



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

Contenido Revista Academia & Derecho -RA&D- Nº 19:

La consolidación de la reparación integral en virtud de la aplicación del control de convencionalidad por el juez contencioso administrativo.

Análisis jurisprudencial del derecho a la salud en Colombia.

La naturaleza pública del contratista como excepción a las reglas de publicidad y de competencia en un contrato público: Una mirada al derecho francés y al derecho colombiano.

Los Títulos-Valores Electrónicos en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.

El derecho de los jueces y el derecho de la administración pública: de la doctrina legal más probable al procedimiento de extensión de la jurisprudencia.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Propuesta de lege ferenda en el ordenamiento jurídico cubano.

Características y análisis del recaudo del impuesto de industria y comercio vigencia 2017 en Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario, Norte de Santander, Colombia.

Institucionalidad del cambio climático. Estudio comparado de España y Colombia

Revista Academia & Derecho	Publicación Semestral	ISSN: 2215-8944 E-ISSN: 2539-4983	Año 10 Nº 19 2019	Julio - Diciembre	Pág. 348	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.

EDITORIA

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 SAGÚÉS, 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

La consolidación de la reparación integral en virtud de la aplicación del control de convencionalidad por el juez contencioso administrativo..... 49

The consolidation of the integral reparation through the the control of conventionality by the contentious administrative judge

Contrôle du caractère conventionnel, Réparation intégrale, Mesures non pécuniaires, Juge conventionnel, Conflit armé colombien

La consolidation de la réparation intégrale en vertu de l'application du contrôle de conventionnalité par le juge contentieux-administratif

DANIELA CAMACHO VINUEZA

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

Análisis jurisprudencial del derecho a la salud en Colombia 87

Jurisprudential analysis of the right to health in Colombia

Análise jurisprudencial do direito à saúde na colômbia

Analyse jurisprudentielle du droit à la santé en colombie

CARLOS ALFREDO PÉREZ FUENTES

FRANKLIN ALEXIS HERNÁNDEZ PEÑALOZA

KATHERINE LEAL CASTAÑEDA

DAVID FRANCISCO CASTILLO CALDERÓN

La naturaleza pública del contratista como excepción a las reglas de publicidad y de competencia en un contrato público: Una mirada al derecho francés y al derecho colombiano 125

The public nature of the contractor as an exception to the publicity and competition rules in a public contract: A look at French law and Colombian law

A natureza pública do contratante como exceção às regras de publicidade e concorrência em um contrato público: um olhar sobre o direito francês e o direito colombiano

Le caractère public de l'entrepreneur en tant qu'exception aux règles de la publicité et de la concurrence dans un marché public : un regard sur le droit français et le droit colombien

ANDREA ESTHER RINCÓN JAIMES

Los Títulos-Valores Electrónicos en el Ordenamiento Jurídico Colombiano ... 157

The Electronic instruments in the Colombian Legal system

Os Valores Mobiliários Eletrônicos na Ordem Jurídica Colombiana

Les titres électroniques dans l'ordre juridique colombien

PABLO ANDRÉS MAYORGA PENNA

El derecho de los jueces y el derecho de la administración pública: de la doctrina legal más probable al procedimiento de extensión de la jurisprudencia..... 195

The judges' Law and the law of public administration: the most likely legal doctrine to the procedure for jurisprudence extension

A Lei dos Juizes e a Lei da Administração Pública: da Doutrina Jurídica Mais Provável ao Processo de Extensão da Jurisprudência

Le droit des juges et le droit de l'administration publique : de la doctrine juridique la plus probable à la procédure d'extension de la jurisprudence

DIEGO ARMANDO YAÑEZ MEZA

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Propuesta de *lege ferenda* en el ordenamiento jurídico cubano 233

Assisted Human Reproduction Techniques. Proposal of lege ferenda in the Cuban legal system

As Técnicas de Reprodução Humana Assistida. A proposta da lege ferenda no ordenamiento jurídico cubano.

Les techniques de procréation assistée. La conception de la lege ferenda dans le système juridique cubain

CLAUDIA GONZÁLEZ CRUZ

CLAUDIA LORENA MORFFI COLLADO

Características y análisis del recaudo del impuesto de industria y comercio vigencia 2017 en Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario, Norte de Santander, Colombia..... 261

Characteristics and analysis of the 2017 industry and commerce tax collection in Cúcuta, Los Patios and Villa del Rosario, Norte de Santander, Colombia.

Características e análisis do recauchutado do impuesto de industria e comercio vigorencia 2017 en Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario, Norte de Santander, Colombia.

Caractéristiques et analyse de la perception de la taxe industrielle et commerciale en vigueur en 2017 à Cúcuta, Los Patios et Villa del Rosario, Norte de Santander, Colombie.

JESÚS ALEXANDER PINILLOS VILLAMIZAR

AGUSTÍN OCHOA TORRES

GLORIA MILENA NARIÑO VILA

MARLE YANEDT ARÉVALO BOTELLO

Institucionalidad del cambio climático. Estudio comparado de España y Colombia..... 289

LUIS FELIPE GUZMÁN JIMÉNEZ

DIANA GERALDINE QUEVEDO NIÑO

ÍNDICE DE AUTORES 335



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.

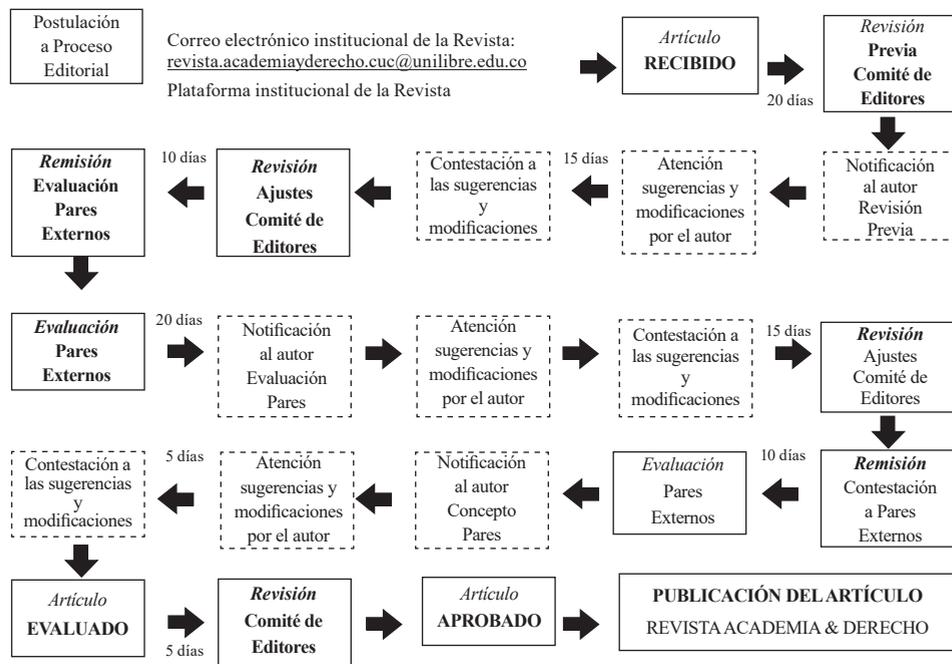
El autor del documento que se somete al proceso editorial deberá atender las sugerencias o modificaciones que el Comité de Editores o el Comité Editorial y el Comité de Árbitros Externos le formulen al escrito en un plazo no mayor a 15 días calendario posteriores a su notificación vía correo electrónico. 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 classes 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 / Abstrac: 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.

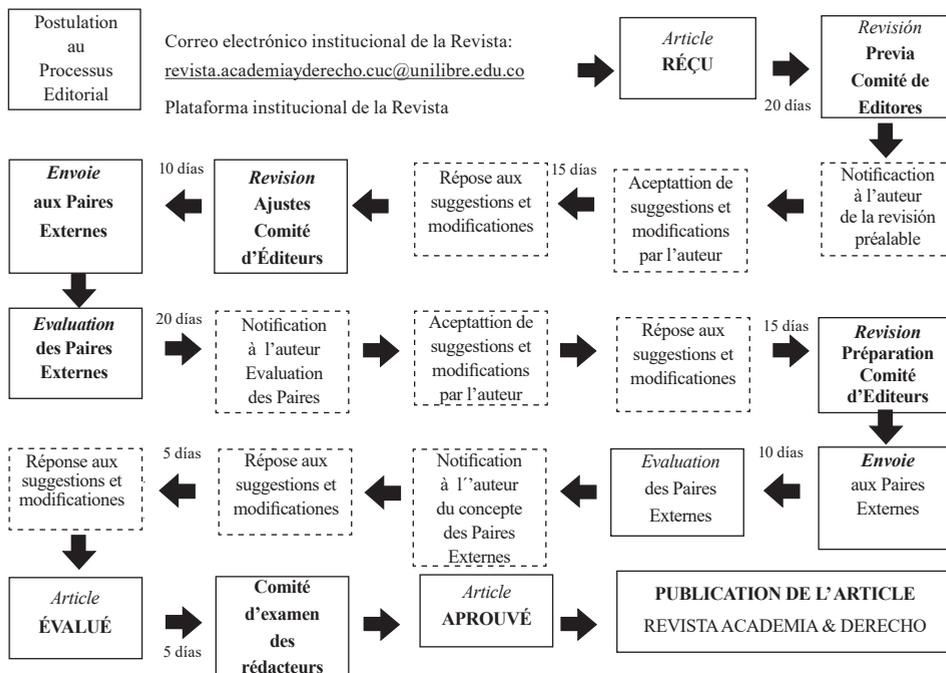
Le Comité Editorial ou le Comité D'Arbitres Externes se réserve le droit d'introduire des modifications de forme nécessaires pour adapter le texte aux normes propres du processus éditoriale, sans modifier le fond de la thématique traité. Une fois reçu l'article dans le courriel institutionnel de la Revue 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 Institutionnel:

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 Seriadadas de Ciência, Tecnologia e Inovação Colombianas de julho de 2013 do Departamento Administrativo de Ciência, Tecnologia e Inovação -COLCIENCIAS-.

administrativos, professores, 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.

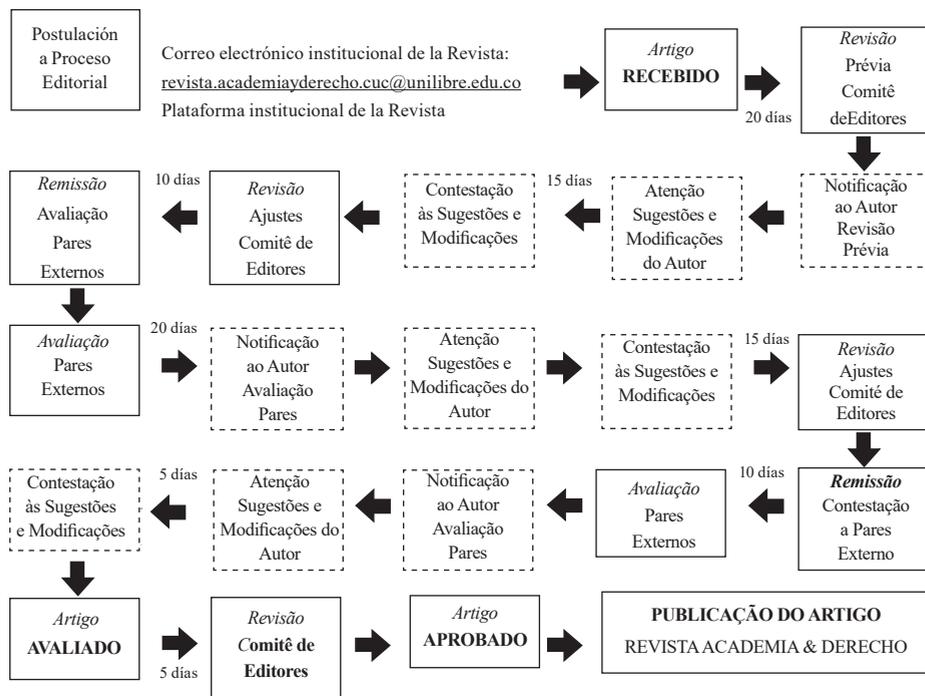
O autor do documento submetido ao processo editorial deverá acatar as sugestões ou modificações que a Comissão de Editores ou a Comissão Editorial e a Comissão de Avaliadores Externos lhe formulem ao artigo em um prazo não superior a 15 dias úteis depois de sua notificação via e-mail. A Comissão de Editores 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 & Direito 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://scienti.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 Serriadas 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.

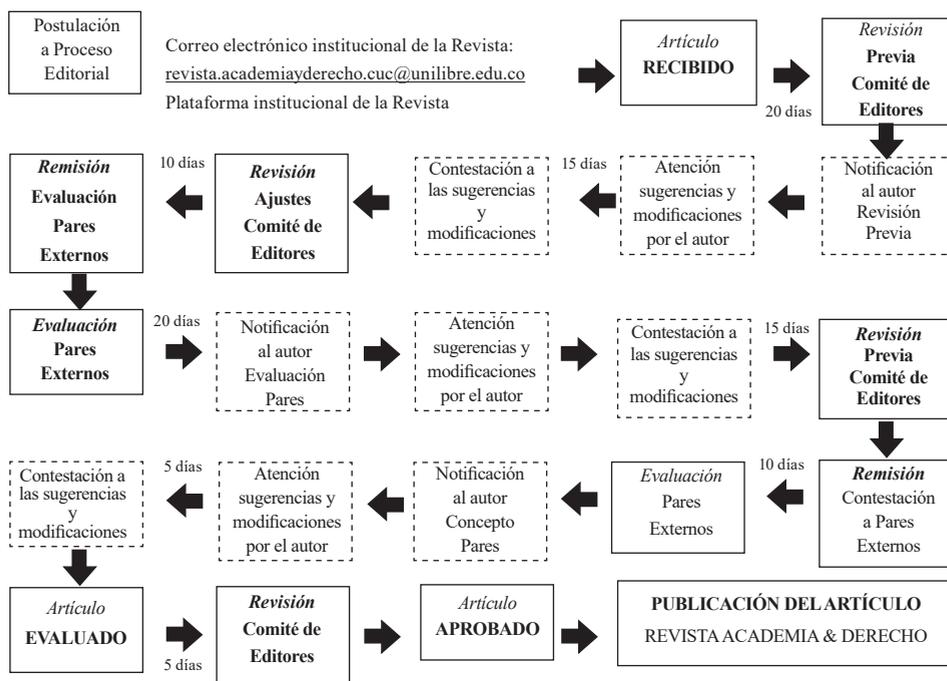
The author must take care of suggestions or modifications formulated by the Editorial Committee or the Editorial Committee and the Committee of External Referees in no more than 15 days after the notification. The Editorial Committee or the Editorial Committee reserves the right to introduce the modifications 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.coPersonal 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 is 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

Cada nuevo número representa la suma de los insondables esfuerzos de quienes participan en las diferentes etapas de un proceso editorial. En la edición No. 19 del año 10 de nuestra revista Academia & Derecho queremos dedicar un reconocimiento especial a la función de los evaluadores externos, quienes nos comparten su juicio y experiencia en la revisión de los artículos que son postulados para su posible publicación en nuestra revista.

Así, con cada proceso editorial, recibimos la postulación de artículos sobre variados temas de derecho o sobre la enseñanza del derecho y, cada uno de ellos es sometido a un cuidadoso proceso de revisión que incluye distintas fases y, en los que intervienen diferentes actores. En una primera etapa, los artículos se envían para su evaluación previa por parte del comité de editores de nuestra revista. En esta fase, el comité editorial verifica el cumplimiento mínimo de los requisitos de forma, así como la valoración de los estándares de originalidad y actualidad de los documentos postulados.

Cuando los artículos aprueban la evaluación previa del comité editorial, con el propósito de encontrar posibles árbitros en el “banco de evaluadores externos” de nuestra revista, se revisa el perfil de los autores, de los evaluadores y de la materia sobre la que versan los artículos. Una vez se encuentran árbitros que cumplen con el perfil académico y profesional requerido para la evaluación de un documento, el Comité envía una invitación a sus posibles evaluadores. Es en ese momento cuando comienza una de las fases más representativas de nuestro proceso editorial. Los árbitros evaluadores son un peldaño fundamental en el proceso editorial de una revista científica, ya que, sin su disposición y apoyo, sería imposible cumplir a cabalidad con la gestión encomendada.

De acuerdo con los lineamientos de la Revista Academia & Derecho, todos los artículos postulados y que aprueban la evaluación previa del Comité Editorial deben ser sometidos a evaluación por árbitros externos. En esta etapa se evalúa el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo que deben acreditar los artículos para su publicación en una revista de calidad académica y científica.

Para la evaluación de los requerimientos de forma, se tiene como referencia la Guía de Autores de la Revista y el reglamento de citaciones y publicaciones (en este ítem se realiza una revisión general de la gramática y la sintaxis de los textos). Para la evaluación de los requerimientos de fondo, se revisa la originalidad, la metodología, el fundamento teórico, la claridad en la exposición de los argumentos y la coherencia de las premisas y conclusiones que soportan la tesis propuesta por los autores; de igual manera, teniendo como referencia el estado de la cuestión vigente sobre el tema, se evalúa la presentación y la relevancia de los resultados de cada artículo.

Como se puede apreciar en el proceso y compromiso requerido, la labor de los árbitros externos es loable y significativa, puesto que, además de la rigurosa lectura de los documentos, requiere con cuidadoso detalle verificar el cumplimiento de los requisitos editoriales, revisar las condiciones de calidad, idoneidad y rigurosidad académica de los artículos evaluados; así como la actualidad e importancia de sus contenidos. Esta laudable labor, se hace desde el abnegado silencio y la impuesta penumbra del sistema de arbitración que se exige para las revistas indexadas.

La tarea de evaluar la producción académica de los autores requiere no solo la acreditación de sus calidades científicas y profesionales, además, supone contar con la vocación y disposición para asumir tan meritorio quehacer. Los evaluadores que aceptan esta invitación nos comparten su tiempo, conocimiento y experiencia, y es por ello, por su innegable papel en este proceso que dedicamos la editorial de la revista a su loable y meritoria labor.

Bajo la anterior reflexión, se publica la Revista Academia & Derecho -RA&D- en su edición N° 19, correspondiente al período Julio-Diciembre del año 2019, con la seguridad de presentar artículos que plantearán una discusión crítica con serios fundamentos en cada uno de sus ámbitos.

La consolidación de la reparación integral en virtud de la aplicación del control de convencionalidad por el juez contencioso administrativo*

The consolidation of integral reparation under the application of the
conventionality control by the administrative judge

Recibido: Octubre 25 de 2018 - Evaluado: Diciembre 10 de 2018 - Aceptado: Febrero 08 de 2019.

Daniela Camacho Vinueza**
Omar Alfonso Cárdenas Caycedo***

Para citar este artículo / To cite this article

Camacho Vinueza, D., & Cárdenas Caycedo, O. A. (2019). La consolidación de la reparación integral en virtud de la aplicación del control de convencionalidad por el juez contencioso administrativo. *Revista Academia & Derecho*, 10(19), 49-86.

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Este documento es producto del desarrollo investigativo del grupo La Minga de la Universidad Cooperativa de Colombia, campus Pasto, y del grupo de investigación CEJA – Centro de Estudios Jurídica Avanzados abscrito al Centro de Investigaciones y Estudios Sociojurídicos CIESJU de la Universidad de Nariño.

** Abogada de la Universidad Mariana. Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca. Estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Conciliadora en Derecho inscrita en el Ministerio de Justicia. Docente tiempo completo de la Institución Universitaria CESMAG. Correo electrónico: dcamacho@iucsmag.edu.co. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8902-9939>

*** Abogado egresado de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Procesal Civil y Magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Curso de Litigación Internacional de la Universidad de Alcalá. Conciliador en Derecho inscrito en el Ministerio de Justicia. Investigador y líder del grupo de Investigación CEJA- Centro de Estudios Jurídicos Avanzados de la Universidad de Nariño, docente tiempo completo en pregrado y posgrado de la Universidad de Nariño. Secretario y miembro del Capítulo Nariño del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – ICDP.

Correo electrónico: omarcardenas@udenar.edu.co. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7987-8785>

Resumen: Los derechos humanos han sido concebidos como valores, principios y reales garantías de los individuos, marcando con ello distintas pautas en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados y configurándose como un parámetro de comportamiento inquebrantable para los jueces nacionales. De este modo, la materialización de las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, se ha dado en mayor medida en las decisiones de los jueces internos de los distintos Estados Parte de este tratado internacional, derivando dicha actividad a la aplicación del denominado control de convencionalidad. En este escenario, resulta interesante analizar el comportamiento que ha tenido el juez contencioso administrativo respecto de la aplicación del control difuso de convencionalidad para el reconocimiento de la reparación integral de las víctimas del conflicto armado colombiano, entendida esta reparación como el reconocimiento proporcional de medidas pecuniarias y no pecuniarias de reparación, a fin de garantizar los derechos fundamentales y humanos de las víctimas que han sido vulnerados con ocasión de las acciones u omisiones del Estado colombiano.

Palabras clave: Control de convencionalidad, reparación integral, medidas no pecuniarias, juez convencional, conflicto armado colombiano.

Abstract: Human rights have been conceived as values, principles and real guarantees for individuals, thereby marking different guidelines in the internal legal systems of the States and being configured as a strict parameter for national judges. In this way, the materialization of the provisions contained in the American Convention on Human Rights, has occurred in the decisions of the internal judges of the different States Parties to this international treaty, deriving this activity to the application of the so-called control of conventionality. In this scenario, it is interesting to analyze the behavior that the contentious administrative judge has had regarding the application of the diffuse control of conventionality for the recognition of the integral repair of the victims of the Colombian armed conflict, understood this repair as the proportional recognition of pecuniary measures and non-pecuniary repair, in order to guarantee the fundamental and human rights of the victims who have been violated through actions or omissions of the Colombian State.

Key words: Conventional control, Integral repair, Non-monetary measures, Conventional judge, Colombian armed conflict.

Resumo: Os direitos humanos foram concebidos como valores, princípios e garantias reais para os indivíduos, estabelecendo assim padrões diferentes nos sistemas jurídicos nacionais dos Estados e tornando-se um parâmetro inquebrantável de comportamento para os juízes nacionais. Assim, a materialização das disposições contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos tem ocorrido em maior medida nas decisões dos juízes internos dos diferentes Estados Partes deste tratado internacional, derivando tal atividade da aplicação do chamado controle da convencionalidade. Neste cenário, é interessante analisar o comportamento do juiz contencioso-administrativo em relação à aplicação do controle de convencionalidade difusa para o reconhecimento da reparação integral das vítimas do conflito armado colombiano, entendido como o reconhecimento proporcional de medidas de reparação pecuniárias e não-pecuniárias, a fim de garantir os direitos

fundamentais e humanos das vítimas que foram violadas como resultado das ações ou omissões do Estado colombiano.

Palavras chave: Controle da Convencionalidade, Reparação integral, Medidas não pecuniárias, Juiz Convencional, Conflito armado colombiano.

Résumé: Les droits de l’homme ont été conçus comme des valeurs, des principes et des garanties réelles pour les individus, fixant ainsi des normes différentes dans les systèmes juridiques internes des États et devenant un paramètre inviolable du comportement des juges nationaux. Ainsi, les dispositions de la Convention américaine relative aux droits de l’homme se sont concrétisées dans une plus large mesure dans les décisions des juges nationaux des différents États parties à ce traité international, ce qui a donné lieu à l’application du contrôle dit de conventionnalité. Dans ce scénario, il est intéressant d’analyser le comportement du juge contentieux-administratif en ce qui concerne l’application du contrôle diffus de la conventionnalité pour la reconnaissance de la réparation intégrale des victimes du conflit armé colombien, comprise comme la reconnaissance proportionnelle des mesures de réparation pécuniaires et non pécuniaires, afin de garantir les droits fondamentaux et humains des victimes qui ont été violées à la suite des actions ou omissions de l’État colombien.

Mots-clés: Contrôle du caractère conventionnel, Réparation intégrale, Mesures non pécuniaires, Juge conventionnel, Conflit armé colombien.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Plan de redacción. Esquema de resolución del problema jurídico. - Plan de redacción- 1. El control de convencionalidad: influencia del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en el derecho nacional. -1.1. La génesis y conceptualización del control de convencionalidad. -1.2. Tipología de control de convencionalidad. -2. Interacciones de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana con el sistema interamericano de protección de derechos humanos. -3. Aproximaciones al concepto y alcance de la reparación integral. -4. Aplicación del control de convencionalidad por el Consejo de Estado en materia de reparación integral. -5. Resultados de investigación. - Conclusiones. – Referencias.

Introducción

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) ha marcado diferentes pautas dentro de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, configurándose como un punto de referencia inquebrantable para el juez al momento de administrar justicia en el ámbito interno (Mora Méndez, 2014). Es así, como la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos¹ se ha materializado

¹ En adelante “La Convención” o CADH o “Carta Interamericana” o “Pacto Interamericano”.

con mayor intensidad en las decisiones internas de los operadores judiciales, otorgando mayor importancia al bloque de constitucionalidad, y en especial a la aplicación del denominado control de convencionalidad (Ibáñez Rivas, 2012).

