinarios como extraordinarios, excepto que se trate de la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable

Este requisito se fundamenta en la característica de subsidiariedad que reviste a la acción de tutela, lo que significa que ésta procede únicamente si se han agotado los mecanismos judiciales de naturaleza ordinaria y además persiste la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que se busca proteger.

En este punto cabe resaltar que el juez de tutela no sustituye al de instancia, de la misma manera en que los controles constitucionales no sustituyen a los ordinarios. Así, es menester que la parte actora agote la vía ordinaria, salvo en los casos en la que la acción en cuestión se da como mecanismo de protección transitorio; lo que se da frente a casos de perjuicios irremediables, probados y evidentes.

La Corte Constitucional ha venido insistiendo en la importancia de la subsidiariedad y del agotamiento de los recursos y vías ordinarias para la procedencia de acciones constitucionales, y aún más en acciones de tutela por vía de hecho, debido a la importancia que dicho mecanismo reviste y por los alcances que presenta. Así, en su Sentencia T-778/04, se afirma que:

(...) En cuanto al principio de subsidiariedad, se debe enfatizar en el deber de alegar previamente la violación de derechos fundamentales dentro del proceso ordinario, salvo que la vulneración ocurra en la propia sentencia. Esta exigencia tiene un doble propósito: (i) fomentar la protección de los derechos fundamentales en el propio proceso ordinario, lo cual no sólo estimula la constitucionalización del derecho, sino que además controla el incremento de la demanda de tutela; y (ii) evita que aquellos que pierden un caso recurran a la tutela como un mecanismo último para recomponer el proceso a su favor (Sentencia T-778, 2004).

De acuerdo con la Sentencia C-590 del 2005, el mecanismo de tutela no reemplaza los medios de defensa ordinarios ni suple falencias de tipo procesal, pues se deben agotar los recursos ordinarios de defensa, situación en la cual:

(...) Cuando la persona presuntamente afectada ha agotado todos los recursos a su alcance y se encuentra, por lo tanto, en condiciones de indefensión. Si las acciones y recursos judiciales ordinarios y extraordinarios han operado adecuadamente, nada nuevo tendrá que decir el juez de tutela, pues los jueces ordinarios habrán cumplido a cabalidad con la tarea de garantizar los derechos fundamentales concernidos. (...) (Sentencia C-590, 2005).

Así mismo, se refirió al tema en sentencia SU-813 de 2007:

(...) la acción de tutela no es un mecanismo para suplir la inactividad por negligencia o incuria de las partes procesales. Si no fuera así, se estarían sacrificando los principios de eficiencia y eficacia de la administración de justicia y patrocinando el uso abusivo de un bien público escaso en nuestro país: la justicia. En segundo lugar, porque la inactividad procesal tiene efectos claros en materia de derechos e intereses legítimos de terceros que el ordenamiento jurídico no puede simplemente desatender. (...) Y, finalmente, porque como ya se dijo, uno de los propósitos de la subsidiariedad de la tutela contra providencias judiciales, radica en que el juez ordinario pueda pronunciarse, en primera instancia, sobre la cuestión constitucional debatida. Con ello se promueve, de forma cierta y eficaz, la irradiación de los bienes, valores y derechos constitucionales sobre todo el ordenamiento jurídico. Para ello, sin embargo, es necesario exigir a las partes que antes de someter la cuestión debatida a sede constitucional, la sometan a decisión del juez ordinario (...) (Sentencia SU-813, 2007).

Por otro lado, cuando se encuentra una imposibilidad real de poder ejercer la garantía de los derechos fundamentales dentro del proceso ordinario se ha mencio-

nado la procedencia de la vía de hecho en este caso. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado en sentencia T-108 de 2010 que:

(...) Si bien por regla general la inactividad del actor ante la justicia ordinaria hace improcedente el mecanismo tutelar, tal regla no es absoluta ya que se ha aceptado que en casos excepcionales es posible absolver la omisión procesal, siempre que se compruebe la imposibilidad real de ejercer la defensa de los derechos dentro del proceso ordinario. En la Sentencia SU-813 de 2007 ya citada, se indicó que el deber de diligencia mínima es menos riguroso cuando se trata de fuerza mayor o caso fortuito, en los cuales al afectado le era imposible ejercer la defensa de sus derechos en el proceso ordinario. Sin embargo, en cada evento es deber del juez de tutela “evaluar con extremo cuidado la circunstancia de quien incurrió en una eventual falta de diligencia y relevar al actor de este requisito cuando encuentra que durante todo el proceso le resultó física o jurídicamente imposible actuar.” Por su parte, corresponderá a cada interesado invocar y demostrar una justificación razonable, que permita al juez de tutela decidir sobre la admisión de la excepción al requisito de procedibilidad (...) (Sentencia T-108, 2010).

La causal se debe entender en este sentido, tratándose de sentencias. Pero, sobre los actos administrativos existe una carga superior, esto es que procederá contra los actos administrativos si se agotó la solicitud de medidas cautelares, pues no puede pensarse que se agotaron los mecanismos de defensa hasta tanto no se haga dicha solicitud. Por tanto, consideramos que sólo la negación arbitraria del recurso consumaría la vía de hecho.

En reciente jurisprudencia T-967, 2014. Se ha evidenciado un cambio de postura de la Corte Constitucional, y un desconocimiento del precedente jurisprudencial que genera inseguridad jurídica, toda vez que dicha sentencia no guarda relación con los requisitos y exigencias desarrollados por la misma Corporación a lo largo de sus pronunciamientos judiciales:

(...)56. Al verificar que la accionante **no usó todos los medios de defensa ordinarios** que tuvo a su alcance, esta Sala debe entrar a explicar por qué el mecanismo de la acción de tutela, sí es procedente en este caso particular y concreto. (Negrillas fuera del texto.)

En el presente caso, la accionante explicó las razones por las cuales no le fue posible instaurar el recurso de apelación. Preciso que, debido al abandono económico de su marido, ella asumió toda la carga de su sostenimiento y el de sus dos pequeñas hijas, por lo cual, no pudo pagarle al abogado quien se desinteresó del caso y no apeló. Esta Sala evalúa esas razones desde varias perspectivas:

- i) Es claro que el abandono económico del marido (violencia económica), hace parte de la **violencia estructural** que sufre la accionante, por tanto, hacer caso omiso de este aspecto, sería contribuir a la normalización e invisibilización de la violencia, como ya se explicó.

- ii) Negar el acceso a la administración de justicia en este caso, debido a una formalidad, contribuiría a perpetuar los niveles de impunidad y tolerancia social a los fenómenos de violencia y discriminación contra las mujeres, que fueron descritos en esta sentencia. Así mismo desestimularía aún más, la poca denuncia de este tipo de violencias en el país.
- iii) Debido a que, como se evidenció en los fundamentos 48 y 49 de esta providencia, en Colombia aún persisten patrones culturales discriminatorios y estereotipos de género que permean el actuar de la mayoría de los operadores judiciales, es posible inferir que, en este caso particular y concreto, la accionante hubiera obtenido un resultado similar en la instancia de apelación, al obtenido en la primera decisión. Por lo tanto, la garantía de la efectividad e idoneidad de ese medio para proteger materialmente sus derechos, obviamente no generaba certeza.
- iv) Desconocer la situación de vulnerabilidad en este caso y hacer prevalecer un argumento procesal sobre la protección sustancial de los derechos de la mujer violentada, configuraba una revictimización de la accionante y un caso de indiferencia estatal frente a la violencia estructural de género.

(...) Aunado a lo anterior, la Sala recuerda que en Colombia los principios que rigen el derecho procesal pueden ser usados transversalmente dentro de toda actuación judicial, (incluida la tutela) para permitir la armonización de las normas que rigen cada caso particular, con los postulados constitucionales.

La aparente tensión que pudiera generarse entre el respeto por las formalidades procesales y la primacía del derecho sustancial, en este caso, encuentra solución “en la concepción de las formas procedimentales como un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos, y no como fines en sí mismas” (Sentencia T-264, 2009). En esa misma línea la sentencia T-654 del 2009, reiteró que:

El derecho de acceso a la administración de justicia aparece, ciertamente, como el derecho formal a acceder a la justicia, pero además a acceder a una justicia que busque, en la mayor medida posible, proveer una decisión de fondo para el asunto presentado. Así, una violación del derecho a acceder a la administración de justicia se presenta no sólo cuando al actor se le dificulta o imposibilita tal acceso, sino también cuando la administración de justicia le permite acceder, pero no evalúa sus pretensiones o las evalúa tan sólo en apariencia, pues acaba tomando en realidad una decisión con base en consideraciones superficiales o de carácter excesivamente formal, que no tienen valor instrumental en la garantía de otros derechos fundamentales, en un caso en que es posible adoptar una decisión diferente con fundamento en una interpretación orientada a la protección efectiva de los derechos fundamentales” Cita en la que se refiere a anterior jurisprudencia (Sentencia T-134, 2004).



Por tanto, debido a las especificidades de este caso concreto, se aplica el principio de prevalencia del derecho sustancial, en torno al acceso a la administración de justicia de Diana Eugenia Roa Vargas, y se considera superado este requisito (Sentencia T-967, 2014).

A juicio de este autor se considera que es insuficiente el argumento expuesto por la Corte al establecer el pretexto que imposibilitaba a la accionante continuar con el proceso y agotar todos los recursos y mecanismos ordinarios de defensa, pues existen diversas formas en que se puede sustituir a un abogado y haciendo uso del derecho de defensa, podía precisar de un abogado o defensor de oficio que no percibiera honorarios directamente de parte de la demandante, más aun, cualquier parte derrotada puede alegar sumariamente la falta de solvencia y la espontánea causal de “desentendimiento del apoderado” lo cual carece de soporte jurídico-constitucional.

Por el contrario, al constituir en un precedente la posibilidad de que prosperen acciones de tutela por vía de hecho sin el cumplimiento de las causales genéricas desarrolladas por la misma Corte, se atenta contra el precedente obligatorio y reiterado en mucha de su jurisprudencia. Con expresiones judiciales como esta, se evidencia el declive de una institución que se caracterizaba por su excelencia y valoración sistémica del ordenamiento jurídico vigente, incluyendo claro está, su propia jurisprudencia.

1.3. La inmediatez de la acción

Hay que comenzar por recordar que los derechos fundamentales no prescriben, y como efecto de esto, la acción de tutela no tiene fijado un término de caducidad (Higuera, D.M (a), 2015). Sin embargo, tal acción debe ser ejercida dentro de un término razonable; esto con el fin de eludir que se fomente inseguridad jurídica o se desnaturalice la acción en cuestión (Quinche Ramirez, 2017).

De lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado en la tutela T-778 del 2004 lo siguiente:

(...) Se debe insistir en la relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Al respecto, se ha establecido que no procede la acción de tutela contra sentencias judiciales cuando el paso del tiempo es tan significativo que resulta claramente desproporcionado un control constitucional de la actividad judicial, por la vía de la acción de tutela (Sentencia T-778, 2004).

De acuerdo con la sentencia T-315 de 2005, el Tribunal Constitucional dispuso en su jurisprudencia lo siguiente:

(...) En suma, la Corte ha entendido que la tutela contra una decisión judicial debe ser entendida, no como un recurso último o final, sino como un remedio urgente para evitar la violación inminente de derechos fundamentales. En esta medida, recae sobre la parte interesada el deber de interponer, con la mayor diligencia, la acción en cuestión, pues si no fuera así la firmeza de las decisiones judiciales estaría siempre a la espera de la controversia constitucional que, en cualquier momento, sin límite de tiempo, pudiera iniciar cualquiera de las partes.

(...) En consecuencia, la tensión que existe entre el derecho a cuestionar las decisiones judiciales mediante la acción de tutela y el derecho a la firmeza de las sentencias y a la seguridad jurídica, se ha resuelto estableciendo, como condición de procedibilidad de la tutela, que la misma sea interpuesta, en principio, dentro de un plazo razonable y proporcionado (...) (**Sentencia T-315, 2005**).

En este aspecto, el principio de inmediatez o celeridad, configura una garantía a los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, ya que al exigir su interposición en un plazo razonable y proporcionado evita que se desdibuje los mecanismos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales.

En la sentencia T-129 de 2008, el magistrado ponente Humberto Sierra Porto se refirió al tema, así:

(...) La inmediatez configura un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, como quiera que se trata de una acción subsidiaria, de justiciabilidad de los derechos fundamentales, que exige de su ejercicio en un término prudencial, esto es, con cierta proximidad y consecuencia a la ocurrencia de los hechos de los que se predique la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales. En consecuencia, cuando por negligencia o incuria se hayan dejado vencer términos o no se haya hecho uso de todos los recursos que brinda el ordenamiento jurídico, esta acción constitucional deviene improcedente. Igual ocurre cuando se deja transcurrir un término que resulta desproporcionado desde el momento en que acaeció la presunta afectación hasta el momento de presentación de la solicitud de amparo, por cuanto, como viene de decirse, es de la naturaleza de esta acción, la protección inmediata para que cese la vulneración, o en caso de amenaza, ésta no llegue a concretarse. (...) (**Sentencia T-129, 2008**).

Para que la solicitud de amparo sea procedente en estos casos, debe darse cumplimiento al mandato según el cual ésta sólo procede en ausencia de un mecanismo alternativo de defensa judicial, o para efectos de evitar un perjuicio irremediable. En las sentencias T-639 de 2006 y T-996 de 2003, la máxima Corporación constitucional resumió los requisitos de tipo formal para la procedencia de la acción de tutela, así:

(...) puede ocurrir que, bajo circunstancias especialísimas, por causas extrañas y no imputables a la persona, ésta se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa dentro del proceso judicial, en cuyo caso la

rigidez descrita se atempera para permitir la procedencia de la acción (Sentencia T-996, 2003).

Por otro lado, existe la opción de acudir a la tutela contra providencias judiciales como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable:

(...) Dicha eventualidad se configura cuando para la época de presentación del amparo aún está pendiente alguna diligencia o no han sido surtidas las correspondientes instancias, pero donde es necesaria la adopción de alguna medida de protección, en cuyo caso el juez constitucional solamente podrá intervenir de manera provisional (Sentencia T-898, 2008).

La Corte con su jurisprudencia pretende establecer un marco de seguridad jurídica, reafirmando las decisiones e increpando a quien con el paso del tiempo no ha impugnado la decisión, aunque se maneja el criterio que dependiendo de la gravedad de la violación se fija el término para la presentación de la acción de tutela por vía de hecho, pues no se le da el mismo tratamiento a una grave violación a los derechos humanos que a una vía de hecho por una cuestión meramente formal. Sin embargo, se maneja la tesis de que debe proponerse el término de caducidad dispuesto para el medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por la analogía entre las pretensiones de la vía de hecho y el medio de control en cuestión, lo que dejaría el término razonable para la presentación de la tutela por vía de hecho en 4 meses, término aceptado ampliamente en la práctica.

1.4. La irregularidad procesal debe tener un efecto directo y determinante sobre la decisión impugnada y que afecta los derechos fundamentales del sujeto afectado

La Corte Constitucional ha manifestado que en casos en los que el sustento del alegato de existencia de vía de hecho recaiga en una irregularidad procesal, es requisito indispensable que tal irregularidad sea determinante en la decisión de fondo, y que además tal situación amenace o transgreda los derechos fundamentales. Sin embargo, si es el caso de que la irregularidad se configure como una lesión grave de los derechos fundamentales, los requisitos de los que se habla ya no son exigidos.

En este punto, la Corte Constitucional en sentencia SU-813 de 2007 ha sostenido lo siguiente:

(...) No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio. (...) (Sentencia SU-813, 2007).

Con la Sentencia SU-813 de 2007 se encuentra el ejercicio práctico del requisito señalado, Así, la Alta Corte señaló:

(...) El cuarto requisito exigido para que proceda la tutela contra providencias judiciales, consiste en verificar que las irregularidades procesales tengan o puedan tener un efecto decisivo en la decisión judicial de fondo. En estos casos la decisión de no terminar los procesos ejecutivos podía conducir a la pérdida de la vivienda del deudor. Por esta razón, frente a procesos ejecutivos hipotecarios en curso a 31 de diciembre de 1999, este requisito se entiende satisfecho (...) (*Sentencia SU-813, 2007*).

1.5. Identificación del derecho vulnerado y las causas de la vulneración

Hay que comenzar por decir que este requisito no es precisamente característico de la acción de tutela; no obstante, la Corte Constitucional ha declarado que cuando la acción de tutela se emplea como instrumento para ir en contra de sentencias judiciales o disposiciones normativas de carácter concreto, los requerimientos se vuelven más rigurosos, lo cual se traduce en el principio de Alegación del derecho presuntamente violado y las causas de la misma. Esto debido a que este uso de la acción es excepcional, al ser por regla general improcedente frente a decisiones de carácter judicial o administrativo. Habiendo dicho lo anterior, se entiende que es, entonces, obligación de la parte actora llevar a cabo la identificación tanto del derecho que estima transgredido o en amenaza, como las causales que fundamentan tal situación.

A propósito de éste requisito la Corte Constitucional ha sostenido:

(...) corresponde al actor indicar con precisión en qué consiste la violación de su derecho a la defensa y de qué manera ésta se refleja en la sentencia impugnada originando uno de los defectos antes mencionados, así como la vulneración ulterior de sus derechos fundamentales (...) (*Sentencia T-654, 1998*).

Reiterando esta posición, se señala:

“(...) Que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que esta haya sido alegada en el proceso judicial, en caso de haber sido posible”. (*Sentencia T-590, 2009*).

1.6. Que no se trate de sentencias de Tutela

Este requisito tiene el propósito de impedir que mediante la acción de tutela se vaya en contra de otra, con el fin de que la decisión no se extienda o dilate indefinidamente. Además de lo anterior, este punto se basa en el carácter del juez;



el de tutela, en primer lugar, se preocupa puntualmente por ejercer la protección de las garantías y fundamentos establecidos en la Carta, mediante control de constitucionalidad. En segundo lugar, el juez ordinario centra su atención principalmente en ejercer el control de legalidad.

Pese a lo anterior, el juez de tutela no es infalible. Pero sí es cierto que frente a una posible vía de hecho hay un doble control de constitucionalidad probable. Primeramente, el que puede efectuar el *ad-quem* cuando el fallo es impugnado; y en segundo, la revisión eventual y extraordinaria que pueda realizar la Corte Constitucional².

La herramienta de carácter constitucional dispuesta para controlar las sentencias de tutela de los jueces constitucionales que conocen y deciden sobre las tutelas, es el de revisión por parte de la Corte Constitucional. Esto propende por la unificación la interpretación constitucional en lo que respecta a derechos fundamentales y asimismo excluye la facultad de impugnación a las sentencias de tutela a través de otra tutela bajo la modalidad de presuntas vías de hecho en tanto que la carta fijó definió las etapas básicas del procedimiento de la acción de tutela y previó las equivocaciones e interpretaciones de los derechos constitucionales que los jueces de instancia podrían llegar a tener, para que pudieran ser conocidos y enmendados por un órgano creado por el propio constituyente: la Corte Constitucional; mediante una herramienta establecida también por él: el recurso de revisión.

Ahora bien, la importancia de evitar que toda sentencia de tutela pueda impugnarse, a su vez, mediante una nueva tutela, con lo que la resolución del conflicto se prolongaría indefinidamente en desmedro tanto de la seguridad jurídica como del goce efectivo de los derechos fundamentales, radica en la necesidad de brindar una protección cierta, estable y oportuna a las personas cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados. De allí la perentoriedad de los plazos para decidir, la informalidad del procedimiento y el mecanismo de cierre encomendado a la propia Corte Constitucional, v.gr. el trámite procesal de la revisión eventual, con miras a garantizar la unificación de criterios y la supremacía constitucional. Todo ello por decisión del Constituyente, que optó por regular de manera directa la acción de tutela y no siguió la técnica tradicional de deferir al legislador estos aspectos de orden procedimental (...) (Sentencia T-942, 2011).

En otra ocasión, la Corte Constitucional también se pronunció unificando en su momento la jurisprudencia constitucional relativa a la improcedencia general de la acción de tutela contra sentencias de tutela:

² Aunado a que ésta puede ser sugerida a través de la solicitud que se haga a través del defensor del pueblo.

(...) para el efecto distinguió entre la acción de tutela dirigida contra actuaciones arbitrarias de los jueces de tutela, de la acción encaminada a infirmar la decisión que éstos adoptan, reiterando que en este último caso la competencia es exclusiva y excluyente del tribunal constitucional, en sede de revisión. En la providencia en cita se trajo a colación lo decidido en las sentencias T-162 de 1997 y T-1009 de 1999, en las que se amparó contra vías de hecho de los jueces de instancia, porque en el primer caso se había negado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia con el argumento de que el poder con el que actuaba el impugnador no era auténtico, sin reparar en que la presunción de autenticidad consagrada en el Decreto 2591 de 1991 no había sido desvirtuada, y en razón de que en el segundo caso se negó la vinculación de un tercero, que debía ser informado de la actuación, debido a que podía resultar afectado con la decisión.

De ese modo se hizo énfasis en que las sentencias de tutela solo pueden ser revocadas o confirmadas por esta Corte, en sede de revisión, debido a que así lo dispone el ordenamiento constitucional, con miras a unificar la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales y con el objeto de darle efectividad a las decisiones de amparo (Sentencia T-021, 2002).

Sin embargo, la postura de la Corte en los últimos años ha venido ampliando su propio precedente, lo que permite que en ocasiones que se establezcan más excepciones en esta causal genérica, contemplando la posibilidad de procedencia de acciones de tutela contra providencias emanadas por jueces constitucionales resolviendo otras acciones de tutela, lo cual constituye, a juicio del autor, un verdadero despropósito y genera inseguridad jurídica, pues siempre se ha hablado que la jurisdicción constitucional es la instancia última de revisión de las decisiones administrativas y judiciales, y precisamente esta causal se instituía con la finalidad de evitar situaciones que pudieran considerar una instancia o proceso adicional.

Así, la Corte en Sentencia SU-627 de 2015, introduce la posibilidad de la procedencia de acciones de tutela por vía de hecho contra decisiones judiciales de tutela, no por la decisión en sí misma, sino por defectos y vulneraciones de derechos durante el trámite del proceso de tutela y no de la propia sentencia, cuando se configure lo que la Corte acuñó como cosa juzgada constitucional fraudulenta:

Como se puede apreciar, los jueces de tutela de instancia (i) no se pronuncian sobre las sentencias de tutela de los jueces de Pivijay; (ii) no señalan la existencia de ningún defecto en ellas; (iii) no se pronuncian sobre si debe o no ampararse los derechos de las ciudadanas interesadas; (iv) sino que constatan la existencia de una grave omisión de los jueces de Pivijay, que no ocurre en la sentencias sino en el trámite del proceso, como es la de no haber vinculado a las personas que tenían derecho a serlo, para poderse defender. Bien podría ocurrir que, luego de rehacer el proceso, con la debida vinculación de dichas personas, el juez de tutela llegare o no a amparar los derechos de las referidas ciudadanas.

En suma, para los dos jueces de las instancias, la vulneración de los derechos fundamentales ocurre en el trámite del proceso de tutela, con anterioridad a la sentencia, y no se predica de la propia sentencia (Sentencia SU-627, 2015).

Pese a que esto puede ser catalogado como un desconocimiento al precedente establecido de la causal genérica objeto de estudio, la Corte reitera que la línea de pensamiento en materia de improcedencia de acciones de tutela contra sentencias de tutela sigue incólume, pues su argumento principal se centra en la revisión de las actuaciones y procedimientos en el trámite de la tutela, y no la decisión en sí misma.

En la Sentencia T-072 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido, apoyándose en la decisión que anteriormente se citó, desarrolla el asunto de procedibilidad excepcional de acciones de tutela por vía de hecho contra decisiones judiciales de tutela:

Por el contrario, la acción de tutela en contra de sentencias de tutela procederá de manera excepcional en los siguientes casos:

- (i) Cuando se acredita la existencia de la cosa juzgada fraudulenta en una sentencia de tutela proferida por otro juez distinto a la Corte;
- (ii) Cuando el juez de tutela vulnera un derecho fundamental con una actuación realizada en el marco del proceso de tutela y antes de proferida la Sentencia;
- (iii) Cuando el juez de tutela vulnera un derecho fundamental con una actuación durante *el trámite del incidente de desacato* (Sentencia T-072, 2018).

La decisión de la Corte en la sentencia en concreto fue confirmar la decisión de los jueces de tutela de primera y segunda instancia, sub examine durante el trámite de dicha decisión de la Corte Constitucional, sin embargo, revisando los casos en que la Corte define la procedencia excepcional de acciones de tutela contra sentencias de tutela vemos que se consolida la tesis de que pueden atacarse dichas decisiones cuando se “*acredite la existencia de cosa juzgada fraudulenta*”, pero únicamente cuando sean decisiones de otros jueces diferentes a la Corte Constitucional, variando su criterio desde el simple análisis dentro del trámite de la tutela, a decisiones o sentencias de tutela, lo que a todas luces sí constituye un desconocimiento del propio precedente constitucional construido por la Corte (Sentencia T-072, 2018).

2. Causales específicas de procedibilidad de la tutela contra actos administrativos y sentencias judiciales

Las causales específicas procuran la verificación de la procedencia de la acción de tutela, cuando ya ha sido verificada la validez de la interposición. Esto quiere decir que las causales generales se encargan de fijar la posibilidad de que el caso particular sea sujeto a revisión; mientras que las causales específicas observan al

estudio de la providencia o acto administrativo que es atacado y en las deficiencias que deben tener para que materialmente la tutela tenga éxito.

Las causales específicas de procedibilidad desarrolladas por la Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia son:

2.1. Defecto Orgánico

Cuando “el funcionario judicial que profirió el acto o la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello”; a juicio de la Corte Constitucional (Sentencia C-590, 2005), de manera que la incompetencia relativa, susceptible de ser subsanada, no basta para configurar defecto orgánico.

Es requisito indispensable para que esta causal se produzca, que el funcionario esté despojado totalmente de su competencia funcional, por lo cual se denomina también defecto competencial, en el cual se establece bien porque actúa sin estar habilitado por algún instrumento jurídico, o bien porque pese a que exista un acto que le habilite, tal acto fue expedido por un funcionario incompetente, o es claramente contrario a derecho. Por ejemplo, una persona perteneciente a una comunidad indígena que sea juzgado y condenado en la jurisdicción penal ordinaria, siendo que corresponde competencialmente a la jurisdicción indígena.

A propósito de ésta causal específica la Corte en su jurisprudencia ha expuesto la definición de la misma, así:

(...) existe vía de hecho por defecto orgánico, cuando se configura falta de competencia del juez que conoce del caso. La competencia, que ha sido definida como el grado o la medida de la jurisdicción, tiene por finalidad delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica. Este principio representa un límite para la autoridad pública que administra justicia, en la medida que las atribuciones que le son conferidas sólo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen (C.P., art. 121). Cualquier extralimitación de la esfera de competencia atribuida a un juez constituye un atentado contra el Estado de Derecho, deslegitima la justicia y produce desconfianza de los ciudadanos en las autoridades públicas (...) (Sentencia T-1057, 2002).

(...) Si se comete la equivocación de tramitarse un asunto jurídico por la jurisdicción que no corresponde, surge la vía de hecho en cuanto se habría proferido un remedo de sentencia. Si un funcionario de la jurisdicción ordinaria falla un proceso que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, incurre en una ostensible vía de hecho, no justificable por el silencio de las partes o por la desidia del mismo juez de plantear en cualquier instante procesal la nulidad insanable de falta de



jurisdicción. Además, la existencia de un juez competente no solamente surge del ordenamiento nacional sino de disposiciones internacionales aplicables en Colombia, con carácter prevalente, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (...) (Sentencia T-668, 1997).

También se expresó de forma similar en sentencia T-324 de 1996:

(...) solo en aquellos casos en los cuales el acto que adscribe la competencia resulte manifiestamente contrario a derecho –bien por la notoria y evidente falta de idoneidad del funcionario que lo expidió, ora porque su contenido sea abiertamente antijurídico–, el juez constitucional puede trasladar el vicio del acto habilitante al acto que se produce en ejercicio de la atribución ilegalmente otorgada. Sólo en las condiciones descritas puede el juez constitucional afirmar que la facultad para proferir la decisión judicial cuestionada no entra dentro de la órbita de competencia del funcionario que la profirió y, por lo tanto, constituye una vía de hecho por defecto orgánico (...) (Sentencia T-324, 1996):

Igualmente, en asuntos neurálgicos la Corte se ha manifestado sobre la configuración de vías de hecho por demostrarse la presencia del defecto orgánico por carencia absoluta de competencia del servidor:

(...) Ahora bien, el análisis adelantado en la presente sentencia muestra que, debido a la inviolabilidad de los congresistas, la Corte Suprema carece, por expresa prohibición constitucional, y de manera absoluta, de competencia para investigar el sentido del voto emitido por la peticionaria en el juicio al Presidente Samper. Por ende, la indagación judicial por un eventual prevaricato de la peticionaria, y en general de cualquier congresista, en el momento de votar u opinar en ese juicio, configura una clara vía de hecho, por carencia absoluta de competencia del funcionario judicial para inquirir sobre el sentido de los votos y opiniones de los representantes del pueblo (...) (Sentencia SU-047, 1999).

2.2 Defecto procedimental absoluto

El defecto procedimental absoluto se produce cuando el funcionario público o servidor judicial obra totalmente por fuera del procedimiento jurídico establecido. Esto quiere decir que, aunque se encuentre en ejercicio de competencia atribuida a él, el juez o funcionario se aleja completamente de las normas procesales que deben ser empleadas al caso del que está conociendo.

Sin embargo, en menester resaltar que, con el fin de que esta causal específica sea procedente, la actuación irregular por parte del funcionario público o servidor judicial debe afectar directamente el derecho al debido proceso, el fallo de fondo, y claramente no ser atribuible a la parte actora. Sobre la causal específica, la Corte Constitucional ha declarado en su sentencia T-993 de 2003, las principales características y origen del defecto procedimental absoluto:

(...) Defecto procedimental absoluto, falencia que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. Igual que en el caso anterior, la concurrencia del defecto fáctico tiene naturaleza cualificada, pues se exige que se esté ante un trámite judicial que se haya surtido bajo la plena inobservancia de las reglas de procedimiento que le eran aplicables, lo que ocasiona que la decisión adoptada responde únicamente al capricho y la arbitrariedad del funcionario judicial y, en consecuencia, desconoce el derecho fundamental al debido proceso. Sobre el particular, la Corte ha insistido en que el defecto procedimental se acredita cuando "...el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones y actúa de forma arbitraria y caprichosa, con fundamento en su sola voluntad, se configura el defecto procedimental. El defecto procedimental se erige en una violación al debido proceso cuando el juez da un cauce que no corresponde al asunto sometido a su competencia, o cuando pretermite las etapas propias del juicio, como por ejemplo, omite la notificación de un acto que requiera de esta formalidad según la ley, o cuando pasa por alto realizar el debate probatorio, natural a todo proceso, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales al no permitirles sustentar o comprobar los hechos de la demanda o su contestación, con la consecuente negación de sus pretensiones en la decisión de fondo y la violación a los derechos fundamentales. (...) (Sentencia T-993, 2003).

En concordancia con lo anterior, las demoras no justificadas por parte del funcionario público o servidor judicial que influyen de manera directa sobre los derechos fundamentales del afectado; y, en materia penal, la falta evidente y manifiesta de defensa técnica solamente atribuible al Estado y que como resultado produzca una condena; ha sido objeto de protección por parte de la Corte a título de defecto procedimental:

(...) La omisión de una actuación judicial de la cual depende el ejercicio de un derecho fundamental, escapa a toda justificación y desnaturaliza lo jurídico para convertirlo en una mera práctica de poder y en ejercicio anormal de la función jurisdiccional. El acceso a la justicia, como derecho fundamental, no se entiende como simple posibilidad de ser parte de un proceso judicial. Integra dicho derecho la facultad de hacer uso de los recursos legalmente establecidos, de modo que la persona pueda hacer valer sus derechos e intereses. A este respecto es indispensable que la autoridad judicial utilice los medios de comunicación y se ciña a las formas procesales contemplados en el ordenamiento jurídico (providencias, autos, sentencias). Si una concreta petición de pruebas es elevada al fiscal, éste debe responderla expresamente en un sentido positivo o negativo. De lo contrario, se sustrae a la parte, de manera injusta y arbitraria, el derecho que tiene a recurrir esa específica actuación judicial. El derecho a los recursos judiciales, presupone la existencia de providencias judiciales que puedan ser objeto de los mismos (...) (Sentencia T-055, 1994).



La Corte ha manifestado la importancia de las vías de hecho en la corrección de yerros, y que su configuración no se da sólo con la demostración de que existió una vulneración del debido proceso y de la defensa técnica, sino que deben acreditarse una serie de elementos, para lo cual, en sentencia T-654 de 1998 la Corte los expuso con detalle:

(...) Para considerar si una determinada sentencia judicial constituye una vía de hecho, no basta con demostrar que existieron fallas en la defensa técnica del procesado. Esta última cuestión servirá, sí, para alegar vulneración de los derechos de quien es sujeto de la acción judicial y ejercer los recursos ordinarios o extraordinarios del caso, pero no habilita, por sí misma, la procedencia de la acción de tutela. Para que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la mencionada acción será necesario, adicionalmente, demostrar los siguientes cuatro elementos: (1) que efectivamente existieron fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada; (2) que las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado; (3) que la falta de defensa material o técnica tuvo o puede tener un efecto definitivo y evidente sobre la decisión judicial de manera tal que pueda afirmarse que esta incurre en uno de los cuatro defectos anotados –sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental–; (4) que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado (...) (Sentencia T-654, 1998).

El defecto procedimental se traduce en actuaciones que omiten pasos, no dan un trámite adecuado, entre otros, se encuentra el Defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, el cual, es el resultado de concebir el procedimiento como un obstáculo para el derecho sustancial el cual debe sobreponerse a las formas, de esta forma:

(...) Según la jurisprudencia de esta Corporación, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta cuando el operador judicial concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial, convirtiendo su actuar en un acto de denegación de justicia por: “(i) dejar de inaplicar disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; (ii) exigir el cumplimiento de requisitos formales de forma irreflexiva, aunque en determinadas circunstancias puedan constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada; o (iii), incurrir en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas. El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta porque el juez no acata el mandato de dar prevalencia al derecho sustancial, situación que lo lleva a denegar o vulnerar el derecho al acceso a la administración de justicia (Sentencia T-518A, 2015).

2.3. Defecto Fáctico

Este defecto es probablemente la causal más compleja, en tanto que la actividad probatoria se observa como una amalgama de situaciones que han suscitado el reconocimiento de la existencia de la vía de hecho por defecto fáctico. Las más importantes circunstancias que acontecen en la configuración de la causal por defecto factico, son cuando:

- a) El juez, funcionario público o instructor, no consta del acervo probatorio que le faculte para la aplicación del supuesto legal en el que sustenta su decisión.
- b) Sin hallarse completamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la resuelve, el juez funcionario público o instructor toma una decisión, como efecto de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas, de una valoración irrazonable de estas, de la suposición de una prueba, o finalmente del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios.
- c) Finalmente se observa el error al concederse o negarse la práctica de pruebas sin justa causa (Sentencia SU-226, 2013).

A su vez se exige que el error en la valoración de las pruebas sea manifiesto, flagrante y evidente; capaz de incidir definitivamente en el fallo de fondo, afectando en forma directa los derechos fundamentales de la parte actora.

Por ser una causal de evidente complejidad se ha de transcribir *in extenso* un aparte de la sentencia T-310 de 2009 en donde se resume de manera importante, la concepción doctrinal sobre éste requisito especial de procedibilidad de la siguiente manera:

(...) Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Al respecto, debe recalcarse que esto es uno de los supuestos más exigentes para su comprobación como causal de procedencia de la acción de tutela contra sentencias. Ello debido a que la valoración de las pruebas en el proceso es uno de los campos en que se expresa, en mayor medida, el ejercicio de la autonomía e independencia judicial. El ejercicio epistemológico que precede al fallo es una tarea que involucra, no solo la consideración acerca de las consecuencias jurídicas que, en materia probatoria, impone el ordenamiento jurídico positivo, sino también la valoración que de los hechos del caso realice el funcionario judicial, a partir de su propia experiencia y de su conocimiento sobre el área del derecho correspondiente, tópicos que suelen reunirse bajo el concepto de *sana crítica* (Sentencia T-310, 2009).



Según la jurisprudencia la Corte Constitucional este defecto se presenta cuando:

(...) “(i) sin que se halle plenamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la determina; (ii) como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; (iii) de una valoración irrazonable de las mismas; (iv) de la suposición de una prueba; o (v) del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorio” (Sentencia T-310, 2009).

En efecto, el trabajo del juez de tutela en relación con el defecto factico está rigurosamente limitado en los casos en los que la actividad probatoria, llevada a cabo por el funcionario, incurre en errores tan importantes que causan que la decisión sea arbitraria e irrazonable. Así, la acción de tutela no consta de alcance para realizar un juicio de corrección sobre la valoración probatoria; sino que es un juicio de evidencia, en el que el juez o servidor público ordinario incurrió en un error indiscutible en el decreto o apreciación de la prueba (Botero, Garcia Villegas, Guarnizo, Jaramillo & Uprimny, 2006).

El servidor público o juez que cae en este yerro, materializa el mismo en una decisión cuyo sentido sería totalmente diferente al que se produjo. El defecto bajo análisis:

(...) surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. Según esta Corporación, el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante, las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales. En ese contexto, La Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, como puede ser la errada interpretación de las pruebas allegadas al proceso, o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, presentándose, en el primer caso, un defecto por interpretación errónea, y en el segundo, un defecto por ineptitud e ilegalidad de la prueba (Sentencia T-429, 2016).

Lo anterior ha sido ratificado en varias ocasiones por la corte en su jurisprudencia³ conforme a la cual, este defecto se produce cuando el juez o funcionario público decide sin que se haya comprobado completamente el supuesto de hecho

³ Ver, entre otras, las sentencias T-231 (1994), T-442 (1994), T-567 (1998), T-025 (2001), T-109 (2005) y T-639 (2006)

que legalmente la determina⁴, como consecuencia de una omisión en el decreto⁵ o valoración de las pruebas; de una valoración irrazonable de las mismas, la suposición de una prueba, o el otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios.

Para la Corte Constitucional, el defecto fáctico puede presentarse bien en una dimensión positiva, ver sentencias SU-159 (2002), T-538 (1994), T-061 (2007), que engloba los supuestos de una *valoración por completo equivocada*, o en la *fundamentación de una decisión en una prueba no apta para ello*, o bien en una dimensión negativa, ver sentencias T-442 (1994), T-567 (1998), T-239 (1996) y T-145 (2017), es decir, por la *omisión en la valoración de una prueba determinante, o en el decreto de pruebas de carácter esencial*.

Así las cosas, se han establecido 2 facetas del error factico, a saber, una positiva y una negativa:

(...) La primera se refiere a circunstancias en las que se valoran pruebas transgrediendo reglas legales y principios constitucionales; la segunda, se materializa “(i) por ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso; (ii) por decidir sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; o (iii) por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo. Y una dimensión positiva, que tiene lugar por actuaciones positivas del juez, en la que se incurre ya sea (iv) por valorar y decidir con fundamento en pruebas ilícitas, si estas resultan determinantes en el sentido de la decisión; o (v) por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia (Sentencia T-518A, 2015).

La Corte Constitucional ha fijado ciertas pautas en lo relativo a los fundamentos y al marco de intervención que le compete al juez de tutela frente al factible acontecer de un defecto fáctico:

El cimiento de la intervención reside en que, pese a las extensas facultades discrecionales de que goza el servidor público o juez de conocimiento para analizar el material probatorio, este debe actuar de conformidad con los principios de la

⁴ Así, por ejemplo, en otra oportunidad la Corte Constitucional (SU-159, 2002), definió el defecto fáctico como “la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal a partir de pruebas válidas”.

⁵ Cabe resaltar que, si esta omisión obedece a una negativa injustificada de practicar una prueba solicitada por una de las partes, se torna en un defecto procedimental, que recae en el ejercicio del derecho de contradicción.

sana crítica; esto quiere decir, con fundamento en criterios objetivos y racionales, todo ello expresado por la Corte en (Sentencia T-442, 1994).

Sin embargo, la intervención del juez de tutela debe ser de carácter sumamente limitado en relación con la intervención por parte del funcionario o juez de conocimiento, en seguimiento del principio de autonomía judicial y el principio del juez natural, los cuales de cierta manera imposibilitan que el juez de tutela realice un examen completo y riguroso del material probatorio⁶.

Asimismo, La Corte ha resaltado en la sentencia T-336 (1995), reiterada por la T-008 (1998) que la disimilitud de la valoración en cuanto a la apreciación probatoria no se configura como un error fáctico. Frente a distintas interpretaciones razonables y de conformidad con los criterios que se han mencionado, corresponde al juez o servidor público del conocimiento determinar cuál es la que se ajusta de mejor forma al caso particular. Así, el juez natural además de ser autónomo, lleva a cabo actuaciones que se presumen de buena fe. Como efecto, el juez de tutela debe comenzar por la corrección de la decisión judicial o administrativa y continuar por la valoración de las pruebas que el juez natural ha llevado a cabo.

Sobre el particular, ha señalado la Corte en Sentencia T-008 de 1998:

(...) al paso que el juez ordinario debe partir de la inocencia plena del implicado, el juez constitucional debe hacerlo de la corrección de la decisión judicial impugnada, la cual, no obstante, ha de poder ser cuestionada ampliamente por una instancia de mayor jerarquía rodeada de plenas garantías (Sentencia T-008, 1998).

Finalmente, para que la tutela sea procedente ante un error fáctico, a juicio de la Corte Constitucional debe acreditarse:

El error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto (...) (Sentencia T-310, 2009).

2.4. Defecto Material o Sustantivo:

La Corte Constitucional ha formulado variedad de hipótesis con respecto a esta causal. Éstas se condensan en las que siguen:

⁶ En la sentencia T-055 de 1997, la Corte determinó que, en tratándose del análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia.

En un defecto sustantivo o material. Se presenta cuando la decisión judicial adoptada por el juez, desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen, al sustentarse aquella en disposiciones claramente inaplicables al caso concreto. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido, que cuando una decisión judicial se soporta en una norma jurídica manifiestamente equivocada, que la excluye del marco de la juridicidad y de la hermenéutica, aquella pasa a ser una simple manifestación de arbitrariedad, que debe dejarse sin efectos, para lo cual la acción de tutela pasa a ser el mecanismo idóneo y apropiado. Al respecto, ha explicado la Corte que tal situación de arbitrariedad se presenta cuando se aplica: (i) una norma inexistente; (ii) o que ha sido derogada o declarada inexecutable; (iii) o que, estando vigente, resulta inconstitucional frente al caso concreto y el funcionario se haya abstenido de aplicar la excepción de inconstitucionalidad; (iv) o que estando vigente y siendo constitucional, la misma es incompatible con la materia objeto de definición judicial (Sentencia T-429, 2016).

Con relación a la errónea aplicación de la normativa, por haber llegado a aplicarla por medio de interpretaciones contraevidentes, irrazonables o desproporcionadas la Corte Constitucional, en sentencias T-765 de 1998 y T-001 de 1999, señaló qué:

(...) el procedimiento de tutela no puede utilizarse para obtener que un juez diferente al que conoce del proceso ordinario intervenga inopinadamente para modificar el rumbo del mismo con base en una interpretación diversa, la suya, pretendiendo que, por haber entendido las normas pertinentes de una determinada manera, incurrió el primero en una vía de hecho. || La vía de hecho –excepcional, como se ha dicho– no puede configurarse sino a partir de una ruptura flagrante, ostensible y grave de la normatividad constitucional o legal que rige en la materia a la que se refiere el fallo. Por tanto, mientras se apliquen las disposiciones pertinentes, independientemente de si otros jueces comparten o no la interpretación acogida por el fallador, no existe la vía de hecho, sino una vía de derecho distinta, en sí misma respetable si no carece de razonabilidad. Esta, así como el contenido y alcances de la sentencia proferida con ese apoyo, deben ser escrutados por la misma jurisdicción y por los procedimientos ordinarios, a través de los recursos que la ley establece y no, por regla general, a través de la acción de tutela. || Diferente es el caso de la ostensible aplicación indebida de una norma, en cuya virtud se pretende lograr que los hechos quepan en ella, aun contra toda evidencia. Allí puede darse la vía de hecho, como lo ha admitido esta Corte, si por haberse forzado arbitrariamente los ordenamientos jurídicos se han quebrantado o se amenazan derechos constitucionales fundamentales (...) (Sentencia T-765, 1998) y (Sentencia T-001, 1998).

Con base en la regla *pro legislatore*, el servidor o el juez, siendo una autoridad pública, están sometidos a la normatividad, sin perder la autonomía e independencia en cuanto a la elaboración de sus fallos o decisiones administrativas.



2.5. Error Inducido (Vía de hecho por consecuencia)

La Corte Constitucional también ha llamado a este error “vía de hecho por consecuencia”, la cual se provoca cuando el funcionario o el juez, bien individual o colegiado, ha llegado a tomar una decisión que transgrede los derechos fundamentales, como consecuencia de un engaño por parte de terceros. Así lo ha expuesto la Corte se en sentencia T-429 de 2016:

(...) En error inducido o por consecuencia. Tiene lugar, en los casos en que el juez o tribunal ha sido víctima de un engaño por parte de terceros, y ese engaño lo conduce a la adopción de una decisión que afecta derechos fundamentales. En estos eventos, la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones en cuya realización participan personas obligadas a colaborar con la administración de justicia -autoridades o particulares-, y cuyo manejo irregular induce en error al funcionario judicial, con grave perjuicio para los derechos fundamentales de alguna de las partes o de terceros (Sentencia T-429, 2016).

La Corte Constitucional ha expuesto la necesidad de configurar dos presupuestos para la procedencia de la vía de hecho por error inducido, claramente definidos por la Corte en la sentencia SU-014 de 2001:

(...) Así, la jurisprudencia ha identificado los dos presupuestos que deben cumplirse para que exista el error inducido. En primer lugar, debe demostrarse en el caso concreto que la decisión judicial se ha basado en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas, en cuya determinación los órganos competentes hayan violado derechos constitucionales. En segundo término, debe demostrarse que esa violación significa un perjuicio iusfundamental para las partes que intervienen en el proceso judicial. (...) (Sentencia SU-014, 2001).

Cabe resaltar, que el erro inducido no es estrictamente una vía de hecho, pues no es la arbitrariedad o el yerro absurdo del fallador, sino que se debe a una causalidad del tercero en el proceso.

2.6. Decisión sin motivación

De conformidad con la teoría del derecho público existen actos administrativos discrecionales, como los desarrollados a partir de la facultad de libre nombramiento y remoción; actos que se llevan a cabo e incluso producen efectos jurídicos sin la exigencia de que quien los llevó a cabo manifieste de alguna forma su motivación o las razones y fines que orientan la decisión.

A pesar de lo expuesto con anterioridad, la aplicación de la discrecionalidad administrativa se reduce a un número limitado de situaciones y materias previamente definidas por la ley, en las que el funcionario que profiere el acto puede expedir

el acto sin exponer la motivación con que deben contar la mayoría de los actos administrativos de las autoridades estatales. Así, en circunstancias o materias no contempladas por la ley, tales como decisiones que requieran una práctica y valoración de pruebas, emisión de sentidos y conceptos, actos administrativos que afecten el orden público, comunidades, que tengan incidencia en políticas públicas o en el ámbito sancionatorio, y en general cualquier acto administrativo que no se encuentre en la excepción de motivar, deben contar con una motivación debida y suficiente, que sea veraz y se ajuste a los supuestos fácticos.

Sin embargo, tal situación no puede tener aplicación sobre lo relativo a las decisiones de carácter judicial, en tanto que éstas se entienden como la manifestación de la facultad de administrar justicia en cabeza del Estado, llevada a cabo mediante sus servidores competentes para tal tarea, excluyendo de esta forma situaciones o materias en las que el juez a la hora de fallar pueda hacer uso de criterios de discrecionalidad. Así, éstos se encuentran obligados a expresar los fundamentos fácticos y jurídicos que los ha motivado y orientado a la toma de cierta decisión, cumpliendo con ello la sujeción de los órganos de administración de justicia al sistema jurídico y al Estado de Derecho.

Habiendo dicho lo anterior, queda por sostener que, para atacar la sentencia de un juez con base en esta causa, es necesario que se dé precisamente la ausencia de dichas motivaciones en la sentencia judicial, o que la motivación expuesta por el operador judicial no se ajuste a la realidad, que la misma sea insuficiente o contravenga el sistema jurídico vigente. Después de todo el deber de motivar tiene por fin excluir el actuar tiránico de quien ejerce la potestad pública (Higuera, D.M (b), 2011).

La Corte Constitucional, en su jurisprudencia ha venido consolidando el deber de motivar las decisiones de los jueces y de funcionarios públicos de la Administración, y que las mismas obedezcan a criterios de racionalidad, al principio de legalidad, al sometimiento de los poderes públicos al sistema jurídico vigente, al principio de congruencia y a la consecución de los fines del estado:

(...) Sentencia sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, pues precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. Este tipo de falencia se distingue del defecto fáctico, en cuanto no se estructura a partir de la disconformidad entre la motivación de la sentencia y su parte resolutive, sino en la ausencia de razonamientos que sustenten lo decidido. Es evidente que una exigencia de racionalidad mínima de toda actuación judicial es que exprese los argumentos que hacen inferir la decisión correspondiente. Cuando este ineludible presupuesto no puede verificarse, la sentencia contradice aspectos que hacen parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso. (...) (Sentencia T-310, 2009).



Por otra parte, esta motivación también incluye criterios del valor vinculante de los precedentes, cuestión que desarrollaremos en el siguiente acápite.

2.7. Desconocimiento del Precedente

Casos como el deber de motivar la desvinculación de provisionales, el retén social o para madres cabeza de familia, enfermos y pre pensionados, y fuero de maternidad son claro ejemplo de los alcances que tiene la jurisprudencia a efecto de definir derechos.

En tal sentido se entiende por precedente como:

(...) aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que, por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia. (...) (Sentencia T-292, 2006).

Esta obligatoriedad es señalada al sostenerse que, si bien las sentencias de tutela tienen efectos *inter partes* y no efectos *erga omnes*, su motivación o *ratio decidendi*, también tiene poder de fuerza jurídica. En lo que a esto refiere, en la sentencia número T-843 de 2009 la Corte Constitucional realiza algunas precisiones expresando:

De la aplicación del artículo 86 de la Constitución Política, se infiere que la acción de tutela es una acción judicial de rango constitucional, de naturaleza autónoma, cuya finalidad es proteger los derechos fundamentales cuando quiera que ellos hayan sido vulnerados, caso en el cual es restitutoria, o cuando exista una amenaza de vulneración de los mismos, caso en el cual es preventiva.

Generalmente, los efectos de las providencias de la Corte Constitucional son diversos en cada tipo de control constitucional. De un lado solo pueden ser *erga omnes*, cuando se ejerce el control abstracto, es decir, las decisiones que se adoptan tienen un alcance general e impersonal; y de otro lado, produce efectos *inter partes*, cuando su alcance es particular y concreto, es el caso de la acción de tutela.

Sin embargo, respecto a las sentencias de tutela, este último no se opone a los efectos vinculantes de las mismas, pues a pesar de que no se puede trasladar o extender la decisión adoptada por el juez de tutela de un proceso determinado, a otro proceso que se ha trabado entre partes distintas, ello no significa que la doctrina sentada en una sentencia previa, no puede aplicarse a otros casos **que reúnan las mismas circunstancias de hecho relevantes**. (Negrillas fuera del texto) (Sentencia T-843, 2009).

Puede decirse que se está en presencia de desconocimiento del precedente cuando un funcionario o un juez, bien sea individual o colegiado: (a) No aplica el precedente generado en sede de control abstracto, el cual produce efectos *erga*

omnes, siendo así vinculante de manera general. En tal situación, la vinculación al precedente es absoluta, al punto que incluye la cosa juzgada constitucional material, es decir la resolución de fondo del asunto y no solo la reproducción de la norma; o (b) No aplica el precedente generado en sede de control en concreto, caso de la tutela, sin dar justificación técnica y adecuada de los motivos que lo impulsaron a alejarse de esta *ratio decidendi*. En tal situación, la vinculación al precedente es relativa.

No incluimos en esta causa el efecto *inter pares* o *inter comunis* (es decir que ampara más allá de las contrapartes a quienes estén en la misma circunstancia), que puede darse en controles concretos, pues el mismo hace referencia a la parte decisoria, no a la motivación, en tal sentido, si de la *ratio decidendi* se trata no encontramos en la situación antes descrita.

En seguimiento de la doctrina Constitucional en éste aspecto, el desconocimiento del precedente se da cuando el funcionario o juez:

- (i) Aplica disposiciones legales que, mediante sentencias de constitucionalidad, han sido declaradas inexecutable;
- (ii) Aplica disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución;
- (iii) Va en contra de la *ratio decidendi* de sentencias de constitucionalidad;
- (iv) Desconoce el alcance de los derechos fundamentales que, por medio de la *ratio decidendi* de sus sentencias de tutela, ha sido fijado por la Corte Constitucional (Sentencia T-961, 2011).

Por supuesto, los distintos servidores públicos o jueces podrían tener comprensiones distintas acerca del contenido de la misma prescripción jurídica y, en consecuencia, resultar efectos distintos. Con el fin de tener cierto control sobre circunstancias como la anterior, la Corte se ha expresado así:

El sistema jurídico ha previsto la figura del precedente, bajo el supuesto de que la independencia interpretativa es un principio relevante pero que se encuentra vinculado por el respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales que fijan criterios para la interpretación del derecho (Sentencia T-683, 2006).

La Corte señala igualmente la importancia del sometimiento de las autoridades administrativas y judiciales al imperio de la ley, y sobre la obligatoriedad y pertinencia del precedente jurisprudencial:

- (...) La pertinencia de un precedente, se predica de una sentencia previa, cuando:
- (i) la *ratio decidendi* de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un

problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente (Sentencia T-292, 2006).

Lo explicado por la Corte Constitucional denota que el precedente debe ser, por supuesto, previo a la decisión en la que se pretende su aplicación y que asimismo debe existir similitud en cuando a los aspectos como problemas jurídicos, supuestos fácticos, normas evaluadas, etc., esto con el objetivo de que se dé su aplicación, por lo que a falta de algún requisito, no se podrá dar la otrora llamada “vía de hecho” por desacato al precedente constitucional, y no cuando el funcionario público o el juez se aparta dentro de las causales aceptadas.

De igual manera, la jurisprudencia ha anotado la distinción entre el *precedente horizontal*, que es aquel que debe tener seguimiento tanto por parte del juez quien lo emitió, como por otro de la misma jerarquía funcional; y *precedente vertical*, que es emitido por un juez jerarquía superior, concepto expuesto por la Corte Constitucional (Sentencia T-014, 2009).

En tal sentido, la jurisprudencia ha reconocido el valor vinculante de la *ratio decidendi* tanto respecto de las sentencias de revisión de tutela (T) como la de constitucionalidad (C), por lo cual en materia de precedentes verticales y horizontales están sometidos con carga argumentativa, los jueces y la propia Corte. Por supuesto, en respeto y desarrollo de la autonomía judicial pueden apartarse de la doctrina, para lo cual es necesario argumentar y justificar debidamente su posición, dentro de las causales legítimas de desvinculación del precedente (López Medina, D, 2002; López Medina, D, 2006).

Debemos en este orden de ideas recordar las condiciones bajo las cuales puede darse una desvinculación del precedente, y es cuando: i) el precedente no pueda aplicarse al caso concreto por encontrarse diferencias sustanciales entre ambos casos (disanalogía o *distinguishing*), ii) exista un cambio en la realidad que amerite el cambio del precedente iii) exista multiplicidad de precedentes que no permita hacer aplicable alguno de ellos, iv) exista un cambio en el sistema jurídico, v) en los casos de giro o cambio de postura jurisprudencial en los casos de precedente horizontal (*overrunning*) (López Medina, D, 2002; López Medina, D, 2006).

Gracias a lo anterior es factible garantizar cierto nivel de seguridad jurídica a los ciudadanos, en el entendido de que los funcionarios públicos y autoridades judiciales se encuentran vinculados en sus decisiones por lo que ha sido establecido previamente a nivel jurisprudencial para un caso específico por el órgano unificador, que varía dependiendo de la materia de que se trate (Sentencia C-836, 2001).

En todo caso en materia de casación, existen dos precisiones que deben realizarse, en primer lugar, en casos susceptibles de este recurso extraordinario en la jurisdicción ordinaria, corresponde a la Corte Suprema de Justicia. Así, cuando dicho órgano se ha manifestado en cierta materia, el juez que posteriormente conozca deberá limitar su autonomía judicial para aplicar la pauta fijada jurisprudencialmente. En similar sentido debe aplicar los precedentes establecidos por las Altas Cortes los funcionarios públicos a la hora de adoptar una decisión. De ésta forma y en observancia del principio *stare deciris*, la única forma de no aplicar el precedente, es demostrando que los supuestos de hecho del caso de su conocimiento son fundamentalmente distintos a los del caso previo en que se ha fijado la regla jurisprudencial (Sentencia T-1625, 2000).

En segundo lugar, en principio, en casos no susceptibles de tal recurso no habría una instancia unificadora de los criterios hermenéuticos; pero al ser los Tribunales Superiores de Distrito la cima jerárquica de sus campos, les corresponde sentar la pauta de interpretación. Conforme a lo anterior, ostentan la facultad de sentar criterios claros para dar resolución a las disyuntivas que se presenten con respecto a la interpretación.

Habiendo dicho todo lo anterior con respecto a esta causal, y entendiendo que es relevante dar garantía de seguridad jurídica, igualdad ante la ley, buena fe del juzgador y del principio de confianza legítima, ahora puede entenderse que el no seguimiento del precedente se configure como una causal especial de procedencia de la tutela en contra de las providencias judiciales o decisiones administrativas.

De ésta forma, en los eventos en los que los distintos órganos fijen posturas interpretativas antagónicas en circunstancias que comprometen derechos fundamentales de los ciudadanos, es competencia del juez constitucional examinar en seguimiento de la Constitución, si las interpretaciones que se estudian transgreden derechos fundamentales de las partes en el proceso de tutela. Es decir:

(...) Si los peticionarios alegan que la posición hermenéutica de un servidor público o un operador judicial respecto de una disposición normativa, es manifiestamente contraria o restrictiva de sus derechos fundamentales, corresponde al juez de tutela determinar si una o más interpretaciones vulneran garantías básicas en el caso concreto. En este sentido será la interpretación que esté más acorde con la Norma Fundamental la que debe ser adoptada y aplicada por los funcionarios públicos y servidores judiciales (Sentencia T-683, 2006).

En definitiva, puede decirse que los funcionarios judiciales y administrativos están en el deber de dar seguimiento y aplicación al precedente fijado en forma previa por los órganos unificadores de jurisprudencia; y que, si deciden apegarse a la autonomía judicial, en el caso de los jueces, y alejarse de éste, deberán desarrollar



más amplia y rigurosa argumentación, con el fin de probar con suficiencia los argumentos que fundamentaron su decisión. De no ser así, se presenta un defecto que hace procedente la acción de tutela.

Es relevante resaltar que el precedente constitucional se desempeña como fuente del derecho con base en la consolidación de la doctrina constitucional de la que se ha hablado; por tal motivo, su aplicación se observa como parte del imperio al que está sujeto el juez y cualquier autoridad administrativa a la hora de proferir sus decisiones.

2.8. Exceso Ritual Manifiesto y Prevalencia del Derecho Sustancial

En ocasiones, los jueces o autoridades administrativas en aras de proteger el Derecho Fundamental al Debido Proceso aplican excesivamente ciertos formalismos o fórmulas procedimentales, desconociendo que las garantías consagradas en el Derecho Sustancial son las que deben prevalecer, constituyendo de esta forma una auténtica denegación de justicia, una vulneración de Derechos Constitucionales y la configuración de lo que se conoce como exceso ritual manifiesto. Cuando, por el contrario, el juez reconoce que las formas deben ceder ante las garantías sustanciales, se aplica el principio de la prevalencia del Derecho Sustancial sobre las formas (Sentencia T-264, 2009).

El principio de primacía o prevalencia del Derecho Sustancial sobre lo formal o procedimental es un concepto jurídico desarrollado en diversas oportunidades por la Corte Constitucional en su jurisprudencia y consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia (1991).

Si bien, en la mayoría de los casos en los cuales se ha hablado sobre el tema han sido sobre controversias suscitadas en procesos desarrollados en instancias judiciales, debemos recordar que la jurisprudencia constitucional también debe aplicarse en instancias administrativas, tanto así que las decisiones que adopte una autoridad administrativa en uso de sus facultades atribuidas por la ley podrían ser atacadas por contravenir la Constitución y la doctrina constitucional desarrollada por la Corte Constitucional en sus sentencias.

En la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, como ya se había manifestado, se le da mayor connotación o importancia a los hechos y a la verdad material en los casos en los que, un requisito o elemento meramente instrumental dificulta la materialización de una garantía consagrada en la Constitución.

Esto no quiere decir que se le reste importancia al derecho adjetivo y a las formas propias de cada procedimiento, pues el debido proceso es un derecho iusfundamental estatuido en la Carta Política de 1991, sino que, al ser el procedimiento y las formas

el medio para la obtención de los fines esenciales del Estado y de los derechos de la persona, estos mismos deben obedecer a criterios y finalidades propias para las cuales fueron creados.

Siendo así que, cuando un formalismo o criterio instrumental se convierte en un obstáculo o dificulta la materialización del derecho sustancial, debe dársele prevalencia a la protección y goce de los derechos establecidos en la Constitución, dispensando las formalidades y ritualismos excesivos que impidan una adecuada interpretación y aplicación sistémica del derecho.

Sobre la prevalencia del Derecho Sustancial frente a las formas y procedimientos, la Corte Constitucional ha venido decantando el concepto en su jurisprudencia en reiteradas ocasiones. Así, ha expresado lo siguiente:

Al tener una función instrumental, el derecho formal o adjetivo es un medio al servicio del derecho sustancial, de tal suerte que su fin es la realización de los derechos reconocidos por el derecho sustancial. Entre uno y otro existe una evidente relación de medio a fin. De ahí que, la conducta de sacrificar el derecho sustancial, por el mero culto a la forma por la forma, se enmarque dentro de una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como es el caso del exceso ritual manifiesto (Sentencia C-499, 2015).

Así mismo, la Corte ha establecido la importancia de la orientación del Derecho Formal o adjetivo hacia el cumplimiento de las finalidades y garantías establecidas en la Constitución y en el modelo de Estado Social de Derecho:

Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia “prevalecerá el derecho sustancial”, está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que, en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio.

(...) La interpretación adecuada de la primacía anotada significa que los procedimientos legales adquieren su sentido pleno en la protección de los derechos de las personas. En consecuencia, cuando la aplicación de una norma procedimental pierde el sentido instrumental y finalista para el cual fue concebido y se convierte en una mera forma inocua o, más grave aún, contraproducente, el juez de tutela debe obviar el trámite formal en beneficio del derecho fundamental afectado (Sentencia C-029, 1995).

En los casos difíciles en los que existan dudas o se encuentren en contención principios o derechos, unos de orden sustantivo y otros de orden adjetivo, la Corte Constitucional ha manifestado que debe existir una inclinación hacia la concesión de los derechos de orden sustantivo, evitando que las formas o elementos de orden

adjetivo se conviertan en verdaderas trabas u obstáculos para la materialización de los fines esenciales del Estado:

El procedimiento no es, en principio, ni debe llegar a ser impedimento para la efectividad del derecho sustancial, sino que debe tender a la realización de los derechos sustanciales al suministrar una vía para la solución de controversias sobre los mismos (Sentencia C-029, 1995).

La rigurosidad para aplicar el procedimiento y la no corrección de yerros subsanables, conlleva a la práctica inconstitucional del Exceso Ritual Manifiesto y la consecuente vulneración a los derechos sustanciales (Sentencia T-264, 2009).

2.9. Violación directa de la Constitución

Esta última causal es, sin duda alguna, la de mayor grado de abstracción de todos los requisitos específicos de procedibilidad desarrollados por la doctrina de la Corte Constitucional sobre la materia, en la medida que de fondo todas las causales anteriormente estudiadas de llegarse a materializar violarían directamente las disposiciones y mandatos constitucionales; no obstante, es claro para la Corte (Sentencia T-590, 2009) que la violación de la Constitución es una causal que goza de autonomía, y por lo tanto, con relación a lo ya anotado las circunstancias que llevan a su configuración también son particulares. Algunas de ellas serían:

- a) No dar aplicación a una disposición iusfundamental en un caso específico.
- b) Dar aplicación a normas al margen de la Constitución Política.
- c) Desarrollar una labor hermenéutica sobre la normatividad, y actuar de acuerdo a ella, evidente y ostensiblemente en contra de la Constitución Política.
- d) Inhibirse a la hora de dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad requerida manifiestamente por la parte afectada; y que tal omisión permita una violación de los postulados de la Constitución Política (Sentencia T-310, 2009).