En este sentido, el control de convencionalidad es entendido como la aplicación del contenido de la Convención y de las interpretaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos² haya realizado sobre la misma, y la confrontación normativa que se realice de las normas internas con las normas del derecho internacional, cuyo objetivo es la protección y garantía efectiva de los derechos humanos en ella reconocidos (Cubides Cárdenas & Chacón Triana, 2015).

En el desarrollo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la Resolución de 21 de marzo de 2006, se establecieron ciertos principios y directrices básicos sobre los derechos de las víctimas que hayan sufridos inequívocas violaciones internacionales a sus derechos humanos y que representen en sí mismos vulneraciones a las normas del Derecho Internacional Humanitario (DIH), siendo acreedoras a la obtención de una reparación integral³, que garantice los derechos de justicia, reparación, verdad y garantía de no repetición (Acosta López & Bravo Rubio, 2008).

Lo establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2006), ha sido reiteradamente aceptado por la Corte IDH, sobre el entendido que la reparación integral implica “regresar a la víctima a la situación en la cual se encontraba antes de la violación cuando esto es posible, o para reducir los efectos de la violación” (Acosta López & Bravo Rubio, 2008, págs. 329-330); por tal razón, la reparación no se centraría en el resarcimiento patrimonial de los perjuicios, sino también en la aplicación de medidas de satisfacción de las víctimas y la garantía de no repetición en cuanto a la violación de los derechos humanos.

Resulta indiscutible que en materia de reparación integral y en especial en la reparación no pecuniaria a víctimas del conflicto armado interno, los

² En adelante “La Corte” o “La CorteIDH” o “Tribunal interamericano”.

³ El Estado colombiano mediante la Ley 446 de 1998, estableció el principio de reparación integral, por los daños causados a las personas y cosas, como un parámetro rector para la eficiencia de la justicia (Congreso de la República, 1998). Posteriormente, la denominada ley de justicia y paz reitera la reparación como un principio y un derecho de las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, procurando igualmente garantizar los derechos a la verdad y la justicia (Ley 795, 2005). En el mismo sentido, es con la Ley 1448 de 2011 que se establece en Colombia un sistema de atención, asistencia y reparación integral a favor de las víctimas del conflicto armado, cuyo objetivo es la materialización de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, para los individuos o colectividades que hayan sufrido una afectación grave y manifiesta en sus derechos humanos y fundamentales (Ley 1448, 2011); la mencionada ley pretende garantizar los derechos a la verdad, justicia y la reparación con garantía de no repetición, lo que incluye no sólo la reparación de tipo económico, sino también moral, social y simbólica.

tratados internacionales de derechos humanos adquieran una gran importancia, principalmente en relación con la garantía de derechos fundamentalmente constituidos en el ordenamiento jurídico interno, y que hoy por hoy se consideran como derechos convencionalmente protegidos.

En este orden de ideas, el presente artículo analiza la aplicación del control de convencionalidad en los casos en que se busque la reparación integral de las víctimas del conflicto armado interno colombiano, en razón de los daños antijurídicos causados por las acciones u omisiones del Estado, evidenciando el fortalecimiento de las normas internacionales de derechos humanos en las decisiones judiciales internas. En el mismo sentido, responde al interrogante respecto del deber jurídico que tiene la autoridad judicial (y en particular el juez contencioso administrativo), de efectuar el control de convencionalidad al momento de adoptar una decisión donde la pretensión de los actores en el proceso sea obtener la reparación integral, en aquellos casos en los que pueda existir responsabilidad del Estado por acción u omisión.

Problema de investigación

El problema al que se pretende dar respuesta en el presente artículo es: ¿Cómo aplica el juez de lo contencioso administrativo los estándares internacionales de control de convencionalidad establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el reconocimiento de la reparación integral?

Metodología

Para dar respuesta al problema jurídico se empleó un paradigma de carácter cualitativo, cuyo objetivo es describir, interpretar y sistematizar un segmento exacto de la vida socio-jurídica que corresponde a la aplicación del control de convencionalidad en las decisiones sobre reparación integral a víctimas del conflicto armado interno en Colombia con base en los pronunciamientos emitidos sobre este tema por el Consejo de Estado, en particular en las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Se aplicó un enfoque de carácter histórico-hermenéutico, pues se pretendió realizar una exhaustiva interpretación de las teorías y de los derechos involucrados en el desarrollo de la investigación; por ello el nivel de profundización fue descriptivo-analítico, por cuanto se establecieron aspectos conceptuales que posteriormente se aplicaron de manera práctica en los pronunciamientos del Consejo de Estado – Sección Tercera sobre el tópico de la reparación integral.

Esquema de resolución del problema jurídico

El esquema de resolución del problema jurídico planteado es el siguiente: i) Se partirá analizando la relevancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las legislaciones nacionales, donde además de profundizará sobre el origen, concepto y tipología del control de convencionalidad; ii) a continuación se abordará la importancia del juez contencioso administrativo como un juez convencional, y la manera en la que el derecho internacional debe influir en las decisiones que adopte este operador judicial; iii) se realizará un acercamiento al concepto de reparación integral y sus avances en sede internacional que posteriormente deben ser acatados en instancias nacionales por los jueces internos; iv) y finalmente a través del análisis de sentencias emitidas por el Consejo de Estado en su Sección Tercera, respecto de la aplicación del control de convencionalidad en materia de reconocimiento a la reparación integral a las víctimas del conflicto armado colombiano, para así presentar los resultados de investigación y conclusiones sobre el tema.

Plan de redacción

1. El control de convencionalidad: influencia del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en el derecho nacional

Resulta indiscutible la trascendencia que progresivamente ha adquirido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las normas internas de los diferentes Estados, hasta tal punto, que en ocasiones ha sido la razón que ha promovido cambios radicales en instituciones internas, legislaciones, e incluso en las Constituciones de algunos países⁴ (Hitters, 2008). Este escenario –que se presenta gracias a la importancia del derecho internacional–, busca la adaptación del derecho nacional a un nuevo esquema jurídico sustancial, en el que predomina la protección y garantía de los derechos humanos, cuestión que resulta de especial relevancia en las jurisdicciones nacionales e internacionales (Bazan, 2012).

⁴ Sobre este particular se encuentran sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como i) *Suárez Rosero contra Ecuador* (1997), donde determina que una norma de derecho interno (perteneciente al Código Penal ecuatoriano) se encontraba en contra de las disposiciones interamericanas; ii) *Castillo Petrucci y otros contra Perú* (1999), donde se retoman los argumentos de aplicación de control de convencionalidad del caso anterior, determinando la inconvencionalidad la legislación de emergencia adoptada por el Estado peruano y por consiguiente se ordenó la modificación de estas normas internas; iii) *La última tentación de Cristo contra Chile* (2001), sentencia de especial relevancia sobre el tema de modificación de legislaciones, ya que la Corte Interamericana identificó la inconvencionalidad de una norma constitucional, ordenando en este particular la modificación de la Carta Constitucional chilena con el fin de que la misma se ajuste a las disposiciones de La Convención; entre otros.

La jurisdicción interamericana debe ser considerada desde su naturaleza como convencionalmente vinculante para aquellos Estados que han reconocido su contenido y la competencia de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵; así lo expresa la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 2° donde se indica la obligatoriedad de los Estados de garantizar la efectividad de las disposiciones contenidas en la Carta Interamericana, tanto en las decisiones internas como en las respectivas legislaciones (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969). El ejercicio correcto del control de convencionalidad evitará entonces que los Estados incurran en hechos ilícitos internacionales, y por lo tanto no serán condenados en instancias internacionales por la inobservancia de las normas interamericanas⁶.

Pronunciamientos, opiniones y directivas de entes internacionales judiciales y cuasi-judiciales, como los son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respectivamente, han influido de modo significativo en los ordenamientos jurídicos internos buscando la aplicación adecuada de la Convención (Hitters, 2008); permitiendo que la supremacía constitucional y la del bloque de constitucionalidad⁷ adquirieran mayor protagonismo al interior de los Estados (Mora Méndez, 2014).

⁵ En adelante “SIDH”.

⁶ Al respecto el profesor Bazán (2012), manifiesta lo siguiente: “Ciertamente, no se escapa que la jurisdicción interamericana ostenta una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de aquellos ordenamientos nacionales (cf. Preámbulo de la CADH, párrafo 2°) y que la pauta del agotamiento de los recursos internos, vinculada al carácter subsidiario de la dimensión interamericana, está pensada para acordar al Estado la posibilidad de remediar internamente sus conflictos sin necesidad de verse enfrentado a un proceso internacional.” (p.19)

⁷ Resulta necesario entender que la Constitución no se conforma tan sólo por sus 380 artículos, sino que la misma Carta permite su expansión con otros referentes normativos internacionales a través de la remisión que se realiza en el texto constitucional (Artículos 53, 93, 94 y 214 de la Constitución Política de Colombia) (Quinche Ramírez, 2015). En este sentido, y en virtud de que el bloque de constitucionalidad se amplía el espectro normativo de la Constitución a normas internacionales (Convenios de la OIT, Tratados sobre derechos humanos, derechos innominados con componentes de bloque de constitucionalidad y el Derechos Internacional Humanitario, (Quinche Ramírez, 2015), las cuales propenden por la protección de los derechos humanos, la Corte Constitucional en Sentencia C-225 de 1995 define el bloque de constitucionalidad como el conjunto de “normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.” (Sentencia C-225, 1995, pág. 52)

A raíz de la vinculatoriedad de los tratados internacionales de Derechos Humanos, el control de convencionalidad⁸, se convierte en una actividad cotidiana al interior de los poderes estatales (ejecutivo, judicial o legislativo) en materias como protección y promoción de los derechos humanos, reparación integral a víctimas, e incluso en la creación de normas que promuevan el contenido de los tratados internacionales de derechos humanos, en especial de la Convención (Quinche Ramirez, 2014).

De esta manera, resulta relevante dar a conocer algunos aspectos generales respecto del origen y concepto del control de convencionalidad, así como la tipología y competencia de los jueces en su aplicación; esto permitirá verificar más adelante la manera en la que el derecho internacional ha influido en el papel del operador judicial nacional frente al reconocimiento de la reparación integral.

1.1. La génesis y conceptualización del control de convencionalidad

El origen del control de convencionalidad se encuentra desde la vigencia misma de la Convención Americana de Derechos Humanos⁹, en cuyos artículos 62.1 y 62.3 se relaciona de manera específica la competencia y funciones de la Corte IDH. La Convención, establece que la Corte será competente para conocer cualquier caso relacionado con la interpretación y aplicación de la Carta Interamericana de Derechos Humanos que sea sometido a su consideración, es decir, este Tribunal es el encargado de velar por que los Estados que han reconocido su competencia ajusten sus actuaciones a las disposiciones de la Convención, asegurando así la supremacía de este instrumento internacional (Castilla, 2011).

⁸ El control de convencionalidad se debe diferenciar del control de constitucionalidad, pues el primero (tal como se verá más adelante) proviene del fenómeno de la “internacionalización del derecho”, en el sentido que los derechos nacionales, los derechos locales, comienzan a ser interferidos y modificados por normas internacionales provenientes entre otros, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Penal Internacional, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional clásico y privado” (Quinche Ramírez, 2014, pág. 61), esto permite identificar al control de convencionalidad como el fenómeno a través del cual los operados judiciales y miembros de la administración procuran el cumplimiento y garantía de los derechos humanos especialmente por el contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por su parte “el control de constitucionalidad corresponde al conjunto de mecanismos e instituciones, articuladas para la defensa de la Constitución Política y la efectividad del principio de supremacía de la Constitución. (...) De esta manera, al simple principio de legalidad y al control de legalidad, le son superpuestos el principio de supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad, de modo que las leyes y los enunciados legislativos serán aplicados solo en cuanto no contradigan la Constitución.” (Quinche Ramírez, 2014, págs. 59-60)

⁹ La Convención Americana de Derechos Humanos fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica, por lo que se conoce igualmente con el nombre del Pacto de San José de Costa Rica, y entró en vigencia el 18 de julio de 1978 tras el cumplimiento del artículo 74.2 de dicho tratado.

El control de convencionalidad desarrollado y aplicado por la Corte Interamericana, tiene como objetivo mantener la efectividad, vigencia y promoción de los derechos humanos contenidos en la Convención (Quinche Ramírez, 2014). Es posible observar en las sentencias de la Corte IDH la confrontación de normas internas con la disposición interamericana, encontrando en algunos casos que aquellas resultan contrarias o incompatibles con la Convención; en este escenario, la Corte En ejercicio del control de convencionalidad directo y concentrado, ordena a los Estados la corrección de la inconventionalidad verbigracia con la modificación o eliminación de la norma en cuestión¹⁰ (Brewer-Carías & Santofimio Gamboa, 2013).

Ese mismo control (en un sentido difuso), ha sido ejercido por los operadores judiciales nacionales, en tanto verifican la validez de los actos del Estado de conformidad con la Constitución y aquellas normas que establecen obligaciones derivadas de la Convención, las cuales pretenden la protección, garantía y promoción de los derechos humanos (Ferrer MacGregor & Sánchez Gil, 2013). Esto, permite que los jueces o tribunales declaren la nulidad o invalidez de disposiciones normativas internas, o que determinen la responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones que han sido manifiestamente violatorias de los derechos fundamentales y humanos, evitando de esta manera que los mismos hechos sean conocidos en instancias internacionales (Brewer-Carías & Santofimio Gamboa, 2013).

Así, el control de convencionalidad no es un fenómeno novedoso como en algunas ocasiones se ha podido considerar, pues su origen data desde la misma existencia del Sistema Interamericano; escenario que se extiende al control de convencionalidad que se promulga de los poderes judiciales nacionales, el cual tampoco resulta ser un evento completamente nuevo. Así lo manifiesta Castilla respecto del control interno de convencionalidad:

Este encuentra su fundamento, nuevamente circunscribiéndonos al ámbito del sistema interamericano, en la ratificación o adhesión que un Estado hace a la Convención Americana, ya que con ello se obliga a respetar los derechos y libertades

¹⁰ Es indiscutible que en América Latina se han presentado varios casos de violaciones a los derechos humanos, derivados de la aplicación de la normatividad interna vigente en algunos de estos países, bien sea normas de carácter constitucional o subconstitucional (leyes, decretos o reglamentos); situación que en su mayoría se ha relacionado con los gobiernos vigentes en cada uno de estos países latinos, quienes se fundamentaban en la soberanía nacional para aplicar dichas normas (Quinche Ramírez, 2014). La Corte Interamericana de Derechos Humanos intervino de manera clara frente al problema descrito en el afamado caso de *La última tentación de Cristo contra Chile*, donde a pesar de la existencia de normas constitucionales de censura televisiva, la Corte entendió que las mismas resultaban violatorias de la Convención en tanto a la libertad de expresión, solicitando adicionalmente al país la modificación de Constitución (Sangués, 2011).

reconocidos en esta y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, así como a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, donde lógicamente se incluyen las medidas de tipo jurisdiccional. (Castilla, 2011, pág. 597).

Si bien el control de convencionalidad nace con el Pacto Interamericano, no es sino hasta el año de 2006 que el pleno de la Corte¹¹ emplea de manera directa este término con el estudio del caso *Almonacid Arellano contra Chile*¹², sentencia que se consolida como un hito en esta materia debido a la alusión directa que efectúa el alto tribunal interamericano respecto de la obligatoriedad de los jueces internos de aplicar el control de convencionalidad, estableciendo para ello ciertas reglas relevantes en la protección de derechos humanos (Quinche Ramírez, 2014)¹³.

En este sentido, se puede sintetizar el control de convencionalidad como la aplicación del contenido de la Convención y de las normas que integran el *corpus*

¹¹ Antes de que el pleno de la Corte Interamericana se pronunciara respecto de la existencia de un control de convencionalidad y la obligación de los jueces internos en cuanto a su aplicación, fue el juez Sergio García Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en el año 2003 realizaría la conceptualización del control de convencionalidad. En este sentido García Ramírez realizó la afortunada acuñación al término de control de convencionalidad en el voto concurrente del caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala* (15 de noviembre de 2003), aduciendo que los agentes u órganos de los Estados no pueden ser declarados responsables de manera individual, es decir, sin que se entienda que hacen parte del Estado y que por lo tanto representen a éste en su conjunto, por lo que sus actuaciones estarían sujetas al “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional”. (Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 2003)

¹² En esta oportunidad la CIDH conoció el caso del homicidio cometido en contra del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, ocurrido cinco días después del golpe de Estado dirigido y liderado por Augusto Pinochet al presidente de Chile Salvador Allende, cuando miembros de la fuerza de carabineros detuvieron al señor Almonacid en su domicilio y lo asesinaron en presencia de toda su familia a la salida de su casa. En este caso la investigación penal fue remitida para conocimiento de la jurisdicción penal militar decretándose la suspensión total el día 28 de enero de 1997, con fundamento en la amnistía dispuesta por el decreto ley 2191 de 18 de abril de 1978. En esta oportunidad, la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 1.1. y 2, así como de los derechos contenidos en los artículos 8.1. y 25 de la Convención, igualmente consideró que la norma interna (Decreto Ley 2191 de 1978), era incompatible con el Tratado Interamericano, por lo que ordenó a Chile tomar las medidas necesarias para suspender dicha norma (Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006).

¹³ Si bien se toma como punto de partida el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, es preciso destacar que en el mismo año 2006 se establecieron algunas reglas respecto del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos como el de los *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú*, donde la Corte realizó especial énfasis en que el poder judicial interno debe realizar un efectivo control de convencionalidad; en el mismo sentido está el caso *La Cantuta contra Perú*, en el que el Tribunal Interamericano reitera los criterios establecidos de aplicación del control de convencionalidad. Lo anterior posiciona al control de convencionalidad como una actividad *ex officio* de los operadores judiciales de los Estados Parte, complementando así el control de constitucionalidad (Ibáñez Rivas, 2012).

iuris interamericano¹⁴, así como de las interpretaciones que la Corte Interamericana haya realizado sobre las mismas, cuyo objetivo es la protección, promoción y garantía efectiva de los derechos humanos en ella reconocidos, tal como lo indica Quinche:

Se ha señalado reiteradamente que el control de convencionalidad consiste básicamente en una actividad judicial de acuerdo con la cual, en los asuntos de su competencia, los jueces de los distintos Estados Parte tienen la obligación de aplicar el *corpus iuris* interamericano, conformado por los distintos tratados que son objeto de competencia contenciosa de la Corte y por las reglas contenidas en las interpretaciones que de las normas convencionales hace la Corte Interamericana (Quinche Ramirez, 2014, pág. 99).

Con la aplicación del control de convencionalidad, tanto la Corte IDH como los jueces de los Estados Parte, otorgan prevalencia al principio *pro homine*¹⁵, que puede ser tomado como la naturaleza misma del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya finalidad es el respeto por la dignidad humana y la prevalencia de los derechos humanos y fundamentales (Medellín Urquiga, 2013).

1.2. Tipología de control de convencionalidad

El control de convencionalidad se desarrolla básicamente en dos escenarios: uno internacional o externo, y otro nacional o interno, esto implica que los órganos competentes para la aplicación de cada uno de ellos son diferentes, no obstante, en ambos casos deberán decidir de manera armónica y en torno al contenido de

¹⁴ El *corpus iuris* interamericano hace referencia a la aplicabilidad de todo el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos al que los Estados Parte se encuentran sujetos, so pena de la declaración de responsabilidad internacional (Hernández Castaño, 2014). Al respecto la Corte Interamericana (1999) señaló lo siguiente: “115. El corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, pág. 68).

¹⁵ La Corte Constitucional colombiana en sentencia T-191 de 2009 entiende el principio *pro homine* como aquel que “impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades” (Sentencia T-191, 2009)

la Convención y el *corpus iuris* interamericano (Brewer-Carías & Santofimio Gamboa, 2013).

Siguiendo lo expuesto por Brewer-Carías & Santofimio (2013), el control de convencionalidad puede darse en sentido concentrado, que sería el ejercido en sede internacional; y en un segundo momento se presentaría en un sentido difuso cuando se aplique por parte de los órganos internos de los Estados Parte.

Cuando se habla de control de convencionalidad concentrado, se hace referencia a aquel ejercido únicamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶ de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 63.1 de la Convención, donde se establece la competencia de la Corte IDH para promover la aplicación efectiva de los derechos contenidos en el Pacto Interamericano; de esta forma, actúa como órgano internacional supremo garante de la Convención al verificar la convencionalidad de las normas y actos de los Estados.

La materialización de este control pone “de presente que los tratados públicos son normas jurídicas plenas, de contenido normativo y de aplicación directa” (Quinche Ramirez, 2014, pág. 8), las cuales deben guardar una estrecha relación con las normas internas de los países y por consiguiente con las actuaciones que de la aplicación de las mismas se ejecuten.

Por otro lado, el concepto de control difuso de convencionalidad se entiende como una institución relativamente reciente en materia de derechos humanos, puesto que el mismo se despliega a partir del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana y de la necesidad que ésta observó en cuanto que los Estados Parte tienen la obligación derivada de la Convención de velar por que la misma se refleje en las decisiones y normas de carácter interno (Häberle, 2010).

Este tipo de control, hace referencia a la potestad que tienen principalmente los órganos jurisdiccionales internos, de verificar que las normas nacionales, y por ende que las decisiones que de ellas se deriven se encuentren en congruencia con las disposiciones de la Convención Americana, en otras palabras “los jueces

¹⁶ Respecto de la competencia para ejercer el control externo o concentrado de convencionalidad el Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio García Ramírez (2011) manifestó lo siguiente: “El control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquellos y estas -bajo el imperio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos-, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se trata de examinar casos de los que aquella conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material. De ahí que haya aludido a un control *propio, original o externo*.” (Sentencia T-191, 2009, pág. 126).

nacionales se convierten en “guardianes de la convencionalidad” (Häberle, 2010, pág. 167), así lo indicó el juez García Ramírez:

[C]uando menciono el control interno de convencionalidad me refiero a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales –o a todos los órganos jurisdiccionales, como *infra* veremos– para verificar la congruencia entre actos internos –así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: Constituciones, leyes, reglamentos, etcétera– con las disposiciones del derecho internacional [...] (García Ramírez, 2011, pág. 126).

Se debe aclarar que no solamente los jueces son los encargados de ejercer este control difuso de convencionalidad con la aplicación de las leyes internas debidamente creadas por el poder legislativo de cada uno de los Estados¹⁷ –normas que además deberán estar acordes con el contenido de la Constitución y la Convención¹⁸–, sino que además, este tipo de control difuso de convencionalidad debe permear todos los escenarios internos de los países, por lo que, deberá ser aplicado por los poderes estatales, bien sea ejecutivo, legislativo o judicial, así como por las autoridades administrativas que tengan como funciones la protección y promoción de los derechos humanos (Quinche Ramírez, 2014).

2. Interacciones de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana con el sistema interamericano de protección de derechos humanos

Resulta indiscutible que la incursión del control de convencionalidad en la actividad judicial, representa en cierta medida una modificación en la aplicación de las fuentes del derecho o una forma de internacionalización de las mismas; lo cierto es que, de alguna u otra manera dicho control estará presente no sólo en la jurisdicción constitucional sino en todas las jurisdicciones y especialidades (civil,

¹⁷ La aplicación del control de convencionalidad por parte de los jueces internos, resulta ser un deber que se debe cumplir de manera automática, sin que medie una orden o directriz de la CIDH, así lo ha explicado Ruiz-Chiriboga (2010): “The conventionally control must be performed even with no guidance of the IACtHR. In these situations, national judges may find some light in the case-law of other international organisms and in the experience of other countries’ courts.” (p. 219) [El control convencional debe realizarse incluso sin orientación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En estas situaciones, los jueces nacionales pueden encontrar cierta luz en la jurisprudencia de otros organismos internacionales y en la experiencia de los tribunales de otros países.] (Traducción realizada por los autores)

¹⁸ “En estos casos, además, particularmente en países en los cuales la Convención tiene rango constitucional o forma parte del bloque de constitucionalidad, al ejercer dicho control de convencionalidad los jueces nacionales pueden, según sus respectivas competencias, no solo desaplicar sino incluso anular las normas internas contrarias a la Convención Americana” (Brewer-Carías & Santofimio Gamboa, 2013, pág. 47).

familia, penal, agrario, disciplinario etc.), razón por la cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es la excepción. En el ejercicio de este control, el juez contencioso deberá procurar por la primacía de la dignidad humana y el respeto de los derechos constitucionales y humanos (Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, 2014).

No se puede perder de vista que el derecho administrativo otorga mayor importancia al ciudadano frente a la actividad estatal, siguiendo de esta manera las premisas establecidas por la fórmula del Estado Constitucional y Social de Derecho. Los procedimientos, actividades y resultados de la administración no pueden ser considerados como una mera representación o materialización del poder del Estado, sino que tienen la obligación de presentarse como un producto del poder público sometido a derecho, derivado de los procesos garantistas establecidos tanto en la Constitución como en la Convención (Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, 2014).

Con la finalidad de promover el principio *pro homine* (prevalente en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos), el derecho administrativo –y con ello sus autoridades administrativas y judiciales–, han debido incorporar un elemento adicional para garantizar el cumplimiento de las disposiciones, valores, principios y derechos del ordenamiento jurídico, siendo este el ejercicio del control de convencionalidad en sentido difuso (Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, 2014).