Con relación a algunos de estas circunstancias, la Corte ha manifestado en Sentencia T-310, de 2009 lo siguiente:

(...) Violación directa de la Constitución, causal de procedencia de la acción de tutela que se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Carta Política. A este respecto, debe insistirse en que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los

particulares. Por ende, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados (...) (Sentencia T-310, 2009).

En forma similar se expresó la Corte:

(...) Diferente es el caso de la ostensible aplicación indebida de una norma, en cuya virtud se pretende lograr que los hechos quepan en ella, aun contra toda evidencia. Allí puede darse la vía de hecho, si por haberse forzado arbitrariamente en el ordenamiento jurídico se han quebrantado o se amenazan derechos constitucionales fundamentales. Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución. En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos (...) (Sentencia T-001, 1998).

La Corte ha utilizado esta categoría como causal, si bien se considera que se trata del encuadramiento en otra de las causales según el caso, de errores fácticos, orgánicos, sustanciales o procedimentales.

3. Desconocimiento del propio precedente

3.1. Intervención en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades el caso de la sentencia SU-424 de 2016

Como se puede observar a lo largo del trabajo presentado, la Corte Constitucional a través de sus años de funcionamiento y de sus precedentes constitucionales ha establecido los requisitos genéricos y específicos de procedibilidad para determinar si una Acción de Tutela contra una providencia judicial de cierre es admisible y puede entrar a analizar dicho caso, fijando con esto un estándar de rigor propio de una alta corte con la legitimidad y autoridad propios de la Corte Constitucional.

Sin embargo, en los últimos años, lo que se ha demostrado con sus decisiones es que el rigor y la línea de pensamiento de la Corte Constitucional ha venido variando, y lo que era una regla ha encontrado excepciones, en el fenómeno que denominamos alteraciones a la Constitución (Higuera, D.M (a), 2017). Incluso desconociendo bruscamente sus propios precedentes, siendo el caso de la sentencia T-967 (2014), en la cual se resolvió la causa sin analizar las causales genéricas o específicas de procedibilidad o del fallo SU-424 (2016), contra el cual se promueve



una solicitud de nulidad de la sentencia, apoyada a través de diversas coadyuvancias e intervenciones como *amicus curiae*, por los múltiples efectos regresivos, tanto en materia de restricción de inhabilidades e incompatibilidades políticas, la lucha contra la corrupción, la legitimidad de la Corporación y, en concreto, el incumplimiento de las causales genéricas y específicas de procedibilidad de dichas tutelas por vía de hecho contra decisiones judiciales.

La sentencia SU-424 (2016), proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, resolvió la revisión de la Sentencia de Tutela proferida en única instancia por la Sala de Conjuces de la Subsección B Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la protección de derechos presuntamente vulnerados, incluyéndose entre los mismos el derecho a la participación política, debido proceso, igualdad, entre otros, dirigida dicha acción de tutela por vía de hecho contra la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a través de sentencia del 15 de febrero de 2011 que declaró la pérdida de investidura de Representante a la Cámara por el departamento de Risaralda de Noel Ricardo Valencia Giraldo por configurarse inhabilidad vigente al momento de la elección, ya que su esposa ejercía el cargo de Alcaldesa del Municipio de Dosquebradas, en el departamento de Risaralda.

Los principales argumentos del accionante se centraron en la existencia de una confianza legítima que lo cobijaba, pues el mismo elevó consultas al Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil sobre si se encontraba inhabilitado y dichas entidades le manifestaron que no se configuraba inhabilidad o incompatibilidad alguna con su candidatura, y el segundo argumento trataba sobre la circunscripción territorial, aduciendo el accionante que las circunscripciones departamentales y municipales eran totalmente diferentes y no coincidían la una sobre la otra (Sentencia SU-424, 2016).

La sentencia también resolvía el caso de un segundo accionante, quien en circunstancias similares a la anterior (su padre era quien ejercía el cargo de Secretario del Despacho de un municipio en la misma circunscripción territorial), fue decretada su pérdida de investidura como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre, por parte de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Aduce el accionante que se le vulneraron sus derechos al debido proceso y a la participación política, y que el Consejo de Estado desconoció su propio precedente al incluir dentro de la misma circunscripción territorial a los departamentos y los municipios que compongan a este último (Sentencia SU-424, 2016).

La Corte en su parte resolutive decide revocar las decisiones adoptadas por el Consejo de Estado y dejar sin efectos la declaratoria de pérdida de investidura

de Representante a la Cámara de los accionantes, pues a su juicio se configuraron ciertos vicios e irregularidades que desencadenaron una vía de hecho, con lo que a juicio del Tribunal Constitucional, era necesario amparar los derechos invocados por los accionantes, sin embargo la Corte se equivoca en su parte motiva, procediendo el autor a mencionar los principales aspectos en que se considera que incurrió en desconocimiento propio y desacatamiento de las reglas establecidas para las vías de hecho por parte de la misma Corte Constitucional:

A través de toda la sentencia SU-424 (2016) la Corte Constitucional hizo mención sobre la naturaleza de la acción de Pérdida de Investidura de congresistas, consagrada en el artículo 179 numeral 5 y 183 de la Constitución Política de Colombia de 1991, y la define a la Solicitud de Pérdida de investidura como un proceso de naturaleza sancionatoria, en donde el Estado hace uso del *Ius Puniendi*.

No se evidencia en disposición normativa o constitucional que la pérdida de investidura sea de naturaleza sancionatoria-punitiva, lo que permite inferir que es falso que la Constitución Política de Colombia de 1991, o que la ley contemplen la acción de pérdida de investidura como un mecanismo de naturaleza sancionatorio-punitivo, y yendo un poco más lejos, la clasificación o categoría que asigna la Corte para asignarle principios y garantías propias del proceso penal a un proceso que impone sanciones por la configuración de conductas es, en exceso amplia y general, toda vez que la naturaleza o carácter sancionatorio lo es cualquier causa en donde el Estado sea parte: En el derecho del control Fiscal, en el derecho penal, en procesos de responsabilidad administrativa donde se condene al estado, en procesos de policía, de imposición de contravenciones por infracción de normas de tránsito, en el proceso disciplinario, entre otros procesos.

Pese a lo anterior, la Corte no acredita en debida forma la naturaleza sancionatoria de la Pérdida de Investidura, pues sus conjeturas no se sujetan a ninguna clase de norma jurídica, o de la Constitución Política, que en principio debe ser la norma marco para aplicar cualquier criterio de interpretación en las decisiones que adopte la Corporación, sino a criterios de interpretación y a citación de jurisprudencia de la propia Corte Constitucional, sobre las garantías que deben evidenciarse en procesos de índole penal, haciéndolas extensivas a procesos de índole sancionatoria.

También aduce la Corte que al ser la Pérdida de Investidura un proceso de naturaleza sancionatoria, aplican los principios consagrados a procesos como el penal, así, deben establecerse garantías procesales y principios de orden constitucional, y debe establecerse un análisis no sólo del acaecimiento o configuración de la conducta contemplada como una de las causales de inhabilidad para ser congresista, sino que también debe realizarse un juicio de culpabilidad al candidato a ser congresista, ya que el análisis de la responsabilidad debe ser



subjetivo y se predica una proscripción o destierro de la responsabilidad objetiva, esto es, que el candidato o congresista sabía o debía saber que se encontraba en una circunstancia que configuraba o podía configurar una causal de incompatibilidad o inhabilidad, y que en los casos en que se alegue la buena fe, no puede ser aplicable la sanción de Pérdida de Investidura, toda vez que los accionantes se amparaban en los principios de buena fe y de confianza legítima.

Debe recordarse que son diferentes las figuras y circunstancias en que operan la responsabilidad objetiva y la imputación objetiva, siendo que, al analizar la sentencia en cuestión, la Corte confunde ambas figuras, y establece el deber u obligación de realizar un juicio o examen de culpabilidad para establecer responsabilidades subjetivas con base en la proscripción de la responsabilidad objetiva.

La imputación objetiva es usada de manera legal y legítima hoy en día en procesos disciplinarios y algunos procesos penales, siendo que la misma se ajusta al sistema jurídico imperante. En la imputación objetiva se realiza la separación entre fenómenos causalísticos y de concatenación, preocupándose así no por mirar exclusivamente la voluntad del sujeto, sino la voluntad para ponerse en la situación o generar circunstancias de riesgo no permitido, por lo tanto, no es atinada la argumentación de la Corte cuando establece que la imputación objetiva está proscribida del derecho sancionatorio.

No es cierto que el Estado en ejercicio del *Ius Puniendi*, del cual se encuentra facultado, no pueda usar la imputación objetiva, y que sea obligatorio realizar análisis de responsabilidad subjetivos para determinar la configuración de un tipo penal, o el establecimiento de responsabilidades individuales por infracción de normas de orden constitucional o legal. Como se ve en el régimen penal por el inciso segundo del 23 del código penal (Ley 599, 2000) o en la responsabilidad extracontractual del Estado por riesgo o daño especial, en nuestro sistema existe la imputación objetiva, la proscripción constitucional está en la responsabilidad objetiva, cosa diferente (López Díaz, 1997).

Es así como vemos que se demuestra lo que en lógica y argumentación se denomina como una petición de principio, ya que la Corte toma como fundamento algunos conceptos para configurar una absolución; esto es, que trata de constituir la Pérdida de Investidura como un proceso de naturaleza sancionatorio, y a su vez, establecer la obligación de determinar responsabilidades subjetivas a través de juicios de culpabilidad, fijándose así una premisa que incluye conclusiones que se dan por sentadas, esto es: que ante la ausencia de un juicio de culpabilidad, y la aplicación de imputación objetiva se configura una vía de hecho. (Barros Cantillo, 1994).

Indistintamente si supieran o no, la inhabilidad es un fenómeno objetivo, de la imputación objetiva, lo que quiere decir que, no es aplicable en este caso el uso o

recurrir a la buena fe de los candidatos, o a la confianza legítima que hayan generado una serie de sentencias que desconocieron en su momento la postura de la Sala Plena del Consejo de Estado, toda vez que los accionantes generaron un riesgo que excedía la permisividad establecida por el sistema jurídico, a sabiendas de las consecuencias que podía generar la proposición de su candidatura encontrándose en circunstancias de inhabilidad, y era su deber evitar situaciones que eventualmente configurarían una causal de inhabilidad en su contra.

Es de esta forma cómo debe interpretarse la pérdida de investidura y la configuración de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, pues de ejercerse un juicio de culpabilidad, como pretende establecer la Corte en esta sentencia, se puede presentar que en el futuro se flexibilice aún más el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no sólo de congresistas, sino también de diputados y demás servidores públicos de elección popular. Con el sólo hecho de presentarse como candidato y estando inmerso en la causal de inhabilidad (el candidato sabe si su cónyuge o pariente ejerce autoridad civil en su misma circunscripción territorial) genera un riesgo que debe prever, y en los casos en que no se realice una sana y adecuada previsión de la situación, dicho riesgo se convierte en inadmisibles y no puede ser permitido, constituyéndose así una conducta que desde la óptica de la imputación objetiva, ya se hace merecedora de un reproche contemplado en la Constitución y la ley.

Así mismo, en materia de precedentes sobre la obligatoriedad de las causales genéricas y específicas de procedibilidad de las acciones de tutela por vía de hecho contra decisiones judiciales, la Corte había venido siendo estricta a la hora de valorar y estudiar la configuración y encuadramiento de causales genéricas y específicas de procedibilidad de tutelas por vía de hecho, siendo este un hecho que se ve replicado en múltiples oportunidades en la jurisprudencia de la Corporación constitucional. Este tipo de rigor no se muestra en la sentencia SU-424 (2016), sino que, por el contrario, pareciera que toda la sentencia se proyectó de tal manera que buscara desde un comienzo la concesión de las pretensiones de los accionantes.

En el caso concreto, debido a la calidad y tipo de proceso, ya que no es una simple acción de tutela, sino una acción de tutela contra providencias judiciales por configuración de una vía de hecho, los requisitos para la procedencia de las mismas deben ser más rigurosos, y la exigencia de que el demandado realice en su escrito de acción la adecuación o que demuestre y alegue la configuración de la causal específica, sustentada la misma en los hechos y pruebas que den peso a sus pretensiones.

Es anti técnico y vulnera el debido proceso que la Corte alegue el principio de *pro actione* y *pro homine* en situaciones en que el accionante no realice una



debida adecuación o configuración de la causal específica de la acción de tutela por presentarse una vía de hecho, ya que la Corte ha venido sentando en su jurisprudencia el rigor respectivo, y especificando la importancia de este tipo de acciones, y al pasar por alto los requisitos desarrollados por la misma Corporación a través de las causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción de tutela por vía de hecho, no sólo desconoce el precedente jurisprudencial horizontal, sino que permite inferir que la sentencia acusada genera condiciones más laxas y beneficiosas que permitan el estudio y admisión de la acción en concreto.

De esta manera queda demostrado que la Corte Constitucional no sólo abandona el precedente y rigor a la hora de entrar a estudiar una acción de tutela por vía de hecho de la magnitud que se presenta en el caso de la sentencia SU-424 (2016), sino que desconoce también el artículo 179 Superior, y que la configuración de la causal de inhabilidad de parentesco o unión conyugal o marital que ejerce autoridad, se conforma con el sólo acaecimiento del hecho, sin entrar a valorar si, en efecto, el congresista actuó o no de buena fe, o si su intención era inequívocamente evadir el régimen de inhabilidades e incompatibilidades dispuesto por la Constitución y la ley.

Este caso es particularmente polémico, pues procesados por pérdida de investidura al interior de la Corte Constitucional, como el caso de Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, sientan un precedente que hace más laxo el régimen en esta materia y posibilita la anulación de las causas en su contra vía decisión de revisión de tutela, en una auténtica elusión de los preceptos Constitucionales (Higuera, D.M (a), 2017).

3.2. La actual posibilidad de la tutela contra tutelas

Aunque pueda considerarse inconveniente e incluso riesgoso, en los más recientes fallos, la Corte Constitucional ha manifestado que es posible instaurar acciones en el marco de procesos de tutelas, lo cual parte de la en la Sentencia SU-627 de 2015 en la cual la Corte unificó su jurisprudencia sobre el particular, señalando que la tutela en contra de sentencias de tutela no procede:

1. Si se presenta en contra de una sentencia de tutela proferida por la Corte Constitucional.
2. Si con la tutela se pretende lograr el cumplimiento de las órdenes impartidas en una sentencia de tutela (Sentencia SU-627, 2015).

Por su parte con la decisión T-072 de 2018, se abre la puerta en materia de procedencia pues se establece que la misma es viable cuando:

1. Se acredita la existencia de la cosa juzgada fraudulenta en una sentencia de tutela proferida por otro juez distinto a la Corte.

2. El juez de tutela vulnera un derecho fundamental con una actuación realizada en el marco del proceso de tutela y antes de proferida la sentencia.
3. El juez de tutela vulnera un derecho fundamental con una actuación durante el trámite del incidente de desacato (Sentencia T-072, 2018).

Creemos que el numeral 1 debe ser desarrollado con mayor claridad, en todo caso, si la cosa juzgada fraudulenta depende de una decisión (penal o disciplinaria) debe definirse si ha de ría iniciarse un recurso de revisión (no vía de revisión ante la Corte) o si procede la acción de tutela contra el mismo, en todo caso no parece valido que la misma se interponga sin que se haya acreditado el fraude en un proceso penal o administrativo, so riesgo de afectar la presunción de inocencia, el debido proceso de la contraparte y necesidad de estabilidad las decisiones.

El numeral dos parece valido en lo que denominara la misma Corte como vía de hecho prospectiva (Sentencia SU-047, 1999), como vicio que en sí mismo ha desnaturalizado el proceso, sin embargo, surgen serias dudas sobre el papel del requisito de subsidiariedad y el correspondiente agotamiento de los recursos.

Finalmente debemos resaltar que la sentencia en mención declaro improcedente la acción y en tal sentido constituye un precedente sobre lo negativo por no acreditarse la cosa juzgada fraudulenta.

4. Análisis externo a la línea jurisprudencial

4.1 Una aproximación comparada

Debemos partir que el derecho comparado presenta el inconveniente de la dificultad en encontrar la auténtica analogía, después de todo son solo comparables los equivalentes (Favoreu, 1994).

En ese sentido, las amplias diferencias entre sistemas políticos, estructura orgánica y fuentes del derecho generan una brecha al momento de utilizar la fuente externa como herramienta para la resolución de problemas jurídicos.

Esto desde una perspectiva autoritativa, es decir, tomar los dichos y afirmaciones de otros espacios jurídicos como fuente directa de autoridad. Pero lo anterior no excluye la pertinencia analítica de ver las razones y resoluciones que se dan en otras latitudes, después de todo, una de las grandes fortalezas de los estudios comparados, radica en romper la normalización o el anquilosamiento del debate.

En tal sentido resaltamos que la problemática acá estudiada es realmente propia de sistemas de *civil law* (romano germánico), pues la lógica de precedentes del *common law*, implica una disciplina directa y mal podrían existir dos mecanismos



para ese mismo control. También es notorio que estos casos se dan en contextos de multiplicidad de altas cortes, pues es el choque de estas tras la implementación de tribunales constitucionales especializados el que fundamenta este debate, siendo estas organizaciones las que cuentan con acciones de amparo propiamente dichas (Luchaire, 1997).

En tal sentido el poder vertical, unificador y superior en el derecho del *common law*, excluye estas problemáticas, tal como se evidencia en la Corte Suprema de USA (1887), donde además el control de constitucionalidad es concreto y difuso (Higuera, D.M (a), 2015).

Por su parte el caso británico, su Corte Suprema es un auténtico tribunal de casación, por lo que le corresponde la unificación del sistema jurídico. No podemos dejar pasar que la *Supreme Court of the United Kingdom* ha sido investida de las competencias que eran de la Cámara de Lores desde la reforma de 2005, efectiva desde el 2009.

En la India, país federal y la mayor democracia del mundo, la máxima jurisdicción radica en la Corte Suprema de India prevista en su Constitución (1950), se trata al mismo tiempo de un Tribunal Federal, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo de apelación del país. En estos casos por el espíritu de la regla de precedentes y la tradición del *common law*, vemos que existe una sola alta corte, y en tal sentido no existe choque entre jurisdicciones en el sentido que desarrollamos.

Ocurre algo similar en el caso japonés, a pesar de considerarse como un derecho de orden legislado (en nuestras formas de clasificación), en tal sentido la Constitución de Japón (1947) también denominada la Constitución de la Paz (平和憲法, *Heiwa-Kenpō*) establece en su artículo 76. El *Poder Judicial será ejercido exclusivamente por la Corte Suprema y los tribunales inferiores, de acuerdo con lo establecido por la ley* (Constitución de Japon, 1947). Vemos por lo tanto, que es una corte de apelación con asuntos constitucionales, la cual ejerce como superior jerárquico del proceso de control judicial difuso.

Un antecedente muy influyente es el caso de Alemania, el recurso de amparo constitucional (Verfassungsbeschwerde), que puede analizar actos (S 90 Párrafo 1 Ley del Tribunal Constitucional Federal, LTCF) y omisiones (S 95 Párrafo 1 LTCF) de los poderes públicos. Después de todo, según el art. 1 Párrafo 3 de la Ley Fundamental de Bonn (1949) todo el Poder Estatal está sometido a los derechos fundamentales, por lo cual, toda actuación de los poderes públicos que tenga relevancia frente a los derechos fundamentales puede ser objeto del acción de amparo. Por evidentes razones de coherencia, se exceptúan las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional Federal.

De hecho, la mayoría de las acciones de amparo que cursan en el TCFA, son dirigidas contra una sentencia de última instancia, en cumplimiento de la exigencia de agotar la vía judicial y sus recursos antes de poder interponer un amparo constitucional.

Debemos resaltar que en el caso germano existe una fortaleza dada por el sistema federal, el cual da más garantías, eficiencia administrativa y autonomía, hace sistemas de derecho más pertinentes a su entorno y en tal sentido más eficaces.

La influencia del modelo austriaco (también federal) es notoria, tanto en el mecanismo de control sobre decisiones en materia del control concreto, como en la posibilidad de control abstracto sobre leyes, lo cual no es coincidencia pues es justamente en Austria donde se funda el primer tribunal constitucional especializado, bajo la tutela del memorable Hans Kelsen (Favoreu, 1994).

En la materia debe también resaltarse que en México y Argentina, se han considerado posibles estas acciones, en líneas generales con requisitos similares al caso nacional. Aunque existen polémicas, debemos evidenciar sus sistemas federales y la ausencia de un tribunal constitucional especializado, por lo cual no se da realmente un choque de trenes.

Hasta este punto, debe evidenciarse que ninguno de estos casos tiene un sistema romano germánico, presidencialista y centralizado. Así mismo, la problemática no se ha presentado en estos términos en Francia donde el control existe con el *Conseil Constitutionnel* en materia de normas, sin embargo no hay estrictamente una acción de amparo analógica a la acción de tutela y en tal sentido tampoco contra decisiones judiciales (Higuera, D.M (a), 2015; Higuera, D.M (b), 2015).

Más cercanos a nuestro caso resultan las experiencias española e italiana. Así, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (1979) establece en su art. 44 literal c) *recurso de amparo contra decisiones judiciales*. De hecho, la gran mayoría de los recursos tramitados proo el TCE, son justamente estas demandas.

En España se comparten criterios como la protección subsidiaria, que el derecho se hubiere alegado dentro de la oportunidad procesal y que se trate de una afectación que atente directamente contra una garantía fundamental. También, por los artículos 163 C.E. y 93 LOTC (1979) se excluyen las decisiones jurisdiccionales del TCE (Pérez Tremps, 2015).

Actualmente, la mayoría de las causas de amparo suelen ser contra actuaciones judiciales del Tribunal Supremo, en ejercicio de la competencia de definición y concreción de los derechos fundamentales (Hesse, 2011), por lo que parece ser menos conflictivo una vez estabilizada la institucionalidad en materia de competencias



(...) Todo lo anterior permite afirmar que el recurso de amparo contra actuaciones judiciales en España, pese a ser el origen de algunos conflictos institucionales de particular importancia, se encuentra ampliamente consolidado en el sistema jurídico español y constituye una de las piezas más importantes para garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales en el sistema judicial (Botero, García Villegas, Guarnizo, Jaramillo, & Uprimny, 2006, pág. 59).

Por su parte Italia, parece el más cercano desde el punto de vista del diseño institucional, es un sistema legislado, con tribunal constitucional especializado, **República centralista, y no han sido pocos los conflictos de su tribunal constitucional, incluso** en la literatura italiana se ha llegado a hablar de guerra entre cortes (Botero, García Villegas, Guarnizo, Jaramillo, & Uprimny, 2006, pág. 48).

Su principal enfoque ha sido el alcance del control de constitucionalidad de la interpretación de la ley, lo cual presenta evidentes exigencias desde el constitucionalismo, por el principio de interpretación conforme la constitución y la exigencia de optimización de los derechos fundamentales.

No es coincidencia que se trate del análisis sobre cómo se aplica el derecho, superando la simple idea de cómo figura en el texto, después de todo la interpretación como concreción de la norma da su verdadero sentido al momento de aplicarse.

Esta doctrina define el límite de las competencias interpretativas de las Cortes, pues en el marco del derecho viviente, su evolución y cambio, una corporación posee un margen interpretativo, mientras no se salga de los límites constitucionales fijados por el tribunal constitucional, el cual no debe interferir en la autonomía hermenéutica de las demás cortes.

La idea ha sido desarrollada en nuestro ordenamiento en casos como la sentencia C-557 (2001) en la cual la Corte Constitucional reconoció la importancia del derecho viviente jurisprudencial, fijó criterios para su aplicación y ante todo mantuvo la competencia para valorar o no la constitucionalidad de la normativa fijada mediante los precedentes establecidos por otras corporaciones.

En tal sentido la Corte ha establecido los criterios bajo los cuales se puede distinguir un derecho viviente de la simple aplicación de una norma:

Entre ellos, son requisitos sine qua non los siguientes: (1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el

significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma (Sentencia C-557, 2001).

En este sentido la inspiración italiana puede ser un insumo pertinente para la resolución de los conflictos generados de la TCS, es decir, que se aplique la doctrina para otros casos, no solo respecto del alcance de la interpretación en los casos de control normativo, sino también para delimitar las competencias de los altos tribunales en materia de una causa concreta de TCS.

Finalmente, a nivel de derecho internacional existirá una justificación de la posibilidad de la TCS, pues como bien plantea Salazar Hernández el control de convencionalidad puede ser ejercido de manera difusa, por violación directa de la convención. Después de todo, *“la Corte Constitucional en clave de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acogió el deber de ejercer el control de convencionalidad difuso, a partir de su función de control normativo de constitucionalidad”* (2018, P. 98)

La experiencia italiana muestra que la doctrina del derecho viviente puede ser usada para más que la competencia del control sobre interpretación de las normas, en tal sentido su alcance y utilidad puede llegar a solucionar conflictos entre altas cortes en materia de TCS, después de todo, en el marco de la Constitución corresponde al consejo de estado resolver lo propio de lo contencioso administrativo y a la Corte Suprema de Justicia los asuntos ordinarios en sus salas civil, laboral y penal.

De lo anterior podemos inferir dos consecuencias, el control de convencionalidad difuso hace que, como juez de convencionalidad, y en aplicación del bloque de constitucionalidad (Higuera, D.M (a), 2011), el juez de la TCS también ejerza un análisis sobre la vulneración de tratados internacionales sobre derechos humanos, tal como es el caso de la convención interamericana de derechos humanos (1969). Así mismo, permite encontrar una justificación en los estándares internacionales de derechos humanos para la TCS, pues existe un imperativo de sometimientos del ordenamiento interno a los mandatos convencionales, y exigencia de mecanismos para que los mismos sean efectivos, de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Convención IDH (1969).

4.2. La insistencia en una ley estatutaria. Elementos para una propuesta

En una propuesta planteada por Dejusticia, Guarnizo (2006) sostiene la necesidad de regular esta temática mediante una ley estatutaria, la cual presenta en 16 artículos y que resumimos a continuación.



Con el objeto de regular las causales genéricas y específicas de procedencia se establece que la TCS busca unificar la interpretación de los mandatos fundamentales y garantizar el amparo de los derechos.

La acción debe tener los mismos elementos de una tutela, en materia de partes, conducta que se demanda, razones, derechos vulnerados, ausencia de temeridad, más la acreditación de las condiciones específicas reseñadas.

Para esto se deben reiterar los requisitos de (I) inmediatez, con un *periodo a priori* de dos meses y la posibilidad de justificar un término mayor por causas externas, (II) subsidiariedad estricta, pues la vulneración debe haberse alegado en el proceso cuando la parte conoció o debido conocerla, (III) la relevancia constitucional y convencional y (IV) el agotamiento de los recursos en la vía judicial, a lo que debemos sumar las demás causales genéricas fijadas por la jurisprudencia, es decir que la irregularidad afecte necesariamente la decisión atacada y que no sea contra sentencias de Tutela (habida excepción de los incidentes de desacato y ausencia de notificación dolosa)

Según la propuesta referenciada, también debemos resaltar la existencia de derecho de postulación pues en los casos en que se ataque una providencia de un proceso que exija la representación por abogado, deberán ser presentadas las acciones por ellos, en ejercicio de la responsabilidad por temeridad.

Algunos ajustes de procedimiento también pueden ser evidenciados en la propuesta de ley estatutaria (Guarnizo, 2006), particularmente que la tutela no puede interrumpir la ejecución de la sentencia por lo que tendrá efecto devolutivo, que estos casos en vista del deber de revisión sobre procesos desarrollados tengan más termino para su estudio y fallo (30 días) y que existan reglas de reparto específicas que garanticen quien debe resolver el caso, las cuales en alguna forma se ve reflejadas en el Decreto 1983 (2017) en los artículos 7 y 8 sobre reglas de reparto entre altas cortes. Finalmente, la propuesta insiste en la obligación de remitir las sentencias de tutela falladas en última instancia a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Sobre esta base, creemos que existen algunas medidas extra que pueden aportar en esta materia, en primer lugar, debe mantenerse el proceso de fortalecimiento en materia de constitucionalización del derecho, en tal sentido la existencia de capacitaciones, manuales y cursos por parte de la Escuela Judicial Lara Bonilla es un aporte útil. Así mismo el deber de una red relatora puede ser de gran provecho en materia de los ingentes esfuerzos que hace la corte constitucional para socializar sus sentencias.

También deben hacerse algunos cambios, el proceso de concursos públicos no respeta los términos de 2 años fijados en la ley 270 de 1996 en el artículo 164 numeral

2, por lo que la periodicidad de las listas, el sistema de méritos y las respectivas competencias constitucionales de los mismos se ven en entre dicho.

Igualmente, es muy importante fortalecer nuestro sistema de elección de magistrados, actualmente se requieren más pruebas de conocimiento y formación para ser personero municipal o juez que para ser magistrado de alta corte, sin un ajuste en el proceso de postulación, requisitos de idoneidad, formación, experiencia, conocimiento, y sin un trámite reforzado en garantías, medios de votación, transparencia patrimonial, inhabilidades, e incompatibilidades no podemos hablar de Cortes compuestas por los más idóneos.

Dado que la mayoría de los casos, los conflictos surgen dadas las discrepancias entre las altas corporaciones, sería de gran valor definir estas acciones en sala plena y conformar salas comunes como instancia de unificación, no olvidemos el deber de interpretar de los alcances de las jurisdicciones

En este sentido, existe una oportunidad para fortalecer nuestro sistema democrático, la competencia y el compromiso de los funcionarios. Después de todo, estos mecanismos deben servir para llevar a la tutela judicial efectiva los mandatos constitucionales, evitar la dispersión de órdenes y la ausencia de concreción de las garantías fijadas en las altas cortes, así compartimos la idea de la doctrina del Estado Constitucional, *“es decir con la puesta en marcha de la democracia constitucional, que desde una perspectiva elemental significa el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución, la cual se legitima en el establecimiento de un orden democrático”* (Tovar Uricoechea, 2017, pág. 72).

5. CONCLUSIONES

El fundamento teórico de las acciones de tutela por vía de hecho, su procedencia contra decisiones judiciales y administrativas, ha obedecido en gran parte al desarrollo vía jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se han realizado en múltiples ocasiones, precisiones conceptuales e incluso procedimentales que le permitan al ciudadano acceder a mecanismos constitucionales que protejan sus derechos fundamentales, y a consolidar la seguridad jurídica de las decisiones judiciales y administrativas.

El desarrollo de causales genéricas y específicas merman las críticas sobre la procedencia de acciones de tutela contra decisiones judiciales, sin embargo, si no hay respeto a criterios como el de la propia postura y decisión, de las cargas argumentativas, de los estándares de gravedad, el derecho viviente y de la misma línea de precedentes de la Corte Constitucional por parte de sus magistrados, darán pie a que se generen graves afectaciones al sistema jurídico y a la pérdida en



la calidad de las decisiones, comprometiendo la legitimidad de la jurisprudencia constitucional y la aceptación por parte de la misma Rama Judicial y de juristas que ven en la Corte Constitucional el principal baluarte de defensa de los derechos de los colombianos (Higuera, D.M (b), 2009).

Debe aclararse que en algunas decisiones de la Corte no se aplican principios como el de gravedad y del *diritto vivente*, pues no cualquier afectación o situación es una grave afectación de los derechos constitucionales y fundamentales. Así, la vulneración de los términos dados para la concesión de un recurso, o la vulneración del debido proceso en un trámite administrativo de poca relevancia en la cual no se constituye la misma importancia y afectación que la denegación a derechos fundamentales como el derecho a la salud de menores infantes o graves situaciones de discriminación negativa.

A pesar del desarrollo de la jurisprudencia, la implementación no es pacífica, pues sentencias de la propia Corte han mermado la estabilidad de esta doctrina, retomar el respeto de las causales de procedencia y su adecuada interpretación es fundamental para recuperar la legitimidad de nuestro juez constitucional, después de todo, su autoridad deriva en gran medida del peso argumentativo de sus decisiones.