Con la implementación del control de convencionalidad en el derecho administrativo, se pretende que los miembros de la administración pública cumplan con los criterios y estándares internacionales fijados por la Convención y tratados concordantes¹⁹; lo anterior, no tiene otro fin sino el de dar adecuado cumplimiento a la protección y promoción de los derechos de los ciudadanos derivados de la fórmula del Estado Social de Derecho²⁰. Es por esto, que la administración deja de

¹⁹ Queda claro que la administración no se limitará a la aplicación del principio de legalidad complementado por el bloque de constitucionalidad, sino que además debe velar por el cumplimiento del *corpus iuris* interamericano, así lo ha manifestado Santofimio Gamboa: “[T]ratándose del ejercicio de la actividad, procedimiento y decisión administrativa, se plantea por la doctrina la necesidad de la presencia previa del sujeto pasivo de futuras decisiones, como un presupuesto indispensable para la defensa de sus intereses frente a las autoridades, para lo cual se hace indispensable consolidar el principio de legalidad y acatamiento del orden jurídico por parte de las autoridades a través del procedimientos verdaderamente garantísticos y participativos. Pero no de un simple principio de legalidad sujeto al bloque de constitucionalidad, sino que se invoca su ampliación –principio de legalidad ampliado– con base en el bloque de convencionalidad” (Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, 2014, págs. 623-624)

²⁰ La Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos (Ver: Sentencia T-426 de 1992, Sentencia C-309 de 1997, Sentencia T-702 de 2011, Sentencia C-613 de 2013, Sentencia C-694 de 2015, entre otras), ha definido la fórmula de Estado Social y de Derecho, como aquel que se fundamenta en los principios de dignidad humana, trabajo, solidaridad y la prevalencia del interés general (Artículo 1º C. Pol.), a partir de esto se define como “una forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las

actuar arbitrariamente en el ejercicio de su poder unilateral, y procede a adoptar una posición garantista aceptando que los asociados cuentan con derechos que pueden ser reclamados ante los entes estatales (Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, 2014).

El objetivo del ejercicio del control de convencionalidad por parte de los jueces y tribunales –para el caso en concreto, de la jurisdicción contencioso administrativa–, es el de garantizar el agotamiento de todos los recursos y etapas procesales internas, antes de acudir ante los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde el Estado puede ser declarado responsable internacionalmente por la violación a derechos humanos y con ello incurrir en un hecho ilícito internacional²¹ (Jinesta, 2011).

El control de convencionalidad aplicado por el juez contencioso administrativo, abordará dos dimensiones, esto es, desde un sentido formal, verificando la aplicación adecuada de las normas procesales con el objetivo de garantizar la reparación que resulte mayormente integral para las víctimas; y desde una dimensión material, donde no solo se procurará por la reparación y satisfacción adecuada de la víctima, sino que además se tornará como un elemento de prevención de futuras violaciones de derechos en semejantes circunstancias²². De esta manera, el control de convencionalidad dentro del derecho administrativo contribuirá con la eficacia de la administración pública del Estado involucrado para cada caso en concreto (Brewer-Carías & Santofimio Gamboa, 2013).

penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección” (Sentencia T-426, 1992, pág. 7), en el mismo sentido en el Estado Social de Derecho prevalece la autonomía y la libertad de las personas, dirigiendo sus actuaciones y actividades a obtener igualdad entre sus asociados (Sentencia C-613, 2013).

²¹ Desde la teoría del derecho, el ejercicio oportuno del control de convencionalidad por parte del juez interno, se puede tomar como forma de aplicación de lo establecido por la Escuela del Análisis Económico del Derecho, pues “bajo esta escuela, se considera que las normas deben ser eficientes, esto es, deben alcanzar los mejores objetivos sociales con el menor costo posible, cuestión que tiene su sustento en que los bienes y recursos con los que cuenta la sociedad son, generalmente escasos y limitados” (Cárdenas Caycedo, 2018). En este orden de ideas, los recursos resultan ser salvaguardados serán los estatales, al evitar condenas mayores en sede internacional, en virtud de la reparación efectiva que se ha surtido en instancias nacionales.

²² En este orden de ideas, Brewer-Carías & Santofimio (2013), han identificado una estrecha relación existente entre el control de convencionalidad y la reparación integral a víctimas, que hoy por hoy se reconoce por parte del Consejo de Estado colombiano. Así lo han manifestado: “La vigencia del control de convencionalidad por parte del juez interno (colombiano) se afirma, precisamente, cuando tiene lugar el reconocimiento del derecho a la reparación integral en toda su extensión. El influjo de la Convención Americana de Derechos Humanos (incorporada a la legislación colombiana por la Ley 16 de 1972), de los tratados y convenciones de derecho internacional humanitario y de las normas de protección de los derechos ha llevado a que el juez nacional incorpore la modulación de la reparación, no limitándose a la indemnización como única herramienta, sino procurando aplicar la restauración y la satisfacción”. (p. 246)

Así las cosas, la actividad administrativa y estatal, se reorienta en la actualidad no sólo por las bases constitucionales, sino también por las estructuras convencionales, que consolidarán de manera visible la fórmula de Estado, donde el ciudadano adquiere una mayor importancia como sujeto a quien se debe garantizar el ejercicio pleno de sus derechos constitucionales y convencionales; por lo anterior, el control de convencionalidad será una actividad judicial que contribuye a la seguridad jurídica de la actividad administrativa tanto nacional como internacionalmente.

3. Aproximaciones al concepto y alcance de la reparación integral

Se ha hablado ya de la importancia actual del DIDH en el derecho nacional, lo que a su vez implica el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los operadores judiciales internos, como es el caso de los jueces contencioso-administrativos, quienes deben propender por la garantía efectiva de los derechos fundamentales y humanos contenidos en la Carta Política y en la Carta Interamericana.

Ahora corresponde, realizar un acercamiento al concepto y alcance de la reparación integral, con el fin de determinar la manera en la que el juez administrativo la ha reconocido bajo la aplicación de estándares internacionales de reparación, esto es, desde el ejercicio del control de convencionalidad difuso.

La reparación es un concepto que trasciende la esfera jurídica, permeando escenarios sociales, culturales y patrimoniales; tiene como fin garantizar los derechos de aquellos sujetos que son considerados como víctimas por haber sufrido daños y perjuicios producto de las acciones u omisiones de los victimarios. En este sentido, la reparación contiene ideas que conllevan a la materialización de acciones que van mucho más allá de lo indemnizatorio, y se convierten en una posibilidad de reivindicar y reconstruir al ser humano en sus derechos, haciendo que éste recobre un lugar digno en la sociedad (Brewer-Carías & Santofimio Gamboa, 2013).

En un escenario internacional, la reparación ha desarrollado ciertos estándares generales que promueven la optimización de los derechos y libertades que han sido vulnerados a las víctimas; esta situación tuvo como fundamento inicial los principios de libertad e igualdad, cuya intención era la de imponer un castigo patrimonial (indemnización)²³. Sin embargo, con el pasar del tiempo la concepción de reparación

²³ “Esta caracterización de la reparación, no en su perspectiva moralizante sino en su enfoque sancionatorio, tiene desarrollo en el derecho público y se va modificando con el desplazamiento de la responsabilidad

evolucionó hacia escenarios que buscaban reivindicar a las personas como seres dignos y por lo tanto como sujetos que habían sufrido perjuicios en dimensiones más allá de las pecuniarias (Vera Piñeros, 2008)²⁴.

Al centrarse en el derecho administrativo y en la obligación del operador judicial de esta especialidad, el concepto de reparación tiene fundamento constitucional en el artículo 90 superior, el cual cimienta el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano; adicionalmente dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la reparación es reconocida por la Convención Americana en su artículo 63.1, de cuya lectura se puede identificar que éste instrumento internacional pretende que las víctimas sean reparadas en la mayor medida posible, garantizando el goce efectivo de los derechos y libertades que han sido objeto de violación (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)²⁵.

De esta manera, el deber de reparar no solamente obedece a la normativa interna, sino que se convierte en una obligación de carácter internacional en virtud del principio de *pacta sunt servanda*, vinculante tras la ratificación del Tratado Interamericano (Rousset Siri, 2011); así, la reparación adquiere un carácter integral al contemplar la aplicación de modalidades que logran ir más allá de lo pecuniario (Gil Botero, 2014).

La aplicación de la reparación integral se basa en la adopción de una serie de medidas compensatorias o indemnizatorias, así como el reconocimiento de medidas simbólicas²⁶, que permitan finalmente que la persona que ha sufrido lesiones en

subjetiva asociada con la culpa y la consolidación de la responsabilidad objetiva según los factores de atribución o de imputación contenidos en los códigos y las leyes (...) así como en el reconocimiento de la existencia del daño. Ante los cambios vertiginosos introducidos por la complejidad de las relaciones laborales y productivas de la sociedad industrial (...), y frente al agotamiento del esquema tradicional de justicia, se identifican crecientemente nuevos tipos de daño y nuevos factores causantes (...) que no alcanzan a ser asidos ni debidamente resueltos por la lógica anterior.” (Vera Piñeros, 2008, pág. 744).

²⁴ Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos no tienen como fin último la declaración de responsabilidad del Estado, o la imposición de sanciones al mismo. Su finalidad, radica en brindar una reparación plena a quienes han resultado siendo víctimas de las acciones u omisiones de un determinado Estado (Rousset Siri, 2011).

²⁵ “[L]a reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone no solo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se deben adoptar medidas de diversa naturaleza (simbólica, conmemorativas y garantías de otra índole), que propendan al restablecimiento del núcleo esencial del derecho o garantías infringidas” (Gil Botero, 2014, pág. 50).

²⁶ Frente a la importancia que juegan las medidas simbólicas de reparación González & Rodríguez (2016), indican: “No es poca la importancia que adquieren estas formas (simbólicas, de satisfacción, de reconocimiento de responsabilidad, de investigación y sanción) de resarcir a las víctimas y a sus familiares, pues se les está concediendo algo aún más importante que una suma de dinero: un reconocimiento de la importancia de su dignidad y de los daños causados tanto a ellos como a la sociedad” (p.100).

sus derechos y libertades regrese a la situación en la que se encontraba antes de sufrir el daño (siempre que esto sea posible). No obstante, en aquellos casos en que no resulte viable tal situación, ésta reparación procurará por la disminución en la mayor medida posible, de los efectos o consecuencias generadas por el daño ocasionado (Acosta López & Bravo Rubio, 2008). De ahí que, se contemplen formas de reparación no pecuniarias o simbólicas tendientes a conceder medidas de restitución, satisfacción, rehabilitación y garantía de no repetición.

4. Aplicación del control de convencionalidad por el Consejo de Estado en materia de reparación integral

Cuando se habla de reparación integral en el Estado Social de Derecho, es necesario que la misma se comprenda como un derecho y un instrumento con que la víctima cuenta para obtener no solamente una compensación económica por el daño causado, sino además el restablecimiento adecuado de los derechos vulnerados, que para el caso de estudio en el presente artículo, serán producto de los daños antijurídicos ocasionados por el Estado o sus instituciones a través de las acciones u omisiones de sus deberes constitucionales y convencionales (Brewer-Carías & Santofimio Gamboa, 2013).

Ya se ha hablado de la notable importancia e influencia del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno de los Estado, en especial respecto de la aplicación del control de convencionalidad efectivo por las autoridades judiciales. En este sentido, el Consejo de Estado ha adoptado las directrices interamericanas en materia de reparación para reconocer la *restitutio in integrum* de la víctima, aplicando así el control difuso de convencionalidad.

El alto tribunal de lo contencioso administrativo, ha tenido una notable evolución en sus pronunciamiento jurisprudenciales en materia de reparación, avanzando de un criterio meramente indemnizatorio con el reconocimiento de medidas pecuniarias de reparación frente a los daños causados²⁷, hacia la adopción de medidas simbólicas de reparación, que pretenden en sí mismas garantizar la dignidad humana y la restitución del núcleo esencial de los derechos que se han vulnerado al sujeto victimizado (Gil Botero, 2014).

²⁷ Es preciso resaltar que la reparación indemnizatoria se dará sobre aquellos perjuicios que hayan afectado directamente el patrimonio de la víctima (daño emergente y lucro cesante), pero también resultará posible la aplicación de estas medidas para aquellos perjuicios inmateriales que resulten susceptibles de tasarse de manera pecuniaria (daño moral, daño fisiológico, daño a la vida en relación, entre otros).

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. [...] En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos no solo supone el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no abogan por la reparación de un daño (*stricto sensu*) sino por la restitución del núcleo del esencial derecho o derechos infringidos. (Brewer-Carías & Santofimio Gamboa, 2013, págs. 247-248).

Siguiendo esta conceptualización, el Consejo de Estado determina que no en todos los casos será necesario el reconocimiento de todo tipo de medidas no pecuniarias de reparación, pues cada una de las situaciones jurídicas que conoce deben ser estudiadas de manera particular, y de esa manera se podrá identificar cuáles de estas formas de reparación resultan en su mayoría garantistas frente a los derechos constitucionales y convencionalmente protegidos. Esta situación permite la aplicación de la verdadera reparación integral acorde con el criterio de proporcionalidad que debe guardar la misma con el daño ocasionado por el Estado, dando prevalencia así al principio *pro homine* consagrado en el artículo 29 de la Convención.

La reparación integral, hoy por hoy es la carta de navegación del juez contencioso administrativo, permite no sólo la aplicación de la teoría del daño resarcible y la tutela judicial efectiva, sino que además implica el reconocimiento en sede nacional de la responsabilidad del Estado por daños causados con ocasión de las acciones u omisiones a su cargo, y por consiguiente evita que se configure esta responsabilidad en instancias internacionales²⁸. Lo anterior, es una forma adecuada de aplicación del control difuso de convencionalidad, cuyo objetivo se reduce a que sean los jueces internos quienes reconozcan la vulneración de los derechos humanos y adopten las medidas necesarias para que este daño no se siga configurando a través de

²⁸ Actualmente los jueces de la jurisdicción contencioso administrativo juegan un papel protagónico en la interpretación del derecho, siendo sus decisiones vinculantes ya que fijan “de manera consistente el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en Derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino por el contrario, por la reiteración de sólidos y razonables argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad” (Santofimio Gamboa, 2010, pág. 51)

la reparación, todo esto en virtud de las normas del *corpus iuris* interamericano (Cubides Cárdenas & Chacón Triana, 2015).

Ahora bien, para ilustrar de mejor manera respecto del papel determinante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia emitida por el juez contencioso administrativo, la discusión se centrará en identificar la aplicación de los criterios interamericanos de reparación integral en el escenario del conflicto armado colombiano, entendido éste como la disputa bélica que ha tenido lugar en el territorio nacional entre las Fuerza Militares y los distintos grupos armados o beligerantes (guerrillas y grupos paraestatales).

No es desconocido que en el marco de un conflicto armado interno, se presentan acciones u omisiones que desembocan en violaciones manifiestas a los derechos fundamentales y humanos de los asociados, entendidos estos como intervinientes directos²⁹ y como población civil; en este marco, es preciso tomar un punto de partida para proceder con el análisis ya anunciado, para lo cual se tomará la sentencia emitida por la Corte IDH sobre el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, en la que como ya se ha dicho anteriormente se establece la obligación para los jueces internos de aplicar el control de convencionalidad para garantizar la protección de los derechos y libertades contenidos en la Convención.

Siguiendo lo anterior, el juez contencioso administrativo adquiere el carácter de juez convencional al tomar como fundamento para sus decisiones los tratados internacionales de derechos humanos y las sentencias vinculantes de la Corte IDH, es decir, al aplicar de manera manifiesta el control difuso de convencionalidad. Esta etapa del actuar judicial, parte con la sentencia del Consejo de Estado proferida el 30 de agosto de 2007 (Sentencia de Reparación Directa 15724, 2007), donde el alto tribunal conoce el caso de un soldado voluntario herido en combate, hecho que produce una pérdida de la capacidad laboral en un 100%, determinando para el caso particular la existencia de la responsabilidad del Estado colombiano por las omisiones de éste respecto de brindar la información y seguridad adecuadas en la situación específica.

Así, se determina la condena al Estado y el reconocimiento de la reparación, que si bien resulta ser indemnizatoria tras el reconocimiento de daños materiales e inmateriales, estos son tasados pecuniariamente; sin embargo, existe una leve

²⁹ Para proceder con el análisis jurisprudencial de la presente investigación se entenderán como actores armados los grupos ilegales de las FARC-EP, ELN y grupos Paramilitares. En el mismo sentido, dentro del conflicto armado interno en Colombia, uno de los principales actores será la Fuerza Militar, quien mediante la resistencia a los ataques y actos efectuados por los grupos ilegales han causados daños a la población civil.

y tímida aplicación del control de convencionalidad al reconocer el perjuicio a la vida en relación para lo cual el juez administrativo indica como precedente jurisprudencial lo manifestado por la Corte IDH respecto de la configuración del “daño al proyecto de vida”³⁰. Adicionalmente se da una reparación integral (que para el asunto se considera proporcional al daño), con el reconocimiento de medidas de rehabilitación que garantizarán en el caso particular la salud física y mental de la víctima.

Esta aplicación tímida del control difuso de convencionalidad por parte del operador judicial administrativo, permanece en la jurisprudencia del Consejo de Estado en el año 2007 con la sentencia de 19 de octubre (Sentencia de Reparación Directa 29273, 2007), donde se enfrenta al estudio de un caso de asesinato de campesinos por parte de miembros del Ejército Nacional, bajo el argumento que las víctimas eran colaboradores de grupos guerrilleros, configurándose sin dudas un daño antijurídico producto de las acciones desmedidas de los agentes del Estado; esta etapa de aplicación tímida del control de convencionalidad, continúa con la sentencia que conoce una acción de grupo proferida el 02 de octubre de 2008 (Sentencia Acción de Grupo AG, 2008), siendo el Consejo de Estado el encargado de resolver el asunto relacionado con los daños materiales ocasionados a viviendas aledañas a estación de policía que sufrió atentando por parte de un grupo guerrillero.

En estas situaciones la reparación es en su mayoría pecuniaria, reconociendo tan solo medidas de satisfacción como la publicación de la sentencia (en el segundo de los casos). Sin embargo, el análisis efectuado por el alto tribunal, determina la aplicación del control de convencionalidad para reconocer medidas de compensación indemnizatoria conforme la tipología de daños y perjuicios reconocidos por las normas de protección y promoción de los derechos humanos, en especial la Convención Americana de Derechos Humanos, es decir, determina que para los casos bajo estudio, la reparación integral basta con el reconocimiento de una compensación económica, pero para ello determina necesaria la aplicación de los estándares internacionales que sobre la materia ha sentado ya la jurisprudencia interamericana.

De esta manera, el juez contencioso administrativo comienza a jugar el papel de juez convencional, con el objetivo de ser garantista en materia de reparación

³⁰ “Vale la pena señalar que el perjuicio a la vida de relación reconocido por la jurisprudencia contenciosa administrativa colombiana, guarda cierta semejanza conceptual con el rubro denominado “daño al proyecto de vida” que reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, se hace la salvedad de que la Corte IDH., ubica este perjuicio en la categoría de daño material, mientras que en Colombia, el perjuicio a la vida de relación pertenece a la categoría de perjuicios inmateriales.” (Sentencia de Reparación Directa 15724, 2007, pág. 23)

de los derechos humanos vulnerados adoptando medidas que determina son proporcionales a los daños ocasionados en cada caso.

Ahora bien, esta postura cambia radicalmente con la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 28 de enero de 2009 (Sentencia de Reparación Directa 30340, 2009), en la que, al conocer de un caso sobre las torturas, tratos crueles e inhumanos y asesinato de civiles por parte de la Policía Nacional, actos cometidos bajo la idea que los civiles pertenecían a grupos al margen de la ley (guerrilla) sin que este hecho estuviese comprobado en debida forma, se determina la responsabilidad del Estado y se procede a condenar y reconocer la reparación de las víctimas.

Esta sentencia marca un hito en el comportamiento del juez administrativo como juez convencional, pues al momento de determinar la proporcionalidad del daño con la reparación que debe ser reconocida a las víctimas -con el fin de garantizar su derecho fundamental a obtener una reparación integral-, decide no solo la adopción de medidas compensatorias que abarquen en su totalidad el resarcimiento de los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados, sino que además se reconocen medidas de satisfacción representadas en la publicación de la sentencia y las disculpas públicas ofrecidas por parte del ente estatal (representado en este caso por la Policía Nacional), e igualmente se reconocen medidas de garantía de no repetición, materializadas en el diseño e implementación de un sistema de protección de los derechos de las personas privadas de la libertad, el cual debería ser observado por la policía; lo anterior, bajo la aplicación del control difuso de convencionalidad, pues el juez administrativo reconoce la importancia del cumplimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las disposiciones judiciales internas de los Estados Parte.

La dimensión de juez convencional que se desarrolla por la indiscutible influencia del derecho internacional en el derecho nacional, se intensifica entre los años 2010 a 2016, donde se pueden destacar distintos pronunciamientos, partiendo con la Sentencia de 18 de febrero de 2010 con expediente 18436 y con ponencia de Mauricio Fajardo Gómez, donde el alto tribunal efectúa un reconocimiento mucho más garantista respecto de los derechos humanos, y promueve la reparación integral de más de 250 familias víctimas de desplazamiento forzado por parte de grupos paraestatales en el Cesar. En este caso particular, además del reconocimiento pecuniario de reparación, determina la implementación de medidas de satisfacción, que en sí mismas buscan la verdad, exhortando a los agentes del Estado a realizar las investigaciones penales y disciplinarias a que hubiese lugar, además de la publicación de la sentencia y en especial del acápite de la misma denominado “La imputación del daño (desplazamiento forzado) al Estado, por omisión en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas a su cargo”, con el fin de que todos los ciudadanos que se encuentren interesados en conocer sobre este tema puedan acceder al mismo de una

manera mucho más fácil; adicionalmente se reconocen medidas de garantías de no repetición, que ordenan el envío de la sentencia a diferentes brigadas, comandos, estaciones y batallones de la fuerza pública, con el fin de que los agentes del Estado conozcan y repliquen las consecuencias, responsabilidades y sanciones que puede tener el Estado colombiano en casos como el estudiado (Sentencia de Reparación Directa 18436, 2010).

Resulta interesante destacar, que la expansión de la visión del juez administrativo, respecto de la necesidad de reconocer una reparación mucho más rica en medidas no pecuniarias, parte del reconocimiento que los actos o hechos que dieron lugar a la configuración de daño, se consideran como graves violaciones a los derechos humanos, razón por la cual la normativa y desarrollo jurisprudencial nacional puede quedarse corto respecto de este tipo de medidas, siendo necesario acudir a las normas y jurisprudencia interamericana que garantizan una mejor protección de los víctimas, en especial de la dignidad humana (Sentencia de Reparación Directa 18436, 2010).

Bajo el mismo esquema, se destacan las sentencias de 25 de mayo de 2011, de 25 de mayo de 2011 (Sentencia de Reparación Directa 15838/18075/25212, 2011), de 08 de octubre de 2011 (Sentencia de Reparación Directa 19772, 2011) y la de 18 de julio de 2012 (Sentencia de Reparación Directa 19345, 2012), las cuatro con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa (quien será uno de los consejeros que busque en mayor medida el reconocimiento de medidas de reparación no pecuniaria en sus decisiones, tras la aplicación del control de convencionalidad). En el estudio de estos casos, el Consejo de Estado conoce las acciones interpuestas que buscan se declare al Estado colombiano como responsable por los daños ocasionados tras el ataque guerrillero a la base militar Las Delicias, que produjo distintas muertes y lesiones a miembros del Ejército Nacional quienes se encontraban en ese lugar para el día del ataque. Es importante el análisis que se empieza a realizar en estos pronunciamientos, pues el ponente común en las tres sentencias, parte de la necesidad que existe de reconocer una reparación integral a las víctimas, que garantice los estándares de reparación establecidos por la Corte IDH, los cuales a su vez implican el reconocimiento de medidas pecuniarias y no pecuniarias de reparación. Así lo indica:

[E]n el sistema interamericano de derechos humanos, se busca determinar principalmente, si en los casos sometidos a su conocimiento existió o no responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre las personas sujetas a su jurisdicción, y que como consecuencia de ello, se ordene una reparación integral y adecuada en el marco de la Convención, que contenga las medidas tendientes a garantizar la rehabilitación, la satisfacción, y las garantías de no repetición. Por su parte, en el ordenamiento

jurídico colombiano, una de las finalidades principales de la jurisdicción contencioso administrativa, a través de la acción de reparación directa es, precisamente, la de otorgar la correspondiente indemnización de perjuicios, producidos como consecuencia de un daño antijurídico imputable al Estado, que sin duda se puede referir a un derecho consagrado en la Convención [...]

[L]a reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (*strictu sensu*), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados (Sentencia de Reparación Directa 15838/18075/25212, 2011, pág. 91).

En virtud del análisis que se efectúa en los casos anteriores, se reconocen inicialmente medidas de satisfacción como la publicación de la sentencia y actos públicos de reconocimientos de responsabilidad y solicitud de disculpas a las víctimas, pero además se ordena solicitar que el Ministerio de Relaciones Exteriores, en virtud de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, realice una opinión consultiva relacionada con la interpretación de las normas de derechos humanos del sistema interamericano frente a las posibles violaciones de derechos humanos que se haya producido en los hechos ocurridos en la Base Militar de las Delicias (Sentencia de Reparación Directa 19772, 2011). Adicionalmente se reconocen medidas de rehabilitación que ordenan el reconocimiento del tratamiento médico y psicológico integral a los afectados.

Como se puede observar, el análisis que se comienza a realizar en el año 2010, resulta estar mucho más acorde con las disposiciones y subreglas establecidas en el SIDH respecto de la manera que se debe dar la reparación integral, promoviendo así el reconocimiento de medidas no pecuniarias de reparación que buscan realmente la redignificación de las víctimas.

Ahora bien, el ejercicio que realiza el juez contencioso administrativo de reconocerse como juez convencional, y de aplicar con ello estándares internacionales de reparación, se replica en distintas sentencias proferidas en los años subsiguientes, relacionadas con diferentes temáticas y circunstancias acontecidas en el marco del conflicto armado interno colombiano. Así, por ejemplo, se destacan sentencias relacionadas con el estudio de casos sobre:

- Ataques a estaciones, bases o batallones militares por parte de grupos guerrilleros o paraestatales (Sentencia de Reparación Directa 19195, 2011), (Sentencia de Reparación Directa 24070, 2012), (Sentencia de Reparación

Directa 26013, 2014), (Sentencia de Reparación Directa 31250, 2014), (Sentencia de Reparación Directa 32014, 2015).

- Secuestro, muerte y lesiones a miembros del Ejército y Policía Nacional en combate o en el ejercicio propio de sus funciones (Sentencia de Reparación Directa 21274, 2012), (Sentencia de Reparación Directa 28330, 2014), (Sentencia de Reparación Directa 28318, 2014), (Sentencia de Reparación Directa 34791, 2016).
- Ejecuciones extrajudiciales de civiles, con el fin de presentar positivos datos de baja por parte de la fuerza pública (Sentencia de Reparación Directa 23603, 2013), (Sentencia de Reparación Directa 26737, 2014).
- Daños ocasionados a bienes de población civil derivados de combates entre miembros de la fuerza pública y grupos guerrilleros o paraestatales (Sentencia de Reparación Directa 25813, 2014), (Sentencia de Reparación Directa 28618, 2014), (Sentencia de Reparación Directa 30823, 2014).
- Tratos crueles e inhumanos, y torturas a miembros de la población civil por parte de grupos paraestatales, guerrilleros y fuerza pública, por ser considerados como colaboradores del “enemigo” en el marco del conflicto (Sentencia de Reparación Directa 47868, 2014), (Sentencia de Reparación Directa 29129, 2014), (Sentencia de Reparación Directa 45433, 2014).
- Violencia política contra miembros de la población civil, líderes sociales y/o promotores de Derechos Humanos (Sentencia de Reparación Directa 48824, 2016), (Sentencia de Reparación Directa 34349, 2016).

En estos pronunciamientos el Consejo de Estado efectúa un verdadero control de convencionalidad, y se reconoce a sí mismo como juez convencional, máxime cuando los temas abordados en las sentencias giran en torno a las violaciones perpetradas por el Estado a través de sus acciones u omisiones en el marco del conflicto armado interno en Colombia, así lo manifestó el alto tribunal:

[P]ara casos [...] donde cabe valorar la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario por afectación de miembros de la población civil [muerte de civiles por presunta acción u omisión de miembros de las fuerzas militares] como se puede desprender los hechos ocurridos el 3 de octubre de 2002 en el municipio de Murillo [Tolima], la aplicación del Código de Procedimiento Civil debe hacerse conforme con los estándares convencionales de protección de los derechos humanos, debiendo garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como garantía convencional y constitucional [para lo que el juez contencioso administrativo obra como juez de convencionalidad], de manera que se ajuste a los presupuestos fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

en el caso “Manuel Cepeda contra Colombia”. (subraya fuera de texto) (Sentencia de Reparación Directa 45433, 2014, págs. 26-27).

En virtud de este autorreconocimiento que el tribunal administrativo realiza sobre sí como juez convencional, reconoce una serie de medidas de reparación no pecuniaria para aquellas víctimas de graves violaciones a derechos humanos en el marco del conflicto armado colombiano, las cuales se pueden condensar de la siguiente forma:

a. Medidas de satisfacción

- Publicaciones de las sentencias en un lugar visible de la entidad que fue declarada responsable del daño, y/o en la página web y redes sociales de la misma, así como en medio de comunicación de alta circulación (diario de circulación nacional).
- Actos de reconocimiento de responsabilidad y solicitud de disculpas a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.
- Elaboración de monumentos en honor a las víctimas.
- Remisión del caso al Centro de Memoria Histórica, con el fin de ser difundido.
- Ordenar el inicio de investigaciones penales y disciplinarias cuando las mismas no se hubiesen iniciado por los órganos judiciales y administrativos competentes.
- Exhorta al Gobierno Nacional para que acuda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para que pronuncie acerca de las sistemáticas violaciones de los derechos humanos que han sido perpetradas en el marco del conflicto armado colombiano.

b. Medidas de rehabilitación

- Proporcionar y garantizar el acompañamiento psicológico a las víctimas, tanto directas como indirectas (familiares).
- Brindar el tratamiento médico integral para las víctimas.

c. Medidas de garantía de no repetición

- Construcción de políticas institucionales, en las que se establezcan protocolo de garantía y protección a los derechos humanos en el marco del conflicto armado.

- Elaboración y difusión de manuales sobre la protección y garantía de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, para todas las instituciones y entidades del Estado, que estuvieron involucradas en graves violaciones a este tipo de derechos.
- Capacitaciones dirigidas a los Comandos, Batallones, Unidades y Patrullas Militares, en procedimientos militares y policiales según los estándares convencionales y constitucionales
- Difusión de ejemplares impresos de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención de Naciones Unidas sobre la desaparición forzada y de las Convenciones interamericanas sobre desaparición forzada y tortura, para los agentes del Estado.

La reparación integral entonces, resulta ser proporcional al daño ocasionado a la víctima, adoptando para el restablecimiento de los derechos la mayor cantidad de medidas tanto compensatorias como no pecuniarias a todos aquellos que hayan sido afectados por las acciones u omisiones del este estatal.

Sin embargo, el juez contencioso administrativo actuando como juez convencional analiza precisamente la proporcionalidad de la reparación con relación al daño causado; es así, como en materia de conflicto armado se presentan situaciones que, si bien permiten la configuración de un daño antijurídico atribuible al Estado, la reparación integral que las mismas requieren se pueden limitar al reconocimiento de medidas pecuniarias de reparación (Sentencia de Reparación Directa 24734, 2013), (Sentencia de Reparación Directa 25981, 2013), (Sentencia de Reparación Directa 39219, 2016), (Sentencia de Reparación Directa 36343, 2016), (Sentencia de Reparación Directa 35298, 2016), (Sentencia de Reparación Directa 32407, 2016), (Sentencia de Reparación Directa 30520, 2016). En este sentido, el alto tribunal de lo contencioso administrativo bajo una óptica convencional no considera necesario la adopción de medidas no pecuniarias de reparación, pues con las medidas indemnizatorias basta para el reconocimiento efectivo de la reparación integral en casos concretos, esto es, resultan proporcionales al daño causado.

Como se puede observar, la aplicación de las normas internacionales de protección, promoción y garantía de derechos humanos ha representado un criterio determinante para el juez interno en el papel de reconocer adecuadamente el tipo de reparación que cada uno de los casos merece conforme la proporcionalidad del daño ocasionado. El Consejo de Estado actuando como juez convencional, y por ende como promotor de los derechos humanos, ha demostrado en su jurisprudencia una notable evolución en la aplicación del control de convencionalidad, que va desde un reconocimiento tímido de las normas interamericanas, hasta el autorreconocimiento como juez convencional en virtud del cual se encuentra llamado a aplicar y velar por

el cumplimiento del *corpus iuris* interamericano, en especial cuando deba conocer asuntos en los que se presentan delitos de lesa humanidad o graves violaciones a derechos humanos.

5. Resultados de investigación

Frente a la pregunta de investigación que se planteó al inicio de este artículo, que establecía el estudio acerca de ¿cómo aplica el juez de lo contencioso administrativo los estándares internacionales de control de convencionalidad establecidos en por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el reconocimiento de la reparación integral? Tras el análisis antes descrito, se puede determinar que el juez contencioso administrativo aplica los estándares internacionales de reparación integral de manera gradual y paulatina, pasando de una concepción compensatoria del daño, a un escenario mucho más acorde con la protección y promoción de la dignidad humana de las víctimas.

De igual manera, es necesario indicar que el concepto de la reparación integral si bien implica el reconocimiento de medidas pecuniarias como no pecuniarias de reparación, no en todos los casos se deberán aplicar todo tipo de medidas, pues esto dependerá exclusivamente de la magnitud del daño ocasionado, por ende, de la manera en la que operador judicial considere pueda surtirse la reparación en la mejor medida posible, la cual resulte efectiva para la protección de los derechos vulnerados.

La reparación que el juez nacional reconoce debe ser de tipo integral, con el fin de reivindicar los derechos de la víctima que fueron vulnerados por las acciones u omisiones del Estado, máxime cuando las mismas representan graves violaciones a los derechos humanos de las mismas. Así mismo se debe procurar porque las consecuencias del daño ocasionado por el ente estatal sean mínimas y de ser posible nulas, en especial en contextos en los que las violaciones a derechos humanos sean evidentes, como es el caso de un conflicto armado interno.

Para el caso colombiano, se tiene que los daños no sólo han sido producidos por las acciones directas del Estado en ejercicio del deber de brindar seguridad a la población, sino que además se han presentado una serie de daños ocasionados por las acciones de los grupos armados y beligerantes cuyas acciones representan en sí mismas omisiones por parte del Estado, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado en varias de las sentencias analizadas, y por lo tanto resulta un deber del Estado reparar con la mayor contundencia a las víctimas de tales daños.

Así las cosas, el juez contencioso administrativo tiene como base para determinar la reparación integral, los criterios y directrices interamericanas,

aplicando el control de convencionalidad de una manera necesaria en sus decisiones, en especial en cuanto al reconocimiento de medidas no pecuniarias de reparación y por consiguiente procurando la efectividad de la *restitutio in integrum*; esta postura ha sido acogida por el alto tribunal de lo contencioso administrativo, quien si bien inicialmente actuó de manera tímida en los años 2007 y 2008 en cuanto al reconocimiento de medidas no pecuniarias, a partir del año 2009 identifica con contundencia la importancia de tomar el control de convencionalidad como un criterio determinante para reconocer la reparación integral como un derecho fundamental de las víctimas que promoverá el respecto y garantía de los derechos humanos.

Conclusiones

De lo expuesto se puede identificar las siguientes conclusiones:

El control de convencionalidad se presenta como una herramienta originaria en la Jurisdicción Interamericana a partir de la expedición de la misma Convención Americana de Derechos Humanos, cuya finalidad es dar efectivo cumplimiento a las normas del *corpus iuris* interamericano, en especial al contenido del Pacto de San José.

La creación del control difuso de convencional permite una mayor efectividad de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haciendo que los jueces nacionales se vean obligados a seguir las disposiciones del derecho internacional para fundamentar sus decisiones conforme los derechos humanos.

La aplicación adecuada del control de convencionalidad por parte de los operadores judiciales internos permite una mayor descongestión judicial en sede internacional (evitando la configuración del hecho ilícito internacional), pues la declaratoria de responsabilidad del Estado por la vulneración a los derechos fundamentales y humanos se reconoce en sede interna, y así mismo se concede una reparación acorde con el daño causado conforme los estándares internacionales para cada caso.

El juez contencioso administrativo tiene la obligación de actuar como juez convencional en materia de reparación integral, con el objetivo de garantizar los derechos fundamentales de las víctimas, al reconocer la mayor cantidad de medidas de reparación para cada caso en concreto conforme la proporcional de aquella con el daño causado por las acciones u omisiones del Estado colombiano.

La reparación integral, no es un concepto meramente compensatorio o indemnizatorio, pues si bien a través de medidas pecuniarias de reparación es posible

resarcir los daños materiales e inmateriales ocasionados a las víctimas, existen medidas que van más allá de la indemnización las cuales buscan la redignificación de quienes fueron afectados por el hecho causante del daño, siendo estas las medidas simbólicas de reparación, dentro de las cuales se destacan: satisfacción, rehabilitación, garantía de no repetición, restitución.

Si bien la reparación integral implica el reconocimiento de medidas pecuniarias como no pecuniarias de reparación, es necesario que el operador judicial identifique el daño ocasionado y reconozca aquellas medidas que de manera proporcional otorguen una reparación efectiva a la víctima, por lo tanto, no en todos los asuntos conocidos por el juez se requerirá de la concesión de todo tipo de medidas de reparación.

El juez contencioso administrativo ha aplicado el control de difuso de convencionalidad en materia de reparación integral acudiendo a las normas del *corpus iuris* interamericano y, en particular, a las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta aplicación del control difuso de convencionalidad se puede demostrar en los asuntos que el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo, ha presentado una evolución en su jurisprudencia respecto del concepto de reparación integral, pasando de un plano indemnizatorio, a un escenario mucho más garantista con los derechos humanos cuando efectivamente determina la configuración de un daño que ha ocasionado graves violaciones a los estos derechos convencionalmente protegidos.

El juez contencioso administrativo se reconoce a sí mismo como un juez convencional, pues considera que, al ser el garante de la aplicación adecuada del régimen de responsabilidad del Estado, debe adecuar sus pronunciamientos a las disposiciones internacionales sobre derechos humanos. Tal forma de entender el rol del juez convencional promueve el respeto y cumplimiento de ese tipo de derechos, y evita que el Estado sea condenado en instancias internacionales por los hechos ya reparados en sede nacional.

Referencias

- Acosta López, J. I., & Bravo Rubio, D. (2008). El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Énfasis en la experiencia colombiana. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 6(13), 323-362. Obtenido de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13910>

- Bazan, V. (2012). El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. En V. Bazan, & C. Nash, *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad* (págs. 17-55). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung. Obtenido de https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=9c315d40-c6c1-42b9-7f29-a0947f851aa5&groupId=252038
- Brewer-Carías, A., & Santofimio Gamboa, J. O. (2013). *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cárdenas Caycedo, O. A. (2018). *Interpretación normativa. Formalismo y antiformalismo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Ibañez.
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. (26 de septiembre de 2006). 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_154_esp.pdf
- Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. (25 de noviembre de 2003). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf
- Castilla, K. (2011). El Control de Convencionalidad: Un Nuevo Debate en México a Partir de la Sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 11, 593–624. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/363/625>
- Convención Americana de Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969). Organización de los Estados Americanos. San José de Costa Rica, Costa Rica: Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1° de octubre de 1999). *Opinión Consultiva OC-16/99-Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*. San José: CIDH. Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf
- Cubides Cárdenas, J. A., & Chacón Triana, N. (2015). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 53-94. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/86>
- Ferrer Mac.Gregor, E., & Sánchez Gil, R. (2013). *Control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad* (1 ed.). México D.F, México: Editoriales Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Obtenido de <http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/4-Control-difuso.pdf>

- García Ramírez, S. (2011). El Control Judicial Interno de Convencionalidad. IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*(28), 123-159. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222189007>
- Gil Botero, E. (2014). *La Constitucionalización del Derecho de Daños-Nuevo sistema de daño en la responsabilidad extracontractual del Estado* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Temis.
- González De La Rosa, E., & Rodríguez De La Rosa, L. G. (2016). El acuerdo sobre las víctimas del conflicto entre el gobierno nacional y las FARC a la luz de los estándares internacionales de reparación integral. *Revista Científica CODEX*, 2(2), 95-113. Obtenido de <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/3390>
- Häberle, P. (2010). El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. En D. Valdés, & H. Fix-Zamudio, *Formación y perspectivas del Estado mexicano* (págs. 151-188). México D.F: UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3384/30.pdf>
- Hernández Castaño, D. P. (2014). *Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Hitters, J. C. (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*(10), 131-156. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>
- Ibáñez Rivas, J. M. (2012). Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*(8), 103-113. doi:10.5354/0718-2279.2012.20555
- Jinesta, E. (2011). La Construcción de un Derecho Administrativo común interamericano: Reformulación de las fuentes del Derecho Administrativo con la Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*(11), 307-323. Obtenido de http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/CONSTRUCCI%C3%93N%20DE%20UN%20DERECHO%20ADMINISTRATIVO%20COM%20C3%9A%20INTERAMERICANO.PDF
- Ley 1448. (10 de junio de 2011). Congreso de la República. *Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.096 de 10 de junio de 2011. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html
- Ley 795. (25 de Julio de 2005). Congreso de la República. *Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*. Bogotá D.C, Colombia:

- Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0975_2005.html
- Medellín Urquiaga, X. (2013). *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Principio Pro Persona*. (1 ed.). México D.F, México: Editorial Alberto Nava Cortez. Obtenido de http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/1-Principio_pro-persona.pdf
- Mora Méndez, J. A. (2014). La excepción de inconventionalidad y su aplicación en los procesos judiciales. *Revista electrónica de la Facultad de Derecho ULACIT - Costa Rica*, 54-70. Obtenido de http://www.ulacit.ac.cr/files/revista/articulos/esp/resumen/96_art.jorgeandrs moralisto.pdf
- Quinche Ramirez , M. (2014). *El Control de Convencionalidad*. Bogotá D.C, Colombia: Editorial Temis.
- Quinche Ramírez, M. F. (2014). *El Control de Constitucionalidad* (1 ed.). Bogotá D., Colombia: Editorial Ibañez.
- Quinche Ramírez, M. F. (2015). *Derecho Constitucional Colombiano* (2 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Temis.
- Rousset Siri, A. J. (2011). El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derecho Humanos*(1), 59-79. Obtenido de <http://www.cladh.org/wp-content/uploads/2012/07/a1-n1-2011-art03.pdf>
- Ruiz-Chiriboga, O. (2010). The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin-America. *Inter-American and European Human Rights Journal*, 3(1-2), 200-219. Obtenido de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1929887
- Sangüés, N. P. (2011). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la “Constitución Convencionalizada”. *Parlamento y Constitución*(14), 143-152. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32257.pdf>
- Santofimio Gamboa, J. O. (2010). *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. (2014). Convencionalidad y Derecho Administrativo: interacciones sistemáticas en el Estado Social de Derecho que procura la eficacia de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de gentes. En A. Montaña Plata, & A. F. Ospina Garzón, *La Constitucionalización del Derecho Administrativo* (págs. 614-656). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia Acción de Grupo AG. (2 de octubre de 2008). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: *Myriam Guerrero de Escobar*.

- Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 52001-23-31-000-2004-00605-02(AG).
Obtenido de [http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/304Caso%20Guerrero%20Ramirez%20y%20otros/Referentes/52001-23-31-000-2004-00605-02\(AG\).pdf](http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/304Caso%20Guerrero%20Ramirez%20y%20otros/Referentes/52001-23-31-000-2004-00605-02(AG).pdf)
- Sentencia C-225. (18 de mayo de 1995). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente No. L.A.T.-040.
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>
- Sentencia C-613. (4 de septiembre de 2013). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá, Colombia: Referencia: expedientes D-9405 y 9411.
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-613-13.htm>
- Sentencia de Reparación Directa 15724. (30 de agosto de 2007). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C.P.: Ramiro Saavedra Becerra*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 20001-23-31-000-1997-03201-01(15724).
Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/20001-23-31-000-1997-03201-01\(15724\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/20001-23-31-000-1997-03201-01(15724).pdf)
- Sentencia de Reparación Directa 15838/18075/25212. (25 de mayo de 2011). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08789-01(15838, 18075, 25212 acumulados).
Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/52001-23-31-000-1997-08789-01\(15838\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/52001-23-31-000-1997-08789-01(15838).pdf)
- Sentencia de Reparación Directa 18436. (18 de febrero de 2010). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C.P.: Mauricio Fajardo Gomez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 20001-23-31-000-1998-03713-01(18436).
Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/20001-23-31-000-1998-03713-01\(18436\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/20001-23-31-000-1998-03713-01(18436).pdf)<http://relatoria.consejodeestado.gov.co/>
- Sentencia de Reparación Directa 18747. (25 de mayo de 2011). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00515-01(18747).
Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/52001-23-31-000-1998-00515-01\(18747\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/52001-23-31-000-1998-00515-01(18747).pdf)
- Sentencia de Reparación Directa 19195. (31 de agosto de 2011). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicado número: 52001-23-31-000-1997-08938-01(19195).
Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-330168835>
- Sentencia de Reparación Directa 19345. (18 de julio de 2012). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 52 001 23 31 000

1998 00516 01 (19345). Obtenido de <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/didh/despacho%20Jaime%20Santofimio/Caso%20Muerte%20de%20soldado%20Delicias%20V.pdf>

Sentencia de Reparación Directa 19772. (8 de octubre de 2011). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicado número: 52001-23-31-000-1998-00519-01 (19772). Obtenido de [http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/268Caso%20Avil%C3%A9s%20Fajardo/52001-23-31-000-1998-00519-01\(19772\).pdf](http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/268Caso%20Avil%C3%A9s%20Fajardo/52001-23-31-000-1998-00519-01(19772).pdf)

Sentencia de Reparación Directa 21274. (1 de febrero de 2012). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 54001-23-31-000-1994-08357-01(21274). Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/101/S3/54001-23-31-000-1994-08357-01\(21274\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/101/S3/54001-23-31-000-1994-08357-01(21274).pdf)

Sentencia de Reparación Directa 23603. (20 de junio de 2013). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 54001-23-31-000-1996-09250-01(23603). Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-450234166>

Sentencia de Reparación Directa 24070. (22 de octubre de 2012). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicado número: 52001-23-31-000-2000-00240-01(24070). Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/115/S3/52001-23-31-000-2000-00240-01\(24070\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/115/S3/52001-23-31-000-2000-00240-01(24070).pdf)

Sentencia de Reparación Directa 24734. (27 de febrero de 2013). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 73001-23-31-000-1999-01967-01(24734). Obtenido de [http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/061Caso%20Obando%20Roa/Referentes/73001-23-31-000-1999-01967-01\(24734\).pdf](http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/061Caso%20Obando%20Roa/Referentes/73001-23-31-000-1999-01967-01(24734).pdf)

Sentencia de Reparación Directa 25813. (12 de febrero de 2014). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 19001-23-31-000-2000-02680-01(25813). Obtenido de [http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/335Caso%20Abella%20Pena/19001-23-31-000-2000-02680-01\(25813\).pdf](http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/335Caso%20Abella%20Pena/19001-23-31-000-2000-02680-01(25813).pdf)

Sentencia de Reparación Directa 25981. (24 de octubre de 2013). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00577-01(25981). Obtenido de [https://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/52001-23-31-000-1999-00577-01\(25981\).htm](https://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/52001-23-31-000-1999-00577-01(25981).htm)

- Sentencia de Reparación Directa 26013. (12 de febrero de 2014). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 50001-23-31-000-2000-00001-01(26013). Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/140/S3/50001-23-31-000-2000-00001-01\(26013\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/140/S3/50001-23-31-000-2000-00001-01(26013).pdf)
- Sentencia de Reparación Directa 26737. (3 de diciembre de 2014). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 52 001 23 31 000 1998 00175 01 (26737). Obtenido de <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2014/12/CONDENAN-AL-ESTADO-POR-MASACRE-DE-PUERRES.pdf>
- Sentencia de Reparación Directa 28318. (8 de abril de 2014). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 73-00-123-31-000-2000-02837-01 (28318). Obtenido de http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_f9730abd056a0048e0430a0101510048
- Sentencia de Reparación Directa 28330. (8 de abril de 2014). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación: 73 001 23 31 000 2001 03150 01 (28330). Obtenido de <http://relatoria.consejodeestado.gov.co/>
- Sentencia de Reparación Directa 28618. (14 de mayo de 2014). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación: 52 001 23 31 000 2002 00257 01 (28618). Obtenido de <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/didh/despacho%20Jaime%20Santofimio/Caso%20Da%C3%B1os%20a%20inmueble%20de%20Taquez%20Erazo%20en%20ataque%20a%20Leiva%20-%20Nari%C3%B1o.pdf>
- Sentencia de Reparación Directa 29129. (26 de marzo de 2014). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 54001-23-31-000-1999-00973-01 (29129). Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/556454122>
- Sentencia de Reparación Directa 29273. (25 de julio de 2007). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C.P.: Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02290-01(29273)A. Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-1998-02290-01\(29273\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-1998-02290-01(29273).pdf)
- Sentencia de Reparación Directa 30340. (28 de enero de 2009). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C.P.: Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C, Colombia: Radicado número: 07001-23-31-000-2003-00158-01(30340). Obtenido de [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpensiones/docs/07001-23-31-000-2003-00158-01\(30340\).htm](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpensiones/docs/07001-23-31-000-2003-00158-01(30340).htm)