Referencias

- Barros Cantillo, N. (1994). *La Lógica del silogismo jurídico* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Botero, C., García Villegas, M., Guarnizo, D., Jaramillo, J., & Uprimny, R. (30 de octubre de 2006). *Tutelas contra sentencias: Documentos para el debate*. Obtenido de Dejusticia derecho.justicia.sociedad: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_187.pdf
- Constitución de India. (26 de enero de 1950). Asamblea Constituyente. Nueva Delhi, India: Aprobada por la Asamblea Constituyente el 26 de noviembre de 1949. Obtenido de <https://www.wdl.org/es/item/2672/>
- Constitución de Japon. (3 de noviembre de 1947). Camara de Representantes. Tokio, Japon: El proyecto de ley revisado de la Constitución Imperial fue aprobado en la Cámara de Representantes de Japón el 7 de octubre de 1946. Obtenido de <https://www.wdl.org/es/item/2926/>
- Constitución de la Quinta República Francesa. (4 de octubre de 1958). Asamblea Nacional Constituyente. Paris, Francia. Obtenido de https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/lng/constitution-espagnol_juillet2008.pdf

- Constitución de la República Italiana. (27 de diciembre de 1947). Asamblea Nacional Constituyente. Roma, Italia: Promulgada el 27 de diciembre de 1947. Obtenido de <http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf>
- Constitución de los Estados Unidos de America. (17 de septiembre de 1787). Asamblea Nacional Constituyente. Washington D.C, Estados Unidos: Convención Constitucional de Filadelfia. Obtenido de https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf
- Constitución Política de Colombia. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C, Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Convencion Americana Sobre Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969). Organización de los Estados Americanos. San José, Costa Rica: Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32). Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Decreto 1983. (30 de noviembre de 2017). El Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. ** del 30 de noviembre de 2017. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84498>
- Decreto 2067. (4 de septiembre de 1991). El Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 40.012, del 4 de septiembre de 1991. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2067_1991.html
- Favoreu, L. (1994). *Los Tribunales Constitucionales* (1 ed.). Madrid, España: Editorial Ariel.
- Hesse, K. (2012). *Escritos de Derecho Constitucional* (1 ed.). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Obtenido de [http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2018/files/5_interpretaci%C3%B3n_constit_k_hesse\(1\).pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2018/files/5_interpretaci%C3%B3n_constit_k_hesse(1).pdf)
- Higuera, D.M (a). (2009). El Ejercicio del órgano de control de constitucionalidad en Francia y en Colombia. *Revista Principia IURIS*, 11(11), 135-159. Obtenido de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/487>
- Higuera, D.M (a). (2011). Relectura estructural del bloque de constitucional en Colombia: elementos críticos para la aplicación del control de constitucionalidad. *Revista Principia IURIS*, 15(15), 85-118. Obtenido de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/422>
- Higuera, D.M (a). (2015). *Le contrôle de constitutionnalité en France et en Colombie* (1 ed.). Paris, Francia: Editions universitaires europeennes.

- Higuera, D.M (a). (2017). Límites al poder de reforma, modificaciones y alteraciones a la Constitución. *Revista Opinión Jurídica*, 16(32), 97-126. doi:<https://doi.org/10.22395/ojum.v16n32a4>
- Higuera, D.M (b). (2009). Estudio integrado de la legitimidad en la Corte Constitucional colombiana. *Revista Principia IURIS*, 12(12), 13-117. Obtenido de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/395>
- Higuera, D.M (b). (2011). El gobierno de los jueces, el control de constitucionalidad, entre la política, la democracia y el derecho. *Revista Principia IURIS*, 16(16), 233-285. Obtenido de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/441>
- Higuera, D.M (b). (2015). *Protección de la dignidad humana: Control de Constitucionalidad e implementación de mecanismos internacionales* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Ibañez.
- Higuera, D.M (b). (2017). Les fonctions de l'organe de contrôle constitutionnel. *Revista Principia IURIS*, 15(28), 170-193. Obtenido de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/1520>
- Higuera, D.M. (2016). Análisis dinámico de la línea jurisprudencial respecto de la sustitución de la constitución. *Revista Principia IURIS*, 13(26), 213-242. Obtenido de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/1143>
- Ley 599. (24 de Julio de 2000). Congreso de la Republica. *Por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 44.097 de 24 de Julio del 2000. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. (23 de mayo de 1949). Consejo Parlamentario. Bonn, Alemania: Boletín Oficial Federal, con fecha 23 de mayo de 1949. Obtenido de <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Ley Orgánica 2/1979. (3 de octubre de 1979). Tribunal Constitucional. Madrid, España: Referencia: BOE-A-1979-23709. Obtenido de <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-TextoConsolidado.pdf>
- López Díaz, C. (1997). *Introducción a la imputación objetiva* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia - CIDPF.
- López Medina, D. (2002). *Interpretación Constitucional* (2 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Obtenido de <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/biblioteca/content/pdf/a6/8.pdf>
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces* (2 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Legis.
- Luchaire, F. (1997). *Le Conseil constitutionnel* (4 ed.). Paris, Francia: Editorial Economica.
- Peces-Barba Martinez, G. (2004). *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho* (2 ed.). Madrid, España: Editorial Dykinson.

- Pérez Tremps, P. (2015). *El Recurso de Amparo* (2 ed.). Valencia, España: Editorial Tirant lo blanch.
- Quinche Ramirez, M. (2017). *La Acción de Tutela. El Amparo en Colombia* (3 ed.). Bogotá D.C: Editorial Temis.
- Sentencia C-029. (2 de febrero de 1995). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Jorge Arango Mejía*. Bogotá D.C, Colombia: Ref: Expediente D-668. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-029-95.htm>
- Sentencia C-499. (5 de agosto de 2015). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Mauricio Gonzalez Cuervo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-10626. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-499-15.htm>
- Sentencia C-543. (1 de octubre de 1992). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Jose Gregorio Hernandez Galindo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes D-056 y D-092. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1992/C-543-92.htm>
- Sentencia C-557. (31 de mayo de 2001). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Manuel Jose Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-3264. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-557-01.htm>
- Sentencia C-590. (8 de junio de 2005). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Jaime Cordoba Triviño*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-5428. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-590-05.htm>
- Sentencia C-836. (9 de agosto de 2001). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-3374. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>
- Sentencia SU-014. (17 de enero de 2001). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Martha Victoria Sachica Mendez*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-352991. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU014-01.htm>
- Sentencia SU-047. (29 de enero de 1999). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Carlos Gaviria Diaz y M.P.: Alejandro Martinez Caballero*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-180.650. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>
- Sentencia SU-159. (6 de marzo de 2002). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Manuel Jose Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-426353. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/SU159-02.htm>
- Sentencia SU-226. (17 de abril de 2013). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Alexei Julio Estrada*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-3.407.509. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU226-13.htm>
- Sentencia SU-424. (11 de agosto de 2016). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes T-3.331.156

- y T-4.524.335. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su424-16.htm>
- Sentencia SU-627. (1 de octubre de 2015). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Mauricio Gonzalez Cuervo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T- 4.496.402. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU627-15.htm>
- Sentencia SU-813. (4 de octubre de 2007). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Jaime Araujo Renteria*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expedientes T-1334615, T-1428285, T-1467563, T-1493961, T-1497113, T-1452784, T-1468624, T-1481167, T-1484384, T-1484400, T-1484421, T-1484422 T-1518046, T-1519609. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/SU813-07.htm>
- Sentencia T-001. (16 de enero de 1998). Corte Constitucional. La Sala Segunda de Revisión. *M.P.: Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-142712. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-001-98.htm>
- Sentencia T-008. (17 de julio de 1998). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-145292. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-008-98.htm>
- Sentencia T-014. (22 de enero de 2009). Corte Constitucional. La Sala Septima de Revisión. *M.P.: Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1.693.110. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-014-09.htm>
- Sentencia T-021. (24 de enero de 2002). Corte Constitucional. La Sala Octava de Revisión. *M.P.: Alvaro Tafur Galvis*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expedientes T-266.282, T-300.149 y T-308.716. Obtenido de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-021-02.htm>
- Sentencia T-025. (18 de enero de 2001). Corte Constitucional. La Sala Primera de Revisión. *M.P.: Eduardo Montealegre Lynet*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-361510. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-025-01.htm>
- Sentencia T-055. (14 de febrero de 1994). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C, Colombia: Ref: Expediente T- 22923. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-055-94.htm>
- Sentencia T-061. (1 de febrero de 2007). Corte Constitucional. La Sala Septima de Revisión. *M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1429344. Obtenido de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-061-07.htm>
- Sentencia T-072. (27 de febrero de 2018). Corte Constitucional. La Sala Primera de Revisión. *M.P.: Carlos Bernal Pulido*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-6.357.199. Obtenido de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-072-18.htm>

- Sentencia T-1057. (2 de diciembre de 2002). Corte Constitucional. La Sala Primera de Revisión. *M.P.: Jaime Araujo Renteria*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-636713. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-1057-02.htm>
- Sentencia T-108. (16 de febrero de 2010). Corte Constitucional. La Sala Quinta de Revisión. *M.P.: Jorge Ivan Palacio Palacio*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-2467468. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-108-10.htm>
- Sentencia T-109. (10 de febrero de 2005). Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente 968873. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-109-05.htm>
- Sentencia T-129. (14 de febrero de 2008). Corte Constitucional. La Sala Séptima de Revisión. *M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1711502, acumulado con los expedientes T -1711505 y T-1722757. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-129-08.htm>
- Sentencia T-134. (18 de febrero de 2004). Corte Constitucional. La Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Jaime Cordoba Triviño*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-788807. Obtenido de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-134-04.htm>
- Sentencia T-145. (7 de marzo de 2017). Corte Constitucional. La Sala Primera de Revisión. *M.P.: Maria Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-5780914. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-145-17.htm>
- Sentencia T-162. (20 de marzo de 1997). Corte Constitucional. La Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Carlos Gaviria Diaz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-115166. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-162-97.htm>
- Sentencia T-1625. (23 de noviembre de 2000). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Martha Victoria Sachica Mendez*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-327952. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-1625-00.htm>
- Sentencia T-173. (4 de mayo de 1993). Corte Constitucional. La Sala Quinta de Revisión. *M.P.: Jose Gregorio Hernandez Galindo*. Bogotá D.C, Colombia: Ref.: Expediente T-8332. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-173-93.htm>
- Sentencia T-173. (7 de marzo de 2002). Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-526474. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-173-02.htm>
- Sentencia T-231. (13 de mayo de 1994). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C, Colombia: Ref: Expediente T-28325. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-231-94.htm>

- Sentencia T-239. (30 de mayo de 1996). Corte Constitucional. La Sala Novena de Revisión. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-90.183. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-239-96.htm>
- Sentencia T-256. (29 de marzo de 2012). Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-3274644. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-256-12.htm>
- Sentencia T-264. (3 de abril de 2009). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-2.112.744. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-264-09.htm>
- Sentencia T-292. (6 de abril de 2006). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Manuel Jose Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1222275. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-292-06.htm>
- Sentencia T-310. (30 de abril de 2009). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-2.021.124. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-310-09.htm>
- Sentencia T-315. (1 de abril de 2005). Corte Constitucional. La Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Jaime Cordoba Triviño*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-989589. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-315-05.htm>
- Sentencia T-324. (24 de julio de 1996). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Reivisión. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-93261. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-324-96.htm>
- Sentencia T-336. (31 de julio de 1995). Corte Constitucional. La Sala Novena de Revisión. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C, Colombia: Ref: Expediente T- 67377. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-336-95.htm>
- Sentencia T-429. (11 de agosto de 2016). Corte Constitucional. La Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente 4.050.404. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/t-429_1916.htm
- Sentencia T-442. (11 de octubre de 1994). Corte Constitucional. La Sala Segunda de Reivisión. *M.P.: Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá D.C, Colombia: Ref: Expediente T- 39775. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-442-94.htm>
- Sentencia T-518A. (12 de agosto de 2015). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Luis Guillermo Guerrero Perez*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes T-4862303. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-518a-15.htm>

- Sentencia T-538. (29 de noviembre de 1994). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C, Colombia: Ref.: Expediente T-42515. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-538-94.htm>
- Sentencia T-567. (7 de octubre de 1998). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-168396. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-567-98.htm>
- Sentencia T-590. (27 de agosto de 2009). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-2.266.891. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-590-09.htm>
- Sentencia T-639. (4 de agosto de 2006). Corte Constitucional. La Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Jaime Cordoba Triviño*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1329156. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-639-06.htm>
- Sentencia T-654. (11 de noviembre de 1998). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-169727. Obtenido de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-654-98.htm>
- Sentencia T-668. (10 de diciembre de 1997). Corte Constitucional. La Sala Septime de Reivisión. *M.P.: Alejandro Martinez Caballero*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-133388. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-668-97.htm>
- Sentencia T-683. (8 de agosto de 2003). Corte Constitucional. La Sala Septime de Revisión. *M.P.: Eduardo Montealegre Lynet*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-735822. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-683-03.htm>
- Sentencia T-683. (17 de agosto de 2006). Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1342809. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-683-06.htm>
- Sentencia T-698. (13 de diciembre de 2016). Corte Constitucional. La Sala Quinta de Revisión. *M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-5723796. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-698-16.htm>
- Sentencia T-765. (9 de diciembre de 1998). Corte Constitucional. La Sala Quinta de Revisión. *M.P.: Jose Gregorio Hernandez Galindo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-177020. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-765-98.htm>
- Sentencia T-778. (3 de agosto de 2004). Corte Constitucional. La Sala Septima de Revisión. *M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia:

- expediente T-848906. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-778-04.htm>
- Sentencia T-843. (24 de noviembre de 2009). Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-2.236.013. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-843-09.htm>
- Sentencia T-898. (16 de septiembre de 2008). Corte Constitucional. La Sala Octava de Revisión. *M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1884351. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/T-898-08.htm>
- Sentencia T-942. (15 de diciembre de 2011). Corte Constitucional. La Sala Octava de Revisión. *M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-3178546. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-942-11.htm>
- Sentencia T-961. (16 de diciembre de 2011). Corte Constitucional. La Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-2.706.372. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-961-11.htm>
- Sentencia T-967. (15 de diciembre de 2014). Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-4143116. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-967-14.htm>
- Sentencia T-993. (23 de octubre de 2003). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Manuel Jose Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-759182. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-993-03.htm>
- Sentencia T-996. (24 de octubre de 2003). Corte Constitucional. La Sala Novena de Revisión. *M.P.: Clara Ines Vargas Hernandez*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-760966. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-996-03.htm>
- Tovar Uricoechea, F. (2017). Stitución constitucional y objeción democrática: una tensión aparente. *Revista Eunomia*(12), 62-76. doi:<https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3642>

Presunción de inmuebles baldíos carentes de antecedentes registrales y de titulares de derechos reales*

Presumption of vacant real estate lacking a Registry Background and Real Rights Holders

Recibido: Agosto 12 de 2018 - Evaluado: Octubre 26 de 2018 - Aceptado: Noviembre 29 de 2018

Flor Margoth Gonzalez Flórez**

Para citar este artículo / To cite this article

Gonzalez Flórez, F. M. (2019). Presunción de inmuebles baldíos carentes de antecedentes registrales y de titulares de Derechos reales. *Revista Academia & Derecho*, 10(18), 335-364.

Resumen: Se exponen las teorías de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de inmuebles que no tienen antecedentes registrales ni titulares de derechos reales, respecto de los cuales se solicite la declaración de pertenencia. El trabajo concluye que el régimen jurídico de los bienes baldíos en Colombia, con la Ley 160 de 1994, corresponde al modelo de “título de adjudicación”, y, en consecuencia, contrario a lo establecido en la Ley 200 de 1936, se estipuló la presunción de dominio del Estado. Por lo tanto, cuando el predio no tiene antecedentes registrales, el juez que conoce del trámite de pertenencia, está en la obligación de vincular y solicitar a la Agencia Nacional de Tierras que adelante el proceso de clarificación de la propiedad.

Palabras claves: Presunción, bienes baldíos, título de adjudicación, pertenencia.

Abstract: The theories of the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice are explained to determine the legal nature of real estate that does not have a record or real

* Artículo inédito. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación denominado “El régimen de los bienes baldíos en Colombia” desarrollado por la autora en el marco de las actividades de investigación, generación de nuevo conocimiento y apropiación social del conocimiento.

** Magistrada de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cúcuta. Juez 42 Civil del Circuito de Bogotá. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional; en Derecho Laboral del Universidad del Rosario y en Derecho Comercial de la Universidad Libre.

rights, in respect of which the declaration of belonging is requested. The work concludes that the legal regime of vacant property in Colombia, with Law 160 of 1994, corresponds to the model of “adjudication title”, and consequently, contrary to what is established in Law 200 of 1936, the presumption was stipulated of domain of the State. Therefore, when the property does not have a record, the judge is obliged to link and request the National Land Agency to carry out the process of clarification of the property.

Key words: Presumption, vacant property, award title, membership.

Resumo: São apresentadas as teorias do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça sobre a determinação da natureza jurídica dos imóveis que não têm antecedentes cadastrais nem titulares de direitos reais, em relação aos quais é requerida a declaração de pertença. O artigo conclui que o regime jurídico da propriedade vago na Colômbia, com a Lei 160 de 1994, corresponde ao modelo do “título de adjudicação” e, por conseguinte, contrariamente ao disposto na Lei 200 de 1936, foi estipulada a presunção de propriedade estatal. Assim, quando o imóvel não tem registo de propriedade, o juiz que julga o processo de pertença é obrigado a vincular e solicitar à Agência Nacional de Terras que prossiga com o processo de clarificação do imóvel.

Palavras chave: Presunção, imóvel vago, título de adjudicação, pertença.

Résumé: Les théories de la Cour constitutionnelle et de la Cour suprême de justice concernant la détermination de la nature juridique des biens qui n'ont pas d'antécédents en matière de registre ni de titulaires de droits réels, pour lesquels la déclaration d'appartenance est demandée, sont présentées. Le document conclut que le régime juridique des biens vacants en Colombie, avec la loi 160 de 1994, correspond au modèle du «titre d'adjudication», et par conséquent, contrairement aux dispositions de la loi 200 de 1936, la présomption de propriété publique a été stipulée. Par conséquent, lorsque la propriété n'a pas de registre d'enregistrement, le juge qui entend la procédure d'appartenance, est obligé de lier et de demander à l'Agence foncière nationale de procéder à la procédure de clarification de la propriété.

Mots-clés: Présomption, propriété vacante, titre d'adjudication, appartenance.

SUMARIO: Introducción. – Problema de investigación. – Metodología. – Esquema de resolución del problema jurídico. – Plan de redacción. –1. Problema Estructural en la Política Nacional de Bienes Baldíos. – 2. Análisis de posturas de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. –2.1. Corte Constitucional. –2.2. Corte Suprema de Justicia. –3. Discusión de las Teorías. –4. Epílogo. –Conclusiones. – Referencias bibliográficas.

Introducción

La adjudicación de los bienes baldíos pretende que los trabajadores agrarios que carecen de propiedad accedan a ella, y de esta manera, promover una igualdad real y efectiva, que permita superar las condiciones de vulnerabilidad de los habitantes de la zona rural. Por ende, las personas beneficiarias deben ser sujetos



de reforma agraria, y solo pueden adquirir dichos inmuebles, previa ocupación y en cumplimiento de los requisitos estipulados en la ley.

Sin embargo, es preciso advertir que, para lograr la democratización y seguridad de la tierra, la política rural no debe limitarse a la identificación, recuperación y adjudicación de terrenos baldíos, pues es necesario prever mecanismos de formalización de la propiedad rural de naturaleza privada, pues la titulación permite adquirir seguridad jurídica sobre el bien, acceder a bienes y servicios y mejorar las condiciones de los trabajadores agrarios (Agudelo Patiño, 2012). Debido a su importancia, la regularización de la propiedad se estipuló como un principio rector de la Reforma Rural Integral, pactada en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, suscrito entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

El problema que se aborda en esta investigación se suscita en el trámite de formalización de predios rurales de naturaleza privada, a través del proceso de pertenencia, cuando se solicita la prescripción de terrenos que no tienen titulares de derechos reales y la demanda se interpone contra personas indeterminados. Al respecto, se expone la controversia surgida entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de los mencionados inmuebles.

La Corte Constitucional, aduce que en caso de no existir un propietario inscrito ni cadena traslativa del derecho de dominio que den cuenta de la propiedad privada del predio, se debe presumir la naturaleza baldía, vincular y solicitar a la Agencia Nacional de Tierras que inicie el proceso de clarificación del terreno, pues no se puede tramitar la solicitud respecto de un inmueble que no acredite la propiedad privada (Sentencia T-488, 2014). Consideró que al interpretar literalmente los artículos 1 y 2 de la Ley 200 de 1936, se concebiría que el inmueble ocupado con fines de explotación económica es de carácter privado; sin embargo, dicha lectura desconoce el artículo 675 del Código Civil, el cual establece que son baldíos aquellos bienes que carecen de dueño, lo que se constituyen en una presunción a favor de estos, e Igualmente, los artículos 44 y 61 del Código Fiscal, los que indican la imprescriptibilidad de dichos bienes y refuerzan la presunción de bien baldío de aquellos inmuebles que carecen de registro o de dueño (Sentencia T-548, 2016).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en una de sus decisiones, sostuvo la inaplicación de la *ratio decidendi* de la sentencia T-448 de 2014, y argumentó que en los referidos procesos, es el Estado el que en virtud de la carga dinámica de la prueba, le corresponde demostrar que el predio no tiene las características para ser objeto de usucapión, pues no es posible deprecar la naturaleza baldía, bajo el

argumento de que el fundo no cuenta con antecedentes registrales ni titulares de derechos reales, pues esta postura, desconoce lo estipulado en los artículos 1 y 2 de la Ley 200 de (1936), los cuales indican que los predios poseídos y objeto de explotación económica, son propiedad privada y, por ende, pueden ser adquiridos por prescripción adquisitiva de dominio; presunción que favorece la pretensión de los particulares (Sentencia STC-1776, 2016).

El trabajo concluye que el régimen jurídico de los bienes baldíos en Colombia, contenido en la Ley 160 de 1994, e interpretado de manera sistemática con las normas pertinentes del Código Fiscal, el Código Civil y la Constitución Política de 1991, corresponde al modelo de “título de adjudicación”, pues el acto administrativo de adjudicación es el título traslativo de dominio, por medio del cual el Estado transfiere la propiedad de los baldíos a los particulares. En consecuencia, contrario a lo previsto en la Ley 200 de 1936, respecto a los predios que no tienen antecedentes registrales, se estipuló la presunción de dominio del Estado, y por ende, en el proceso de pertenencia, cuando el inmueble pretendido se encuentre en dicha situación, el juez está en la obligación de suspender el trámite hasta tanto no determine la naturaleza, para lo cual deberá vincular a la Agencia Nacional de Tierras y solicitarle que adelante el proceso de clarificación de la propiedad.

Problema de Investigación

En consecuencia, en esta investigación, se formuló el siguiente problema: ¿En procesos de pertenencia de bienes rurales de naturaleza privada que no tengan antecedentes registrales ni titulares de derechos reales, el juez debe aplicar la presunción a favor de los particulares y considerar el predio como propiedad privada o le corresponde emplear la presunción a favor del Estado y suponer que es un bien baldío y por tanto no objeto de prescripción?

Metodología

El artículo es resultado de una investigación jurídica, descriptiva y documental, en la que se realizó una revisión normativa, jurisprudencial y doctrinal sobre el tema a tratar. Para la revisión de la información se empleó la técnica de análisis de contenido y se implementó una apreciación sistemática de todas las fuentes consultadas.

Esquema de resolución del problema jurídico

Para responder a la pregunta de investigación, el artículo se divide en tres partes: en la primera, se estudia el problema estructural en la política nacional de



identificación, asignación y recuperación de bienes baldíos; en la segunda, se analizan las tesis desarrolladas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la presunción de la naturaleza de los bienes que no tienen titulares derechos reales; y en la tercera, se expone un epílogo, para finalmente, emitir las conclusiones.

1. Problema estructural en la política nacional de bienes baldíos

La problemática sobre el acceso y la distribución de la tierra agraria ha sido una constante en la historia de Colombia; se ha catalogado como una de las causas del conflicto armado interno (Mesa Urhan & Ruiz Suarez, 2016), (Moreno, 2017). Así lo evidenció la Corte Constitucional en la Sentencia T-488 de 2014, en la que indicó que la pobreza generalizada de los trabajadores agrarios está relacionada con la estructura de tenencia de la tierra, afectada históricamente por la concentración en terratenientes lo que ha impedido un acceso igualitario por parte de sectores del campesinado. Por su parte, (Jaramillo, 2006), indicó que esta situación se explica, en cierta medida, por el hecho de que más que un factor productivo, la tierra ha sido considerada como un elemento de poder político y de dominación social.

En la referida sentencia, la corporación constitucional identificó una falla estructural en la política pública de baldíos en el Estado Colombiano. Evidenció dos grandes problemas: i) la ausencia de un inventario o registro que dé cuenta de los terrenos baldíos que existen; ii) la debilidad de formulación y ejecución de políticas que propendan por la redistribución y democratización de la propiedad rural, lo que ha propiciado la acumulación de tierras. Inconvenientes que impiden la correcta administración por parte del Estado y ha permitido que respecto de dichos predios se declare la prescripción adquisitiva de dominio en procesos judiciales de pertenencia rural; situaciones estas que desconocen el objetivo central del sistema de reforma agraria contenido en la Ley 160 de 1994, el cual pretende el acceso progresivo del trabajador campesino a la tierra y el mejoramiento de su calidad de vida. Sobre la concentración de la tierra indicó:

Sin considerar siquiera los problemas de subregistro y las posibles irregularidades en la adjudicación [106], el nivel de concentración de la tierra se hace manifiesto cuando se observa que los predios con áreas adjudicadas menores a 1 hectárea representan 34.5% del total de predios y el 0.15% del área, con 35.834 Ha. Por otro lado, los predios con más de 500 hectáreas representan casi el 40% del área adjudicada y el 1.11% de los predios, impulsando un sistema de minifundio y latifundio que distorsiona el concepto de Unidad Agrícola Familiar (UAF) [107] propuesto desde la Ley 160 de 1994. (Sentencia T-488, 2014).

En este pronunciamiento, emitió órdenes de carácter estructural, para que las autoridades correspondientes iniciaran proceso de identificación, clarificación y de recuperación de baldíos que salieron irregularmente del dominio del Estado.

Posteriormente, en el Auto de Seguimiento No. 222 de 2016, de la sentencia T-488 de 2014, al estudiar el Plan Nacional de Clarificación y Recuperación de Tierras Rurales, expuso que en Colombia existen más de 26.926 predios adjudicados bajo la figura de prescripción adquisitiva del dominio, los cuales han sustraído a la Nación de más de 1.202.366 hectáreas baldías; situación que resulta insostenible, pues bajo la figura de la prescripción, los baldíos se entregan sin tener en cuenta que las personas sean sujetos beneficiarios de la reforma agraria y sin prever los límites en cuanto a la extensión de las Unidades Agrícolas Familiares. Igualmente, advirtió que la estrategia presentada en el plan, *prima facie*, está dirigida a la recuperación de las hectáreas baldías sustraídas, sin contemplar mecanismos de titulación masiva que permitan la formalización de predios a personas sujetas de reforma agraria que los han explotado durante años bajo la convicción de ser los propietarios. Consideró así que, para garantizar a los trabajadores agrarios, el acceso a la tierra es indispensable formalizar la propiedad, pues ello es una garantía para adquirir bienes y servicios, y tener seguridad jurídica en cuando a los predios que explotan.

La problemática expuesta por el Tribunal Constitucional fue abordada en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, suscrito entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). En efecto, en el punto 1 de los acuerdos, se estableció la necesidad de una reforma rural integral, a través de la cual se logre la transformación estructural del campo, cerrar la brecha entre lo rural y la ciudad, y garantizar condiciones de vida a los trabajadores agrarios; se consideró al respecto:

Promover el uso adecuado de la tierra de acuerdo con su vocación y estimular la formalización, restitución y distribución equitativa de la misma, garantizando el acceso progresivo a la propiedad rural de quienes habitan el campo y en particular de las mujeres rurales y la población más vulnerable, regularizando y democratizando la propiedad y promoviendo la desconcentración de la tierra, en cumplimiento de su función social (Alto Comisionado Para la Paz, 2016).

Se advierte entonces que, la regularización de la propiedad se estipuló como un principio rector de la reforma rural integral. Para cumplir con dicho objetivo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 902 de (2017), “Por el cual se adoptan medidas para facilitar la implementación de la Reforma Rural Integral contemplada en el Acuerdo Final en materia de tierras, específicamente el procedimiento para el acceso y formalización y el Fondo de Tierras”. En esta norma, entre otros asuntos, se estableció un procedimiento único para adelantar asuntos de formalización de predios privados, de acceso a la tierra y de clarificación, deslinde y recuperación de baldíos. Su objetivo es garantizar el



acceso a la tierra y su formalización, para proteger la propiedad y proveerla de seguridad jurídica.

Es preciso anotar que el referido decreto no modificó ni derogó las reglas del Código Civil en materia de prescripción adquisitiva de dominio ni lo contemplado en la Ley 1561 de (2012), para sanear la falsa tradición y otorgar título de propiedad al poseedor material de predios de naturaleza privada. La posesión que aleguen los solicitantes en dichos trámites deben respetar las exigencias legales de la prescripción adquisitiva de dominio que trata la Ley 1561; lo novedoso del Decreto 902 de 2017, es que establece un procedimiento único integrado por un componente administrativo y otro judicial, al prever que la Agencia Nacional de Tierras, declarará mediante acto administrativo, previo cumplimiento de los requisitos legales, la titulación de la posesión y saneamiento de la falsa tradición en favor de quienes ejerzan posesión sobre predios rurales de naturaleza privada ubicados en zonas focalizadas, siempre que durante el trámite no se presente oposición de quien alegue tener derecho sobre el predio reclamado, evento este en el que la Agencia deberá formular la solicitud de formalización ante el juez competente, para que la tramite con las garantías procesales que correspondan.

Al respecto, es dable anotar que la Corte Constitucional afirmó que este decreto “es solo una pieza del entramado jurídico que conforma la reforma rural integral” y, por lo tanto, las medidas implementadas no pretenden realizar toda la reforma rural, sino una parte, aquella que resulta más urgente e indispensable para la estabilización del posconflicto. En efecto, dicha normativa, pretende establecer procedimientos de formalización masiva a través de la organización integral del territorio, para generar información completa en cuanto a los derechos de propiedad sobre la tierra, pretendiendo clarificar, asignar, formalizar, restituir, recuperar y administrar la tierra. Asimismo, señaló que las medias adoptadas son de carácter instrumental y se fundamentaron en el respeto de las normas sustantivas existentes en materia de propiedad privada y del régimen de adjudicación de baldíos; por lo que las normas sobre la naturaleza y determinación de los bienes baldíos no se modificó con esta regulación (Sentencia C-073, 2018).

En consecuencia, se elucida que lo regulado en el Decreto 902 de 2017, no modifica en lo sustancial, lo referido al régimen jurídico aplicable a bienes baldíos y a la propiedad privada en Colombia. Por lo tanto, se advierte que la discusión referida a la presunción para determinar la naturaleza del bien baldío sigue vigente, y recobra aun mayor importancia con la nueva normativa, toda vez que concede a una autoridad de carácter administrativa, la competencia para formalizar la propiedad de predios que se aducen privados.

2. Análisis de Posturas de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia

2.1. Corte Constitucional

Mediante Sentencia T 488 de 2011, estableció que en los procesos de pertenencia rural, es indispensable determinar la naturaleza jurídica del predio a usucapir, para descartar que el bien objeto del proceso sea un terreno baldío, pues por su naturaleza es imprescriptible y su propiedad solo puede ser adquirida mediante título traslativo de dominio otorgado por el Estado, acorde con lo previsto en el artículo 65 de la Ley 160 de 1994; en consecuencia, anotó que es un presupuesto *sine qua non*, solicitar al Incoder (ahora, Agencia Nacional de Tierras) que conceptúe sobre la calidad del terreno objeto del trámite.

Para el Tribunal Constitucional es necesario requerir el referido concepto, para evitar que la ausencia de certeza sobre la naturaleza jurídica de los terrenos, permita que predios objeto de reforma agraria sean usucapidos mediante el proceso judicial de pertenencia¹; escenario en el que no se determina el perfil del demandante o sujeto beneficiario, ni la extensión de las Unidades Agrícolas Familiares -UAF-, lo que desconoce el acceso progresivo a la propiedad de los trabajadores campesinos y el desarrollo rural. Resaltó que la única forma de adquirir estos terrenos es a través de la adjudicación, previo el cumplimiento de los requisitos legales.

En el asunto, la Corte consideró que fue errada la decisión del Juez Promiscuo del Circuito de Orocué, Casanare, al tramitar el proceso judicial de pertenencia rural de un fundo respecto del cual no figuraba persona alguna como titular de derecho real, pues el inmueble al carecer de dueño y al no contar con registro inmobiliario, se debía presumir como bien baldío y, por lo tanto, no objeto del trámite de prescripción. En consecuencia, para esta Corporación, lo correcto era que el juez de instancia solicitara al Incoder la clarificación de la naturaleza de la heredad, por lo que, al omitir dicho trámite, desconoció un presupuesto esencial para dar inicio al proceso de pertenencia.