- Sentencia de Reparación Directa 30520. (16 de mayo de 2016). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 68001-23-15-000-1998-00948-01(30520). Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/644883185>
- Sentencia de Reparación Directa 30823. (9 de julio de 2014). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación: 52 001 23 31 000 2001 01217 01 (30823). Obtenido de [http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/335Caso%20Abella%20Pena/Referentes/52001-23-31-000-2001-01217-01\(30823\).pdf](http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/335Caso%20Abella%20Pena/Referentes/52001-23-31-000-2001-01217-01(30823).pdf)
- Sentencia de Reparación Directa 31250. (20 de octubre de 2014). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00352-01(31250). Obtenido de <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/52001233100019980035201.pdf>
- Sentencia de Reparación Directa 32014. (29 de abril de 2015). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A. *C.P.: Hernan Andrade Rincon*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 520012331000199800580 01 (32014). Obtenido de <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2015/05/FARC-SON-SUJETOS-RESPONSABLES-DE-ACATAR-EL-DIH.pdf>
- Sentencia de Reparación Directa 32407. (16 de mayo de 2016). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número 54001-23-31-000-1999-00038-01(32407). Obtenido de [http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/261Caso%20Ramirez%20Garcia/Referentes/54001-23-31-000-1999-00038-01\(32407\).pdf](http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/261Caso%20Ramirez%20Garcia/Referentes/54001-23-31-000-1999-00038-01(32407).pdf)
- Sentencia de Reparación Directa 34349. (14 de septiembre de 2016). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. *C.P.: Hernan Andrade Rincon*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01825-02(34349)B. Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-2001-01825-02\(34349\)B.pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-2001-01825-02(34349)B.pdf)
- Sentencia de Reparación Directa 34791. (25 de febrero de 2016). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00565-01(34791). Obtenido de [http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/283Caso%20Bolanos/52001-23-31-000-1998-00565-01\(34792\).pdf](http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/283Caso%20Bolanos/52001-23-31-000-1998-00565-01(34792).pdf)
- Sentencia de Reparación Directa 35298. (29 de febrero de 2016). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando*

- Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 05001-23-31-000-2000-04390-01(35298). Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2000-04390-01\(35298\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2000-04390-01(35298).pdf)
- Sentencia de Reparación Directa 36343. (25 de febrero de 2016). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02207-01(36343). Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/76001-23-31-000-2000-02207-01\(36343\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/76001-23-31-000-2000-02207-01(36343).pdf)
- Sentencia de Reparación Directa 39219. (27 de enero de 2016). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 76001-23-31-000-2008-00364-01(39219). Obtenido de [http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/324Caso%20Abello%20Grisales/76001-23-31-000-2008-00364-01\(39219\).pdf](http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/324Caso%20Abello%20Grisales/76001-23-31-000-2008-00364-01(39219).pdf)
- Sentencia de Reparación Directa 45433. (3 de diciembre de 2014). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 73 001 23 31 000 2004 02113 01 (45433). Obtenido de <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2014/12/CONDENAN-AL-ESTADO-POR-MUERTE-DE-DOS-J%20VENES-EN-EL-TOLIMA.pdf>
- Sentencia de Reparación Directa 47868. (3 de marzo de 2014). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 13001-23-31-000-2005-01502-01(47868). Obtenido de [http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/214Caso%20Martinez%20Parrado%20y%20otros/Referentes/13001-23-31-000-2005-01502-01\(47868\).pdf](http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/214Caso%20Martinez%20Parrado%20y%20otros/Referentes/13001-23-31-000-2005-01502-01(47868).pdf)
- Sentencia de Reparación Directa 48824. (1 de febrero de 2016). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 41001-23-31-000-2005-01497-01(48842). Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/628849882>
- Sentencia T-191. (20 de marzo de 2009). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-2123838. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-191-09.htm>
- Sentencia T-426. (24 de junio de 1992). Corte Constitucional. La 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>
- Vera Piñeros, D. (2008). Desarrollo internacional de un concepto de reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario: complementos a la perspectiva de la ONU. *Revista Papel Político*, 13(2), 739-773. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/papel/v13n2/v13n2a11.pdf>

Carlos Alfredo Pérez Fuentes - Franklin Alexis Hernández Peñaloza
Katherine Leal Castañeda - David Francisco Castillo Calderón

Análisis jurisprudencial del derecho a la salud en Colombia*

Jurisprudential analysis of the right to health in Colombia

Recibido: Noviembre 06 de 2018 - Evaluado: Febrero 04 de 2019 - Aceptado: Marzo 21 de 2019.

Carlos Alfredo Pérez Fuentes**
Franklin Alexis Hernández Peñaloza***
Katherine Leal Castañeda****
David Francisco Castillo Calderón*****

Para citar este artículo / To cite this article

Pérez Fuentes, C. A., Hernández Peñaloza, F. A., Leal Castañeda, K., & Castillo Calderón, D. F. (2019) Análisis jurisprudencial del derecho a la salud en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 10(19), 87-124.

* El presente artículo es resultado del proyecto de investigación titulado “análisis jurisprudencial del derecho a la salud a la luz de la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana” desarrollado para optar por el título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

** Abogado, egresado de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, litigante, candidato a Magister en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Externado de Colombia. Joven Investigador del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (COLCIENCIAS).
Correo electrónico: abog.carlosperez@gmail.com

*** Abogado, egresado de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Odontólogo de la Universidad Javeriana de Bogotá, Especialista en Gerencia en Servicios de Salud de la Universidad de Santander sede Cúcuta y especialista en Derecho Público de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Subsecretario de Aseguramiento y Control de Atención en Salud del municipio de San José de Cúcuta, Norte de Santander.
Correo electrónico: franklinhernandez2@gmail.com

**** Abogada, egresada de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, litigante, especialista en Derecho Público de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.
Correo electrónico: kathaleal@live.com

***** Abogado, egresado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, especialista en Derecho Público de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Director del Instituto de Deportes de Norte de Santander.
Correo electrónico: indenorte@nortedesantander.gov.co

Resumen: El presente artículo de investigación de resultados nace con la finalidad de compartir a la sociedad colombiana el desarrollo jurisprudencial de la naturaleza jurídica del derecho a la salud, esto, debido a que es un derecho que, a pesar de ser de carácter prestacional, se encuentra ligado íntimamente con el derecho a la vida y el principio fundante del Estado Social de Derecho de la Dignidad Humana. De esta forma, se planteó como objetivo general analizar la naturaleza jurídica actual y la evolución del derecho a la salud a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. El presente estudio se realizó desde un enfoque cualitativo que pretende comprender los escritos que interpretan la realidad vivida por los hombres y mujeres. Para ello, se tomó como técnica de recolección de información, la revisión documental que permite recolectar la información relevante para la resolución de la pregunta de investigación y posteriormente, ser analizada a través de la técnica de análisis dinámico del precedente judicial que permitió reconocer el desarrollo evolutivo del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Como resultados se evidencia la evolución de la naturaleza jurídica del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico colombiano, razón por la cual se concluye que este derecho es complejo debido a la diversidad de obligaciones que conlleva para el Estado y la sociedad la búsqueda de su aplicación efectiva. A través del presente análisis jurisprudencial se puede establecer en qué momentos históricos este derecho a evolucionado en su carácter como derecho, servicio público, derecho prestacional, derecho en conexidad y finalmente, derecho fundamental autónomo.

Palabras claves: Derecho a la salud, derecho fundamental, derecho autónomo, derecho prestacional, servicio público.

Abstract: The purpose of this article is to share the current state of the concept of jurisprudential development of the legal nature of the right to health in Colombia, Despite Being of a social nature, it is closely linked to the right to life and the founding principle of the Social State of Human Dignity Law. In this way, he stated as a general objective a general objective “to analyze the current legal nature and evolution of the right to health in the light of the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court”. The present study was carried out from a qualitative approach that seeks to understand the writings that interpret the reality lived by the qualitative men and women in which it is intended to understand the reality lived by the men and women and expressed to through the writings by him. For this, the document review technique was used as an information collection technique that allows the collection of the relevant information for the resolution of the research question and later, to be analyzed through the dynamic analysis technique of the judicial precedent that allowed to recognize the evolutionary development of the right to health in the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court. The results show the evolution of the legal nature of the right to health in the Colombian legal system, which is why it is concluded that this right is complex due to the diversity of obligations that the State and society entail. Search for its effective application. Through this jurisprudential analysis it can be established at what historical moments this right has evolved in its character as law, public service, benefit law, right in connection and finally, autonomous fundamental law.

Key words: Right to health, fundamental right, autonomous right, benefit law, public service

Resumo: O objetivo deste artigo de pesquisa é compartilhar com a sociedade colombiana o desenvolvimento jurisprudencial da natureza jurídica do direito à saúde, já que se trata de um direito que, apesar de ser de natureza beneficente, está intimamente ligado ao direito à vida e ao princípio fundador do Estado Social de Direito da Dignidade Humana. Desta forma, o objetivo geral foi analisar a natureza jurídica atual e a evolução do direito à saúde à luz da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana. No entanto, ao contrário da metodologia, o presente estudo foi realizado a partir de uma abordagem qualitativa que procura compreender os escritos que interpretam a realidade vivida por homens e mulheres qualitativas. Para este efeito, a revisão documental foi tomada como uma técnica de recolha de informação, que permite recolher a informação relevante para a resolução da questão de investigação e posteriormente analisada através da técnica de análise dinâmica do precedente judicial, o que permitiu que o desenvolvimento evolutivo do direito à saúde fosse reconhecido na jurisprudência do Tribunal Constitucional colombiano. Os resultados mostram a evolução da natureza jurídica do direito à saúde no sistema jurídico colombiano, razão pela qual se conclui que este direito é complexo devido à diversidade de obrigações que o Estado e a sociedade implicam na busca de sua efetiva aplicação. Através desta análise jurisprudencial, é possível estabelecer em que momentos históricos este direito evoluiu no seu carácter de direito, serviço público, direito de propriedade, direitos conexos e, finalmente, um direito fundamental autónomo.

Palavras chave: Direito à saúde, direito fundamental, direito autónomo, direito ao benefício, serviço público.

Résumé: Le but de cet article de recherche est de partager avec la société colombienne le développement jurisprudentiel de la nature juridique du droit à la santé, en raison du fait qu'il s'agit d'un droit qui, bien que de nature bénéfique, est intimement lié au droit à la vie et au principe fondateur de l'Etat de droit social de la dignité humaine. L'objectif général était ainsi d'analyser la nature juridique actuelle et l'évolution du droit à la santé à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne. Cependant, contrairement à la méthodologie, la présente étude a été réalisée à partir d'une approche qualitative qui cherche à comprendre les écrits qui interprètent la réalité vécue par les hommes et les femmes qualitatives. Cette fin, l'examen documentaire a été considéré comme une technique de collecte d'informations qui permet de recueillir les informations pertinentes pour la résolution de la question de recherche, puis de les analyser par la technique d'analyse dynamique de la jurisprudence, qui a permis de reconnaître dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne le développement du droit à la santé. Les résultats montrent l'évolution de la nature juridique du droit à la santé dans le système juridique colombien, d'où la conclusion que ce droit est complexe en raison de la diversité des obligations que l'État et la société imposent dans la recherche de son application effective. Cette analyse jurisprudentielle permet d'établir à quels moments historiques ce droit a évolué en tant que droit, service public, droit de propriété, droits voisins et enfin droit fondamental autonome.

Mots-clés: Droit à la santé, droit fondamental, droit à l'autonomie, droit de bénéficiaire, droit de bénéficiaire, service public.

SUMARIO: Introducción. 1. Derechos fundamentales, constitucionales y humanos a partir de la Carta de 1991. 2. Obligaciones estatales frente al cumplimiento de deberes. 3. Los derechos en la Carta Política de 1991. 4. Fuente de los derechos fundamentales. 5. Los derechos sociales fundamentales en la teoría del derecho constitucional contemporáneo colombiano. - Problema de investigación. - Metodología. - Plan de redacción. – Resultados de investigación. 1. Identificar el punto arquimédico como sentencia dominante en el desarrollo jurisprudencial de la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia. 2. Realizar una ingeniería reversa de caracterización de nichos citacionales que identifiquen las sentencias hito frente al objeto de estudio. 2.1. El carácter de derecho fundamental a la salud. (Sentencia T-275 de 2016). 2.2. Derecho a la salud como derecho fundamental autónomo - reiteración de jurisprudencia (Sentencia T-301 de 2016). 2.3. Derecho a la salud-doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público (sentencia T-590 de 2016). 2.4. Derecho a la salud como derecho fundamental-reiteración de jurisprudencia sobre protección por tutela – sentencia T-720 de 2016. 2.5. Derecho a la salud-reiteración de jurisprudencia sobre carácter fundamental y procedencia para su protección. – sentencia T-314 de 2016. 3. Construir una línea jurisprudencial con base en las sentencias hito en materia de naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia. – Conclusiones - Referencias.

Introducción

El presente artículo de investigación de resultado nace con la finalidad de compartir a la sociedad colombiana el estado actual del concepto jurisprudencial de la naturaleza jurídica del derecho a la salud, esto, debido a que es un derecho que, a pesar de ser de carácter prestacional, se encuentra ligado íntimamente con el derecho a la vida y el principio fundante del Estado Social de Derecho de la Dignidad Humana.

Los diarios de amplia difusión a nivel nacional demuestran los problemas que nacen a partir de la comprensión de la temática del derecho a la salud¹. Los problemas

¹ Sobre las problemáticas del sistema de salud en Colombia se pueden evidenciar diferentes diarios de amplia circulación nacional, tales como: Dinero (2018) el cual observa que a pesar de que el Estado cuenta con un 95% de cobertura, más del 70% de afiliados se encuentran insatisfechos en el cumplimiento del derecho a la salud según una encuesta del Banco Interamericano de Desarrollo. En este mismo sentido, el diario La Vanguardia (2018) el problema del sistema de salud aqueja financieramente a EPS, IPS y todo el sector de la salud debido a que ninguna de las soluciones planteadas por el Gobierno ha sido eficiente, tan solo han sido paliativos que no han solucionado la problemática. El Espectador (2012) en su columna “los tres males del sistema de salud” desarrolló las problemáticas que aquejan al sistema haciendo referencia a la corrupción, el grave sistema de financiamiento que posee y la divergencia de objetivos entre los gremios del sector. En este punto, la Ministra de Salud Martha Lucía Ospina designada para el año 2012 por el Gobierno de turno mencionó que las dificultades del sistema se derivaban de lo operativo o de la normatividad; no obstante, a la fecha no han existido verdaderas soluciones al problema, tal y como evidencia en algunos de los diarios relacionados.

del Plan Obligatorio de Salud (POS)² que consiste en el derecho que posee un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud de Colombia (SGSSS) a la protección, prevención, curación de enfermedades, suministro de medicamentos para el afiliado y su grupo familiar, además de las prestaciones sociales en caso de licencias de maternidad (Además de éste, se encuentra el POS-S, hace referencia al Plan Obligatorio de Salud en el Régimen Subsidiado, éste el concebido por el Minsalud como: “El conjunto de actividades, procedimientos e intervenciones, servicios, insumos y medicamentos al que tienen derecho los afiliados al Régimen Subsidiado” (Ministerio de Salud, 2019); También se evidencian como problemáticas la falta de atención y la estabilidad financiera del Sistema de Salud son unos de los principales flagelos que aquejan en términos de derechos humanos a la sociedad colombiana.

De modo que proporcionarle una herramienta como una línea jurisprudencial con la que la comunidad pueda exigir sus derechos puede ser una forma clara de apoyar al desarrollo del estado social de derecho. Además, la actualización jurídica en este campo es fundamental para la comunidad jurídica y académica en general debido a que le permite conocer sobre la temática y a su vez, emitir críticas propositivas que permitan el mejoramiento del sistema.

Como se puede observar en el planteamiento del problema, los problemas sociales derivados de la divergencia conceptual en torno al derecho a la salud y la realidad de millones de personas enfermas que requieren atención médica han generado una profunda crisis en el sistema jurídico colombiano que ha trastocado la dimensión económica, social, cultural e institucional del Estado colombiano. De aquí, que comprender el estado actual de la naturaleza jurídica del derecho a la salud pueda permitir identificar en el complejo arquitectónico jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana, ¿A que tienen derecho los colombianos cuando se habla de derecho a la salud?

De esta forma, el presente trabajo de investigación se desarrolló bajo el siguiente enfoque teórico:

² Sobre la problemática del Plan Obligatorio de Salud (POS) se puede evidenciar la noticia “Siguen los problemas del nuevo POS” desarrollada por el diario El Espectador (2012) en la que se mostraba que las Empresas Promotoras de Salud, luego de que el Gobierno anunciara la unificación del POS colapsaron al encontrar que las Unidades de Pago por Capitación (UPC) durante la unificación de los regímenes contributivo y subsidiado, por orden de la Sentencia T-760 de 2008, no pudo sostener el incremento de demanda del servicio, razón por la cual terminaron colapsando, el Estado quedó debiendo dinero y los usuarios sin garantía de su derecho a la salud. En concordancia, el diario La Vanguardia (2012) relaciona dicha problemática en la noticia “Nuevo POS... pacientes con los mismos problemas”, situación que se ha venido acentuando con los pasar de los años, ya que el diario Semana (2017) en la noticia “Qué va pasar sin el POS” relacionado con el artículo 15 de la Ley Estatutaria de Salud, encontró puntos neurálgicos que pretendieron solucionar la problemática del acceso al derecho a la salud.

1. Derechos fundamentales, constitucionales y humanos a partir de la Carta de 1991

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 consagra dentro de su tenor literal que la acción de tutela nacerá con el ánimo de garantizar “la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (Quinche Ramirez, 2011, pág. 49). Especial consonancia que se constituye con lo reglamentado en el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 que establece que la acción de tutela estará constituida para garantizar la protección de dichos derechos³.

Ahora bien, frente a la distinción entre derechos humanos, fundamentales y constitucionales retomando el autor en mención se observa que los derechos humanos se tratan de “una categoría general que le pertenece al derecho internacional público.” (Quinche, M. 2011, pág. 51). A su vez, los derechos humanos representan aquella serie de obligaciones de respeto y garantía que tiene el Estado, en relación con las personas, por lo que, sustentado en la anterior premisa, parece claro que únicamente el Estado puede ser responsable por la vulneración de esos derechos.

De esta forma, aunque dichos derechos nacen con el fin de declarar la responsabilidad internacional del Estado por su incumplimiento y deja claro que la garantía de cumplimiento de los mismos se encuentra en cabeza del Estado, hoy en día la vulneración de dichos derechos se ha extendido hacia sujetos particulares, grupos al margen de la ley, instituciones bancarias, empresas prestadoras de salud, laboratorios farmacéuticos, entre otros.

Frente a los derechos constitucionales, observa Quinche, M. que: “se trata aquí de una categoría específica que le pertenece al derecho público interno, que corresponde a los distintos derechos humanos establecidos en el sistema internacional que han sido positivizados en los sistemas estatales, por medio de las Constituciones Políticas de los Estados” (Quinche Ramirez, 2011, pág. 51). De esta forma, las Constituciones promueven la promoción de derechos que a pesar de ser reconocidos por su carácter

³ En este punto, Quinche, M. (2011) menciona que la interpretación de la Constitución Política de 1991 y del Decreto-Ley de carácter sustantivo expedido por el presidente de la República en funciones extraordinarias atribuidas por el Constituyente ha tenido dos grandes vertientes a saber. La primera restrictiva y formalista, retoma los conceptos del Consejo de Estado y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en donde se observa que los derechos fundamentales solo son aquellos taxativamente consagrados en la Constitución y reconocidos por la misma como “fundamentales”. Y la segunda interpretación, más amplia y de carácter funcional, sistemática y finalista que pretende garantizar todos los derechos que tengan un carácter iusfundamental, entre estos, los desarrollados por la Corte Constitucional colombiana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bloque de Constitucionalidad, entre otros, interpretación que va en consonancia con las decisiones de los tribunales internacionales y tendencias del derecho internacional público.

positivo carecen del carácter iusfundamental que le caracteriza, ejemplo de ello, la libertad de empresa como derecho económico.

Ahora bien, frente a los derechos fundamentales observa Quinche, M. (2011) que los mismos hacen parte del derecho público interno, aunque también hagan parte del plano internacional como la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, la gran diferencia se encuentra en su valor de ser “derechos humanos positivizados por vía constitucional, pero con garantía reforzada” (Quinche Ramirez, 2011, pág. 52) en la misma lógica (Uprimny, 1996) observa que “la diferencia entre los derechos constitucionales en general y los derechos fundamentales es esencialmente el reforzamiento de la garantía.

En efecto, no todos los derechos constitucionalizados son derechos fundamentales, ya que estos últimos gozan de unas garantías suplementarias”. En concordancia con lo anterior, la sentencia T-760 de 2008 del M.P. Manuel José Cepeda Espinosa considera como derechos fundamentales “1) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y 2) todo derecho que funcionalmente dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo” (Quinche Ramirez, 2011, pág. 52)

2. Obligaciones estatales frente al cumplimiento de los derechos

Ahora bien, Quinche, M. (2011) frente a la temática obligacional de los derechos y el Estado observa que ya sean derechos constitucionales, humanos o fundamentales, se debe explicitar que tipo de obligaciones posee el Estado frente a los titulares de los derechos.

De esta forma, el autor colombiano retomando a los teóricos Abramovich y Curtis (2006) desarrolla una tipología de obligacional a la cual ningún Estado puede huir en su estricto cumplimiento: obligaciones negativas o deberes de abstención y de respeto sobre los derechos; obligaciones positivas, deberes de prestación y de protección; obligaciones de regulación y finalmente, obligaciones de garantía o de satisfacción.

Frente a las primeras se observa que son aquellas obligaciones que “son de contenido negativo e implican que el Estado no debe vulnerar con su acción el ejercicio del derecho. Se trata aquí de deberes de abstención” (Quinche Ramirez, 2011, pág. 53). De aquí que se haga especial énfasis en aquella abstención que tiene el Estado de generar políticas que vulneren directa o indirectamente los derechos humanos, en este punto se retoma el artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴.

⁴ Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que

El segundo tipo de obligaciones son las llamadas “positivas, de deberes de prestación y de protección”, en este tipo no basta con que el Estado se abstenga de vulnerar los derechos de las personas, “es necesario que facilite, propicie, haga cuanto esté a su alcance, para que las personas puedan gozar y realizar sus derechos” (Quinche Ramirez, 2011, pág. 54).

De esta manera, tratándose de derechos de carácter social como la garantía del derecho a la salud, se observa que: “si se trata de derechos sociales, el Estado debe diseñar políticas eficaces y respuestas de los derechos fundamentales, que permitan la realización del derecho a la salud, al trabajo, a la educación, etcétera.” (Quinche Ramirez, 2011, pág. 54).

A su vez, menciona que: “el Estado no puede ni debe permitir el monopolio en el manejo de las medicinas de parte de los laboratorios o las empresas multinacionales, pues al impedir el acceso a las medicinas, permite la vulneración del derecho a la salud, la integridad personal y la vida (Quinche Ramirez, 2011, pág. 54). En consonancia con lo anterior, se retoma el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece este tipo de obligaciones⁵.

El tercer tipo de obligaciones “de regulación” las cuales obligan al Estado a “regular los derechos, completando su contenido y permitiendo su realización por medio de normas jurídicas” (Quinche Ramirez, 2011, pág. 55). Dicho de otro modo, los Estados están en la obligación de regular los derechos de las personas para que éstas puedan exigir la garantía de sus derechos.

Sin embargo, los Estados no han realizado dichas labores para lo cual, como caso ejemplar de la Corte Constitucional colombiana en sentencia C-209 de 2007 del M.P. Manuel José Cepeda Espinosa desarrolló la teoría de la inexequidad de leyes por omisión legislativa, la cual en reconocimiento del valor de la Carta de 1991⁶.

esté sujeto a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, política económica, nacimiento, o cualquier otra condición social.

⁵ Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁶ Al respecto, Quinche (2011) menciona que: (...) el legislador incurre en omisión legislativa relativa cuando ha regulado de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional; o cuando dicha insuficiencia de regulación (omisión de una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella) o incompleta reglamentación, conduce a la violación del derecho a la igualdad” (pág. 55).

Finalmente, las obligaciones de “garantía o de satisfacción” son aquellas que implican el aseguramiento del ejercicio del derecho cuando estas no lo pueden hacer por sí mismo. Abramovich y Curtis (2006) mencionan que ejemplo de ello es el aseguramiento del acceso a servicio de salud, educación, alimentación, etc., por parte del Estado⁷.

3. Los derechos en la Carta Política de 1991

La Carta de 1991 acogió tres grandes generaciones de derechos, entre estos: fundamentales, sociales y culturales, colectivos y de medio ambiente. De este modo, la Corte Constitucional Colombiana en uso de su facultad de interprete superior de la Constitución de 1991 ha tenido diferentes interpretaciones frente a la graduación de dichos derechos. En un primer momento, un criterio formalista que distingue por orden generacional los derechos, teniendo mayor importancia los de primera generación. Una segunda, integral y sistemática, que comprende que los derechos consagrados en la Constitución deben interpretarse de acuerdo a su posición iusfundamental y, por lo tanto, dichas distinciones son artificiales y meramente académicas, además esta posición encuentra especial consonancia por lo observado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En este punto, se puede observar que los derechos fundamentales son en sentido objetivo “aquellas normas que forman parte del sistema de identificación del ordenamiento jurídico” (Quinche Ramirez, 2011, pág. 56) y por otro lado, aquellos derechos subjetivos o libertades potestades que el ordenamiento jurídico positivo establece para que no se afecte la libre elección de los planes de una persona (Peces, 2004, pág. 24).