En cumplimiento de la orden dada por la Corte Constitucional en esta sentencia, el Gerente del Incoder y el Superintendente de Notariado y Registro, de forma conjunta, expidieron la Instrucción No. 13 del 13 de noviembre de 2014, por medio de la cual informaron a los directores territoriales del Incoder y a los registradores de instrumentos públicos, de la providencia proferida por el Tribunal Constitucional y el procedimiento que debían seguir en el evento que se les ordenara mediante

¹ Sobre la usucapión de predios rurales consultar: Serrano Gómez, R., & Acevedo Prada, M. (2012).



fallo judicial, la inscripción de un titular del derecho de dominio sobre un bien que pudiera presumirse como baldío. Advirtieron que, ante dicha circunstancia, no debían realizar el registro y les correspondía notificar al Incoder para que efectuara las acciones legales pertinentes, entre ellas, el proceso agrario de clarificación de la propiedad.

Posteriormente, en Sentencia SU 235 de 2016, en virtud de una tutela interpuesta por el representante legal de ASOCOL², para que se adelantara el proceso de recuperación de baldíos indebidamente ocupados por la Empresa M.R. de Inversiones, y se adjudicara el terreno a los integrantes de la asociación³; señaló que el régimen jurídico de los baldíos en el Estado Colombiano, en lo que se refiere a su naturaleza y finalidad, ha oscilado entre dos modelos: el del “título de adjudicación” y el “dominio”.

Explicó que en el modelo de “título de adjudicación”, las tierras baldías son propiedad del Estado y, por ende, se da relevancia al título otorgado por éste para que los particulares las adquieran; este sistema prevalece cuando el objetivo es garantizar “la sostenibilidad, planeación y el control al proceso de colonización y de expansión de la frontera agrícola”. De otro lado, elucidó que en la tesis “del dominio”, se considera que los referidos terrenos no tienen dueño y el Estado ejerce sólo un dominio eminente sobre ellos, por lo tanto, la ocupación es el modo a través del cual los particulares obtienen la propiedad (Sentencia SU-235, 2016).

En efecto, en el ordenamiento jurídico no se ha adoptado en forma íntegra ninguna de dichas tesis, pero sí se ha inclinado hacia alguna de las dos, de acuerdo con el objetivo pretendido en un momento político e histórico determinado. A mediados de la década del treinta, durante los gobiernos de Enrique Olaya Herrera y de Alfonso López Pumarejo, con las Leyes 136 de 1932 y 200 de 1936 y con el Acto Legislativo 01 de 1936, en el cual se introdujo la función social de la propiedad, se dio prevalencia al modelo del título de adjudicación, sin embargo, la Corte advirtió, que la jurisprudencia de mediados de siglo, retornó al argumento según el cual los bienes baldíos son *res nullius* y el Estado sólo ejerce un dominio eminente que le imponía el deber de adjudicarlos siempre que hubiera ocupación, pues esta no era una simple expectativa, toda vez que el derecho adquirido era *in re*.

No obstante, con la Ley 135 de (1961), se dirigió la reforma agraria hacia los trabajadores rurales menos favorecidos y se atribuyó de manera explícita, el

² Asociación Colombiana Horizonte de Población Desplazada.

³ Sobre dicho caso ver: Laverde y Guzmán, (2012); Duarte (2014).

carácter de título al acto de adjudicación. Con ello, se garantizó la sostenibilidad, planeación y control sobre los procesos de colonización y expansión de la frontera agrícola. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en sus pronunciamientos manifestó que el título era un acto declarativo y que el dominio se adquiría por la ocupación. Al respecto señaló: “Pero un **título de adjudicación de la Nación**, que es simplemente declarativo, de una tierra que ya la misma Nación presume de dominio particular, no es idóneo para conferir el derecho perteneciente a otro” (Sentencia SU-235, 2016, pág. 85).

Incluso, en otro pronunciamiento, negó el carácter de título a la resolución de adjudicación:

... los terrenos baldíos se adquieren por el modo de la ocupación, y la resolución por medio de la cual se adjudica uno de ellos no es título ni es modo, sino apenas un acto declarativo de un derecho real de dominio preexistente, adquirido por la ocupación el terreno mediante la implantación en él de cultivos o ganados, hechos por el colono⁴ (Sentencia SU-235, 2016, pág. 85).

Sin embargo, la Ley 160 de 1994, fue más allá, y no solo reiteró el carácter de título a la resolución de adjudicación, sino que separó por completo el régimen de baldíos de las normas del Código Civil y estipuló que la ocupación de terreno baldíos no genera un derecho subjetivo sino una mera expectativa de adquirirlo, pues la propiedad solo se logra mediante la adjudicación. A partir de esta precisión, la Corte Constitucional consideró que el derecho agrario adquirió autonomía respecto a las normas generales del derecho civil.

Se evidencia entonces, que la Corte Constitucional al efectuar un análisis a la evolución del régimen legal de los bienes baldíos en Colombia, anotó que, si bien, en determinados períodos el modelo se ha aproximado más al dominio eminente, siempre el régimen jurídico ha preservado ininterrumpidamente la propiedad estatal de los predios. Igualmente, se demostró que con la Ley 200 de 1936, y en especial, la Ley 135 de 1961, se configuró la autonomía del derecho agrario frente a las normas generales del derecho civil. Al respecto, resulta oportuno el estudio que sobre tendencias históricas y regionales de la adjudicación de baldíos efectuaron Niño y Sánchez (2015), pues de la revisión a la política de reforma agraria en Colombia desde principios del siglo XX hasta el 2012, concluyeron que siempre existió un estrecho vínculo entre el reconocimiento del Estado de los procesos de

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de junio de 1978. Citada en la Sentencia SU 235 de 2016, folio 85.



ocupación del territorio y la necesidad de transferir la propiedad de los baldíos a los particulares⁵.

Además, de la providencia en estudio, se advierte que ante el vacío legal que existió inicialmente, la jurisprudencia civil sostuvo que los actos administrativos de adjudicación no eran títulos sino actos declarativos de la propiedad. Sin embargo, con la Ley 135 de 1961, fueron considerados explícitamente como títulos declarativos de la propiedad que se adquiriría mediante la ocupación, y finalmente, con la Ley 160 de 1994, se denominaron propiamente como título traslativo de dominio, por medio del cual el Estado transfiere la propiedad de los baldíos a los particulares.

De otra parte, resulta importante destacar que, a las tierras baldías, la jurisprudencia constitucional les ha otorgado la calidad de bienes fiscales adjudicables, es decir, no cualquier persona tiene derecho a usarlos, pues tienen vocación para ser conferidos a los que cumplan con los presupuestos legales. En lo concerniente, la sentencia C-595 de 1995 sostuvo que los bienes fiscales se han clasificado de la siguiente manera:

1. Fiscales propiamente dichos. Son aquellos bienes que poseen las entidades de derecho público y sobre los cuales ejercen un dominio pleno, esto es, igual al que ejercen los particulares respecto de sus propios bienes.
2. Bienes de uso público. Son los destinados al uso común de los habitantes.
3. Bienes fiscales adjudicables. Son aquellos bienes que tiene la Nación con el fin de traspasarlos a los particulares que cumplan determinados requisitos exigidos por la ley. (Sentencia C-595, 1995, pág. 11)

En lo concerniente, la Corte Constitucional precisó que si bien la Constitución Política de 1991, no hace referencia explícita a la propiedad de los baldíos, estas tierras son bienes públicos y por ello se debe entender que están incluidos dentro de la categoría enunciada en el artículo 102 *ibidem*, en donde se advierte que pertenecen a la nación: “Artículo 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación”.

⁵ Sin embargo, en lo referido a la Ley 200 de 1936, es preciso elucidar que autores como Machado y Vivas (2009), aseveraron que dicha norma no puede ser catalogada como una reforma agraria, toda vez que no abordó el tema de la redistribución de la propiedad de la tierra, esto es, “no afectó el poder de la clase terrateniente ni motivó o instrumentó procesos de ascenso social, ni la incorporación del campesinado a un proceso de transformación nacional que significaran una reestructuración del poder en la sociedad colombiana”.

Ahora, en cuanto a la titularidad de los referidos bienes, concluyó que el Estado ejerce un dominio eminente, pero también actúa como titular de un derecho real de propiedad de naturaleza pública. En la Sentencia C-595 de 1995, señaló:

En efecto, el artículo 102 del Ordenamiento Superior al prescribir que: El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación' está consagrando no sólo el llamado 'dominio eminente', que como es sabido, se encuentra íntimamente ligado al concepto de soberanía, en razón de que el Estado sólo ejerce sobre el territorio un poder supremo, pues 'no es titular del territorio en el sentido de ser 'dueño' de él, sino en el sentido de ejercer soberanía sobre él, sino también a la propiedad o dominio que ejerce la Nación sobre los bienes públicos que de él forman parte (Sentencia C-595, 1995, pág. 10).

Se colige entonces, que la propiedad que ejerce el Estado sobre los baldíos tiene unos atributos propios que lo diferencia de la que ejercen los particulares, pues él no posee plena facultades de disposición sobre tales bienes, toda vez que estos tienen una destinación específica y, de otra parte, al ser catalogados como fiscales, la Ley 160 de 1994, prevé que poseen vocación para ser afectados con la prestación de servicios públicos. Además, son objeto reserva legal, acorde con lo estipulado en el numeral 18 del artículo 150 de la Constitución Política, el cual establece que le corresponde al Congreso de la República dictar las normas de apropiación, adjudicación y recuperación de dichas tierras.

2.2. Corte Suprema de Justicia

Esta corporación en sede de acción de tutela seguía la teoría adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-488 de 2014. En reiterados pronunciamientos: STC15027 de 4-11-2014; STC 16151-2014; STC2628 de 11-03-2015; STC2973 de 17-03-2015; STC3765 de 25-03-2015; STC10474 de 10-08-2015; STC10720-2015; STC11637 de 03-09-2015; STC13435 de 1-10-2015; STC14853 de 29-10-2015; STC16320 de 26-11-2015 y STC10720-2015, manifestó que si en el trámite del proceso de pertenencia, el predio objeto de litigio no tenía antecedentes registrales, al juez le correspondía decretar pruebas de oficio para determinar la naturaleza jurídica y establecer si podía ser objeto de prescripción. Igualmente, indicó que era necesario vincular al Incoder (ahora, Agencia Nacional de Tierras) pues es la entidad encargada de clarificar la naturaleza del fundo, toda vez que de la sola certificación expedida por Instrumentos Públicos en donde conste que el inmueble a usucapir no tiene registrado un titular de derecho real, no implica *per se* que pueda ser objeto de apropiación privada, por el contrario, al no existir un propietario inscrito, y si el bien carece de matrícula inmobiliaria, es un indicio para advertir que podía tratarse de un predio baldío.

En los anteriores pronunciamientos, la Corte Suprema consideró que no existió una adecuada valoración probatoria por parte del juez de instancia, para determinar la naturaleza del bien a usucapir; en consecuencia, y en procura del interés público, ordenó al funcionario judicial vincular al Incoder para determinar la naturaleza del predio y practicar las pruebas que le correspondieran. Lo anterior, con el fin de evitar que los bienes baldíos, ante la ausencia de certeza sobre su naturaleza, fueran titulados mediante procedimientos judiciales, circunstancias que implica su salida ilegítima del dominio público.

Sin embargo, en la Sentencia STC 1776-2016, la Corte Suprema de Justicia, decidió no aplicar la *ratio decidendi* de la sentencia T-488 de 2014, pues consideró que no era posible predicar la calidad baldío de un bien, bajo el argumento de que el predio no tenía antecedentes registrales ni titulares de derechos reales, pues esta postura desconoce lo estipulado en los artículos 1 y 2 de la Ley 200 de 1936, los cuales contienen una presunción a favor de los particulares. En lo atinente indicó:

4.1. A la luz de lo preceptuado en los artículos 1º y 2º de la Ley 200 de 1936⁶, se “(...) presume que no son baldíos, sino de propiedad privada (...)” los inmuebles rurales poseídos por particulares, cuando aquéllos son explotados económicamente “(...) por medios positivos propios del dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación (...)”; asimismo, surge otra presunción en cuanto se suponen baldíos aquellos terrenos agrarios que no son objeto de aprovechamiento “en [es]a forma”⁷, precisamente cuando se dio vuelta a la presunción consagrada en el artículo 675 del Código Civil: “(...) Son bienes de la Unión las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño (...)” (Sentencia STC-1776, 2016, pág. 11).

⁶ “(...) Art. 1. Modificado por el artículo 2 de la Ley 4ª de 1973. Se presume que no son baldíos, sino de propiedad privada, los fundos poseídos por particulares, entendiéndose que dicha posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica”.

“El cerramiento y la construcción de edificios no constituyen por sí solos pruebas de explotación económica pero sí pueden considerarse como elementos complementarios de ella. La presunción que establece este Artículo se extiende también a las porciones incultas cuya existencia se demuestre como necesaria para la explotación económica del predio, o como complemento para el mejor aprovechamiento de este, aunque en los terrenos de que se trate no haya continuidad o para el ensanche de la misma explotación. Tales porciones pueden ser conjuntamente hasta una extensión igual a la mitad de la explotada y se reputan poseídas conforme a este Artículo (...)”.

“(...) Art. 2. Se presumen baldíos los predios rústicos no poseídos en la forma que se determina en el artículo anterior (...)”.

⁷ Los preceptos transcritos de la Ley 200 de 1936 están vigentes y son aplicables, pese a haber sido derogados por la Ley 1152 de 2007; pero por virtud a la declaratoria de inexequibilidad de esta última normativa mediante sentencia C-175 de 2009, recobraron todo su vigor.

En este orden de ideas, la mencionada corporación advirtió que, se presume que un predio rural es de propiedad privada y no baldío, cuando es explotado por particulares mediante actos propios de señor y dueño, como plantaciones, sementeras, ocupación con ganados u otras actividades similares. Por lo tanto, si el Estado pretende desvirtuar dicha presunción, debe demostrar que no es objeto de aprovechamiento económico.

Igualmente, precisó que no es admisible determinar la calidad o naturaleza de los terrenos únicamente con el certificado de registro de instrumento público, pues este solo es una herramienta que en dichos procesos sirve para integrar el contradictorio. En efecto, elucidó que, si en dicho documento, se registran titulares de derechos reales sobre el inmueble, contra ellos se debe dirigir la demanda, y en el caso de que el predio no cuente con antecedentes registrales, se debe interponer en contra personas indeterminadas.

Concluyó que en la solicitud de prescripción de bienes rurales con ausencia de registro o de titulares de derechos reales inscritos, el actor no está en la obligación de probar que el fundo no es baldío, pues tal exigencia no la establece el legislador, antes bien, estipula una presunción a su favor; lo contrario, implicaría desconocer la existencia de predios privados, históricamente poseídos por particulares, los cuales no cuenta con formalización legal. En lo atinente, ejemplificó que un terreno baldío no debe correr con el cargo de impuesto predial ni calificación de construcciones como aparece en algunos certificados allegados al proceso ordinario, precisó que estos actos, si bien no acreditan la propiedad, si son oportunos para demostrar la naturaleza privada.

3. Discusión de las Teorías

Las posturas expuestas, abordan el asunto de la determinación de la naturaleza jurídica de los predios que carecen de antecedentes registrales y de titulares inscritos, en el proceso de pertenencia rural: i) La Corte Constitucional en una postura que favorece al Estado y los objetivos de la reforma agraria, afirmó que los bienes rurales que se encuentren en dicha situación, deben considerarse baldíos, en consecuencia, le corresponde al interesado desvirtuar dicha condición; ii) La Corte Suprema de Justicia, en beneficio de los particulares, advirtió que las tierras que estén en tales condiciones y sean objeto de explotación económica, se deben presumir como propiedad privada, objeto de ser adquirido por prescripción adquisitiva de dominio y, en dicho caso, le corresponde al Estado desvirtuar tal presunción; es decir, se invierte la carga de la prueba a favor de los demandantes, pues es al Estado al que le corresponde probar que el predio solicitado es un baldío.



Lo anterior, llevó a la existencia de soluciones diferentes frente a una misma situación fáctica, circunstancias que generó inseguridad jurídica al momento de resolver las solicitudes de prescripción presentadas.

En efecto, jueces civiles acataron la postura de la Corte Suprema de Justicia expuesta en la sentencia STC1776-2016 y con fundamento en la presunción a favor de los particulares, declararon la prescripción de fundos respecto de los cuales no existía claridad en cuanto a su naturaleza.⁸ Debido a la importancia del tema, la Corte Constitucional, en sede de revisión de tutela, seleccionó la sentencia STC1776-2016 emitida por la Corte Suprema de Justicia, y mediante pronunciamiento T-548 de 2016, declaró la nulidad de la anterior providencia. En esta oportunidad, argumentó que la Corte Suprema no integró sistemáticamente las normas que regulan el asunto, pues fundamentó su decisión en la interpretación aislada Ley 200 de 1936 y desconoció las Leyes 160 de 1994, 1561 de 2012 y 1564 de 2012, así como la Constitución.

Al referirse a la Ley 160 de 1994, advirtió que la reforma agraria que se pretendió implementar no cumplió su objetivo, pues se vio alterada por la intensificación del conflicto armado.⁹ Igualmente, anotó que las reformas que se han efectuado en las últimas décadas no han logrado sus fines y por el contrario facilitaron la concentración de la tierra cada vez en menos personas¹⁰. Al respecto manifestó:

Lo dicho hasta el momento no implica que la dignificación del trabajador agrario deba realizarse a costa del interés general y el desarrollo del país. Por el contrario, el acceso a la propiedad a quienes carecen de ella contribuye por esa vía al mejoramiento de toda la sociedad. Propósito que la Ley 160 de 1994 retoma al

⁸ Fallos de la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el 8 de febrero de 2016; fallo de segunda instancia emitido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 16 de febrero de 2016, mediante el cual se confirmó el proferido en primera instancia por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja. (Sentencias T-548 y T549 de 2016).

⁹ En efecto Berry (2002) evidencia que en Colombia nunca se materializó una real distribución de la tierra y que siempre habrá oposición del *statu quo* poderoso contra las propuestas de una reforma importante. Además de que existe difundida la impresión de que los pequeños agricultores no son económicamente eficientes respecto de los grandes. El fracaso de la reforma agraria pretendida con la ley 160 de 1994, fue ampliamente expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-330 de 2016, en esta ocasión aseveró: “la persistencia e intensificación del conflicto armado, el aumento de la producción de drogas y de las acciones criminales de las mafias del narcotráfico, y la forma en que estos fenómenos han permeado a la sociedad en su conjunto (y de forma dramática a sus instituciones), llevaron a la inevitable ausencia de eficacia de la tercera política de reforma”.

¹⁰ Al respecto, resulta interesante la investigación de Cañas y Carmenado. (2011), toda vez que abordan el estudio histórico de la reforma agraria en Colombia, no sólo desde el enfoque unilateral de la propiedad de la tierra sino desde un enfoque integral que artículo al tema agrario el contexto social, económico y político.

establecer que el primer objetivo de la reforma agraria es promover y consolidar la paz, a través de mecanismos encaminados a lograr la justicia social y la democracia participativa (Sentencia T-548, 2016, págs. 38-39).

Frente a las presunciones para determinar la naturaleza de los predios, manifestó que, en el ordenamiento jurídico colombiano, la situación de los bienes baldíos se encuentra regulada a través de diferentes instrumentos normativos que continúan vigentes, y que si bien, pareciera existir un conflicto entre normas, su análisis no debe hacerse de manera literal sino de forma sistemática de acuerdo con el ordenamiento constitucional y legal. En efecto, adujo que la interpretación debe realizarse en armonía con las normas constitucionales, civiles, agrarias y fiscales que se encuentran vigentes.

En esta medida, anotó que al interpretar literalmente los artículos 1 y 2 de la Ley 200 de 1936, se entendería que el inmueble ocupado con fines de explotación económica es de carácter privado; sin embargo, dicha lectura contraría el artículo 63 de la Constitución Política de 1991, el cual establece que los bienes públicos son imprescriptibles, inalienables e inembargables. Por su parte, el artículo 675 del Código Civil, reconoce que son baldíos aquellos bienes que carecen de dueño, lo que se constituyen en una presunción a favor de estos: “Artículo 675. Bienes Baldíos. Son bienes de la Unión todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño.”

Igualmente, los artículos 44 y 61 del Código Fiscal, reseñan la imprescriptibilidad de dichos bienes y refuerzan la presunción de bien baldío de aquellos inmuebles que carecen de registro o de dueño:

Artículo 44. Son baldíos, y en tal concepto pertenecen al Estado, los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño, y los que habiendo sido adjudicados con ese carácter, deban volver al dominio del Estado, de acuerdo con lo que dispone el Artículo 56.

(...)

Artículo 61. El dominio de los baldíos no puede adquirirse por prescripción

Ahora, si bien, precisó que las normas del Código Civil y del Código Fiscal son anteriores a la Ley 1200 de 1936, anotó que en cumplimiento de los mandatos constitucionales de 1991, y de forma posterior a dicha ley, se han expedido otras normas que reivindican la presunción que favorece la naturaleza baldía de los terrenos y reitera su imprescriptibilidad. Al respecto, citó la Ley 160 de 1994 y advirtió que dicha normativa descartó la figura del poseedor respecto de los baldíos y calificó como ocupante a la persona que lo explota económicamente. En lo atinente citó el artículo 65:



Artículo 65. La propiedad de los terrenos baldíos adjudicables sólo puede adquirirse mediante título traslativo de dominio otorgado por el Estado a través del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, o por las entidades públicas en las que delegue esta facultad.

Los ocupantes de tierras baldías, por ese solo hecho, no tienen la calidad de poseedores conforme al Código Civil, y frente a la adjudicación por el Estado sólo existe una mera expectativa.

La adjudicación de las tierras baldías podrá hacerse por el Instituto mediante solicitud previa de parte interesada o de oficio (...) (Sentencia T-548, 2016, pág. 38).

Además, el Código General del Proceso en el artículo 375, al regular el proceso de pertenencia, estableció que no se podrán generar declaratorias sobre bienes baldíos y que, si se llegasen a tener dudas sobre la calidad, el Juez debe vincular al Incoder. Aseveró entonces, que al Juez le corresponde realizar una interpretación armónica y sistemática de las normas existentes: artículos 1º de la Ley 200 de 1936; 65 de la Ley 160 de 1994, 675 del Código Civil, y 63 de la Constitución Política; ello sin reconocer que existe una presunción *iuris tantum* en relación con la naturaleza de bien baldío, ante la ausencia de propietario privado registrado.

Finalmente, precisó que no se pretende sustraer a los campesinos que han explotado por décadas las tierras, sino regular la propiedad a través del proceso de adjudicación, siempre que sean sujetos destinatarios de la reforma agraria. Por lo tanto, cuando no exista certeza sobre la naturaleza jurídica del inmueble objeto del proceso de pertenencia, el juez debe solicitar el concepto a la Agencia Nacional de Tierras.

En consecuencia, estableció el concepto de la Agencia Nacional de Tierras como un presupuesto *sine qua non* para continuar con el proceso de pertenencia, toda vez que de la naturaleza jurídica del predio se deriva la competencia del juez, pues la entidad facultada para disponer de los bienes baldíos es la Agencia Nacional de Tierras, tal como lo dispone el numeral 11 del artículo 4 del Decreto 2363 de 2015, en concordancia con el artículo 65 de la Ley 160 de 1994.

En estos términos, revocó el fallo STC1776-2016 de segunda instancia emitido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 16 de febrero de 2016, y declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso radicado bajo el número 2012-00231 del Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, incluyendo el auto admisorio. Dispuso que el juez debía valorar los requisitos para admitir la demanda y atender entre otras, la determinación de la naturaleza del bien objeto de prescripción, por lo tanto, la autoridad competente debe iniciar el proceso de clarificación sobre el inmueble, término durante el cual el proceso de pertenencia

deberá ser suspendido, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 161 del Código General del Proceso, el cual dispone:

Artículo 161. Suspensión del proceso. El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos:

1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvencción. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción (Art. 61, Código General del Proceso).

Al respecto, es importante elucidar que la Corte Suprema de Justicia, después del anterior pronunciamiento de la Corte Constitucional, acató lo expuesto por esta corporación, en lo referido a la presunción de bienes baldíos. En efecto, en la sentencia STC10798-2016, indicó que la presunción establecida en la Ley 200 de 1936, sólo es predicable para demostrar la buena fe del colono al momento de solicitar la adjudicación de terrenos, pues de acuerdo con el artículo 675 del Código Civil, los bienes baldíos son los fundos que carecen de otro dueño, en consecuencia, ello impone una carga probatoria al demandante, a quien le corresponde demostrar la naturaleza del predio. En esta oportunidad, advirtió que, al presentarse la demanda, si el predio objeto del litigio carece de registro de personas con derechos reales, se colige que no es un bien privado y, por lo tanto, le corresponde al funcionario judicial decretar pruebas para elucidar su naturaleza; sobre este aspecto reiteró las sentencias STC 16151-2014, STC 3765-2015 y STC10720-2015. A su vez, estos argumentos, fueron expuestos en los pronunciamientos STC 5011 de 2017, y SC9845 DE 2017.

Asimismo, en la providencia STC 5011 de 2017, citó lo indicado por la Corte Constitucional en la T- 488 de 2014, en lo que respecta a la necesidad de determinar la naturaleza del bien a usucapir. Preciso que los baldíos pertenecen a la Nación, y que la confusión generada en cuanto a la naturaleza jurídica de los bienes objeto de litigio de pertenencia agraria, se pudo ocasionar por el procedimiento de «saneamiento de la pequeña propiedad rural» regulado en el Decreto 508 de 1974, el cual permitía la prescripción de cinco años de acuerdo con la Ley 4ª de 1973, o la prescripción ordinaria o extraordinaria prevista en las normas del Código Civil; norma que tenía como objetivo sanear la pequeña propiedad rural cuando la persona que lo explotaba había ingresado al predio creyendo de buena fe que se trataba de un baldío, por lo tanto, para que procediera la usucapición se debía demostrar que el bien no era baldío sino de dominio privado, situación por la cual muchos creyeron que era otra forma de ganar el dominio sobre los bienes baldíos. Esta postura se



adoptó en la sentencia SC 9845 de 2017, en donde concluyó que, en aquellos eventos en los que no haya un propietario registrado en el folio de matrícula inmobiliaria, debe presumirse que es un baldío.

Ahora, especial análisis amerita la sentencia STC 12184-2016, en esta ocasión, la Corte Suprema de Justicia precisó que la Ley 160 de 1994, contrario al régimen establecido en la Ley 200 de 1936, el cual presumía la propiedad privada de los predios debido a su explotación económica, previó la presunción de propiedad del Estado sobre dichos bienes. Elucidó que del artículo 48 se pueden colegir las siguientes conclusiones:

1. Se establece una regla que es aplicable “a partir de la vigencia de la presente ley”, lo que quiere decir que con anterioridad ésta no existía; 2. Conforme a esa directriz, el particular tiene que “acreditar propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial”, lo que quiere decir que no se presume su derecho de dominio (Sentencia STC-12184, 2016, pág. 39).

Expuso que la regla en mención modificó la carga de la prueba para demostrar la naturaleza privada de un predio agrario, pues le impone al particular la obligación de evidenciarla, mientras que con la normatividad anterior lo eximía. Señaló que dicha afirmación se respalda, además, en lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 2663 de (1994), que reglamentó la norma. En efecto este artículo establece: “Las diligencias administrativas de clarificación de la propiedad y en los procesos judiciales que se sigan como consecuencia de este, la carga de la prueba corresponde a los particulares”. Disposición que fue ratificada por el artículo 2.14.19.2.7., del Decreto 1071 de (2015).

Además, adujo que la Ley 160 es contundente al anotar que, los ocupantes de las tierras baldías no tienen la calidad de poseedores y que respecto a la adjudicación solo tienen una expectativa, por lo que no es procedente bajo la presunción del artículo 1º de la Ley 200 de 1936, pretender que de la explotación económica se otorgue la calidad de poseedor.

Evidenció así, que no es carga del Incoder aportar la prueba del derecho de dominio del Estado o desvirtuar la presunción establecida en el artículo 1º de la Ley 200, pues está presunción, a partir del 5 de agosto de 1994, no se puede tener como operante, situación que en nada contraría el principio de igualdad en la medida en que obedece a la autonomía del legislador para establecer o modificar reglas en materia de distribución de la carga de la prueba (Sentencia STC-12184, 2016, pág. 42).

Sumado a lo anterior, precisó que de acuerdo con lo estipulado en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887, una disposición legal se estima insubsistente por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, y este conflicto normativo es el que se

presenta entre la presunción de dominio a favor de los particulares contenida en el artículo 1 de la Ley 1200 de 1936 y la que beneficia al Estado según lo establece el artículo 48 de la Ley 160 de 1994. Explicó que las disposiciones regulan un mismo asunto especial, referido a la naturaleza jurídica de los inmuebles, y una es posterior a la otra; por lo que de acuerdo con lo estipulado en los artículos 2º y 3º de la citada Ley 153 de 1887 y en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, debe prevalecer la que por su “contenido y alcance está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, la cual corresponde al artículo 48 de la Ley 160 de 1994” (Ley 160, 1994).

En estos términos, se colige que a partir de la vigencia de la Ley 160 de 1994, esto es el 5 de agosto de dicha anualidad, los particulares que no consolidaron su posesión bajo la Ley 1200 de 1936 o el Decreto 578 de 1974, no pueden aducir la presunción que dicha normativa estipuló a su favor, y la cual los eximía de la carga de la prueba del dominio. Esta postura, fue reiterada íntegramente en la providencia STC 2618 de 2017.

Posteriormente, en la Sentencia 11391 de 2017, si bien, mantuvo la postura explicada, en cuanto a los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia T-548 de 16, precisó:

(...) no es que exista una interpretación errada, lo que aconteció fue que la Corte Constitucional acudiendo a la hermenéutica del balance o ponderación¹¹ frente a un conflicto interpretativo de estas dos presunciones (una que beneficia al particular que explota el terreno del que se desconoce dueño, que puede consolidar el dominio a través del modo de la ocupación, siempre y cuando cumpla los presupuestos de los artículos 1º y 2º de la ley 200 de 1936; la otra señalada en el canon 48 de la ley 160 de 1994, prevé ante la inexistencia de propietario conocido se presume que es un bien baldío), mediante una interpretación, crea una jerarquía axiológica no dada por el legislador, derogando para el caso en particular la primera de aquellas presunciones y privilegiando la segunda (Sentencia STC-11391, 2017, págs. 11-12).

Indicó así, que se trata de dos interpretaciones diversas ante un conflicto; sin embargo, adujo que en atención al respeto de la institucionalidad en materia de precedentes y, en garantía del principio de igualdad y la coherencia del sistema jurídico, la Corporación seguirá la interpretación efectuada por la Corte Constitucional. Igualmente, iteró la sentencia STC12184-2016, en cuanto a la necesidad de determinar naturaleza del bien a usucapir, y concluyó que, ante la indebida presunción aplicada a la naturaleza de los fundos y la omisión del juez

¹¹ Ricardo Guastini. Filosofía del Derecho. Distinguiendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho. Editorial Gedisa. Págs. 167 a 169.



de decretar pruebas de oficio, se constituyen defectos que vulneraron el debido proceso de la Agencia Nacional de Tierras.

Los anteriores argumentos, fueron sostenidos en la providencia STC 943 de 2018, en la que señaló que el juez erró al no aplicar el precedente jurisprudencial, en cuanto a la presunción de la naturaleza jurídica del predio, pues el fundo al carecer de registro de propietario privado debía presumirse baldío. Asimismo, destacó que la sentencia STC1776-2016 no podía aplicarse como precedente pues fue revocada por la Corte Constitucional.

4. Epílogo

De acuerdo con lo expuesto, se evidencia que si bien la Ley 200 de 1936 en los artículos 1 y 2, establecía una presunción de dominio privado a favor de los particulares lo que permitía que por vía de prescripción adquirieran la propiedad de un predio sin antecedentes registrales, dicha situación contraría, el artículo 675 del Código Civil, el cual reconoce que son baldíos aquellos bienes que carecen de dueño, además, si bien la norma del Código Civil es anterior, se debe advertir que la Ley 160 de 1994, norma posterior a las anteriores, en su artículo 48 estableció sin dubitación que para acreditar la propiedad privada sobre un predio, se requiere como prueba el título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal, o los títulos debidamente inscritos otorgados con anterioridad a la vigencia de la ley, en donde consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria.