En este sentido, los derechos económicos, sociales y culturales son conforme a la Sentencia T-008 de 1992 aquellas garantías de carácter prestacional o asistencial cuya principal característica no se circunscribe a una posibilidad individual, sino que impone una obligación al Estado, en la que el individuo es situado en el marco social, siendo acreedor de ciertos bienes por parte del aparato político e institucional⁸.

⁷ Para profundizar sobre este punto, ver Abramovich, V. y Curtis, C. (2005) *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. Recuperado de: <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/courtis.htm#n6>

⁸ Quinche, M. (2011) observa que: “Básicamente consisten en prestaciones a las que tienen derecho grupos de personas, que deben ser satisfechas, en principio, por medio de directrices o políticas públicas idóneas y eficaces” (pág. 60).

Y finalmente, los derechos colectivos y del ambiente los cuales son entendidos como aquellos que interesan a todos los seres humanos. La Corte Constitucional observa en Sentencia C-215 de 1999 del M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez en la consideración jurídica 2 que son entendidos como “interés que pertenece a todos y cada uno de los miembros de una colectividad determinada, el cual se concreta a través [sic] de su participación ante la administración de justicia, en demanda de su protección”, por lo cual también son llamados “derechos solidarios” (Sentencia C-215, 1999).

4. Fuentes de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, de acuerdo a Quinche, M. (2011) nacen de cinco fuentes a saber: i) Los derechos fundamentales expresamente establecidos en la Constitución, ii) Los derechos fundamentales derivados del Bloque de Constitucionalidad; iii) Los derechos fundamentales reconocidos por las sentencias de corte internacionales (Perez Fuentes, 2017), iv) Los derechos fundamentales reconocidos por la Corte Constitucional y finalmente, v) Los derechos fundamentales innominados que se desarrollan en coherencia con el artículo 94 de la Constitución de 1991. (Bernal Pulido, 2005).

5. Los derechos sociales fundamentales en la teoría del derecho constitucional contemporáneo colombiano

Hablar de derechos sociales en el Estado Social de Derecho colombiano es “hablar de las víctimas de los empresarios, de los negociantes en la salud, de los dueños de los fondos de pensiones y de las víctimas del Ministerio de Protección Social” (Quinche Ramirez, 2011, pág. 117). De aquí que analizar la garantía de tales derechos sea especialmente neurálgica para la dimensión social del Estado colombiano, por ello la Corte Constitucional Colombiana en búsqueda de la garantía de tales derechos potencializó la acción de tutela para garantizar los derechos a la salud, la seguridad social, el trabajo, el mínimo vital, entre otros.

Establecidos entre los artículos 11 al 82 de la Constitución Política se desprendieron las tres generaciones de derechos constitucionales a saber: fundamentales; sociales, económicos y culturales, colectivos y de medio ambiente. Para los cuales han existido diferentes interpretaciones formalistas o sistemáticas como se ha venido mencionando a lo largo de este marco referencial.

Ahora bien, como desarrollo histórico de estos derechos en el contexto colombiano se retoman los estudios de Quinche, R. (2011) en cuanto a la historia

lineal y “evolutiva de los derechos sociales en Colombia y el contenido de los derechos sociales desde el Constitucionalismo Social. Bajo la primera perspectiva histórica se habla de una evolución de los derechos sociales, económicos y culturales que data de la segunda mitad del siglo XX⁹.

Colombia no fue ajena a este movimiento internacional, ratificando varios instrumentos de protección de derechos humanos como: La Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el articulado desde el artículo 42 al 77 hacen parte de una Constitución de 1991 que se garantiza el cumplimiento de dichos parámetros internacionales.

Por otra parte, frente al desarrollo histórico social de los derechos sociales se podrían generar otras categorías, ya que la insuficiencia del modelo de protección individual y la necesidad del modelo de protección social son algunas de las críticas que realiza Quinche R. (2011) en consonancia con Abramovich y Curtis (2006). Entendido bajo otro enfoque los derechos sociales necesitan comenzar a evolucionar desde el desarrollo de un modelo liberal individual, a un modelo de protección y justiciabilidad de los derechos sociales, esto, en razón a los grandes problemas sociales que se observan en la temática de la igualdad, las relaciones contractuales y la estructuración normativa del Estado de Derecho.

El Estado colombiano en búsqueda de la garantía de estos derechos ha ido reconfigurando sus posturas interpretativas con el ánimo de garantizar el principio fundamental de todo ordenamiento jurídico, la dignidad humana.

De esta forma, desde la no garantía de estos derechos por el rango de su generación, la garantía mediante la doctrina de la conexidad y la protección directa por ser derechos sociales fundamentales, la Corte Constitucional ha emitido sentencias tales como la Sentencia T-006 de 2007 en donde ordena el amparo directo del derecho a la calidad de vida y a la salud de un menor que había sufrido un accidente y se le negaba la atención médica en el proceso de recuperación, o el caso de la T-016 de 2007 que dispuso la garantía del “derecho constitucional fundamental a la salud” de una menor con una deformación facial, a la que la EPS

⁹ Las ideas de solidaridad y humanidad se identifican con movimientos tradicionales religiosos tales como el cristianismo, el judaísmo y el islam, posteriormente en el devenir de las ideas marxistas nacen los primeros sistemas de seguridad social europeos, la Constitución Weimar, la Constitución mexicana de 1917 y la introducción al “Estado de Bienestar” son algunos de estos momentos históricos importantes para la solidificación de estos derechos. Sin embargo, no es hasta la segunda guerra mundial y la consolidación de las Naciones Unidas que se habla de un consenso internacional en materia de derechos sociales, económicos y culturales.

le había negado la intervención quirúrgica, alegando que se trataba de un cirugía estética.

Para comprender los derechos sociales como fundamentales se retomará la doctrina generada por el gran jurista colombiano Rodolfo Arango, a quien la Corte Constitucional colombiana ha retomado para argumentar sobre la garantía de estos derechos. Este observa que “Según su *genus proximum* los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales, es decir, derechos subjetivos con un alto grado de importancia.

Pero lo que sí distingue a los derechos sociales fundamentales (*diferencia específica*) es que son «derechos de prestación en sentido estrecho», es decir, derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado” (Arango Rivadeneira, 2005, pág. 37). Según el autor, los elementos estructurales de estos derechos son: los titulares de los derechos sociales fundamentales, es decir, los individuos; los obligados al cumplimiento, es decir, el Estado; el objeto de los derechos sociales fundamentales, entre las cuales se encuentran las obligaciones de acción de los Estados para garantizar dichos derechos.

Ahora, frente a la justiciabilidad de tales derechos es necesario hacer remembranza a los cuatro tipos de obligaciones innatas de los Estados: de abstención, de acción, de regulación y de garantía. Para las cuales el Estado Colombiano debe responder conforme al cumplimiento de su Ley Fundamental y tratados y convenios suscritos que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad.

Sin embargo, en el término de la búsqueda de dicha justiciabilidad han existido diversas posturas como la “neoliberal” que hace especial énfasis en fortalecimiento del mercado o la postura del “modelo de protección de los derechos humanos” que busca hacer efectivo los derechos de las personas aún en contra del mercado mismo.

De esta forma, el modelo neoliberal incumple sus obligaciones internacionales con base en argumentos tales como: el sometimiento de los jueces a los límites de las políticas públicas diseñadas por las leyes, las cláusulas de los derechos sociales solo son aspiraciones sociales, los jueces no pueden tomar decisiones respecto a decisiones que involucran recursos estatales o en sociedad pobre como la colombiana, el cumplimiento del principio de progresividad conlleva a sacrificios y decisiones trágicas (Quinche Ramirez, 2011, pág. 191).

Sin embargo, ante este estado de cosas el Constitucionalismo Social ha generado su propio sentido en el cual la Corte Constitucional ha buscado hacer efectivo los derechos sociales de las personas a pesar de que el mismo Estado se oponga a garantizarlos e incumplir con sus obligaciones internacionales de abstenerse a vulnerar derechos, realizar acciones que promuevan y garanticen los derechos de

las personas, regulen justamente mediante normas a la sociedad y den una garantía real a los derechos de las víctimas del modelo neoliberal.

Problema de investigación

Frente a la naturaleza jurídica del derecho a la salud, la Corte Constitucional colombiana y la doctrina jurídica nacional e internacional han generado una buena cantidad de análisis consistentes en definir su carácter fundamental. Gañan, J. ha de observar que “(...) No obstante el decurso jurisprudencial señalado, aún se escuchan voces sobre el carácter meramente prestacional del derecho a la salud o de su iusfundamentalidad en forma exclusiva por vía conexidad con otros derechos fundamentales” (Gañan Echavarría, 2011, pág. 7).

De aquí, que sea necesario mencionar que el decurso al cual hace referencia el autor ha sido precisamente aquel en el cual la jurisprudencia de la Corte Constitucional a través de sus precedentes ha fijado diferentes puntos de vista en los cuales ha definido el carácter de este derecho. Los artículos 44 y 49 de la Constitución de 1991 han sido interpretados bajo criterios formalistas y restrictivos que se relacionan con la naturaleza prestacional de los derechos de tercera generación desarrollados por la Teoría Trigeneracional de los Derechos Humanos de Vasak en 1970. En años posteriores, la Honorable Corte en uso de sus facultades legales, como interprete autorizada de la Constitución reconsideró la posición adoptada y los interpretó como derecho de doble naturaleza, como derecho fundamental y asistencial; luego, como derecho fundamental en conexidad, derecho fundamental con relaciones a determinadas poblaciones – sujetos de especial protección constitucional, como derecho fundamental en relación con la no entrega o entrega a destiempo de medicamentos establecidos en el Plan Obligatorio de Salud y finalmente, como Derecho Fundamental (Gañan Echavarría, 2011).

Frente al escepticismo hacia su iusfundamentalidad menciona Gañan (2011) que el derecho a la salud en el Estado Social es un verdadero derecho fundamental debido a que posee un carácter universal, irrenunciable e inherente a la persona humana. Este derecho debe ser garantizado de forma integral, debido a que posee una relación directa con el derecho a una vida digna y la eficacia real del principio de igualdad material.

De esta forma, analizar la naturaleza fundamental de este derecho se relaciona con los problemas que giran en torno a la realidad fáctica evidenciada a través del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, cuando se observa en un resumen de los hechos planteado por Cepeda, M. (2001) de la Sentencia T-534 de 1992, una acción de tutela interpuesta por un militar, quien en búsqueda de la

protección de su derecho a la salud encontró la omisión del Estado debido a que éste no había realizado el juramento, generando con ello, la agravación de su enfermedad durante el servicio militar, además del mal diagnóstico de los médicos del batallón¹⁰.

De esta forma, la realidad social se encuentra directamente relacionada con el valor axiológico de las normas jurídicas, las cuales nacen y se convierten en derecho viviente. Por ello, es necesario que las diferentes interpretaciones de las instituciones estatales giren en torno al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

Situaciones como las descritas en la sentencia SU-043 de 1995 sobre enfermos incurables son fundamentales para comprender la importancia del derecho a la salud. El ex magistrado de la Corte Constitucional Cepeda, J. (2001) en recopilación jurisprudencial¹¹ observa que en los casos en los cuales se habla del derecho a la salud y la seguridad social en menores de edad se establece que éstos son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse como una obligación del Estado que se desprende del artículo 44 de la Constitución Política de 1991, de aquí que no interese la ausencia de obligación, legal, reglamentaria o contractual (cobertura familiar), los menores tienen derecho a ser atendidos por el Estado en caso de afección a su salud e integridad física y gozar de seguridad social bajo la protección integral que les hiciera falta¹².

Actualmente, uno de los temas que ha tocado más a la sociedad colombiana es el tema del Plan Obligatorio de Salud, para el cual la Corte Constitucional en innumerables sentencias como la SU-480 de 1997 ha mencionado que “(...) Cuando

¹⁰ Añade Cepeda, M. (2001) en las notas de conclusiones para dicha sentencia que la Corte Constitucional no desarrolló la totalidad de la naturaleza jurídica del derecho fundamental a la salud haciendo referencia al debate interno que se sostenía en la misma desde criterios formalistas o antiformalistas que impedían su iusfundamentalidad como derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. (Cepeda, J. pág. 463, 2001). Sin embargo, cabe notar algunas aclaraciones que para la fecha la Corte realizó frente al derecho a la salud, en la mencionada sentencia, se establece que el derecho el derecho a la vida más que ser una obligación estatal, es un derecho fundamental con el alcance y autonomía suficiente para ser protegido por la acción de tutela; además, en relación con el derecho al servicio de salud es necesario e indispensable en términos de igualdad para la protección de la vida. (Sentencia T-534 de 1992)

¹¹ Acción de tutela ejercida contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS), por parte de la afiliada, madre de una menor, que sufre de una enfermedad congénita. El padecimiento ha sido catalogado por los médicos como incurable, pero a la vez controlable. El ISS, decidió suspender la prestación de servicios médicos, bajo el supuesto según el cual “de conformidad con lo establecido por el Decreto 770 de 1975, la menor no es tributaria de prorroga” en el goce de los servicios de salud. Dicho decreto establece que, al enfermarse, los hijos de los afiliados tienen derecho al servicio de salud durante el primer año de vida, o cuando tiene pronóstico de favorable curación. La afiliada considera que la negativa de ISS vulnera los derechos a la seguridad social, a la salud y a la vida de su hija. (Cepeda, J. pág. 464, 2001).

¹² El exmagistrado observa en notas de conclusión que “En múltiples sentencias, la Corte ha confirmado la doctrina expuesta por la sentencia SU-043 de 1995, en el sentido de considerar el derecho a la seguridad social de los menores como fundamental.” (Cepeda, J., pág. 466, 2001)

lo recetado... no figura en la lista de medicamentos que el Ministerio de Salud o la entidad correspondiente elabora, de todas maneras, la entidad afiladora lo debe proporcionar” (Citado por Cepeda, J. pág. 467, 2001).

En el caso traído a colación se observa la situación de unas personas enfermas de SIDA en el que el Instituto de Seguros Social y EPS Colmena, violentó los derechos a la vida, salud, igualdad y dignidad, al negarse a suministrar los medicamentos que permitirían mejorar la calidad y cantidad vida y capacidad biológica de los enfermos, por no estar incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Para lo cual, la Corte ha establecido que, frente a la relación del derecho a la salud y la seguridad social, los mismos son derechos prestacionales que se convierten en fundamentales en razón a la protección del derecho a la vida¹³.

Al respecto, menciona Cepeda, J. (2001) que la línea jurisprudencial ha sido notablemente reiterada por parte de la Corte Constitucional en observancia a la protección del derecho a la salud en relación con la vida, debido a que la dignidad humana como principio fundamental del Estado Social de Derecho puede verse gravemente vulnerado por otros intereses que no cumplen con los fines del Estado colombiano consagrados en el artículo 2 de la Ley Fundamental.

De esta forma, se plantea la problemática evidenciada a nivel jurisprudencial debido a que teniendo en cuenta lo preceptuado por la Corte Constitucional colombiana en torno a la obligatoriedad de sus precedentes, el derecho viviente se encuentra en constante transformación y por ello, se hace necesario formular la siguiente pregunta de investigación ¿Cuál es la naturaleza jurídica actual y evolución del derecho a la salud a la luz de la jurisprudencia constitucional colombiana?

Metodología

El presente proyecto de investigación se desarrolla desde un enfoque cualitativo en el que se pretende comprender la realidad vivida por los hombres y expresada a través de los escritos por el (Martínez Miguelez, 2004, pág. 65).

En este orden de ideas, se toma como técnica de recolección de información la revisión documental que permite reconocer de toda fuente de información primaria o secundaria material relevante para la solución de la pregunta de investigación.

¹³ (...) El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos prestacionales propiamente dichos que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema. Son protegidos, se repite, como derechos fundamentales si está de por medio la vida de quien solicita la tutela. (SU-480 de 1997).

La técnica de análisis será la técnica de análisis dinámico del precedente jurisprudencial planteada por López (2009) la cual permite reconocer como ha sido el desarrollo evolutivo del derecho a la salud a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Como instrumento de análisis de la información se toma la ficha de análisis jurisprudencial desarrollada por Yáñez, D. (2014) que permite descomponer la información para categorizarla a través de la técnica de análisis de información del análisis del discurso desarrollada por Santander (2010).

Esquema de resolución del problema

Con el ánimo de resolver la pregunta de investigación ¿Cuál es la naturaleza jurídica actual y evolución del derecho a la salud a la luz de la jurisprudencia constitucional colombiana? se formuló el siguiente objetivo general “analizar la naturaleza jurídica actual y evolución del Derecho a la Salud a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana” el cual se desarrolló a través de los siguientes objetivos específicos: (i) identificar la sentencia arquimédica como providencia dominante en el desarrollo jurisprudencial de la naturaleza jurídica del derecho a la salud, (ii) realizar una ingeniería reversa de caracterización de nichos citacionales que identifiquen las sentencias hito frente al objeto de estudio y (iii) construir una línea jurisprudencial con base en las sentencias hito en materia de naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia y d) conclusiones.

Plan de redacción

El presente plan de redacción fue dirigido a responder tres preguntas fundamentales que correspondían directamente con el objetivo general de la presente investigación.

- ¿Cuál es la sentencia arquimédica como providencia dominante en el desarrollo jurisprudencial de la naturaleza jurídica del derecho a la salud?
- ¿Cómo se ha desarrollado la ingeniería reversa de caracterización de nichos citacionales que identifican las sentencias hito frente al objeto de estudio?
- ¿Cómo ha sido la línea jurisprudencial con base en las sentencias hito en materia de naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia?

Resultados de investigación

1. Identificar el punto arquimédico como sentencia dominante en el desarrollo jurisprudencial de la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia

Frente a la identificación del punto arquimédico como sentencia dominante de línea jurisprudencial para el presente estudio, debe tener en cuenta la categorización de sentencias realizada por la Corte Constitucional colombiana en su relatoría publicada por el portal web.

De esta forma, dicha categorización arrojó los siguientes resultados que se relacionan directamente con la naturaleza jurídica del derecho a la salud a la luz de la jurisprudencia constitucional. i) Fundamentalidad del derecho a la salud-principios rectores como eficiencia, universalidad y solidaridad, ii) Fundamentalidad del derecho a la salud-principios rectores como oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, continuidad, iii) Derecho a la salud como derecho fundamental autónomo-reiteración de jurisprudencia, iv) Derecho a la salud como derecho fundamental-reiteración de jurisprudencia sobre protección por tutela, v) Derecho a la salud-doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público, vi) Derecho a la salud-reiteración de jurisprudencia sobre carácter fundamental y procedencia para su protección, vii) Derecho a la salud-reiteración de jurisprudencia sobre el carácter de fundamental.

Tabla 1

Punto arquimédico del análisis jurisprudencial de la naturaleza jurídica del derecho a la salud a la luz de la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana.

Punto arquimédico del análisis jurisprudencial de la naturaleza jurídica del derecho a la salud a la luz de la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana				
Categorización	Sentencia	Fecha	Magistrado ponente	Puntos arquimédicos
FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios rectores como eficiencia, universalidad y solidaridad	T-478/16	01 de septiembre de 2016	LUIS ERNESTO VARGAS SILVA	PUNTO ARQUIMÉDICO

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios rectores como oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, continuidad	T-096/16	25 de febrero de 2016	LUIS ERNESTO VARGAS SILVA	
	T-275/16	25 de mayo de 2016	JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB	
	T-303/16	15 de junio de 2016	JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB	
	T-306/16	09 de junio de 2016	GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO	
	T-375/16	14 de julio de 2016	GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO	PUNTO ARQUIMÉDICO
DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia	T -002/16	21 de enero de 2016	GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO	
	T-115/16	04 de marzo de 2016	LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ	
	T-301/16	09 de junio de 2016	ALEJANDRO LINARES CANTILLO	PUNTO ARQUIMÉDICO
DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL- Reiteración de jurisprudencia sobre protección por tutela	T-100/16	01 de marzo de 2016	MARÍA VICTORIA CALLE CORREA	
	T-148/16	31 de marzo de 2016	GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO	
	T-171/16	11 de abril de 2016	LUIS ERNESTO VARGAS SILVA	
	T-248/16	17 de mayo de 2016	GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO	
	T-478/16	01 de septiembre de 2016	GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO	
	T-481/16	01 de septiembre de 2016	ALBERTO ROJAS RIOS	
	T-720/16	16 de diciembre de 2016	GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO	PUNTO ARQUIMÉDICO

DERECHO A LA SALUD- Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público	T-142/16	28 de marzo de 2016	ALEJANDRO LINARES CANTILLO	
	T-200/16	26 de abril de 2016	JORGEN IVAN PALACIOS	
	T-243/16	16 de mayo de 2016	GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	
	T-248/16	17 de mayo de 2016	GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO	
	T-301/16	09 de junio de 2016	ALEJANDRO LINARES CANTILLO	
	T-590/16	28 de octubre de 2016	LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ	PUNTO ARQUIMÉDICO
DERECHO A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia sobre carácter fundamental y procedencia para su protección	T-094/16	25 de febrero de 2016	ALEJANDRO LINARES CANTILLO	
	T-314/16	17 de junio de 2016	GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	PUNTO ARQUIMÉDICO
DERECHO A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia sobre el carácter de fundamental	T-275/16	25 de mayo de 2016	JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB	PUNTO ARQUIMÉDICO

Fuente: Elaboración de los autores

De esta forma, se observa que en consonancia con las categorías desarrolladas por la Corte Constitucional al 2017, los puntos arquimédico del objeto de estudio son:

- a. Fundamentalidad del derecho a la salud-principios rectores como eficiencia, universalidad y solidaridad. Sentencia T-478/16 del 01 de septiembre de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas silva.
- b. Fundamentalidad del derecho a la salud-principios rectores como oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, continuidad. Sentencia T-375/16 del 14 de julio de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza martelo.
- c. Derecho a la salud como derecho fundamental autónomo-reiteración de jurisprudencia. Sentencia T-301/16 del 09 de junio de 2016. M.P. Alejandro linares cantillo.

- d. Derecho a la salud como derecho fundamental-reiteración de jurisprudencia sobre protección por tutela. Sentencia T-720/16 de 16 de diciembre de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza martelo.
- e. Derecho a la salud-doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público. Sentencia T-590/16 de 28 de octubre de 2016. M.P. Luis Guillermo guerrero Pérez.
- f. Derecho a la salud-reiteración de jurisprudencia sobre carácter fundamental y procedencia para su protección. Sentencia T-314/16 de 17 de junio de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz delgado.
- g. Derecho a la salud-reiteración de jurisprudencia sobre el carácter de fundamental. Sentencia T-275/16 de 05 de mayo de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Desde este punto de vista se tomarán las sentencias consideradas como dominantes al ser puntos arquimédicos relacionados con la categorización realizada por la Corte Constitucional al observar al derecho a la salud como derecho fundamental, derecho fundamental autónomo, servicio público y el ámbito proteccionista de este derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. Ahora bien, se tomarán las sentencias T-720, T-301, T-590, T-314 y T-275 del año 2016 por encontrarse directamente relacionadas con el objeto de estudio de la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia.

2. Realizar una ingeniería reversa de caracterización de nichos citacionales que identifiquen las sentencias hito frente al objeto de estudio

2.1. El carácter de derecho fundamental a la salud. (Sentencia T-275 de 2016)

Las consideraciones de la Corte Constitucional colombiana en sentencia T-275 de 2016 del M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub arrojan como resultados hacia la ingeniería reversa de dicha sentencia e identificación del nicho citacional entorno a sentencias hito en la materia en el siguiente apartado.

La Organización de la Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 48 de la Constitución Política de 1991 han establecido que la salud es un estado de completo bienestar, mental y social; es un derecho fundamental que posee todo ser humano a vivir un nivel de vida adecuado, sin distinción de raza,

ideología política, religión o condición económica y social; en Colombia, es un servicio público de carácter obligatorio que presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Por esta razón, se expidió la Ley 100 de 1993, en donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento. Para esta sentencia, se comprende que los debates sobre el derecho a la salud con una doble connotación, es decir, como derecho a través del cual todos deben acceder a él, y como servicio público debido a que el Estado le corresponde reglamentar la temática; es necesario establecer que inicialmente, el derecho a la salud fue derecho prestacional, que posteriormente se vinculó con la fundamentalidad a través de la tesis de la conexidad, que concedería la posibilidad de protección a través de acción de tutela.

Al respecto, se desarrollan las sentencias T-494 de 1993 y T-395 de 1998; en el primer caso, la Corte en estudio de una persona privada de la libertad encontró la relación entre el derecho a la salud con el derecho a la integridad personal y, en el segundo, dio cuenta que el derecho a la salud no era un derecho fundamental sino prestacional¹⁴. No obstante, la Corte en sentencia T-1081 de 2001 comprendió el derecho a la salud como fundamental y autónomo en sujetos de especial protección constitucional y posteriormente, en la Sentencia T-016 de 2017¹⁵ amplió la tesis estableciendo que los derechos fundamentales están revestidos con valores y principios del Estado Social de Derecho, más no por su positivación o designación expresa del legislador.

Con respecto a lo anterior, se presenta la siguiente línea jurisprudencial sobre el carácter de derecho fundamental a la salud en Colombia.