Es decir, la Ley 160 de 1994, contraria al régimen establecido en la Ley 200 de 1936, consagró la presunción de propiedad del Estado cuando el predio no tiene antecedentes registrales, por ende, modificó la carga de la prueba e impuso al particular la obligación de evidenciar la naturaleza privada de un predio agrario. Situación que se iteró en el artículo 7º del Decreto Reglamentario No. 2663 de 1994, el cual previó que en el trámite de clarificación de la propiedad y en los procesos judiciales la carga de la prueba corresponde a los particulares.

En consecuencia, se considera que, en los procesos de pertenencia rural, es totalmente procedente que ante la solicitud de prescripción de predios que no cuenten con antecedentes registrales ni titulares de derechos reales, el juez, en virtud de la presunción de la naturaleza baldía del predio, vincule a la Agencia Nacional de Tierras y solicite que efectúe el proceso de clarificación de la propiedad, pues de la naturaleza del inmueble, depende su competencia para continuar con el conocimiento del asunto, toda vez que el único autorizado para disponer del

patrimonio baldío de la Nación es la referida autoridad administrativa designada por la ley.

Además, dicho procedimiento resulta más ajustado a los postulados de un Estado Social de Derecho y a los objetivos mismos de la reforma agraria; pues pretender aplicar la presunción de propiedad privada a los predios que se encuentren en la situación expuesta, es un riesgo, toda vez que debido a la informalidad de la propiedad rural y a la ausencia de un registro de baldíos de la nación, a través de trámites judiciales se entregaría la propiedad de bienes baldíos a sujetos que no cumplen con los requisitos para ser beneficiarios de la reforma agraria y por lo tanto no son objeto de protección especial. En consecuencia, no resulta procedente privilegiar al derecho a la propiedad privada y desconocer la solidaridad y la prevalencia del interés general; principios rectores del Estado.

Ahora, contrario al argumento según el cual dicha situación desconoce el derecho de los campesinos para acceder a la propiedad y formalización de las tierras, se advierte que esta exigencia protege el derecho que tienen los trabajadores agrarios de adquirir bienes baldíos para desempeñar su labor, pues garantiza que estos le sean adjudicados de acuerdo a la normatividad existente y no se despoje a la Nación o a ellos mismos a través de diferentes prácticas jurídicas, pues se ha demostrado que la concentración y el despojo de la tierra, también se materializa por vías legales o administrativas, eventos en los cuales, los actores efectúan una interpretación particular de la ley y aprovechan los vacíos existentes para favorecer intereses individuales (Peña Huertas, Parada Hernandez, & Zuleta Rios, 2014), (Pineda Murillo, Tabares Alvarez, & Alvarez Garcia, 2014). Además, en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, suscrito entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, se reivindicó la importancia de formalizar la titularidad de predios rurales baldíos o privados, y a través del Decreto Ley 902 de 2017, se establecieron medidas de carácter instrumental, para promover la formalización y garantizar la seguridad jurídica a los trabajadores agrarios sobre los terrenos que explotan.

Conclusiones

La Corte Constitucional evidenció un problema estructural en la política nacional de identificación, asignación y recuperación de bienes baldíos. Esta problemática permitió que mediante procesos de pertenencia rural se despojara a la Nación de su propiedad, se desconociera su naturaleza imprescriptible y se titularan a sujetos que no son beneficiarios del sistema de reforma agraria.



El régimen jurídico de los bienes baldíos en Colombia, contenido en la Ley 160 de 1994, e interpretado de manera sistemática con las normas pertinentes del Código Fiscal, el Código Civil y la Constitución Política de 1991, corresponde al modelo de “título de adjudicación”, pues el acto administrativo de adjudicación es el título traslativo de dominio, por medio del cual el Estado transfiere la propiedad de los baldíos a los particulares. Esta normativa, contrario a lo establecido en la Ley 200 de 1936, respecto a los predios que no tienen antecedentes registrales, estipuló la presunción de propiedad a favor del Estado.

En los procesos de pertenencia rural, cuando el certificado del registrador de instrumentos públicos establece que el predio no cuenta con antecedentes registrales ni titulares de derechos reales, en aplicación de la presunción de dominio a favor del Estado, el juez, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 161 del Código General del Proceso, está en la obligación de suspender el proceso hasta tanto no determine la naturaleza del inmueble; por lo tanto, deberá solicitar a la Agencia Nacional de Tierras que adelante el proceso de clarificación de la propiedad. Lo anterior, para evitar adelantar una causa sobre la cual no tiene competencia, toda vez que el único autorizado para disponer del patrimonio baldío de la Nación es la referida autoridad administrativa designada por la ley.

En el marco Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, suscrito entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) la regularización de la propiedad rural, se estipuló como un principio rector de la reforma rural integral; reivindicando con ello, la importancia de otorgar seguridad jurídica a los terrenos (baldíos o privados) que explotan los trabajadores agrarios, como requisito esencial para lograr la transformación estructural del campo. En consecuencia, se expidió del Decreto Ley 902 de 2017, el cual prevé medidas de carácter instrumental, para generar información completa en cuanto a los derechos de propiedad de predios rurales y promover su formalización.

Referencias

- Agudelo Patiño, L. (2012). Campesinos sin tierra, tierra sin campesinos: territorio, conflicto y resistencia campesina en Colombia. *Revista Nera*(16), 81-95. Obtenido de <http://revista.fct.unesp.br/index.php/nera/article/view/1366/1351>
- Alto Comisionado Para la Paz. (24 de noviembre de 2016). Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

- Berry, A. (2002). ¿Colombia encontró por fin una reforma agraria que funcione? *Revista de economía institucional*, 4(6), 24-70. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2329039>
- Decreto 1071. (26 de mayo de 2015). El Presidente de la República de Colombia. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural*. Bogotá D.C, Colombia: DIARIO OFICIAL. AÑO CLI. N. 49523. 26, MAYO, 2015. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019931>
- Decreto 2663. (7 de diciembre de 1994). El Presidente de la República de Colombia. *por el cual se reglamentan los Capítulos X y IVX de la Ley 160 de 1994, en lo relativo a los procedimientos de clarificación de la situación de las tierras desde el punto de vista de la propiedad, de delimitación o deslinde de las tierras de dominio*. Bogotá D.C, Colombia: DIARIO OFICIAL. AÑO CXXX. N. 41627. 7, DICIEMBRE, 1994. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1772756>
- Franco Cañas, A., & Carmenado, I. (2011). Reforma agraria en Colombia: evolución histórica del concepto. Hacia un enfoque integral actual. *Revista Cuad*, 8(67), 93-119. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/cudr/v8n67/v8n67a05.pdf>
- Jaramillo, P. (2006). Pobreza rural en Colombia. *Revista Colombiana de Sociología*(27), 47-62. Obtenido de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/recs/article/view/7974/8618>
- Juanita Villaveces Niño, & Fabio Sanchez. (20 de febrero de 2015). Tendencias historicas y regionales de la adjudicación de baldios en Colombia. Bogotá D.C, Colombia: Universidad del Rosario. Obtenido de <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/10933/12538.pdf>
- Ley 135. (15 de diciembre de 1961). Congreso de la República. *Sobre reforma social agraria*. Bogotá D.C, Colombia: DIARIO OFICIAL. AÑO XCVIII. N. 30691. 20, DICIEMBRE, 1961. Obtenido de <http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1792699>
- Ley 136. (2 de Junio de 1994). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 41.377 de 2 de junio de 1994. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0136_1994.html
- Ley 153. (28 de agosto de 1887). El Consejo Nacional Legislativo. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019931>. Bogotá D.C, Colombia: DIARIO OFICIAL. AÑO XXIII. N. 7151. 28, AGOSTO, 1887. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1792950>
- Ley 1561. (11 de julio de 2012). Congreso de la República. *Por la cual se establece un proceso verbal especial para otorgar títulos de propiedad al poseedor material de bienes inmuebles urbanos y rurales de pequeña entidad económica, sanear la falsa*

- tradición y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.488 de 11 de julio de 2012. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1561_2012.html
- Ley 160. (5 de agosto de 1994). Congreso de la República. *Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.* Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 41.479, de 5 de agosto de 1994. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0160_1994.html
- Ley 200. (30 de diciembre de 1936). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas sobre régimen de tierras.* Bogotá D.C, Colombia: DIARIO OFICIAL. AÑO LXXIII. N. 23388. 21, ENERO, 1937. PÁG. 3. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1654991>
- Ley 84. (31 de mayo de 1873). Congreso de la República. *Código Civil de los Estados Unidos de America.* Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Ley 902. (29 de mayo de 2017). El Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se adoptan medidas para facilitar la implementación de la Reforma Rural Integral contemplada en el Acuerdo Final en materia de tierras, específicamente el procedimiento para el acceso y formalización y el Fondo de Tierras.* Bogotá D.C, Colombia: DECRETO LEY NÚMERO 902 DE 2017. Obtenido de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20902%20DEL%2029%20DE%20MAYO%20DE%202017.pdf>
- Machado, A. (15 de noviembre de 2009). Ensayos para la Historia de la Política de Tierras en Colombia. *De la Colonia A la Creacion del Frente Nacional.* Bogotá D.C, Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Obtenido de <http://www.cid.unal.edu.co/cidnews/archivos/Politica-de-Tierras-en-Colombia.pdf>
- Mesa Urhan, P., & Ruiz Suarez, T. (2016). Implicaciones jurídicas en el regimen de baldios de la nacion de la ley 1776 de 2016, Mediante la cual se crean las zonas de interes de desarrollo rural, economico y social-ZIDRES. (*trabajo de pregrado*). Medellin, Colombia: Universidad EAFIT. Obtenido de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12021/MesaUrhan_PabloAndres_RuizSuarez_TomasEsteban_2016.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Moreno, E. (4 de marzo de 2017). Ley Zidres. ¿Reforma agraria o via libre a la adjudicación irregular de Baldios? (*Trabajo de pregrado*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Catolica de Colombia Sede Bogotá D.C. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14819/1/LEY%20ZIDRES..pdf>
- Peña Huertas, R., Parada Hernandez, M., & Zuleta Rios, S. (2014). La regulacion agraria en Colombia o el eterno deja vu hacia la concentración y el despojo: un analisis de las normas juridicas colombianas sobre el agro (1991-2010). *Revista Estudios*

- Socio-Juridicos*, 1(16), 1-30. Obtenido de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2939/2379>
- Pineda Murillo, R., Tabares Alvarez, A., & Alvarez Garcia, A. (9 de Diciembre de 2014). La formalización de la propiedad rural en Colombia como un soporte de desarrollo local sostenible. Estudio de caso municipio de Samaná. Caldas. (*Trabajo de Posgrado*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Autonoma de Manizales. Obtenido de <http://167.249.43.80/jspui/handle/11182/307?mode=simple>
- Sentencia C-073. (12 de julio de 2018). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Cristina Pardo Schlesinger*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente RDL-034. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2018/C-073-18.rtf>
- Sentencia C-077. (8 de febrero de 2017). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes D- 11275 y D-11276. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-077-17.htm>
- Sentencia C-330. (23 de junio de 2016). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: María Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-11106. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-330-16.htm>
- Sentencia C-517. (21 de septiembre de 2016). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Luis Guillermo Guerrero Perez*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-11263. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-517-16.htm>
- Sentencia C-595. (7 de Diciembre de 1995). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Carlos Gaviria Diaz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente No. D-971. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-595-95.htm>
- Sentencia C-623. (30 de septiembre de 2015). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Alberto Rojas Rios*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-9344. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-623-15.htm>
- Sentencia STC-10474. (10 de agosto de 2015). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: 2015-0072-01. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20ABR2016/FICHA%20STC1776-2016.docx>
- Sentencia STC-10720. (24 de agosto de 2015). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Alvaro Garcia Restrepo*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación n.º 15001-22-13-000-2015-00413-01. Obtenido de <https://disajcucuta.files.wordpress.com/2015/24/1-stc1776-20151.pdf>
- Sentencia STC-11391. (2 de agosto de 2017). Corte Suprema de Jusicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación n.º 15693-22-08-002-2017-00097-02. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20OCT2017/STC11391-2017.doc>

- Sentencia STC-11637. (3 de septiembre de 2015). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación: 2015-1917-01. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20ABR2016/FICHA%20STC1776-2016.docx>
- Sentencia STC-12184. (1 de septiembre de 2016). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Ariel Salazar Ramirez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación: n° 8500022080032016-00014-02. Obtenido de <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/691972797>
- Sentencia STC-13435. (1 de octubre de 2015). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Fernando Giraldo Gutierrez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación: 2015-0199-02. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20ABR2016/FICHA%20STC1776-2016.docx>
- Sentencia STC-14853. (29 de octubre de 2015). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Ariel Salazar Ramirez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación: 2014-0176-01. Obtenido de <https://disajcucuta.files.wordpress.com/2017/06/1-stc1776-20161.pdf>
- Sentencia STC-15027. (31 de marzo de 2014). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación: n° 2014-0290-01. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20JUN2016/FICHA%20STC5201-2016.docx>
- Sentencia STC-16151. (24 de noviembre de 2014). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Fernando Giraldo Gutierrez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación n° 11001-02-03-000-2014-02597-00. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20DICENE2015/STC16151-2014.doc>
- Sentencia STC-16426. (27 de noviembre de 2015). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Ariel Salazar Ramirez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación N°. 08001-31-006-2001-00247-01. Obtenido de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/compendiocgp/ART%20121/SC16426-2015%20\(2001-00247-01\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/compendiocgp/ART%20121/SC16426-2015%20(2001-00247-01).doc)
- Sentencia STC-1776. (16 de febrero de 2016). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación n.º 15001-22-13-000-2015-00413-01. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20ABR2016/STC1776-2016.doc>
- Sentencia STC-2618. (22 de febrero de 2017). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Ariel Salazar Ramirez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación n.º 50001-22-14-000-2016-00001-02. Obtenido de <https://disajcucuta.files.wordpress.com/2017/06/4-stc2618-2017.pdf>
- Sentencia STC-2628. (11 de marzo de 2015). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia:

- 2014-0195-01. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20ABR2016/FICHA%20STC1776-2016.docx>
- Sentencia STC-2973. (17 de marzo de 2015). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: 2014-0185-01. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20ABR2016/FICHA%20STC1776-2016.docx>
- Sentencia STC-3765. (25 de marzo de 2015). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Jesus Vall de Ruten Ruiz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: 2014-0190-01. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20ABR2016/FICHA%20STC1776-2016.docx>
- Sentencia STC-9845. (10 de julio de 2017). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Alvaro Fernando Garcia Restrepo*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación n.º 73001-22-13-000-2017-00239-01. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20SEP2017/STC9845-2017.doc>
- Sentencia SU-235. (12 de mayo de 2016). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-3.098.508. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU235-16.htm>
- Sentencia T-407. (27 de junio de 2017). Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Iván Humberto Escrucerí Mayolo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-6.019.881. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-407-17.htm>
- Sentencia T-415. (5 de julio de 2013). Corte Constitucional. La Sala Segunda de Revisión. *M.P.: Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-3.749.119. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-415-13.htm>
- Sentencia T-461. (29 de agosto de 2016). Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Ivan Palacio Palacio*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-5562292. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-461-16.htm>
- Sentencia T-488. (9 de julio de 2014). Corte Constitucional. La Sala Quinta de Revisión. *M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-4.267.451. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-488-14.htm>
- Sentencia T-548. (11 de octubre de 2016). Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Jorge Iván Palacio*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-5.589.880. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-548-16.htm>
- Sentencia T-549. (11 de octubre de 2016). Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-5.614.043. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-549-16.htm>



- Sentencia T-567. (8 de septiembre de 2017). Corte Constitucional. La Sala Octava de Revisión. *M.P.: Alberto Rojas Ríos*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes T-5.658.066, T-5.681.095, T-5.692.672, T-5.692.762 y T-5.696.221 acumulados. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-567-17.htm>
- Sentencia T-580. (18 de septiembre de 2017). Corte Constitucional. La Sala Primera de Revisión. *M.P.: Alberto Rojas Ríos*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes acumulados T-6.090.117, T-6.113.181, T-6.113.147, T-6.094.898, T-6.094.893, T-6.090.120. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-580-17.htm>
- Sentencia T-727. (16 de diciembre de 2016). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Alejandro Linares Cantillo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes Acumulados T-5.735.053 y T- 5.735.054. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-727-16.htm>
- Uribe Laverde, D., & Rodriguez Guzman, M. (2012). Lucha por la tierra en la hacienda Bellacruz. *Semilleros de Investigación*(27), 17-86. Obtenido de <http://bdigital.unal.edu.co/53289/1/Semilleros%202012-1.pdf>

Consumo de drogas en Colombia: análisis del enfoque de salud pública para su abordaje*

Drugs consumption in Colombia: analysis of the public health focus for its approach

Recibido: Agosto 16 de 2018 - Evaluado: Septiembre 03 de 2018 - Aceptado: Noviembre 21 de 2018

Andrés Gómez-Acosta**

Willian Sierra-Barón***

Julieth Milena Rincón Perdomo****

Para citar este artículo / To cite this article

Gómez-Acosta, A., Sierra-Barón, W., & Rincón Pérdomo, J. M. (2019). Consumo de drogas en Colombia: análisis del enfoque de salud pública para su abordaje. *Revista Academia & Derecho*, 18(10), 365-388.

Resumen: Si bien el Congreso de la República de Colombia desde ya hace varios años reconoce la necesidad de atender la problemática del consumo de drogas como una enfermedad que requiere de una atención integral, y sobre dicha carencia promulga la

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Este documento es resultado del proyecto de investigación “Prevención del consumo de drogas en población escolarizada: una revisión sistemática de la evidencia” adscrito al Grupo de Investigación “Psychology and Health Sanitas” de la Fundación Universitaria Sanitas y al Grupo de Investigación “Desarrollo Humano y Sostenibilidad Ambiental” de la Universidad Surcolombiana.

** Magíster en Psicología (Adicciones y Violencias), PhD © en Psicología. Director del Grupo de Investigación Psychology & Health Sanitas – Fundación Universitaria Sanitas.
E-Mail: cesagomez@unisanitas.edu.co

*** Magíster en Educación, PhD © en Psicología. Director del Grupo de Investigación Desarrollo Humano y Sostenibilidad Ambiental – Universidad Surcolombiana.
E-Mail: willian.sierra@usco.edu.co

**** Magíster en Educación, Doctoranda en Bioética. Miembro Grupo de Investigación Desarrollo Humano y Sostenibilidad Ambiental – Universidad Surcolombiana.
E-Mail: milena841@hotmail.com

Ley 1566 en el 2012, aún es necesario postular una política nacional integral que garantice su abordaje desde una perspectiva de la salud pública, que no solo resalte los controles relacionados con la producción y comercialización (reducción de la oferta), sino que también fortalezca tanto los esfuerzos asociados a la atención clínica especializada, como aquellas intervenciones transdisciplinarias enfatizadas a reducir aquellos factores que subyacen al inicio, mantenimiento y recaída al consumo (reducción de la demanda). Este documento pretende sintetizar la evidencia reciente referida por expertos e instituciones del país relacionada con la concepción y abordaje del tema de las drogas, que conduzca a establecer acciones de reducción de la demanda y la oferta en el marco del enfoque en salud pública.

Palabras clave: Consumo de Drogas, Colombia, Salud Pública, Promoción de Salud, Prevención de Enfermedades.

Abstract:

Although the Congress of the Republic of Colombia for several years now recognizes the need to address the problem of drug use as a disease that requires comprehensive care, that is why Law 1566 came in 2012, it is still necessary to establish a national policy that guarantees its approach from a public health perspective, which not only highlights the controls related to production and marketing (supply reduction), but also strengthens both the efforts associated with specialized clinical care, as those interventions emphasized to reduce those factors that underlie the beginning, maintenance and relapse to consumption (demand reduction). This document aims to synthesize the recent evidence referred by experts and institutions related to the conception and approach of the drug issue, which will lead to establish actions to reduce demand and supply within the framework of the public health approach.

Key words: Drug Use; Colombia; Public health; Health Promotion; Disease Prevention.

Resumo: Embora o Congresso da República da Colômbia tenha reconhecido por vários anos a necessidade de abordar o problema do uso de drogas como uma doença que requer cuidados abrangentes, e sobre essa falta promulga a Lei 1566 em 2012, ainda é necessário postular uma política nacional abrangente para garantir sua abordagem a partir de uma perspectiva de saúde pública, que não só destaca os controles relacionados à produção e ao marketing (redução da oferta), mas também fortalece tanto os esforços associados à atenção clínica especializada, quanto as intervenções transdisciplinares enfatizadas para reduzir os fatores subjacentes ao início, manutenção e recaída ao consumo (redução da demanda). Este documento busca sintetizar as evidências recentes encaminhadas por especialistas e instituições do país relacionadas à concepção e abordagem da questão das drogas, levando ao estabelecimento de ações de redução da demanda e da oferta no âmbito da abordagem de saúde pública.

Palavras chave: Consumo de drogas; Colômbia; Saúde pública; Promoção da saúde; Prevenção de doenças.

Résumé: Bien que le Congrès de la République de Colombie ait reconnu depuis plusieurs années la nécessité de s'attaquer au problème de l'usage de drogues en tant que maladie



nécessitant une prise en charge globale, et qu'il ait promulgué la loi 1566 en 2012, il est encore nécessaire de formuler une politique nationale globale pour garantir son approche du point de vue de la santé publique, qui non seulement met l'accent sur les contrôles liés à la production et à la commercialisation (réduction de l'offre), mais renforce également les efforts associés aux soins cliniques spécialisés, ainsi que les interventions transdisciplinaires visant à réduire les facteurs qui sous-tendent l'apparition, le maintien et le retour à la consommation (réduction de la demande). Le présent document vise à synthétiser les données récentes dont se sont fait l'écho les experts et les institutions du pays en ce qui concerne la conception et l'approche de la question des drogues, en vue de la mise en place d'actions de réduction de la demande et de l'offre dans le cadre de l'approche de santé publique.

Mots-clés: Consommation de drogues, Colombie, santé publique, promotion de la santé, prévention des maladies, Colombie

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Plan de redacción. - 1. Prevalencias en Colombia frente al consumo de sustancias psicoactivas. -2. Riesgos del consumo de sustancias psicoactivas para la salud del individuo. - 2.1. 2.1. Problemáticas alternas asociadas al consumo de drogas en Colombia. -3. 3. ¿Qué implica un enfoque de salud pública para el abordaje del consumo de drogas? - Conclusiones. -Referencias.

Introducción

El consumo de drogas en Colombia se ha convertido en una situación problemática que se presenta no solo por los indicadores que informan sobre el aumento de sustancias psicoactivas si no que es un tema complejo debido a que atañe consecuencias en la salud pública y a nivel social (Observatorio de Drogas de Colombia, 2019).

Puesto que el consumo se considera problemático cuando afecta a la salud física, las relaciones intrafamiliares, círculos sociales, el ámbito laboral, genera dificultades económicas o jurídicas (Ministerio de Salud, 2016), por lo tanto el abuso, la dependencia y el poli-consumo de sustancias presentan grandes connotaciones sociales de ahí se constituye la importancia de un abordaje integral (Muñoz Astudillo, Gallego Cortes, Wartski Patiño, & Álvarez Sierra, 2012).

Por otra parte, un indicador de suma importancia en el estudio del consumo de sustancias psicoactivas es la edad (Ministerio De Justicia y el Derecho, 2014), debido a que en el territorio Colombiano se estima que la edad de consumo más común está comprendida entre los 18 y 24 años, seguido por el grupo etáreo de 25 a 34 años (Londoño Restrepo & Álvarez Gómez, 2017).

En este sentido se comprende que el consumo de sustancias psicoactivas representa, en principio, la ingesta de una sustancia externa que produce en el sujeto una sensación subjetiva placentera, que en ocasiones va acompañada por refuerzo social de quienes comparten dicha práctica, y que ha sido asociada desde la antigüedad con alteraciones de la consciencia (como mediador en ritos religiosos, de socialización, recreación), y con mayor capacidad física e intelectual (Olaya Peláez, Alvaro, 2013).

En ese orden, cabe aclarar que no todo consumo es adicción, aun cuando el uso compulsivo de una o varias sustancias puede conducir a una búsqueda y consumo incontrolable, el cual es el que se conoce como adicción (Cote Menéndez, 2016); dicha incapacidad para controlar los comportamientos es reconocida como enfermedad solo en determinados contextos culturales en función de intereses políticos y económicos (Pérez Gómez, Augusto, 2013), y Colombia hasta hace poco tiempo lo hizo con la Ley 1566, conforme a las tendencias mundiales (Congreso de Colombia, 2012). Como tal, debe atenderse desde los diferentes niveles dispuestos por el sistema de salud, en coherencia con lo planteado por el Congreso de Colombia en su Ley Estatutaria de la Salud (2015), bajo el Modelo de Atención Integral en Salud MIAS del Ministerio de Salud y Protección Social (2016).

Problema de investigación

El abordaje del tratamiento de los consumidores de drogas ha sido un tema de intensa discusión en Colombia durante los últimos años, sin embargo, dada su importancia se identifica que parece no existir información que le permita a quien aplica las leyes si hace uso coherente desde el enfoque de derechos humanos a la hora de hacer frente a esta problemática (Iregui-Parra, Palacios-Sanabria, Torres-Villareal, Moreno, & Triana-Ancinez, 2017).

Por lo tanto, el problema de investigación se centra en sintetizar la evidencia reciente referida por expertos e instituciones del país relacionada con la concepción y abordaje del tema de las drogas. Así de acuerdo con el propósito del presente estudio surge la siguiente pregunta de investigación ¿Cuál ha sido el abordaje del consumo de drogas en Colombia desde el marco de la salud pública?

Metodología

La presente investigación realiza una revisión narrativa (Grant, M.J., & Booth, A, 2009), sobre el abordaje del consumo de drogas, desde el enfoque de salud y las acciones jurídicas. Se consultaron las bases de datos Science Direct, Scopus, JStor,

Taylor & Francis, Springer, EBSCO Host y en el buscador Google Académico. Se utilizaron los descriptores consumo de drogas, salud pública, promoción de salud, prevención de enfermedades y su correspondiente denominación en español e inglés. Se establecieron como criterios de inclusión los artículos, leyes, decretos, y resoluciones publicados entre los años 2000 a 2019. Se consideró la calidad de los documentos mediante la evaluación de cada uno de acuerdo con la presentación de las fuentes primarias, el nivel de autenticidad y el contenido informativo (Whittemore, R, 2005). Finalmente se completó la búsqueda con la lectura y rastreo de bibliografía referenciada en los documentos seleccionados.

1. Prevalencias en Colombia frente al consumo de sustancias psicoactivas

Para efectos de considerar la gravedad del asunto y la necesidad de abordarlo desde una perspectiva de salud pública, se hace necesario compilar los resultados más relevantes realizados recientemente en Colombia al respecto.

En cuanto a la población escolar del país, el Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Población Escolar – Colombia – 2016 (Ministerio de Justicia y del Derecho, Observatorio de Drogas de Colombia, Ministerio de Educación Nacional y Ministerio de Salud y Protección Social, 2016) refiere los siguientes indicadores:

Tabla 1: Comparativo de prevalencias en el último año de consumo de SPA en escolares

Sustancia	2004 (%)	2011 (%)	2016 (%)	Tendencia
Alcohol	51.27	46.66	37.07	Baja
Tabaco	23.71	12.68	7.81	Baja
Marihuana	2.92	3.73	4.42	Sube
Cocaína	0.64	1.30	1.59	Sube
Éxtasis	0.96	0.41	0.74	Sube
Basuco	0.65	0.22	0.60	Sube
Inhalables	1.08	0.89	1.25	Sube

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede observar, la tendencia del consumo de drogas legales baja, pero preocupa que en esta población se evidencie en los últimos años una tendencia al incremento del consumo de drogas ilegales (incluyendo las de origen sintético)

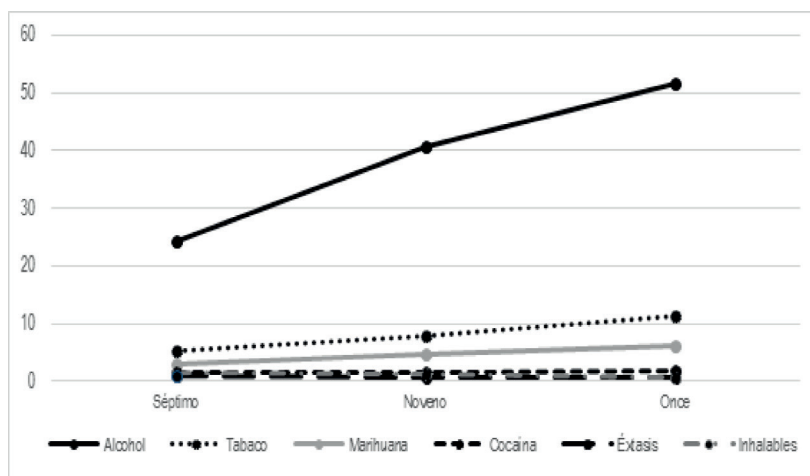


Figura 1. Porcentaje de prevalencias de consumo de SPA en el último año en relación con cursos (7°, 9° y 11°) de los estudiantes de colegios.

De acuerdo con la figura 1 se identifica que, a medida que avanzan en grado escolar en los colegios, aumenta el consumo de las sustancias referidas, excepto el de inhalantes, el cual parece estar asociado más a un uso exploratorio en la adolescencia, que luego se desvanece.

Por otra parte, en Colombia se documenta una tendencia de transición en el consumo de drogas referida tanto al cambio de sustancia, como al cambio de vía de administración. Por ejemplo, es usual en Colombia un patrón conocido como ABC alcohol, bareta (marihuana) y cocaína (Pérez Gomez, 2009), pero de acuerdo con este autor, dicho patrón se ha venido modificando con el uso cada vez más extendido de drogas como el éxtasis, el popper y las sustancias inhalantes (como reemplazo de la marihuana y la cocaína), aunque siguen siendo facilitadas por el consumo de alcohol previo. En este país se experimenta un patrón de transición, pues frente a los controles establecidos por las autoridades para la exportación de la droga, se ha migrado a ser un país consumidor de su propia producción, particularmente frente a sustancias ilícitas en Antioquia, Eje Cafetero, Bogotá y Valle del Cauca (Observatorio de Drogas de Colombia, 2017), observados en prácticamente todos los grupos de edad.

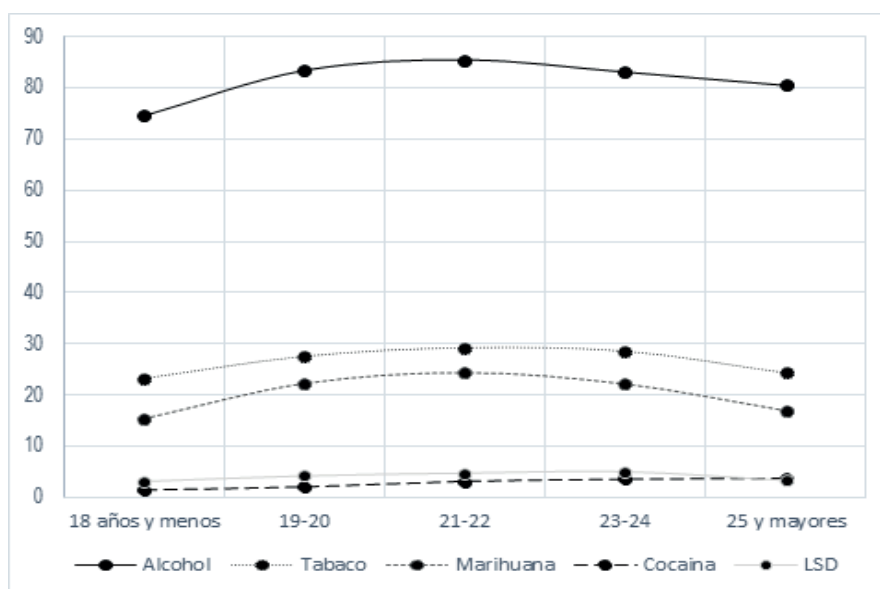
Mientras, el III Estudio Epidemiológico Andino sobre Consumo de Drogas en la Población Universitaria de Colombia (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2017), reporta los siguientes índices de consumo:

Tabla 2: Comparativo de prevalencias en el último año de consumo de SPA en universitarios

Sustancia	2009		2012		2016		Tendencia
	%	Intervalo de confianza 95%	%	Intervalo de confianza 95%	%	Intervalo de confianza 95%	
Alcohol	81.7	80.9 – 82.6	85.0	84.3 – 85.7	81.8	81.0 – 82.5	Baja
Tabaco	29.5	28.5 – 30.5	29.4	28.5 – 30.3	27.0	26.1 – 27.8	Baja
Marihuana	11.2	10.5 – 11.9	15.1	14.4 – 15.9	20.8	20.0 – 21.6	Sube
Cocaína	2.4	2.1 – 2.7	2.1	1.8 – 2.4	2.7	2.4 – 3.0	Sube
Éxtasis	0.76	0.56 – 0.95	0.77	0.60 – 0.95	2.0	1.72 – 2.28	Sube
Anfetaminas	0.22	0.12 – 0.32	0.12	0.05 – 0.20	0.27	0.17 – 0.38	Sube
Metanfetaminas	0.02	0.00 – 0.05	0.09	0.03 – 0.15	0.13	0.06 – 0.21	Sube
LSD	0.96	0.75 – 1.18	3.19	2.83 – 3.54	4.17	3.77 – 4.45	Sube
Basuco	0.26	N.D.	0.08	N.D.	0.14	N.D.	Sube

Fuente: Elaboración propia.

Según esto, la tendencia del consumo de drogas legales baja, pero preocupa el aumento sistemático del consumo de drogas ilegales (incluyendo las de origen sintético), evento preocupante teniendo en cuenta que el uso de drogas durante la adolescencia correlaciona directamente con altas tasas de delincuencia y de violencia (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2017).

**Figura 2. Porcentaje de prevalencias de consumo de SPA en el último año en relación con grupos de edad de los estudiantes universitarios.**

Con relación a la figura 2, es notorio que las edades de mayor consumo en general son las de 21 a 22 años, pero este tiende a disminuir a medida que se envejece, exceptuando el consumo de cocaína. Frente a otras cifras también aportadas por dicho estudio, llama la atención que el 38.7% de los estudiantes de la muestra han probado alguna vez una sustancia ilegal, y que dentro de las dichas sustancias a las cuales tienen acceso, tres de las cinco más consumidas son de origen sintético (Éxtasis, Anfetaminas y LSD).

Si bien se documenta una reducción significativa del consumo riesgoso de alcohol, hay un incremento sensible del consumo de alcohol con bebidas energizantes (2.6% de la muestra) por lo que se ven expuestos a los efectos negativos de ambos tipos de sustancias simultáneamente. También reportan que un 19.7% de los encuestados ha fumado al menos una vez en su vida cigarrillo electrónico, que el 5.0% ha consumido benzodiacepinas (tranquilizantes), y un 1.7% ha ingerido estimulantes alguna vez en su vida sin ninguna prescripción médica.

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Salud Mental (Ministerio de Salud y Protección Social – Colciencias, 2015), en cuanto al consumo de sustancias psicoactivas se pueden extrapolar los siguientes datos:

Tabla 3: Comparativo de prevalencias de consumo de SPA de acuerdo con todos los grupos de edad

Población	Tipo de Sustancia	Prevalencia de consumo	%	Intervalo de confianza 95%
Menores de 17 años	Tabaco	Alguna vez en la vida	5.8	4.7 - 7.3
		Continúan Consumiendo	56.7	45.1-67.6
		Consumo últimos 12 meses	3.4	2.5-4.5
	Alcohol	Alguna vez en la vida	20.4	18.3-22.6
		Continúan Consumiendo	84.7	80.4-88.5
		Consumo últimos 12 meses	17.8	15.8-20.0
	Marihuana	Alguna vez en la vida	3.5	2.6 - 4.6
		Consumo últimos 12 meses	48.8	34.4 - 63.4
18 – 44 años	Tabaco	Alguna vez en la vida	15.9	14.8 – 17.0
		Continúan Consumiendo	67.8	64.2 – 71.1
		Consumo últimos 12 meses	11.3	10.4 – 12.3
	Alcohol	Alguna vez en la vida	45.8	44.3 – 47.2
		Continúan Consumiendo	87.6	86.1 – 89.0
		Consumo últimos 12 meses	42.5	41.0 – 44.0
	Marihuana	Alguna vez en la vida	6.3	5.6 – 7.0
		Continúan Consumiendo	34.1	28.7 – 39.9
		Consumo últimos 12 meses	2.2	1.8 – 2.7
	Cocaína	Alguna vez en la vida	1.3	1.0 – 1.7
		Continúan consumiendo	39.9	27.9 – 53.4
	Inhalantes	Alguna vez en la vida	0.5	0.4 – 0.8

Mayores de 45 años	Tabaco	Alguna vez en la vida	20.9	19.6 – 22.3
		Continúan Consumiendo	53.6	50.1 – 57.2
		Consumo últimos 12 meses	12.4	11.4 – 13.6
	Alcohol	Alguna vez en la vida	33.0	31.5 – 34.5
		Continúan Consumiendo	75.8	73.4 – 78.1
		Consumo últimos 12 meses	27.2	25.7 – 28.7
	Marihuana	Alguna vez en la vida	2.6	2.1 – 3.2
	Basuco	Alguna vez en la vida	0.8	0.5 – 1.1
	Cocaína	Alguna vez en la vida	0.7	0.5 – 1.1

Fuente: Elaboración propia.

En general, se puede documentar que, si bien el consumo de alcohol se mantiene estable, y el de cigarrillo tiende a disminuir, el consumo de drogas ilícitas está aumentando, fenómeno que contrasta con lo expuesto en los estudios de escolares y universitarios antes citados, y que a su vez se relaciona con una mayor disponibilidad y diversidad en la presentación de las drogas (Observatorio de Drogas de Colombia, 2017).

2. Riesgos del consumo de sustancias psicoactivas para la salud del individuo

Si bien existe una distinción marcada por la Ley 30 de 1986, entre las drogas “legales” e “ilegales”, ambas representan riesgos para la salud del individuo que las consume, y para la sociedad en general, por lo que un abordaje con enfoque de salud pública podría contribuir a la reducción de las incidencias, prevalencias, letalidad y mortalidad de múltiples enfermedades.

El consumo de sustancias definidas como “legales” ha propiciado dificultades en la salud de las personas cuando su ingesta se hace necesaria para restablecer el equilibrio fisiológico, generando ansiedad ante la búsqueda compulsiva por acceder a la sustancia. Por ejemplo, de acuerdo con Castaño y Restrepo (2013), el consumo exagerado de bebidas cafeinizadas se ha relacionado con deshidratación, pérdida progresiva del calcio (precursor de la osteoporosis), gastritis, arritmias cardíacas y temblores.

Así mismo, se resaltan los efectos que connota el uso compulsivo de tabaco, dentro de los que se encuentran cáncer pulmonar, enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), vasoconstricción, taquicardia, hipertensión, arritmias, predisposición a accidentes cerebrovasculares, así como mayor comorbilidad con Alzheimer, esquizofrenia y trastorno bipolar (Gomez & Berruet, 2013).

De igual manera Waisman (2013) ha demostrado como el alcoholismo se relaciona con múltiples afectaciones mentales como depresión y riesgo suicida, *delirium*

tremens, síndrome de Wernicke y Korsakoff, amnesia lacunar, trastornos psicóticos, pelagra y degeneración cerebral, así como afecciones físicas como hipertensión, enfermedad coronaria y cirrosis (Pacuruco-Castillo, S, 2013), sin contar que el exceso de bebidas alcohólicas se encuentra en el 4.8% de todos los accidentes de tránsito reportados en Colombia (Uribe Granja, Saavedra, Almarales, Bermúdez, & Mora Rodriguez, 2013).

Por su parte, el consumo de sustancias psicoactivas ilegales potencia una mayor vulnerabilidad para el surgimiento de patologías infecciosas, no infecciosas y neuropsicológicas; al respecto, Scoppetta, Pérez – Gómez y Muñoz (2013) encuentran que los consumidores de drogas ilícitas manifiestan menor percepción de enfermedades discapacitantes, mayor proporción de afectaciones en el estado del ánimo, mayor consumo de alcohol, dificultades en el rendimiento académico y problemas de disciplina, así como más riesgo a verse involucrados en episodios de violencia (como víctimas y como victimarios) en contraste con su contraparte no consumidora (Observatorio de Drogas de Colombia, 2017).

Tabla 4: Enfermedades crónicas más comunes asociadas al consumo de sustancias psicoactivas

Autor	Tipo de enfermedad	Tipo de sustancia	Consecuencias
Castaño & Restrepo (2013)	No infecciosas	Opiodes	Patologías respiratorias Encefalopatías Patologías cerebrales vasculares Patologías oculomotoras Nefropatías (riñón) Arritmias cardíacas Reducción de competencia inmunológica Disminución de la libido Alteraciones gastrointestinales
		Marihuana	Cáncer en boca, lengua, esófago y pulmones Inmunosupresión Alteraciones en percepción del tiempo y memoria Síndrome amotivacional Problemas de fertilidad
		Cocaína	Enfermedades cardiovasculares Broncoespasmos Bronquiolitis Ictus cerebral Hemorragias cerebrales Accidentes isquémicos Cefalea Necrosis del tejido muscular Disfunción hepática
		Anfetaminas	Daño isquémico general Encefalopatías Arritmias cardíacas

		Drogas sintéticas	Control de sueño, apetito, conducta sexual y ansiedad Psicosis paranoide
	Infecciosas	Inyectables	Contagio por <i>Stafilococo</i> VIH Endocarditis Hepatitis B, C y D
		Indistinto al tipo de droga	Tuberculosis bronquitis aguda Infecciones de transmisión sexual
Waisman (2013)	Neuropsicológicas	Marihuana	Reducción de la atención sostenida, memoria de trabajo, funciones ejecutivas, aprendizaje verbal y memoria declarativa
		Cocaína	Memoria verbal, aprendizaje asociativo, atención, concentración resolución de problemas, habilidades de abstracción y dificultades en producción de palabras e integración visomotora
		Opiáceos	Memoria verbal y visual, habilidades motoras finas, atención, concentración, fluidez verbal, funciones ejecutivas y razonamiento abstracto

Fuente: Elaboración propia.

Se ha debatido frente a los efectos terapéuticos del tetrahidrocannabinol (sustancia activa de la marihuana) dentro de los cuales se encuentra la reducción de dolores articulares, el control del vómito y náuseas, reducción de la neuropatía periférica de la esclerosis múltiple, y la disminución a procesos inflamatorios; no obstante, no se cuenta aún con suficiente respaldo empírico para garantizar su eficacia, por lo que se debe continuar con las acciones de educación y seguimiento estricto sobre la producción, fabricación, exportación, distribución, comercio y uso final tanto por parte de la comunidad médica como de los demás profesionales, investigadores y entes competentes (Calderón Vallejo, Pareja, Caicedo, & Chica Rios, 2017).

Mención especial merece el consumo de heroína inyectada, el cual ha venido aumentando exponencialmente, en particular en Medellín (3548 usuarios), Cúcuta (2006), Cali (3501), Pereira (2442), Armenia (1850), y Bogotá (1546), situación que representa para dichos adictos una mayor probabilidad de intoxicaciones por sobredosis, transmisión de VIH, y Hepatitis B-C y muertes súbitas. Desde una perspectiva de salud pública se deben abordar los determinantes de dicho consumo en función de prevenir de manera taxativa su consumo, incrementar la reinserción social de los consumidores, y favorecer la implementación de protocolos basados en la evidencia para la mitigación del daño (Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia, 2015) y (Dirección de Política de Drogas y Actividades Relacionadas, 2017).

Tampoco hay que olvidar la tendencia creciente al policonsumo en el mundo, el cual busca (en principio) mejorar la experiencia subjetiva que tienen los consumidores a partir de un “efecto acumulado”, pero que genera afectaciones en la salud relacionadas con la potenciación de los efectos de las sustancias ingeridas, aumento del riesgo de accidentes y conductas de riesgo, reducción de la sensación de control de consumo (aumentando el riesgo de intoxicación por sobredosis), alteración del metabolismo (con todas las repercusiones fisiológicas correspondientes) y aumento del daño de múltiples tejidos corporales (Velásquez, Elvia, 2013).

En consecuencia con todo lo mencionado hasta el momento, Cote (2016) señala que cuando el consumo de drogas (legales, ilegales o ambas) no es tratado oportunamente dentro de un enfoque de salud pública, se contribuye no solo a aumentar el riesgo de desarrollar las enfermedades descritas, sino también a aumentar la tendencia a involucrarse en violencias, daño en propiedad ajena, privación de la libertad, gastos no previstos en abogados, sobredosis, accidentes automovilísticos, reducción de la funcionalidad, improductividad y mayor conflictividad familiar.

Por si fuera poco, en la actualidad han surgido y se han comercializado nuevas drogas ilegales como benzofuranos, piperazinas, fenetilaminas, ketaminas, catinomas sintéticas y otras con predominio de síntomas alucinógenos y estimulantes, frente a las cuales no se conocen exactamente sus consecuencias a corto, mediano y largo plazo, en particular por las sinergias en los efectos de las mismas. Al respecto, el Sistema de Alertas Tempranas [SAT] del Observatorio de Drogas de Colombia (2017) ha reportado que a la fecha se han inventariado 28 sustancias emergentes.

2.1. Problemáticas alternas asociadas al consumo de drogas en Colombia

Uno de los problemas más acuciantes relacionados con la droga tiene que ver con la relación de su consumo, acceso y expendio con el delito. De acuerdo con el Observatorio de Drogas de Colombia (2017) se reconoce al “modelo tripartito”, el cual incorpora tres posibilidades de relación: a) la atribución psicofarmacológica, en la cual se asume que el consumo prolongado de drogas provoca una mayor predisposición a realizar delitos; b) la atribución económico – compulsiva, según la cual se cometen delitos para obtener dinero que se destina a la compra de drogas; y c) la atribución sistémica, en la cual los delitos ocurren particularmente en el marco contextual del mercado ilegal de drogas; las tres son consecuencias de fenómenos como las inequidades sociales, la búsqueda de nuevas sensaciones, los estilos de personalidad opositorista – desafiante, y la falta de estrategias para el manejo de presión de grupo.



En esa medida, un abordaje de salud pública implica plantear planes, programas y proyectos para que las personas y comunidades gestionen acciones integrales que permitan no solo la construcción de condiciones protectoras ante el inicio - mantenimiento del consumo, y la garantía de condiciones para el abordaje terapéutico, sino que también se dirijan a la reducción de las vulnerabilidades que desencadenan tanto el consumo como el delito, entendiendo que estos dos se refuerzan mutuamente (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2017).

Según el Informe de Drogas de Colombia (2017), a diciembre de 2016 se habían capturado por tráfico, porte o fabricación de sustancias psicoactivas ilegales a 63.757 personas, cifra que corresponde al 26% de las capturas por delitos. En muchos casos dichos delinquentes se valen de estrategias de control del mercado que involucran el uso de la extorsión y la violencia, e instrumentalizan a habitantes de calle, niños, adolescentes y personas de la tercera edad en la venta, transporte y mercadeo. Si bien el sistema de justicia ha tenido algunas falencias (que, para el caso, se manifiestan en que de todos los capturados mencionados, solo 24468 personas, están privadas de la libertad), una estrategia de salud pública debe contemplar la educación en mecanismos protectores comunitarios y en la denuncia a todas las acciones relacionadas con el tráfico de drogas; así como estrategias para la reducción del consumo, del daño y de la comercialización de drogas al interior de los centros penitenciarios (Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia, 2015).

Por otra parte, el propio Observatorio Nacional de Drogas (2017) relaciona como uno de los problemas fundamentales la producción de drogas; según este informe, a partir del 2013 se ha venido aumentando la cantidad de hectáreas cultivadas en hoja de coca, marihuana y amapola, en particular en departamentos como Nariño, Cauca, Putumayo y Norte de Santander, con una proporción importante de territorios ocupados por resguardos indígenas, comunidades negras y parques naturales. De igual manera, el más reciente informe de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (*UNODC por sus siglas en inglés*) (2018), confirma que a pesar de la lucha que ha realizado el Estado Colombiano para reducir los cultivos, la producción en laboratorios y la incautación de cocaína, la producción ha aumentado en un 56% entre el periodo comprendido entre 2013 y 2016, aspecto que puede estar relacionado con estrategias novedosas de los narcotraficantes, la expectativa de las personas frente a una “indemnización” por la sustitución de sus cultivos, y la reducción de alternativas de desarrollo alternativo en el campo. El mismo informe también señala que este país es señalado actualmente como uno de los productores de heroína en Suramérica, la cual es dirigida principalmente al sur del continente o Estados Unidos principalmente.

Frente a esto, desde hace ya casi una década la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia (2009) ha reportado que la estrategia de “Guerra contra las Drogas” más que reducir el impacto del consumo, ha hecho que cada vez haya mayor crimen organizado, lavado de dinero, violencias, corrupción del sistema judicial y político, así como una creciente desigualdad social y marginalidad, a la par que se ha aumentado el consumo en los países de América Latina; sin duda, dicha situación amenaza la seguridad de los países, en particular la de Colombia, reflejando la importancia de continuar con la desarticulación sin tregua de las organizaciones criminales responsables de la oferta (que se aprovechan de la vulnerabilidad de las comunidades que habitan dichas zonas), pero con acciones complementarias igualmente relevantes de educación y reducción de la marginalidad a la que han sido sometidas históricamente las personas que pertenecen a etnias y grupos excluidos con procesos de desarrollo alternativo, como parte de la estrategia en salud pública.

Esto también es consecuente con lo establecido en los acuerdos de paz sostenidos con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia [FARC], lo que supone no solo gestionar la erradicación de cultivos ilícitos y la sustitución basada en el desarrollo de programas comunitarios relacionados con la recuperación ambiental, la reducción de la producción y comercialización de sustancias ilegales y la eliminación del lavado de activos (Alto Comisionado Para la Paz, 2016); también advierte adoptar una nueva óptica que atienda a la modificación de los determinantes del consumo, que contemplen alternativas productivas y de bienestar dirigidos a las personas y comunidades, con un enfoque de salud pública y de derechos humanos (Dirección de Política de Drogas y Actividades Relacionadas, 2017), con el auspicio de la Unión Europea (Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, 2017).

En relación a todo lo anterior, la Organización de los Estados Americanos [OEA] (2012), sugiere la importancia de alinear el abordaje de las drogas como un problema de salud pública, entendiendo el aumento en la demanda, los efectos nocivos del consumo (desde el ocasional hasta el problemático), y su impacto en la seguridad de las naciones: dicho abordaje debe ser realizado de manera interdisciplinaria, con programas basados en la evidencia, pero extendiendo con la lucha frente a la oferta, lo cual incluye acciones en donde las propias comunidades pueden ser sumamente útiles, como es la educación para la denuncia a los fabricantes y expendedores, y el control a la comercialización de insumos base (ácidos, agentes oxidantes, disolventes entre otros) para la fabricación de sustancias ilícitas, tal y como lo sostiene la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes [JIFE] (2017).



3. ¿Qué implica un enfoque de salud pública para el abordaje del consumo de drogas?

El Congreso de Colombia, a través de la Ley 1122 del 2007 define la salud pública como el “conjunto de políticas que buscan garantizar la salud de la población a través de acciones individualizadas y colectivas dirigidas a mejorar la calidad de vida, bienestar y desarrollo” (Ley 1122, 2007), en procura de superar las limitaciones que representan inequidad o enfermedad (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014). Dicho enfoque implica reconocer los contextos sociales vulnerables que representan un crisol para la permanencia de factores de riesgo para el desarrollo de actividades ligadas al comercio e ingesta de drogas, donde tanto el acceso como el consumo y los efectos del mismo tienen una función para los individuos. Eso involucra revisar la función que adquiere dicho consumo en el contexto, identificar que la interacción de las personas es más óptima sin dicho consumo, reducir los riesgos que el contexto le plantea a las personas, así como garantizar el acceso oportuno y de calidad a los tratamientos y a oportunidades reales de reducción del daño, en particular dirigidas a los casos de uso de drogas inyectables (que contribuyen a la vez a mejorar la salud del implicado y a reducir problemas de convivencia), en un marco de respeto a la persona adicta en tanto sujeto de derechos (Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia, 2015), y en consecuencia con la Ley Estatutaria en Salud (Ley 1751, 2015).

Por ende, el seguimiento de dichas estrategias connota no solo tener claras las prevalencias, sino también evaluar continuamente cómo se van reduciendo los factores de riesgos potenciales que subyacen a dicho consumo, y paralelamente cómo aumentan los factores de protección, que aseguran menor consumo, mejor salud y mejor calidad de vida de las poblaciones (Pérez Gómez & Mejía-Trujillo, 2015). Eso implica un abordaje de gestión del riesgo donde todos los actores del Sistema General de Seguridad Social y Salud [SGSSS] deben participar de manera activa y coordinada, conforme a lo definido para tal fin por el Ministerio de Salud y Protección Social (2016) en la Política de Atención Integral en Salud.

Así mismo, es deseable que un abordaje en salud pública retome la importancia de la promoción de la salud basándose, en principio, en la garantía de las condiciones mínimas de acceso a educación de calidad, empleo, vivienda digna y un entorno comunitario saludable, para que adicional a ello se puedan garantizar el desarrollo de acciones promotoras de comportamientos saludables en los entornos familiar, comunitario y escolar (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014). De hecho, dichas acciones concuerdan plenamente con los objetivos trazados desde los componentes “Promoción de la Salud” y “Convivencia Social y Salud Mental” del Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021 (Ministerio de Salud, 2013), Las leyes 1566

de 2012, y 1616 de 2013, lo concertado en la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas [UNGASS] (2016), y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Dirección de Política de Drogas y Actividades Relacionadas, 2017).

De igual manera, un enfoque en salud pública debe comprender un abordaje a la familia, a los grupos de referencia, y a otras personas de la comunidad involucradas (tenderos, agentes sociales) dado que muchos de los esfuerzos en el área se han venido realizando en el ámbito escolar, y en esa medida no afectan determinantes socioculturales como los valores y las creencias transmitidas por los parientes y adultos cercanos (Mejía-Trujillo, 2014). Esto puede lograrse con la continuación de la estrategia “Familias fuertes: Amor y Límites”, el cual es un programa de prevención universal basado en la evidencia dirigido a la reducción de conductas de riesgo como el consumo de sustancias psicoactivas legales e ilegales, conducta sexual responsable y minimización de las violencias, entre otras (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017). Este tipo de programas podría verse complementado con acciones como la divulgación de material educativo en aspectos como comunicación familiar, pautas de crianza, manejo de emociones y entrenamiento en resolución de problemas - manejo de la presión de grupo, así como implementación de piezas comunicativas acerca de cómo rehusarse, controlar o abandonar el consumo (Cabarcas, Londoño, Claro, Florez, & Gomez, 2016).

El Estado colombiano dispone de un sistema de vigilancia epidemiológica exclusivo para hacer seguimiento tanto a las prevalencias en los diferentes tipos de consumo de sustancias como a las consecuencias asociadas (Torres, Y., 2013), que aborda el monitoreo de adicciones emergentes como a sustancias sintéticas nuevas y adicciones conductuales, así como a los factores de riesgo – protección asociados, para hacer un diagnóstico que a su vez permita la toma de decisiones y la orientación de las acciones intersectoriales de control (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017). Sin embargo, el Estado debe garantizar un seguimiento al impacto de los proyectos, programas y políticas, para determinar su reconfiguración en aras de obtener resultados más contundentes. Todo esto de manera coherente con la implementación del Modelo Integral de Atención en Salud MIAS, el Plan Decenal de Salud Pública vigente, el Plan de Beneficios en Salud, y el Plan Decenal del Sistema de Justicia.

Un enfoque en salud pública efectivo exige que tanto las acciones preventivas como interventivas se desarrollen en el marco de guías y protocolos basados en la evidencia (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2017), y que incluyan una perspectiva de reducción del daño, concebida como un complemento a las intervenciones preventivas y terapéuticas, cuyo énfasis es mitigar los efectos individuales, sociales y económicos del consumo. Dicha estrategia implica acciones como la disponibilidad de preservativos (para evitar el contagio de enfermedades



por transmisión sexual que agravarían la condición del adicto), de jeringas desechables para prevenir el contagio de enfermedades por vía intravenosa, y de programas de sustitución de metadona para los usuarios de opiáceos (Organización de los Estados Americanos, 2012). En esta categoría también entran los esfuerzos por evitar la conducción de vehículos bajo efectos del alcohol (como la que mantuvo hasta hace poco tiempo en Colombia el extinto Fondo de Prevención Vial), o la de bares consentidos.

Así mismo, un enfoque de salud pública debe contemplar acciones de control del tráfico y expendio, dentro de las cuales aplican los controles a la venta de inhalantes, la sensibilización a los tenderos y vendedores de productos usados como psicoactivos, educación en prevención comunitaria a la Policía, resignificación de los espacios comunitarios (en particular, los que han sido usados para el consumo y distribución de drogas), divulgación didáctica de la legislación vigente sobre el tema, alineación de las políticas de prevención-intervención del consumo (a lo cual atiende esta propuesta de ley), acuerdos locales de líderes sociales y comunitarios para hacer efectivos los controles, rescate de las prácticas sociales libres de consumo, creación de equipos comunitarios que actúen de manera mancomunada con las autoridades, y permanente seguimiento de los posibles obstáculos que emerjan durante el proceso.

Este enfoque permite pensar el abordaje también desde una perspectiva más allá de la atención clínica, que incorpore el papel de múltiples disciplinas mancomunadamente (antropología, trabajo social, psicología, medicina familiar, enfermería, psiquiatría, pedagogía, ciencias jurídicas, ciencias ambientales, economía, entre otras) y de todos los sectores sociales (salud, educación, justicia, trabajo, social-comunitario, ambiente, defensa y seguridad nacional) en relación a la reducción de los factores determinantes de la vulnerabilidad de las personas hacia el consumo, la demanda y la producción, así como de fenómenos concomitantes al consumo (prostitución, criminalidad, tráfico de estupefacientes, entre otros).

Un enfoque de salud pública para el abordaje de las adicciones permite ubicar al individuo en el centro de la problemática, reconociéndolo como un sujeto de derechos proactivo que genera razones para prevenir y elegir abordaje terapéutico que asuma como más conveniente, sentirse en un ambiente de confianza y apoyo real, participar del diseño y ejecución de su propio tratamiento, y gozar de los mismos beneficios contemplados en la ley para su reinserción social. Esto puede incidir en unos indicadores de prevención óptimos, en una mejor adherencia a los procesos terapéuticos por parte de quienes ya cuentan con consumo problemático, y en la reducción de las estadísticas de enfermedades, accidentes y eventos violentos asociados directa o indirectamente al consumo.

En esa medida, asumir un enfoque de salud pública implica el desarrollo de acciones que afecten tanto el ambiente físico y social en el que se desenvuelven las

personas, como la conducta individual a partir de la modificación de sus creencias, manejo de sus emociones, y desarrollo de un capital psicológico para el afrontamiento de problemas, habilidades sociales, con el uso de protocolos apoyados en la normativa vigente, las disposiciones éticas-deontológicas, las posibilidades fiscales y que se basen en la evidencia real y objetiva en cuanto a su contribución al cambio conductual y a la reducción de la vulnerabilidad al consumo, con un efecto social real. Valga la pena decir que dicho impacto debe ser medido a partir del sistema de vigilancia epidemiológica (verificando la reducción de prevalencias e incidencias del consumo en las diferentes regiones y poblaciones) con indicadores cuantitativos y cualitativos, que incluyan además el reporte de menos defunciones asociadas al consumo de sustancias psicoactivas, menos personas privadas de la libertad, y en general una menor proporción tanto de delitos asociados al consumo, el acceso y la comercialización de las drogas, así como una reducción progresiva y sostenida de accidentes viales asociados al consumo.

Para finalizar, es necesario subrayar que una política de abordaje del problema de las drogas desde una mirada de la salud pública debe recoger los siete principios sugeridos por la Dirección de Política de Drogas y Actividades Relacionadas, los cuales son: a) evidencia técnica y científica en cuanto al conocimiento sobre la problemática; b) innovación y flexibilidad en la búsqueda de intervenciones novedosas; c) sostenibilidad y articulación instituciones-comunidades; d) integralidad en el abordaje (lucha contra el cultivo, producción, tráfico, comercialización y consumo); e) enfoque incluyente y diferencial en función de las características territoriales, socioeconómicas y poblacionales; f) participación de las poblaciones en la construcción, implementación, retroalimentación, evaluación y ajuste continuo; y , g) articulación de los sectores gubernamentales (salud, justicia, educación) en los niveles nacional, departamental, municipal y local (Dirección de Política de Drogas y Actividades Relacionadas, 2017).

Conclusiones

Para el abordaje del consumo de sustancias psicoactivas es necesario que se realice orientado desde el enfoque de la salud pública, formulándose desde la promoción de la salud mental y física trascendiendo a otros escenarios como la familia y grupos sociales en los que se den interacciones interpersonales.

La literatura evidencia que en los últimos años se han realizado acciones para contrarrestar el consumo de sustancias psicoactivas, como la promulgación de documentos jurídicos que garanticen a los sujetos sus derechos como ciudadanos, sistemas de vigilancia epidemiológica, abordaje terapéutico y la articulación gubernamental en los distintos niveles.



Aunque se han presentado planes para mitigar el impacto social del consumo de drogas, aun se sigue presentando una alta prevalencia e impacto en el país debido a que tratar de forma aislada el consumo de sustancia no genera un impacto significativo a nivel social ya que este fenómeno es transversal a todas las esferas de desarrollo del humano.