¹⁴ Siguiendo la Sentencia T-395 de 1998, ésta establece que: “Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en sí mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida. (...) Sin embargo, la protección del derecho a la salud está supeditada a consideraciones especiales, relacionadas con la reconocida naturaleza prestacional que este derecho tiene.”

¹⁵ Siguiendo la Sentencia T-016 de 2017, ésta establece que: (...) la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos **todos** son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución.

Tabla 2

Ficha de análisis jurisprudencial. El carácter de derechos fundamental a la salud.

Ficha de análisis dinámico jurisprudencial (López, 2009)			
¿Cuál es la naturaleza jurídica actual del derecho a la salud a la luz de la Jurisprudencia constitucional colombiana? Sentencia T-275 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub			
Servicio Público	Derecho y Servicio Público	Teoría de la Conexidad	Derecho Fundamental
Organización de Naciones Unidas Organización Mundial de la Salud. Derecho Fundamental Declaración Universal de DDHH. Derecho y Servicio Social. Constitución 1991. Art. 48 Servicio Público Ley 100 de 1993. Salud – Servicio Público Sentencia T-134 de 2002/ Sentencia T-544 de 2002 Derecho y Servicio Público “Derecho Prestacional” Sentencia T-494 de 1993/ Sentencia T-395 de 1998 Teoría de la conexidad Derecho prestacional y fundamental Sentencia T-1081 de 2001 Sujetos de especial protección Derecho fundamental autónomo Adultos mayores Sentencia T-016 de 2007 Derechos fundamentales Revestidos con valores y principios Constitucionales No es necesaria positivización. Sentencia T-760 de 2008 Derecho fundamental a la salud Coincide con la Constitución Bloque de Constitucionalidad Ley y Planes Obligatorios de Salud Sentencia 1024 de 2010 Derecho fundamental Protección en tutela Sentencia T-206 de 2013 Fundamentalidad del D. a la Salud Ley 1751 de 2015 Derecho Fundamental autónomo			

Conclusiones de la ficha de análisis; dinámico del precedente

Las Naciones Unidas a través de la Organización Mundial de Salud desde sus inicios han reconocido a la salud como un derecho fundamental.

En consonancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Constitución de 1991 y la Ley 100 de 1993 observan a la salud como un derecho prestaciones, un servicio público que debe ser prestado por el Estado.

Hasta el año 2002, la salud tuvo la connotación de ser un derecho prestacional y un servicio público.

En 1993 y 1998, la salud podía exigirse a través de la conexidad con la dignidad humana.

Desde el 2001, la salud fue vista como derecho fundamental autónomo para sujetos de especial protección constitucional (adulto mayor)

En el año 2007, se observa que la Fundamentalidad del derecho a la salud se define por su naturaleza ligada con los principios y valores constitucionales que le protegen, por ello, no es necesaria su positivización.

En el 2008, la Fundamentalidad del derecho a la salud encuentra especial consonancia con lo establecido en la Constitución, leyes, tratados y convenios internacionales, logrando así su reconocimiento.

En el 2010 y 2013, se reconoce su protección por tutela a través de su Fundamentalidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

En 2015, se expide la Ley 1571 que reconoce estatutariamente su carácter de fundamental autónomo.

En conclusión, se observa que el derecho a la salud tuvo una época de ardua discusión por más de diez (10) años en donde la jurisprudencia y la doctrina tuvieron que discutir arduamente sobre la naturaleza jurídica de un derecho que por lógica se encuentra íntimamente ligado a la dignidad humana. Diez años en los cuales miles o millones de colombianos les fueron vulnerados en menor o en gran medida su derecho fundamental a la salud, a la vida y a la dignidad humana. Cuestionamiento que da pie para preguntarse, ¿si una discusión de estas hubiese sido resulta con mayor prontitud se habrían garantizado dichos derechos? El Estado colombiano necesita llegar a acuerdos con mayor celeridad debido a que entre pase más tiempo, más se generan vulneraciones a los derechos de los colombianos derivadas de intereses económicos desarrollados por su propio modelo económico de actuación.

Nota: Elaboración de los autores.

2.2. Derecho a la salud como derecho fundamental autónomo - reiteración de jurisprudencia (Sentencia T-301 de 2016).

Las consideraciones de la Corte Constitucional colombiana en sentencia T-301 de 2016 del M.P. Alejandro Linares Cantillo arrojan como resultados hacia la ingeniería reversa de dicha sentencia e identificación del nicho citacional entorno a sentencias hito en la materia en el siguiente apartado.

El derecho a la salud consagrado en la Constitución Política de 1991 en el artículo 48 define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio bajo la dirección, coordinación y organización del Estado, en sujeción de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, todos los habitantes tienen el derecho irrenunciable a la seguridad social. De esta forma, siguiendo esta sentencia, el

derecho a la salud posee una doble connotación, como derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y como servicio público cuya prestación es responsabilidad del Estado.

Finalmente, la Sentencia T-760 de 2008¹⁶ estableció que el derecho a la salud es un derecho fundamental de manera autónoma debido a que permite concretarse en una garantía subjetiva que se deriva del ordenamiento jurídico colombiano.

Con respecto a lo anterior, se presenta la siguiente línea jurisprudencial sobre el derecho a la salud como derecho fundamental autónomo.

Tabla 3

Ficha de análisis jurisprudencial. El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo.

Ficha de análisis dinámico jurisprudencial (López, 2009)			
¿Cuál es la naturaleza jurídica actual del derecho a la salud a la luz de la Jurisprudencia constitucional colombiana? Sentencia T-301 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo.			
Servicio Público	Derecho Fundamental y Servicio Público	Teoría de la Conexidad	Derecho Fundamental
Constitución 1991. Art. 48 Seguridad Social Constitución 1991. Art. 365 Seguridad Social en cabeza del Estado. Ley 100 de 1993. Seguridad Social Principios de eficiencia, universalidad, Solidaridad, integralidad, unidad y participación. Eficiencia: La mejor utilización de los recursos Para la garantía de los derechos. Constitución 1991. Art. 49 Derecho a la salud Doble Connotación			

¹⁶ Siguiendo la Sentencia T-760 de 2008, ésta establece que: 86. Finalmente, es importante resaltar que la sentencia T-760 de 2008, concluyó que de acuerdo a la evolución jurisprudencial del derecho a la salud es autónomo y, por lo tanto, fundamental, lo que lo hace exigible de manera directa a través de la acción de tutela. Esta posición vendría a ser recogida por el legislador en el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015, al establecer: “Artículo 2º. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”. (Subrayado fuera de texto)

T-134 de 2002
 T-544 de 2002
 T-361 de 2014
 T-131 de 2015

Conexidad de la vida con
 La dignidad humana o
 La vida.

Sentencia T-1030 de 2010.

Sentencia T-760 de 2008.

El derecho a la salud es
 Fundamental y "autónomo".
 (sinónimo)

Ley 1751 de 2015.

Art. 2. El derecho fund.
 a la salud es autónomo e
 Irrenunciable.

Conclusiones de la ficha de análisis dinámico del precedente

La Constitución de 1991 consagra en su texto normativo a la seguridad social como un servicio público y un deber que recae en cabeza del Estado. La ley 100 de 1993 que desarrolla el Sistema General de Seguridad Social en Colombia sobre temas relacionados con salud, pensiones, riesgos laborales, etc., se basa en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. En este punto, la eficiencia es un principio que busca la salud se desarrolle con la mayor amplitud posible para el pueblo colombiano en cuanto a los recursos técnicos integrales.

A partir de sentencias tales como la T-134 de 2002, T-544 de 2002, T-361 de 2014, T-131 de 2015 se puede establecer la conexidad entre el derecho a la vida y la dignidad humana con el derecho a salud. Razón que da cuenta de la necesidad que tuvo el legislador de ajustar la ley 1751 que dio la categoría de fundamental y autónomo al derecho a salud para garantizar su iusfundamentalidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

Nota: Elaboración de los autores.

2.3. Derecho a la salud-doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público (sentencia T-590 de 2016).

Las consideraciones de la Corte Constitucional colombiana en sentencia T-590 de 2016 del M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ arrojan como resultados hacia la ingeniería reversa de dicha sentencia e identificación del nicho citacional entorno a sentencias hito en la materia en los siguientes apartados.

Conforme a los principios que orientan el derecho a la salud desde su faceta de servicio público, la Constitución Política de 1991 se refirió en su artículo 48 a la seguridad social como un servicio público que debe garantizarse de forma irrenunciable a todos los habitantes del territorio. De esta forma, la atención en salud y saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, ya que se garantiza todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Ante esto, la Sentencia mencionada hace referencia a la complejidad que gira en torno al derecho a la salud en lo relacionado con la prestación al servicio de salud, ya que por un lado le ha reconocido como derecho y a su vez, como servicio público. Ahora, frente a la primera faceta, la salud debe ser prestada de forma continua, integral e igual y en la segunda faceta, debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, conforme a lo establecido en el artículo 48 y 49 de la Constitución Política de 1991.

Tabla 4

Ficha de análisis jurisprudencial. Derecho a la salud – doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público.

Ficha de análisis dinámico jurisprudencial (López, 2009).			
¿Cuál es la naturaleza jurídica actual del derecho a la salud a la luz de la Jurisprudencia constitucional colombiana? Sentencia T-590 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez			
Servicio Público	Derecho Fundamental y Servicio Público	Teoría de la Conexidad	Derecho Fundamental
Constitución 1991. Art. 48 Seguridad Social Constitución 1991. Art. 49 Derecho a la salud Doble connotación Servicio Público S T-134 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis S T-544 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Como servicio social, la salud debe ser prestada De manera oportuna, eficiente y con calidad Como derecho, debe ser atendida conforme a los principios de Eficiencia, universalidad y solidaridad. Conexidad de la vida con La dignidad humana o la vida. El derecho a la salud Como Fundamental.			

Conclusiones de la ficha de análisis; dinámico del precedente

De la matriz de análisis frente al objeto de estudio se pudieron plantear las siguientes conclusiones:

La Constitución de 1991 en sus artículos 48 y 49 consagran al derecho a la salud con una doble connotación: como un servicio público y como un derecho.

Esta doble connotación ha sido reconocida por las sentencias T-134 de 2002 y T-544 de 2002 en las cuales se llega a la conclusión de que como servicio público la salud debe ser oportuna, eficiente y con calidad, mientras que como derecho debe ser atendida con eficiencia, universalidad y solidaridad. Conforme a lo anterior, el derecho y servicio público posee una garantía constitucional reforzada que le protege en su categorización positiva dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Se reconoce la evolución jurisprudencial del derecho a la salud en su relación con la teoría de la conexidad y hoy en día, su iusfundamentalidad.

Nota: Elaboración de los autores.

2.4. Derecho a la salud como derecho fundamental-reiteración de jurisprudencia sobre protección por tutela - sentencia T-720 de 2016.

Tabla 5

Ficha de análisis jurisprudencial. El derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela.

Ficha de análisis dinámico jurisprudencial (López, 2009).			
¿Cuál es la naturaleza jurídica actual del derecho a la salud a la luz de la Jurisprudencia constitucional colombiana? Sentencia T-720 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.			
Servicio Público	Derecho Fundamental y Servicio Público	Teoría de la Conexidad	Derecho Fundamental
Constitución 1991. Art. 48 Seguridad Social Sentencia T – 1040 de 2008 Seguridad Social es derecho fundamental. Constitución 1991. Art. 49. Derecho a la salud Eficiencia, Universalidad y Solidaridad. Ley 1751 de 2015. Art. 2. El derecho fundamental Es una garantía que busca El servicio de las más alta Calidad e integralidad posible.			

Conclusiones de la ficha de análisis dinámico del precedente

Del análisis de la matriz anteriormente estudiada se puede concluir que:

El artículo 48 consagra el derecho a la seguridad social como un servicio público en cabeza del Estado y que debe garantizarse a todos los colombianos conforme a los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad. Este, es considerado como derecho fundamental según la Corte Constitucional en Sentencia T-1040 de 2008 cuando esta observa “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano.”.

El artículo 49 consagra el derecho a la salud como facultad que recae en todas las personas integrantes del Estado colombiano. Este debe darse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. La ley 100 de 1993 instituye el Sistema General de Seguridad Social en Colombia en donde se instituyen diferentes subsistemas para atender la temática de pensiones, salud, riesgos laborales y otros servicios complementarios. Este sistema se basa en los principios de universalidad, calidad y eficiencia, entre otros.

La ley 1755 de 2015 desarrolla el derecho a la salud como fundamental. En este sentido, la Corte menciona que dicha garantía “consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible”. De este modo, el Estado colombiana debe adoptar las medidas que garanticen la efectividad e integralidad de la prestación del servicio, de aquí que su naturaleza fundamental sea exigible a través de la tutela.

Nota: Elaborada por los autores

2.5. Derecho a la salud-reiteración de jurisprudencia sobre carácter fundamental y procedencia para su protección. – sentencia T-314 de 2016.

Tabla 6

Ficha de análisis jurisprudencial. El derecho fundamental a la salud y su procedencia de protección.

Ficha de análisis dinámico jurisprudencial (López, 2009).			
¿Cuál es la naturaleza jurídica actual del derecho a la salud a la luz de la Jurisprudencia constitucional colombiana? Sentencia T-314 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.			
Servicio Público	Derecho Fundamental y Servicio Público	Teoría de la Conexidad	Derecho Fundamental
Constitución 1991. Art. 49 Prerrogativa que protege Múltiples derechos. Sentencia T – 599 de 2015 Derecho carácter complejo. Estado y sociedad Vulneran derechos			

Conexidad con algún derecho fundamental.

Sentencia T-200 de 2015.

Sentencia T-581 de 2007

Sujetos de especial protección

Constitucional

Sentencia T-859 de 2008

Derecho fundamental

Autónomo.

Sentencia T-760 de 2009

Derecho fundamental

Autónomo.

Acción de tutela.

Conclusiones de la ficha de análisis; dinámico del precedente

Frente a la presente sentencia se puede concluir frente a la naturaleza jurídica del derecho a la salud que:

El derecho a la salud es una prerrogativa que protege múltiples derechos en el ordenamiento jurídico colombiano.

El derecho a la salud tiene un carácter complejo debido a la diversidad de obligaciones de la acción u omisión del Estado o la Sociedad en el ejercicio del goce efectivo de este derecho.

Este derecho ha evolucionado jurisprudencial hasta ser reconocido hoy en día como autónomo, es decir, puede exigirse su cumplimiento sin conexidad con algún otro derecho debido a que su carácter protector de diversos intereses le da la categoría de fundamental.

Nota: Elaborada por los autores.

3. Construir una línea jurisprudencial con base en las sentencias hito en materia de naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia.

El desarrollo de la línea jurisprudencial tomará como referente las sentencias analizadas anteriormente para reconocer la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia a través de categorías comunes que permitan identificar dichas sentencias hito. De esta forma, se describe la siguiente línea jurisprudencial que describe el recorrido evolutivo del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico colombiano.

Tabla 7
Línea jurisprudencial de la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia.

Línea jurisprudencial de la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia			
Servicio Público	Derecho y Servicio Público	Teoría de la Conexidad	Derecho Fundamental
Organización de Naciones Unidas Organización Mundial de la Salud. Declaración Universal de DDHH. Derecho y Servicio Social. Constitución 1991. Art. 48 Servicio Público Ley 100 de 1993. Salud – Servicio Público <u>Sentencia T-134 de 2002/ Sentencia T-544 de 2002</u> Derecho y Servicio Público “Derecho Prestacional” Constitución 1991. Art. 49 Derecho a la salud Doble Connotación <u>T-134 de 2002</u> <u>T-544 de 2002</u> T-361 de 2014 T-131 de 2015 Sentencia T-494 de 1993/ Sentencia T-395 de 1998 Teoría de la conexidad Derecho prestacional y fundamental Conexidad de la vida con la dignidad humana o la vida. Sentencia T – 1030 de 2010. Sentencia T – 1081 de 2001 Sujetos de especial protección Derecho fundamental autónomo Adultos mayores Sentencia T – 016 de 2007 Derechos fundamentales Revestidos con valores y principios Constitucionales No es necesaria positivización			

Sentencia T-760 de 2008

Derecho fundamental a la salud

Coincide con la Constitución

Bloque de Constitucionalidad

Ley y Planes Obligatorios de Salud

Sentencia 1024 de 2010

Derecho fundamental

Protección en tutela

Sentencia T-206 de 2013

Fundamentalidad del D. a la Salud

Ley 1751 de 2015

Derecho Fundamental autónomo

Nota: Elaborada por los autores

Conclusiones

Frente a la línea jurisprudencial realizada para identificar la naturaleza jurídica del derecho a la salud se puede concluir que éste es una prerrogativa que protege múltiples derechos en el ordenamiento jurídico colombiano. El derecho a la salud tiene un carácter complejo debido a la diversidad de obligaciones de la acción u omisión del Estado o la Sociedad en el ejercicio del goce efectivo de este derecho. Este derecho ha evolucionado jurisprudencialmente hasta ser reconocido hoy en día como autónomo, es decir, puede exigirse su cumplimiento sin conexidad con algún otro derecho debido a que su carácter protector de diversos intereses le da la categoría de fundamental.

De esta forma, históricamente las Naciones Unidas a través de la Organización Mundial de Salud desde sus inicios han reconocido a la salud como un derecho fundamental. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Constitución de 1991 y la Ley 100 de 1993 observan a la salud como un derecho prestacional, un servicio público que debe ser prestado por el Estado.

La Constitución de 1991 consagra en su texto normativo a la seguridad social como un servicio público y un deber que recae en cabeza del Estado. La ley 100 de 1993 que desarrolla el Sistema General de Seguridad Social en Colombia sobre temas relacionados con salud, pensiones, riesgos laborales, etc., se basa en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. En este punto, la eficiencia es un principio que busca la salud se desarrolle con la mayor amplitud posible para el pueblo colombiano en cuanto a los recursos técnicos integrales.

El artículo 48 consagra el derecho a la seguridad social como un servicio público en cabeza del Estado y que debe garantizarse a todos los colombianos conforme a los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad. Este, es considerado como derecho fundamental según la Corte Constitucional en Sentencia T-1040 de 2008 cuando esta observa que la seguridad social son un “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”.

A su vez, el artículo 49 consagra el derecho a la salud como facultad que recae en todas las personas integrantes del Estado colombiano y el cual debe darse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. La ley 100 de 1993 instituye el Sistema General de Seguridad Social en Colombia en donde se instituyen diferentes subsistemas para atender la temática de pensiones, salud, riesgos laborales y otros servicios complementarios, este sistema se basa en los principios de universalidad, calidad y eficiencia, entre otros.

Ahora bien, la Constitución de 1991 en sus artículos 48 y 49 consagran al derecho a la salud con una doble connotación: como un servicio público y como un derecho. Esta doble connotación fue reconocida por las sentencias T-134 de 2002 y T-544 de 2002 en las cuales se llegó a la conclusión de que como servicio público la salud debe ser oportuna, eficiente y con calidad, mientras que como derecho debe ser atendida con eficiencia, universalidad y solidaridad. Conforme a lo anterior, el derecho y servicio público posee una garantía constitucional reforzada que le protege en su categorización positiva dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Evolutivamente, en el año 2002 la salud tuvo la connotación de ser un derecho prestacional y un servicio público debido a que de 1993 a 1998 la salud podía exigirse a través de la conexidad con la dignidad humana. Sin embargo, es necesario mencionar que, a partir del 2001, la salud fue vista como derecho fundamental autónomo para sujetos de especial protección constitucional (adulto mayor). En el año 2007 se observó la fundamentalidad del derecho a la salud, la cual se define por su naturaleza ligada con los principios y valores constitucionales que le protegen, de aquí que no fuera necesaria su positivización. En el 2008, la fundamentalidad del derecho a la salud encuentra especial consonancia con lo establecido en la Constitución, leyes, tratados y convenios internacionales, logrando así su reconocimiento. En los años 2010 y 2013 se reconoció su protección por vía de tutela a través del reconocimiento de su fundamentalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Finalmente, en el año 2015 se expidió la Ley 1571, la cual reconoció estatutariamente su carácter de fundamental autónomo.

Un punto importante en la historia de este derecho es el relacionado con las sentencias T-134 de 2002, T-544 de 2002, T-361 de 2014, T-131 de 2015 en el cual se pudo llegar a establecer la conexidad entre el derecho a la vida y la dignidad humana con el derecho a salud. De aquí, que el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional diera origen a la obligación del legislador de reconocer a través de la Ley 1751 la categoría de fundamental y autónomo al derecho a salud para así garantizar su iusfundamentalidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

La evolución jurisprudencial del derecho a la salud ha pasado de un proceso no reconocimiento en razón a su categorización constitucional, su reconocimiento parcial en relación con la teoría de la conexidad y hoy en día, su reconocimiento total debido a su iusfundamentalidad.

La Ley 1755 de 2015 desarrolla el derecho a la salud como fundamental. En este sentido, la Corte menciona que dicha garantía “consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible”. De este modo, el Estado colombiano debe adoptar las medidas que garanticen la efectividad e integralidad de la prestación del servicio, de aquí que su naturaleza.

De lo anteriormente estudiado se observa que el derecho a la salud tuvo una época de ardua discusión por más de diez años en donde la jurisprudencia y la doctrina tuvieron que discutir fuertemente sobre la naturaleza jurídica de un derecho que por lógica se encuentra íntimamente ligado a la dignidad humana. Diez años en los cuales miles o millones de colombianos les fueron vulnerados en menor o en gran medida su derecho fundamental a la salud, a la vida y a la dignidad humana. Cuestionamiento que da pie para preguntarse, ¿si una discusión de estas hubiese sido resulta con mayor prontitud se habrían garantizado dichos derechos? Por esto, es claro que el Estado colombiano a través de su estructura organizacional necesita llegar a acuerdos con mayor celeridad debido a que entre más se demore resolviendo estas problemáticas, más se generan vulneraciones a los derechos de los colombianos derivadas de intereses económicos desarrollados por su propio modelo económico de actuación.