Referencias

- Alto Comisionado Para la Paz. (24 de noviembre de 2016). Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- Cabarcas, K., Londoño, C., Claro, A., Florez, L., & Gomez, L. (2016). *Pactos por la Vida: una experiencia de prevención basada en la evidencia* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Calderón Vallejo, G., Pareja, L., Caicedo, C., & Chica Rios, R. (2017). Regulación del uso de marihuana en Colombia con fines medicinales. *Revista Salud*, 22(1), 43-55. doi:10.17151/hpsal.2017.22.1.4
- Castaño, G., & Restrepo, S. (2013). Cafeína (xantinas) y bebidas energizantes. En E. Velásquez, Á. Olaya Peláez, & G. Castaño, *Adicciones, aspectos clínicos y psicosociales, tratamiento y prevención* (1 ed., págs. 493-497). Medellín: Editorial Corporación para investigaciones Biológicas CIB.
- Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia. (2015). *Lineamientos para un nuevo enfoque de la Política de Drogas en Colombia*. Bogotá D.C: CAPDC. Obtenido de http://www.odc.gov.co/Portals/1/comision_asesora/docs/informe_final_comision_asesora_politica_drogas_colombia.pdf
- Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia. (2009). *Drogas y Democracia: Hacia un cambio de paradigma*. México: CLDD. Obtenido de http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/planesNacionales/docs/Drogas%20y%20Democracia.%20Hacia%20un%20cambio%20de%20paradigma.pdf
- Cote Menéndez, M. (2016). Conceptos básicos de la enfermedad adictiva y de los modelos de tratamiento. (*Trabajo de Aula*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Obtenido de http://www.odc.gov.co/Portals/1/dialogo_nacional/docs/conceptos_enfermedad_adictiva_modelos_tratamiento.pdf
- Díaz-Granados, O., Pérez Gómez, A., & Muñoz, V. (2013). Sobre la supuesta inocuidad del consumo de marihuana: diferencia entre consumidores y no consumidores en encuestas nacionales en Colombia. *Revista Liberabit*, 19(1), 1-10. Obtenido de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272013000100006

- Dirección de Política de Drogas y Actividades Relacionadas. (2017). *Lineamientos Política Nacional de Drogas*. Bogotá D.C: DPDAR. Obtenido de http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/pnacional/PN031152017_lineamientos_politica_nacional_drogas_2017.pdf
- Gomez, U., & Berruet, M. (2013). Tabaco: enfoque y tratamiento del paciente con dependencia. En E. Velásquez, A. Olaya Peláez, & G. Castaño, *Adicciones: aspectos clínicos y psicosociales, tratamiento y prevención* (1 ed., págs. 509-516). Medellín: Editorial Corporación para investigaciones Biológicas CIB.
- Grant, M.J., & Booth, A. (2009). Una tipología de revisiones: un análisis de 14 tipos de revisión y metodologías asociadas. *Revista Diario de información y bibliotecas de salud*, 26(2), 91-108. doi:10.1111/j.1471-1842.2009.00848.x
- Iregui-Parra, P., Palacios-Sanabria, M., Torres-Villareal, M., Moreno, S., & Triana-Ancinez, B. (2017). *El Consumo de drogas en Colombia: Una reflexión desde el derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá D.C, Colombia: Universidad de los Andes-CEDE. Obtenido de <https://ideas.repec.org/p/col/000089/015424.html>
- Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes. (2017). *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2017*. Viena: JIFE. Obtenido de <http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/internacionales/IN1032017-junta-internacional-fiscalizacion-estuperfacientes-informe-2017.pdf>
- Ley 1098. (8 de noviembre de 2006). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 46446 de noviembre 08 de 2006. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=22106>
- Ley 1122. (9 de enero de 2007). Congreso de la República. *Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 46.506 de 9 de enero de 2007. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1122_2007.html
- Ley 1566. (31 de julio de 2012). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas y se crea el premio nacional "entidad comprometida con la prevención del consumo, abuso y adicción a sustancias" psicoactivas*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.508 de 31 de julio de 2012. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1566_2012.html
- Ley 1616. (21 de enero de 2013). Congreso de la República. *Por medio de la cual se expide la ley de Salud Mental y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.680 de 21 de enero de 2013. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1616_2013.html

- Ley 1751. (16 de febrero de 2015). Congreso de la República. *Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 49.427 de 16 de febrero de 2015. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html
- Ley 30. (21 de septiembre de 1986). Congreso de la República. *Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial.44169. 21 de septiembre de 1986. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2774>
- Londoño Restrepo, J., & Alvarez Gomez, M. (2017). Consumo de sustancias psicoactivas en auxiliares de enfermería. *Revista Cuidarte*, 8(2), 1591-1598. doi:<https://doi.org/10.15649/cuidarte.v8i2.378>
- Mejia-Trujillo, J. (2014). Distintas familias, distintos consumos: relacion de las dinamicas familiares con el consumo de alcohol en adolescentes en Colombia. *Revista Hallazgos*(28), 63-82. doi:DOI: <http://dx.doi.org/10.15332/s1794-3841.2017.0028.03>
- Ministerio De Justicia. (2014). *Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Colombia*. Bogotá D.C: Ministerio de Justicia y del Derecho y Ministerio de Salud y Protección Social. Obtenido de https://www.unodc.org/documents/colombia/2014/Julio/Estudio_de_Consumo_UNODC.pdf
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2016). *Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Población Escolar Colombia-2016*. Bogotá D.C: Observatorio de Drogas en Colombia-Ministerio de Educación Nacional- Ministerio de Salud. Obtenido de https://www.unodc.org/documents/colombia/2018/Junio/CO03142016_estudio_consumo_escolares_2016.pdf
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2017). *Documento Metodologico para la implementación del programa de seguimiento judicial al tratamiento de drogas en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Bogotá D.C: SRPA. Obtenido de http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/criminalidad/encarcelamiento/CR15222017_documento_metodologico_implementacion_programa_seguimiento_judicial_tratamiento_drogas_sistema_responsabilidad_penal_%20adolescentes.pdf
- Ministerio de Salud. (2013). *Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021*. Bogotá D.C: Ministerio de Salud y Protección Social. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/Plan%20Decenal%20-%20Documento%20en%20consulta%20para%20aprobaci%C3%B3n.pdf>
- Ministerio de Salud. (2016). *Política de Atención Integral en Salud “Un sistema de salud al servicio de la gente”*. Bogota D.C: Ministerio de Salud y Protección Social. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/modelo-pais-2016.pdf>
- Ministerio de Salud. (15 de abril de 2016). *Prevención del consumo de sustancias psicoactivas (SPA)*. Obtenido de [minsalud.gov.co](https://www.minsalud.gov.co): <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/SMental/Paginas/convivencia-desarrollo-humano-sustancias-psicoactivas.aspx>

- Ministerio de Salud y Protección Social. (2014). *El consumo de sustancias psicoactivas, un asunto de salud pública*. Bogotá D.C: Ministerio de Salud y Protección Social. Obtenido de <https://outlook.office.com/mail/inbox/id/AAQkAGRhM-jk5Y2ZhLTg0YzMtNDE2MS1hZW11LTM5MjRhMGlxMGEwZAAQAA-zyAg8TUjdOq7VA8mk595c%3D/sxs/AAMkAGRhMjk5Y2ZhLTg0YzMtNDE2MS1hZW11LTM5MjRhMGlxMGEwZABGAAAAAAAHi6%2FfbQeYS7DTw6KPPFeWBwDra3m92xkdQq7L%2FwCZZXP0AAAAAEMAADra3m>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2017). *Sistema de Alertas Tempranas*. Bogotá D.C: Observatorio de Drogas de Colombia. Obtenido de http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/consumo/sat/sat092017_boletin_nuevas_sustancias_septiembre_2017.pdf
- Ministerio de Salud y Protección Social. (7 de noviembre de 2018). Resolución Numero 0004886. *Por la cual se adopta la Política Nacional de Salud Mental*. Bogotá D.C, Colombia: Resolución 0004886. Obtenido de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%204886%20de%202018.pdf
- Muñoz Astudillo, M., Gallego Cortes, C., Wartski Patiño, C., & Alvarez Sierra, L. (2012). Familia y consumo de sustancias psicoactivas: una búsqueda de lo ausente. *Revista Index Enferm*, 21(3), 136-140. doi:<http://dx.doi.org/10.4321/S1132-12962012000200006>
- Observatorio de Drogas de Colombia. (2017). *Reporte de Drogas de Colombia*. Bogotá D.C: Editorial Legis S.A. Obtenido de http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/odc-libro-blanco/reportes_drogas_colombia_2017.pdf
- Observatorio de Drogas de Colombia. (27 de noviembre de 2019). *Situación del consumo de drogas en Colombia*. Obtenido de O.D.C - Observatorio de Drogas de Colombia: <http://www.odc.gov.co/problematica-drogas/consumo-drogas/situacion-consumo>
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. (2017). *III Estudio epidemiológico andino sobre consumo de drogas en la población universitaria de Colombia*. Bogotá D.C: UNODC. Obtenido de https://www.unodc.org/documents/peruandecuator/Publicaciones/Publicaciones2017/Informe_Universitarios_Colombia.pdf
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2018). *Informe Mundial Sobre las Drogas. Conclusiones y consecuencias en materia de políticas*. Viena: UNODC. Obtenido de https://es.wikipedia.org/wiki/Oficina_de_Naciones_Unidas_contra_la_Droga_y_el_Delito
- Olaya Peláez, Alvaro. (2013). Contexto sociocultural de las sustancias psicoactivas. En E. Velásquez, A. Olaya Peláez, & G. Castaño Pérez, *Adicciones, aspectos clínicos y psicosociales, tratamiento y prevención* (1 ed., págs. 4-8). Medellín: Editorial Corporación para investigaciones Biológicas CIB.
- Organización de los Estados Americanos. (2012). *Escenarios para el problema de drogas en las americas 2013-2025*. Cartagena: OAS Cataloging. Obtenido de <http://www.infoconline.es/pdf/InformedeEscenarios.pdf>

- Pacurucu-Castillo, S. (2013). Alcohol. En E. Velásquez, A. Olaya Peláez, & G. Castaño Pérez, *Adicciones, aspectos clínicos y psicosociales, tratamiento y prevención* (1 ed., págs. 411-433). Medellín: Editorial Corporación para investigaciones Biológicas CIB.
- Pérez Gomez, A. (2009). Transiciones en el consumo de drogas en Colombia. *Revista Adicciones*, 21(1), 81-88. Obtenido de <http://www.adicciones.es/index.php/adicciones/article/viewFile/254/243>
- Pérez Gómez, A., & Mejia-Trujillo, J. (2015). Evolución de la prevención del consumo de drogas en el mundo y en América Latina: 1970-2014. *Revista Corporación Nuevos Rumbos*, 13(3), 1-20. doi:10.13140/2.1.1092.6405
- Pérez Gómez, Augusto. (2013). *"Adicciones" y Otros Asuntos Humanos* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Dupligráficas LTDA. Obtenido de <http://nuevosrumbos.org/wp-content/uploads/2014/07/Adicciones.pdf>
- Torres, Y. (2013). Vigilancia epidemiología de las adicciones. En E. Velasquez, A. Olaya Peláez, & G. Castaño Pérez, *Adicciones, aspectos clínicos y psicosociales, tratamiento y prevención* (1 ed., págs. 33-40). Medellín: Editorial Corporación para investigaciones Biológicas CIB.
- Uribe Granja, C., Saavedra, M., Almarales, J., Bermúdez, C., & Mora Rodriguez, J. (2013). Prevalencia de consumo de alcohol y sustancias psicoactivas en victimas de accidentes de tránsito. *Revista Repertorio de Medicina y Cirugia*, 22(4), 273-279. Obtenido de <https://www.fucsalud.edu.co/sites/default/files/2017-09/6-PREVALENCIA.pdf>
- Velasquez, E., Olaya Peláez, Á., & Castaño Pérez, G. (2013). *Adicciones: aspectos clínicos y psicosociales, tratamiento y prevención* (1 ed.). Medellín, Colombia: Editorial Corporación para investigaciones Biológicas.
- Velásquez, Elvia. (2013). Uso múltiple de sustancias psicoactivas o policonsumo. En E. Velásquez, A. Olaya Peláez, & G. Castaño Pérez, *Adicciones, aspectos clínicos y psicosociales, tratamiento y prevención* (1 ed., págs. 129-136). Medellín: Editorial Corporación para investigaciones Biológicas CIB.
- Waisman, M. (2013). Trastornos neuropsicologicos en adicciones. En E. Velásquez, A. Olaya Peláez, & G. Castaño Pérez, *Adicciones, aspectos clínicos y psicosociales, tratamiento y prevención* (1 ed., págs. 525-542). Medellín: Editorial Corporación para investigaciones Biológicas CIB.
- Whittemore, R. (2005). Combining evidence in nursing research: methods and implications. *Revista Nursing research*, 54(1), 56-62. doi:10.1097 / 00006199-200501000-00008



ÍNDICE DE AUTORES

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 1 - Julio/Diciembre, 2010

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 2 - Enero/Junio, 2011

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 3 - Julio/Diciembre, 2011

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 4 - Enero/Junio, 2012

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 5 - Julio/Diciembre, 2012

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 6 - Enero/Junio, 2013

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 7 - Julio/Diciembre, 2013

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 8 - Enero/Junio, 2014

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 9 - Julio/Diciembre, 2014

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 10 - Enero/Junio, 2015

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 11 - Julio/Diciembre, 2015

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 12 - Enero/Junio, 2016

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 13 - Julio/Diciembre, 2016

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 14 - Enero/Junio, 2017

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 15 - Julio/Diciembre, 2017

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 16 - Enero/Junio, 2018

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 17 - Julio/Diciembre, 2018

1

- Vila Casado, I. A. (2010). El acta del 20 de julio de 1810 y el nacimiento del Estado colombiano. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 3-8.
- Colmenares Uribe, C. A. (2010). Constitucionalización del derecho procesal y los nuevos modelos procesales. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 9-24.
- Sánchez Novoa, P. A. (2010). Proceso de negociación de deudas para personas naturales no comerciantes - Ley 1380/2010. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 25-28.
- Parra Quijano, J. (2010). El testigo de oídas en materia civil. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 29-33.
- Nieva Fenoll, J. (2010). La humanización de la justicia. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 35-42.
- Del Río González, E. (2010). Constitución y medida de aseguramiento en el marco de la Ley 906 de 2004. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 43-58.
- Molina Galicia, R. (2010). El derecho procesal en el paradigma constitucional. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 59-72.
- Jácome Sánchez, S. J. (2010). La desproporcionalidad en el cobro de los honorarios profesionales del abogado como falta disciplinaria. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 73-87.
- Yrureta Ortiz, Y. (2010). Derecho procesal constitucional: ¿descubrimiento o creación? *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 89-95.
- Quintero Pérez, M. I. (2010). Protección a la propiedad de la población restituzada en Colombia frente al derecho del acreedor hipotecario. *Revista Academia & Derecho*, 1(1), 97-107.

2

- Vila Casado, I. A. (2011). La constitucionalización del derecho y de los derechos. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 7-15.
- Gómez Montañez, J. A. (2011). Estado social de derecho y derechos sociales fundamentales. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 17-25.
- Rivera Morales, R. A. (2011). La epistemología y la enseñanza del derecho a probar. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 27-38.
- Aliste Santos, T. J. (2011). La “certeza moral” como criterio fundamental de la racionalidad judicial probatoria. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 39-50.
- Ibarra Ibarra, N. C. (2011). Las universidades frente al conflicto. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 51-55.
- Colmenares Uribe, C. A. (2011). Las medidas cautelares y autosatisfactivas en el contexto constitucional de la tutela efectiva colombo-venezolana. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 57-82.

- Ruiz, G. (2011). Axiología crítica del proceso oral. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 83-91.
- Gallo Sanabria, I. (2011). El derecho en el tercer reich. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 93-100.
- Sánchez Novoa, P. A. (2011). El contrato de concesión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 101-107.
- Petzold-Pernía, H. (2011). El problema de la subsunción o como se elabora la sentencia. *Revista Academia & Derecho*, 2(2), 109-125.

3

- Nieto Estéves, M. L., & Fernández Castañeda, G. G. (2011). Cambios en la estructura urbana de Cúcuta: impacto generado por el plan de ordenamiento territorial en la transformación de la ciudad. *Revista Academia & Derecho*, 2(3), 7-35.
- Clavijo Cáceres, D. (2011). Factores que definen la exclusión social en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 2(3), 37-48.
- Sánchez Vera, P. J. (2011). El referendo constitucional en Colombia: un mecanismo de difícil utilización en los años 2008 al 2011. *Revista Academia & Derecho*, 2(3), 49-72.
- Puerto Rodríguez, J. E., & Carreño Arenales, S. V. (2011). Bancarización de la economía en Colombia: retos e implicaciones. *Revista Academia & Derecho*, 2(3), 73-88.
- Contreras Calderón, A. M., Quintero Gelves, N. B., & Quintero Gelves, Á. (2011). La solidaridad de las personas naturales en condición de contratantes frente al trabajador que sufre accidente de trabajo estando al servicio del contratista independiente -enfoque jurisprudencial 2009-2011-. *Revista Academia & Derecho*, 2(3), 89-99.

4

- Ayala Peñaranda, H. (2012). La Ley 1437 de 2011 entraña en verdad la oralidad. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 5-14.
- Guerra Moreno, D. (2012). ¿En Colombia el principio de precaución representa un avance o un retroceso en el marco de la responsabilidad civil? A partir de una apreciación individual y del análisis de la sentencia T-360/10. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 15-23.
- Amaya Gómez, L. J. (2012). Naturaleza, contenido y alcance del derecho a la vivienda digna en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 25-40.
- Niño Meléndez, D. A. (2012). Aplicabilidad y logros de la política antitramites en las entidades del Estado en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 41-55.
- Correa, H., Jaimes Olivares, Á. F., & Sánchez Ibáñez, E. (2012). El lanzamiento por ocupación de hecho en predios urbanos en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 57-76.

- Lerma Díaz, P. A., Sabagh Salcedo, M. A., & Tovar Vargas, R. I. (2012). Responsabilidad del Estado en la expedición de licencias en áreas protegidas. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 77-96.
- Clavijo Cáceres, D. (2012). Pluralismo en tiempos de globalización. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 97-107.
- Chaustre Quiñonez, N. T., Peña Castro, J. P., & Martínez Ortega, J. G. (2012). Exclusión y discriminación de las personas en condición de discapacidad en las políticas públicas del municipio de San José de Cúcuta. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 109-122.

5

- Yañez Meza, D. A., & Yañez Meza, J. C. (2012). Las fuentes del derecho en la constitución política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 7-34.
- Muñoz Hernández, L. A. (2012). Protección de los derechos fundamentales por la Corte Constitucional colombiana: una mirada a las sentencias estructurales. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 35-49.
- Petzold-Pernía, H. (2012). Una visión de los derechos humanos y el desarrollo. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 51-64.
- Colmenares Uribe, C. A. (2012). El rol del juez en el Estado democrático y social de derecho y justicia. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 65-81.
- Nieva Fenoll, J. (2012). La mediación: ¿una “alternativa” razonable al proceso judicial? *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 83-92.
- Ruiz, G. (2012). La tutela anticipativa y las medidas de satisfacción inmediata. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 93-104.
- Peláez Mejía, J. M. (2012). Antijuridicidad y exceso en las causales de justificación. (Un análisis deconstructivo y anclado en la perspectiva relacional de los derechos humanos). *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 105-119.
- Rojas Molina, C. A., Varón Patiño, C. A., & Araque Chiquillo, Á. (2012). Legitimación en la causa, presupuestos procesales y materiales de la sentencia en el proceso civil. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 121-126.

6

- Pineda Fajardo, D. C. (2013). ¿Conciliar o no conciliar? El precedente jurisprudencial frente a la discrecionalidad administrativa de los comités de conciliación. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 7-28.
- Muñoz Hernández, L. A. (2013). La ratio decidendum en la búsqueda del sentido de la tipicidad como elemento del debido proceso. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 29-42.

- Torres Tarazona, L. A. (2013). Neogarantismo en el sistema de riesgos laborales. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 43-58.
- Jácome Sánchez, S. J. (2013). Algunas reflexiones presentes para el futuro del derecho del trabajo. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 59-74.
- Sánchez Novoa, P. A. (2013). La carga de la prueba en el Estado social de derecho. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 75-86.
- Reyes Sinisterra, C. C. (2013). La valoración del documento electrónico en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 87-109.
- Vargas Vélez, O. (2013). Lo probable y lo demostrable. Una aproximación a la obra de Lawrence Jonathan Cohen. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 111-124.
- Petzold-Pernía, H. (2013). Alexander Von Humboldt: sus ideas filosóficas, políticas, jurídicas y sociales en la obra viaje a las regiones equinocciales del nuevo continente. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 125-153.
- Santos Ibarra, J. P. (2013). Sistema jurídico colombiano, ordenamiento legal y orden jurídico prevalente. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 155-172.
- Peyrano, J. W. (2013). El juez civil y el principio de oportunidad. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 173-178.

7

- Peláez Mejía, J. M. (2013). Reglas de prueba en el incidente de reparación integral. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 29-39.
- Sánchez Novoa, P. A. (2013). El fin del proceso un asunto cultural: la búsqueda de la verdad o la solución del conflicto. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 41-52.
- Garzón Correa, C. A., & García Zapata, M. N. (2013). La medida cautelar innominada y su inaplicación por los jueces civiles municipales, civiles del circuito y administrativos de oralidad de Medellín en los procesos declarativos. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 53-77.
- Ayala Peñaranda, G. E. (2013). Análisis del conflicto y la mediación como método de resolución: Redorta y Moore. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 79-106.
- Clavijo Cáceres, D. G. (2013). Validez del modelo actual de la revocatoria del mandato en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 107-132.
- Santos Ibarra, J. P. (2013). La teoría de los actos separables del contrato estatal: distinción a la luz de la Ley 1437 de 2011. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 133-144.
- Mármol, G. J. (2013). Análisis de la supervisión del contrato estatal: función de vigilancia y mecanismo anticorrupción. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 145-169.
- Ramírez Carvajal, D. M. (2013). Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 171-188.

8

- Jiménez Ramírez, M. C. (2014). Procedencia de la acción de tutela contra sentencias: una aproximación a la jurisprudencia constitucional. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 37-69.
- Calderón Ortega, M. A. (2014). Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 71-97.
- Gómez Montañez, J. A. (2014). Derecho a la reparación y lucha contra la impunidad ante graves violaciones a los derechos humanos. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 99-118.
- Arboleda Ramírez, P. B. (2014). Aproximación teórica al estudio de la violencia política en Colombia durante el siglo XX. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 119-135.
- Pabón Giraldo, L. D., & Jiménez Ospina, A. (2014). Una alternativa de legitimidad para la solución por vía de negociación al conflicto armado interno colombiano desde el derecho internacional penal. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 137-152.
- Vicuña de la Rosa, M., & Castillo Galvis, S. H. (2014). La búsqueda de la verdad y la pasividad probatoria del juez penal. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 153-171.
- Arias Fonseca, J. L. (2014). Responsabilidad y culpa médica: antecedentes y conceptos. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 173-192.

9

- Reyes Garcés, H. M. (2014). Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes: ¿existe una respuesta desde la justicia correctiva? *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 51-82.
- Sanabria Villamizar, R. J. (2014). Teleología de la cláusula de exclusión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 83-110.
- Yañez Rueda, Á. J., & Laguado Serrano, C. E. (2014). La prueba estadística ante los tribunales internacionales. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 111-152.
- Avendaño Castro, W. R., Mogrovejo Andrade, J. M., & Bastos Osorio, L. M. (2014). Una mirada de la violencia en Colombia desde la teoría del poder de J. Thompson. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 153-182.
- Clavijo Cáceres, D., & Agudelo Ibáñez, S. J. (2014). Despolitización de la ciudadanía: una mirada desde el proceso de exclusión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 183-208.
- Reyes Calderón, J. R. (2014). Pedagogía kantiana: antropología, conocimiento y moralidad. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 209-248.

10

- Jiménez Ramírez, M. C., & Arboleda Ramírez, P. B. (2015). La cláusula democrática en la Constitución: una aproximación a su alcance. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 53-90.
- Troncoso Mojica, J. A. (2015). El precedente judicial y el principio de legalidad penal en la contratación pública colombiana. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 91-118.
- Mesa Elneser, A. M. (2015). La evidencia digital eximente de violación a la protección del dato personal a partir de la autorregulación. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 119-156.
- Guerra Moreno, D. (2015). Tendencias del lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado en el derecho colombiano, a partir de la Constitución de 1991. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 157-184.
- Loutayf Ranea, R., & Benavides, Á. (2015). El camino hacia el proceso monitorio: la integración como paradigma. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 185-216.
- Polanco Polanco, A. (2015). Consideraciones epistémicas respecto de la decisión en materia procesal penal. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 217-240.
- García Vargas, K. K., & Pérez Fuentes, C. A. (2015). La jurisdicción ordinaria y la indeterminación restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 241-272.
- Muñoz López, C. A. (2015). Aplicación de la teoría de la desobediencia civil y la objeción de conciencia de Rawls. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 273-314.

11

- Cubides Cárdenas, J. A., Chacón Triana, N., & Martínez Lazcano, A. J. (2015). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 53-94.
- Agudelo Ospina, A. F., Cárdenas Zapata, Y. C., & Cuervo Tafur, H. (2015). Acercamiento al hermafroditismo, intersexualismo y desorden del desarrollo sexual desde una perspectiva conceptual y normativa. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 95-122.
- Agudelo Ibáñez, S. J. (2015). Identidad constitucional: límites a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 123-154.
- Guacaneme Pineda, R. E., & Avendaño Castro, W. R. (2015). El concepto de globalización en la jurisprudencia colombiana (2000-2014). Análisis jurisprudencial en tres cortes colombiana: Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 155-182.

- Sánchez Vallejo, J. (2015). Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 183-226.
- Ovalles Rodríguez, F. (2015). Reflexiones sobre los criterios aplicados para determinar la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias en el derecho disciplinario colombiano. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 227-258.
- Cadena Afanador, W. R., & Garzón Gil, A. M. (2015). El régimen tarifario para comunicación pública por el uso de obras musicales y audiovisuales en el sector transportador. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 259-296.
- Rincón Angarita, D. (2015). Presupuestos del régimen de responsabilidad frente a los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por menores combatientes en el marco del conflicto armado colombiano y la justicia restaurativa. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 297-332.

12

- Cuesta Hinestroza, L., Nupan Mosquera, M. I., Ramírez Moreno, S., & Palacios Lozano, L. G. (2016). El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales: ¿una garantía para la protección del medio ambiente? *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 53-86.
- Torres Tarazona, L. A., Niño Patiño, N., & Rodríguez Jaramillo, N. (2016). Interpretación extensiva del acoso laboral en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 7(12), 87-122.
- Calderón Ibarra, A. J. (2016). Libre desarrollo de la personalidad: ¿batalla perdida o lucha incansable? *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 123-146.
- Pacheco Giraldo, J. C. (2016). El derecho como resistencia: las decisiones político-jurídicas y la deuda en los casos de Argentina (2001) y Ecuador (2007). *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 147-184.
- Trejo Cruz, Y., Ome Barahona, A., & Restrepo Lizcano, J. J. (2016). La extrafiscalidad con fines ambientales en el impuesto al consumo en Colombia: IVA. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 185-212.
- Febres Cordero, J. B. (2016). El post conflicto y el modelo económico en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 213-240.
- Sanguino Cuellar, K. D., & Baene Angarita, E. M. (2016). La resocialización del individuo como función de la pena. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 241-278.

13

- Osorio Sánchez, E. G., & Perozzo Hernández, J. A. (2016). El sistema de videovigilancia en Cúcuta y la inviolabilidad del domicilio. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 59-90.

- Arévalo Perdomo, E., & Sotomayor Espitia, C. (2016). La restitución de tierras consagrada en la Ley 1448 de 2011 a la luz de la teoría neoconstitucional. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 91-118.
- Carrillo Velásquez, A. (2016). Igualdad, derechos y garantías de las parejas del mismo sexo: análisis descriptivo de las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional colombiana. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 119-142.
- Niño López, L. F. (2016). Justicia transicional: principios de Chicago comparados al proceso de paz en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 143-184.
- Gutiérrez Cardoso, P., Álvarez Isaza, B., Corredor Corredor, M. C., & Martínez Sánchez, I. C. (2016). Impacto familiar por la variabilidad laboral. Dos derechos constitucionales: trabajo y familia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 185-214.
- Gaviria Herrera, M. M., & Gallego Henao, L. E. (2016). La protección constitucional en materia de seguridad social de los judicantes *ad honorem* vinculados a la rama judicial. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 215-236.
- Benavides Vanegas, F. S. (2016). Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 237-264.
- Cárdenas Caycedo, O. A. (2016). Aplicación de los principios de contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 265-308.
- Flórez López, J. R. (2016). La política pública de educación en Colombia: gestión del personal docente y reformas educativas globales en el caso colombiano. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 309-332.

14

- Muñoz Gómez, L. A., & Niño Hernández, F. P. (2017). El problema jurídico del doble registro de nacimiento Colombia-Venezuela. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 59-86.
- Espinel Rico, C. E., & Clavijo Rangel, S. L. (2017). Criterios para la inaplicación de la Ley 890 de 2004 en delitos con prohibición de beneficios en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 87-114.
- Gutiérrez Ossa, J. A., Vega Zuluaga, J. D., & Berrio Díaz, O. E. (2017). Derechos de propiedad internacional de las industrias extractivas: de exploración y explotación de recursos no renovables. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 115-154.
- Ortega Alarcón, J. A., Rodríguez López, J. R., & Hernández Palma, H. (2017). Importancia de la seguridad de los trabajadores en el cumplimiento de procesos, procedimientos y funciones. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 155-176.
- Torrado Vergel, Y. Y. (2017). ¿Tercera instancia en Colombia?: la impugnación contra sentencias condenatorias. Entre su validez y eficacia. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 177-198.

- Bastos Osorio, L. M., Gómez Mina, L., & Mogrovejo Andrade, J. M. (2017). Las políticas públicas en el contexto fronterizo de Norte de Santander. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 199-220.
- Suárez Mendoza, A. P. (2017). Interpretación de la víctima policial: hacia el camino de la caracterización. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 221-248.
- Segura Penagos, A., & Cubides Cárdenas, J. (2017). El principio de participación ambiental y su aplicabilidad en la quebrada “la Velásquez” del municipio de Puerto Boyacá. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 249-288.
- Avendaño Castro, W. R., & Enrique Alfonso, Ó. (2017). Conceptos fundamentales en la relación entre el poder simbólico y la violencia en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 289-314.
- Buenahora Febres, J. (2017). Cristianismo e islam en retrospectiva. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 315-334.
- Martínez Rojas, J. M., Díaz Sierra, J., & Villasmil Molero, M. (2017). La naturaleza del impuesto de avisos y tableros como impuesto que grava otro impuesto. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 335-354.

15

- Vega Pérez, L. A., Alvarado Ostos, M. C., & Gutiérrez Sánchez, R. D. (2017). El páramo de Pisba y la concesión minera: la problemática ambiental de Tasco (Boyacá). *Revista Academia & Derecho*, 8(15), 51-84.
- Santos Ibarra, J. M. (2017). Legislación vigente en materia tributaria del comercio electrónico (e-commerce) en Colombia y la necesidad de un pronunciamiento por parte del legislador. *Revista Academia & Derecho*, 8(15), 85-110.
- Mercado Pérez, D. E. (2017). La imposibilidad de definir el concepto de paz en el derecho. *Revista Academia & Derecho*, 8(15), 111-130.
- González Flórez, F. M. (2017). El enfoque de acción sin daño en el proceso de restitución de tierras. *Revista Academia & Derecho*, 8(15), 131-148.
- Illera Lobo, M. L., & Leal Esper, Y. E. (2017). Análisis social y jurídico de los daños ocasionados por minas antipersonal. *Revista Academia & Derecho*, 8(15), 149-168.
- Sáenz Vergara, E. M. (2017). La filosofía y la ciencia orientando el conocimiento del ser humano. *Revista Academia & Derecho*, 8(15), 169-182.
- León León, E. A. (2017). El concepto de sujeto en Hegel y Deleuze. *Revista Academia & Derecho*, 8(15), 183-200.
- Lugo Denis, D., Espinosa Conde, I., Pozo Vinuesa, M. A., & Cruz Pérez, M. A. (2017). El documento electrónico desde la perspectiva de la actividad notarial en Cuba. *Revista Academia & Derecho*, 8(15), 201-214.

- Bonett Ortiz, S. A. (2017). El reto de un proceso del trabajo informal, rápido y efectivo. *Revista Academia & Derecho*, 8(15), 215-236.
- Romero González, Z., & Navas Ríos, M. E. (2017). Conocimiento generado por el programa de derecho de la Universidad Libre y su influencia en la agenda científica en Colombia (años 2010-2015). *Revista Academia & Derecho*, 8(15), 237-256.

16

- Osorio Sánchez, E. J., Ayala García, E. T., & Urbina Cárdenas, J. E. (2018). La mujer como víctima del conflicto armado en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 9(16), 49-66.
- Sanabria Villamizar, R. J., & Jiménez Escalante, J. T. (2018). La declaración de parte como medio de prueba en el derecho procesal civil iberoamericano. Aportes para su estudio en el Código General del Proceso colombiano. *Revista Academia & Derecho*, 9(16), 67-102.
- Jiménez Ramírez, M. C., & Arboleda Ramírez, P. B. (2018). Paz y democracia: una aproximación al concepto de paz y refrendación democrática. *Revista Academia & Derecho*, 9(16), 103-136.
- Torres Vásquez, H. (2018). La responsabilidad por el mando en la justicia transicional colombiana. *Revista Academia & Derecho*, 9(16), 137-162.
- Rolong Arias, K. A., & Pabón Giraldo, L. D. (2018). La adopción por personas del mismo sexo en Colombia: una medida para el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes en condición de vulnerabilidad. *Revista Academia & Derecho*, 9(16), 163-184.
- Hernández Jiménez, N. (2018). Cine y teorías criminológicas. *Revista Academia & Derecho*, 9(16), 185-212.
- Suárez Mendoza, A. (2018). Guía para la caracterización de la víctima policial en Colombia: visibilización del policía y su familia, víctimas del conflicto armado en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 9(16), 213-258.
- Avendaño Castro, W. R. (2018). Desplazamiento forzado en Colombia: Enfoque de justicia de Amartya Sen. *Revista Academia & Derecho*, 9(16), 259-282.
- Avendaño Castro, W. R. (2018). Desplazamiento forzado en Colombia: Enfoque de justicia de Amartya Sen. *Revista Academia & Derecho*, 9(16), 283-306.

17

- Pérez Rodríguez, A. M., García Flórez, C. M., & Pérez Rodríguez, J. F. (2018). ¿Las mujeres son más sensibles frente al maltrato animal? Experiencias entorno a la aplicación de la Ley 1774 desde 2016 hasta 2018. *Revista Academia & Derecho*, 9(17), 51-72.

- Sanguino Cuellar, K. D., Peláez Mejía, J. M. (2019). Análisis ético y político criminal de la Ley 1774 de 2016. *Revista Academia & Derecho*, 9(17), 73-112.
- Pinto Díaz, D. F., & Patiño Quiroz, B. E. (2018). Estudio del marco normativo colombiano para uso del perro o gato como animales de compañía. *Revista Academia & Derecho*, 9(17), 113-128.
- Silva Ruiz, A., Ramírez Hernández, N. E., & Leguizamón Arias, W. Y. (2018). El principio de solidaridad social en la ley 1774 de 2016: El caso del Departamento de Boyacá. *Revista Academia & Derecho*, 9(17), 129-162.
- Aguirre, J. C., Muñoz López, C. A., & Alarcón Solano, A. (2018). La veterinaria forense: su función en la política criminal colombiana en materialización de la ley 1774 de 2016. *Revista Academia & Derecho*, 9(17), 163-186.
- Pacheco Niño, D. J. (2018). El carácter histórico de la Ley 1774 de 2016. *Revista Academia & Derecho*, 9(17), 187-210.

Impreso
en los Talleres Digitales de
GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ S.A.S.
Cra. 69 Bis # 36-20 Sur
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá, D.C. - Colombia