Referencias

Abramovich, V., & Courtis, C. (2005). Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. *Revista Jura Gentium*, 1(1), 1-10. Obtenido de <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/courtis.htm#n6>

- Abramovich, V., & Courtis, C. (2006). *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional* (1 ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Estudios del Puerto.
- Arango Rivadeneira, R. (2005). *El Concepto de derechos sociales fundamentales* (2 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Legis.
- Arenas Jaimes, P., Vega Ardila, L., & Camacho Castilla, J. (2019). Análisis jurisprudencial de las garantías de los derechos de las víctimas del conflicto armado por bandas criminales en Colombia. *Revista Estudios Socio-Juridicos*, 21(2), 10-20. Obtenido de <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7431>
- Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cepeda Espinosa, M. (2001). *Derecho constitucional jurisprudencial : las grandes decisiones de la corte constitucional* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Legis.
- 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
- Defensoría del Pueblo. (2003). *El Derecho a la Salud. En la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá D.C, Colombia: Defensoría del Pueblo de Colombia. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27803.pdf>
- Dinero. (1 de noviembre de 2018). ¿Qué pasa con la calidad del sistema de salud en Colombia? *Dinero*. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27803.pdf>
- El Espectador. (11 de julio de 2012). Siguen los problemas del nuevo POS. *El Espectador*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/siguen-los-problemas-del-nuevo-pos-articulo-359154>
- El Heraldo. (17 de septiembre de 2012). La Salud como derecho fundamental. *El Heraldo*. Obtenido de <https://www.elheraldo.co/opinion/editorial/la-salud-como-derecho-fundamental-82109>
- Gañan Echavarría, J. (2011). De la Naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia. *Revista Estudios de Derecho*, 68(151), 187-212. Obtenido de <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/10086/9289>
- 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 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

- López Medina, D. (2009). *El derecho de los jueces* (2 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Legis.
- Martínez Miguelez, M. (2004). *Ciencia y Arte en la Metodología Cualitativa* (1 ed.). México D.F, México: Editorial Trillas. Obtenido de https://www.academia.edu/29811850/Ciencia_y_Arte_en_La_Metodologia_Cualitativa_Martinez_Miguelez_PDF
- Ministerio de Salud. (14 de noviembre de 2019). POS-S (Plan Obligatorio de Salud-subsidiado). Bogotá D.C, Colombia: Glosario. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/Lists/Glosario/DispForm.aspx?ID=133&ContentTypeId=0x0100B5A58125280A70438C125863FF136F22>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2012). *La mayoría de los problemas del sistema de salud son operativos y los vamos a solucionar de forma conjunta*” Viceministra de Salud. Bogotá D.C: Boletín de Prensa No 240 de 2012. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/%E2%80%9CLa%20mayor%C3%ADa%20de%20los%20problemas%20del%20sistema%20de%20salud%20son%20operativos%20y%20los%20vamos%20a%20solucionar%20de%20forma%20conjunta%E2%80%9D%20Viceministra%20.aspx>
- Navarrete Torres, P., & Acosta Trujillo, R. (12 de Diciembre de 2009). Análisis de la Importancia de la Sentencia T. – 760 de 2008 sobre el derecho a la salud. (*trabajo de postgrado*). Cundinamarca, Colombia: Universidad de la Sabana. Obtenido de https://www.academia.edu/32271351/AN%C3%81LISIS_DE_LA_IMPORTANCIA_DE_LA_SENTENCIA_T-760_DE_2008_SOBRE_EL_DERECHO_A_LA_SALUD
- Peces, G. (2004). *Lecciones de derechos fundamentales* (1 ed.). Madrid, España: Editorial Dykinson.
- Perez Fuentes, C. (2017). El control de convencionalidad ex-officio en el marco de post-conflicto en Colombia. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 12(1), 19-45. doi:<https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2017v12n1.691>
- Quinche Ramirez, M. (2011). *La Acción de Tutela. El Amparo en Colombia* (3 ed.). Bogotá D.C: Editorial Temis.
- Rodríguez Díaz, C. (1 de enero de 2010). Análisis jurisprudencial de las barreras que impiden la afiliación al sistema general de seguridad social en salud de Colombia, periodo 2007-2010. (*trabajo de pregrado*). Santiago de Cali, Colombia: Universidad ICESI. Obtenido de http://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/76212
- Ruiz Gomez, F. (19 de julio de 2012). Los tres males del sistema de salud. *El Espectador*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/salud/los-tres-males-del-sistema-de-salud-articulo-361405>
- Santa María, M. (2012). *Mitos y verdades sobre el nuevo POS*. Bogotá D.C: Ministerio de Salud y Protección Social. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Mitos-y-verdades-sobre-el-nuevo-POS.aspx>

- Semana. (17 de febrero de 2017). Qué va a pasar sin el POS. *Semana*. Obtenido de <https://www.semana.com/vida-moderna/articulo/pos-es-sustituido-por-un-nuevo-mecanismo/515869>
- Sentencia C-209. (21 de marzo de 2007). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Manuel Jose Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-6396. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-209-07.htm>
- Sentencia SU-043. (09 de febrero de 1995). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Fabio Morón Diaz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes T – 45127. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/SU043-95.htm>
- Sentencia SU-480. (25 de septiembre de 1997). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Alejandro Martinez Caballero*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes T-119714, T-120933, T-124414, T-123145, T-120042, T-123132, T-122891. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU480-97.htm>
- Sentencia T-008. (31 de enero de 1992). Corte Constitucional. La Sala de Revisión de Tutelas. *M.P.: Fabio Moron Diaz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia.: Expediente No. T-399. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-008-92.htm>
- Sentencia T-016. (22 de enero de 2007). Corte Constitucional. La Sala Septima de Revisión. *M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1405186. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-016-07.htm>
- Sentencia T-314. (17 de junio de 2016). Corte Constitucional. La Sala Quinta de Revisión. *M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes T- 5.409.791. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/T-314-16.htm>
- Sentencia T-418. (14 de julio de 2016). Corte Constitucional. La Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes T- 5247361. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-375-16.htm>
- Sentencia T-512. (15 de julio de 1999). Corte Constitucional. La Sala Primera de Revisión. *M.P.: Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes T-189850. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-512-99.htm>
- Sentencia T-544. (18 de julio de 2002). Corte Constitucional. La Sala Septima de Revisión. *M.P.: Eduardo Montealegre Lynett*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia. Expediente T – 591315. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-544-02.htm>
- Sentencia T-720. (16 de diciembre de 2016). Corte Constitucional. La Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes T- 5.695.013. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-720-16.htm>

- Sentencia T-760. (1 de septiembre de 2006). Corte Constitucional. La Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes T- 1343064. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-760-06.htm>
- Sentencia T-760. (31 de julio de 2008). Corte Constitucional. La Sala Segunda de Revisión. *M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes T – 1281247. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>
- Silva Valenzuela, J., Alvarado Cabal, M., Cuervo Diaz, C., & Ortegón Ortiz, C. (22 de mayo de 2002). Investigación Jurisprudencial Constitucional en Derecho Laboral. (*trabajo de pregrado*). Bogotá D.C, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Obtenido de <https://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-28.pdf>
- Uprimny, R. (1996). Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la Constitución. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Vanguardia. (16 de enero de 2012). Nuevo POS... pacientes con los mismos problemas. *Vanguardia*. Obtenido de <https://www.vanguardia.com/area-metropolitana/bucaramanga/nuevo-pos-pacientes-con-los-mismos-problemas-JYVL139514>
- Vanguardia. (2 de julio de 2018). El Problema del Sistema de Salud. *Vanguardia*. Obtenido de <https://www.vanguardia.com/opinion/editorial/el-problema-del-sistema-de-salud-EEv1437641>
- Yañez Meza, D. (2014). La investigación jurídica: necesidad de la ficha de análisis jurisprudencial en el arte del derecho. En D. Clavijo Cáceres, D. Guerra Moreno, & D. Yañez Meza, *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho* (págs. 77-103). Cúcuta: Editorial Grupo Ibañez y Universidad de Pamplona. Obtenido de http://fui.corteconstitucional.gov.co/doc/pub/31-08-2017_7b9061_60327073.pdf

Andrea Esther Rincón Jaimes

La naturaleza pública del contratista como excepción a las reglas de publicidad y de competencia en un contrato público: Una mirada al derecho francés y al derecho colombiano*

The public nature of the contractor as an exception to the rules of publicity and competition in a public contract: A look at French law and Colombian law

Recibido: Marzo 25 de 2019 - Evaluado: Mayo 15 de 2019 - Aceptado: Junio 07 de 2019

Andrea Esther Rincón Jaimes**

Para citar este artículo / To cite this article

Rincón Jaimes, A. E. (2019). La naturaleza pública del contratista como excepción a las reglas de publicidad y de competencia en un contrato público: Una mirada al derecho francés y al derecho colombiano. *Revista Academia & Derecho*, 10(19), 125-156.

Resumen: Tanto en Francia como en Colombia, el actuar contractual de la Administración está direccionado por una serie de reglas y principios que buscan la selección del contratista con la oferta más favorable en el caso de Colombia, o la oferta económicamente más ventajosa en el caso francés. Los contratos sometidos a este tipo de reglas son denominados contratos estatales en Colombia, y contratos de la *commande publique* en Francia. En un principio, el ordenamiento jurídico propio de cada país admite la participación de sujetos de derecho público como posibles contratistas de un contrato estatal o de un contrato de la *commande publique*; sin embargo, es posible observar cómo el ordenamiento jurídico colombiano, a diferencia de la legislación francesa, otorga a estos sujetos de derecho público la posibilidad de ser seleccionados bajo el procedimiento de contratación directa, situación

* Artículo producto del trabajo de grado “Le contrat de quasi-régie en France et le contrat interadministratif en Colombie: une analyse de Droit comparé” presentado en la Maestría Droit, Economie, Gestion, Mention Droit public, spécialité Marchés publics et partenariats public-privé, Université de Poitiers.

** Abogada de la Universidad Libre de Colombia – a la espera de grado 30 de abril de 2019. Magister en contratación estatal y asociaciones público-privadas de la Université de Poitiers de Francia. Correo electrónico: andreaes.1013@gmail.com.

que resulta viable gracias a su naturaleza pública y al cumplimiento de ciertos requisitos que establece la ley. Esta idea resulta inconcebible en el ordenamiento jurídico francés, en el cual los sujetos de derecho público que pretendan ser titulares de un contrato de *la commande publique* son calificados de operadores económicos, por lo que el permitir la celebración del contrato sin reglas de publicidad y de competencia, a partir de su naturaleza pública, constituye un trato preferencial que violaría principios europeos como la transparencia y la no discriminación.

Palabras claves: Contrato estatal, contrato de la *commande publique*, contratación directa, procedimientos de selección, contrato interadministrativo, operador económico, contrato in house.

Abstract: Both in France and in Colombia, the contractual action of the Administration is directed by a series of rules and principles to select the contractor with the most favorable offer in the case of Colombia, or the economically most advantageous offer in the French case. Contracts subject to these types of rules are called state contracts in Colombia, and contracts of the *commande publique* in France. The legal system of each country admits the participation of subjects of public law as possible contractors of a state contract or of a contract of the *commande publique*; However, it is possible to observe how the Colombian legal system, unlike French law, grants these subjects of public law the possibility of being selected under the direct contracting procedure, a situation that is viable thanks to its public nature and compliance of certain requirements established by law. This idea is inconceivable in the French legal system, in which the subjects of public law who claim to be holders of a contract of the *commande publique* are qualified as economic operators, so allowing the conclusion of the contract without competition and publicity rules. IT constitutes a preferential treatment that would violate European principles such as transparency and non-discrimination.

Keywords: State contract, contract of the *commande publique*, direct contracting, selection procedures, inter-administrative contract, economic operator, in-house contract.

Resumo: Tanto na França como na Colômbia, a ação contratual da Administração é orientada por uma série de regras e princípios que buscam selecionar o contratante com a oferta mais favorável no caso da Colômbia, ou a oferta economicamente mais vantajosa no caso da França. Os contratos sujeitos a este tipo de regra são denominados contratos estatais na Colômbia e contratos de encomenda pública na França. Em princípio, o próprio ordenamento jurídico de cada país admite a participação de sujeitos de direito público como possíveis contratantes de um contrato estatal ou de um contrato de mandado público; no entanto, é possível observar como o ordenamento jurídico colombiano, ao contrário da legislação francesa, concede a esses sujeitos de direito público a possibilidade de serem selecionados sob o procedimento de contratação direta, situação que é viável graças à sua natureza pública e ao cumprimento de certos requisitos estabelecidos pela lei. Esta ideia é inconcebível na ordem jurídica francesa, segundo a qual os sujeitos de direito público que afirmam ser titulares de um contrato da *commande publique* são qualificados como operadores económicos, pelo que permitir a celebração do contrato sem regras de publicidade e de concorrência, baseadas no seu carácter público, constitui um tratamento preferencial que violaria princípios europeus como a transparência e a não discriminação.

Palavras chave: Contrato de Estado, mandado público, contratação directa, procedimentos de selecção, contrato interadministrativo, operador económico, contrato interno.

Résumé: En France comme en Colombie, l'action contractuelle de l'Administration est guidée par une série de règles et de principes qui visent à sélectionner le contractant dont l'offre est la plus favorable dans le cas de la Colombie, ou la plus avantageuse économiquement dans le cas de la France. Les contrats soumis à ce type de règle sont appelés contrats d'État en Colombie et contrats de commande publique en France. En principe, le système juridique de chaque pays admet la participation de sujets de droit public comme contractants potentiels d'un contrat d'État ou d'un contrat de la commande publique ; cependant, il est possible d'observer comment le système juridique colombien, contrairement à la législation française, accorde à ces sujets de droit public la possibilité d'être sélectionnés selon la procédure du contrat direct, une situation viable grâce à son caractère public et au respect de certaines exigences établies par la loi. Cette idée est inconcevable dans l'ordre juridique français, où les sujets de droit public qui prétendent être titulaires d'un contrat de la commande publique sont qualifiés d'opérateurs économiques, de sorte que permettre la conclusion du contrat sans règles de publicité et de concurrence, en raison de son caractère public, constitue un traitement préférentiel qui violerait les principes européens tels que la transparence et la non-discrimination.

Mots-clés: Contrat d'Etat, contrat de commande publique, contrat direct, procédures de sélection, contrat inter-administratif, contrat d'opérateur économique, contrat interne.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Plan de redacción. - 1. Cuando el contratista de la administración es también un sujeto de derecho público. 1.1 Las relaciones interadministrativas en Colombia. 1.2 La posibilidad de la candidatura de una persona pública a un contrato de la *commande publique* en Francia. 2. Consecuencias de la identificación de un contrato entre sujetos de derecho público frente a las normas de publicidad y de competencia. 2.1 El contrato interadministrativo como causal de contratación directa. 2.1.1. El "trato preferencial" a las entidades estatales dentro de un contrato estatal. 2.1.2. El contrato interadministrativo: una excepción a la licitación pública pero no al estatuto de contratación estatal. 2.2 La calidad de persona pública del contratista no es sinónimo de excepción a las reglas de publicidad y de competencia. 2.2.1. Las personas de naturaleza pública: Un operador económico como cualquier otro. 2.2.2. Los contratos celebrados dentro de la esfera pública como excepción a las reglas de publicidad y de competencia. - Conclusiones - Referencias.

Introducción

En Colombia son contratos estatales todos los actos jurídicos que generen obligaciones celebrados por las entidades estatales, para los cuales la Administración pública emplea alguna de las modalidades de selección que permiten adjudicarlo

al contratista con la oferta más favorable (Ley 80, 1993) (Ley 1150, 2007)¹, y aunque en la mayoría de los casos podría imaginarse que la figura del contratista está encarnada por un sujeto de derecho privado ajeno a la Administración pública, lo cierto es que la legislación colombiana se muestra favorable a que en ciertos casos la persona del contratista esté integrada por otra entidad estatal, es decir, un sujeto de derecho público (Santofimio Gamboa, 2017, pág. 255)². De la misma forma, en Francia el actuar contractual de la Administración está subordinado a procedimientos de selección y en general a reglas de publicidad y de competencia, se habla entonces de los contratos de la *commande publique*, en los cuales las partes están integradas por una entidad contratante y por un operador económico como contratista; este último, también puede adoptar la forma de sujeto de derecho público (Code de la *commande publique*, 2018)³.

Los contratos estatales entre sujetos de derecho público han sido denominados en Colombia como interadministrativos y constituyen una causal de contratación directa, que han conocido una importante proliferación que a menudo ha venido acompañada de continuos casos de corrupción, llamando la atención tanto del Consejo de Estado como de los órganos de control (Sentencia Concepto 2092, 2012). Por el contrario, el derecho francés no se muestra favorable a la asignación de un procedimiento especial de selección a este tipo de relaciones jurídicas; de esta forma, el Consejo de Estado aborda el tema tratando las cuestiones que envuelven la candidatura de una persona pública a un contrato de la *commande publique* (Société Armor SNC 35563, 2014). Es importante resaltar que tanto el contrato interadministrativo, como un contrato de la *commande publique* en el cual el contratista sea una persona pública, constituyen verdaderos negocios generadores de

¹ El artículo 32 de la ley 80 de 1993 establece, “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...”. Igualmente, el artículo 2 de la ley 1150 de 2007 señala, “La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa...”.

² El autor expresa esta posibilidad de la siguiente forma, “...El accionar y las omisiones en el ejercicio de la función administrativa, también, pueden tener como destinatarios órganos y dependencias públicas o personas de derecho público, como sucede de manera frecuente en las llamadas relaciones interadministrativas, en donde es posible identificar un sujeto público dominante que adopta decisiones en relación con otro de la misma naturaleza que le corresponde obedecerlas y cumplirlas... Así mismo, esta problemática comprende los contratos y convenios interadministrativos...”.

³ De acuerdo con el artículo L2 del código de la *Commande publique*, son contratos celebrados por las entidades contratantes con uno o más operadores económicos, acordando una tarifa, y con el fin de dar respuesta a sus necesidades en materia de trabajos, de suministro, o de servicios “...les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques”.

obligaciones y los cuales presentan un carácter oneroso de importancia económica para el contratista, características que los diferencian de las simples convenciones interadministrativas (Sentencia Acción de Reparación Directa 49974, 2017), o de la cooperación *public-public* del derecho francés, en la cual dos operadores económicos establecen una cooperación (Llorens & Soler-Couteaux, 2011)⁴ que obedece a consideraciones de interés meramente público, lo cual excluye todo interés económico (Levain & Prats-Denoix, 2015)⁵.

Si bien actualmente el derecho francés, siguiendo las pautas del derecho europeo, no otorga un trato preferencial a los contratos entre personas públicas frente a las reglas de publicidad y de competencia, como lo explica Bertrand Dacosta, en una época no muy lejana las relaciones contractuales entre personas públicas no eran sometidas al código de *marchés publics* (Dacosta, 2015), permitiéndoles contratar de forma directa. De esta forma, todos los negocios jurídicos que se constituyan como *marchés publics* o de forma general como contratos de la *commande publique*, están sometidos a estas reglas de publicidad y de competencia, incluso si el contratista una persona pública (Dreyfus, Jean-David, 2000)⁶. Sin embargo, la legislación actual se muestra favorable a la exclusión de ciertos contratos entre la administración y entidades con participación pública mayoritaria o completamente pública, estos contratos se denominan *in house* o *quasi-régie*, en los cuales la transparencia no

⁴ A partir de la interpretación de un documento de trabajo de la Comisión Europea, el autor señala que la *coopération public-public* implica una verdadera cooperación que reposa en una división de tareas: « (...) son document insiste sur le fait qu'elle ne saurait consister en une prestation réalisée par l'une des parties à l'accord moyennant rémunération, mais qu'elle implique une réelle coopération reposant sur une division des tâches ou un certain degré de spécialisation ».

⁵ En relación con las consideraciones de interés público, existe una tal relación con intereses meramente públicos cuando los poderes adjudicadores concluyen un contrato con el fin de garantizar que los servicios públicos que ellos deben asegurar alcancen los objetivos que tienen las partes en común, y que la puesta en marcha de esta cooperación obedezca sólo a consideraciones de interés público. (...) Reprenant la jurisprudence de la Cour, l'article 12, § 4 de la directive 2014/24/UE dispose qu'un marché conclu entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs ne relève pas de son champ lorsque « *le marché établi ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun* », et lorsque « *la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public* ». Cette dernière condition devrait exclure tout transfert financier entre les participants à lacoopération qui irait au-delà du simple remboursement des frais encourus au titre de la coopération (...)

⁶ Para el autor, a partir de la sentencia *communauté de communes du Piémont du Barr*, no existe duda alguna de que las convenciones interadministrativas pueden ser en realidad contratos públicos de acuerdo con la Directiva Europea de 1992 sobre los contratos públicos. “Depuis l'arrêt Communauté de communes du Piémont de Barr, il ne fait plus aucun doute que les conventions interadministratives peuvent être des marchés publics au sens de la directive communautaire du 18 juin 1992 sur les marchés de services, soumis à ce titre aux règles de publicité qu'elle prévoit”. Pág. 4.

es absoluta y la diferencia en el tratamiento puede justificarse por circunstancias objetivas (De Grove-Valdeyron, 2017). Contrario a Francia, la exclusión de los contratos interadministrativos de las reglas de publicidad y de competencia colombianas está motivada por un criterio meramente orgánico, idea que será expuesta más adelante en el presente trabajo.

Partiendo de estos elementos, conviene preguntarse ¿en qué medida un contrato estatal en Colombia y un contrato de la *commande publique* en Francia, en los cuales las partes se identifiquen como sujetos de derecho público, constituyen una excepción a las reglas de publicidad y de competencia propias a cada legislación? Si bien en un primer tiempo en ambos países la parte contratista puede estar conformada por un sujeto de derecho público; en Francia, a diferencia de Colombia, la exclusión de reglas de publicidad y de competencia no puede en ningún caso tener un fundamento meramente orgánico, y principios como la libre administración de personas públicas encontrarán su expresión en el contrato de quasi-régie, el cual es una excepción a estas reglas de publicidad y de competencia, pero a partir de circunstancias objetivas que no buscan afectar el mercado.

Es así como en un primer tiempo se estudiará la posibilidad que tienen los sujetos de derecho público de ser contratistas de la administración tanto en un contrato estatal, como en un contrato de la *commande publique* (I), enseguida, conviene visualizar las consecuencias en materia de publicidad y de competencia a partir de la identificación de un candidato al contrato con naturaleza de derecho público (II).

Plan de redacción

1. Cuando el contratista de la administración es también un sujeto de derecho público

1.1 Las relaciones interadministrativas en Colombia.

El contrato estatal se identifica en Colombia por la presencia de al menos una entidad estatal del artículo 2 de la ley 80 (Ley 80, 1993). Cuando el contratista es también una entidad estatal el contrato es identificado como interadministrativo. De esta forma, Jorge Enrique Santos habla del contrato interadministrativo como aquel:

(...) celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de tener relaciones interadministrativas, con la particularidad de que el contrato es negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden las partes con diversidad de intereses. En el contrato se pueden identificar contratante y contratista, y el segundo, aunque persona pública, tiene intereses y está en un mercado de forma similar a como lo hace el particular (Santos Rodríguez, 2009, pág. 11).

La ley 80 de 1993 presenta en un primer tiempo en su artículo 2, una lista específica de los sujetos de derecho que adoptan el carácter de entidades estatales:

(...) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) (Ley 80, 1993).

Enseguida, también establece el artículo 2 de la ley 80 de 1993, que pueden existir otro tipo de entidades estatales como las entidades descentralizadas indirectas; y que, además, otras personas jurídicas con una participación pública mayoritaria pueden considerarse también entidades estatales, sin importar la denominación que estas adopten, y sin importar su orden o nivel.

Respecto a las condiciones para llevar a cabo la celebración de estos contratos, la Sala de consulta y de servicio civil del Consejo de Estado explica como en un primer tiempo la ley 80 de 1993 no condicionaba la conclusión de estos contratos:

(...) El legislador modificó la Ley 80 de 1993, que en su versión original solamente hacía referencia a la posibilidad de celebrar contratos interadministrativos sin licitación pública a través del mecanismo de contratación directa y al hecho de que en tales casos no habría lugar a pactar cláusulas exorbitantes y a exigir garantía única (Sentencia Concepto 2092, 2012)⁷.

Como lo indica el Consejo de Estado en esta misma decisión, los contratos interadministrativos han despertado preocupación a partir del uso que se ha hecho de estos para eludir los procedimientos de selección objetiva de la ley 80. De esta forma, a menudo el contratista en este tipo de contrato no resulta idóneo para ejecutar el contrato.

La Ley 1150 es una respuesta a las inquietudes generadas por la conclusión de contratos interadministrativos. Para evitar la adjudicación directa de contratos que no satisfacen las necesidades de la Administración, el artículo 2, numeral 4, literal c, establece una primera condición: para concluir un contrato interadministrativo, las obligaciones derivadas del mismo deben tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos (Ley 1150, 2007). En otras palabras, la actividad de la entidad estará dirigida a ejecutar los objetivos del Estado. Para Augusto Ramón Chávez Marín,

⁷ Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y de servicio civil. Concepto 2092 de 28 de junio de 2012. C.P.: William Zambrano Cetina. Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00016-00(2092).

(...) Desde ahora se observa cómo la reforma identifica el contrato interadministrativo como un acuerdo de voluntades en el cual una entidad presta un servicio, suministra un bien o ejecuta una obra que otra entidad paga y recibe, concepción válida igualmente frente a la nueva ley 1474 (...) (Chávez Marín, 2012, pág. 147).

De esta forma, la entidad que ejecuta el contrato debe tener un objeto en relación con las obligaciones derivadas del contrato. Una entidad con un objeto diferente de las obligaciones derivadas del contrato no podrá satisfacer las necesidades de la Administración.

La Ley 1474 de 2011, que aportó modificaciones a la Ley 1150 de 2007, mantuvo esta obligación. Para el Consejo de Estado en su decisión del 2012, esta condición de la relación directa está vinculada a la obligación general de las entidades estatales en Colombia de verificar que la parte contratante, ya sea pública o privada, tenga la capacidad legal para celebrar el contrato. Dicho de otra forma, que la ejecución del contrato está relacionada con el objeto de la entidad (Sentencia Concepto 2092, 2012).

Por otro lado, el contrato interadministrativo presenta una segunda condición respecto a las entidades estatales habilitadas para llevar a cabo tal negocio jurídico. Si bien en un principio cualquier entidad del artículo 2 de la ley 80 de 1993 puede celebrar contratos bajo el modelo de contrato interadministrativo, la ley 1150 en su artículo 2 modificó la ley 80 de 1993, y excluye la conclusión de determinados contratos por parte de ciertas entidades, bajo el modelo de contrato interadministrativo (Ley 1150, 2007).

De esta forma, los contratos de obra, de suministro, la operación fiduciaria, y la fiducia pública, no se pueden adjudicar desde el modelo de contrato interadministrativo cuando las instituciones de educación superior se desempeñan como contratistas. Si estas entidades desean realizar estos contratos, deben recurrir a la selección mediante licitación pública o mediante el procedimiento abreviado (Ley 1150, 2007). El caso de las universidades públicas es uno de los más mencionados, a menudo se indicaba que estas entidades terminaban ejecutando labores que no eran propias de sus funciones, evadiendo los procedimientos de selección (Santos Rodríguez, 2009). Sin embargo, esta lista de contratos y entidades se ampliará con la expedición de la ley 1474 de 2011.

De acuerdo con la ley 1774, existe una nueva lista de contratos exceptuados de esta modalidad de selección: los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública. Igualmente, hay una nueva lista de entidades: las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las

federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras (Ley 1474, 2011). Estas entidades no pueden concluir los contratos enumerados bajo la figura del contrato interadministrativo, se establece que para concluir estos contratos se requiere un proceso de licitación pública o un proceso de contratación abreviada.

Respecto a la subcontratación de contratos interadministrativos, la ley 1150 en su artículo 2, numeral 4, literal c, inciso 2, establece que incluso si el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no es el estatuto general de contratación, la ejecución de dichos contratos, es decir, los que vienen de ser mencionados, estará en todo caso sometida a la ley 80 de 1993 (Ley 1150, 2007). Augusto Chávez Marín lo explica de la siguiente forma:

(...) Tal como puede observarse, la norma anterior contiene varios elementos que es necesario destacar: (i) se trata de regular entidades ejecutoras de contratos interadministrativos que no estén sometidas al régimen contractual de la Ley 80 de 1993, es decir, al EGCAP; (ii) se regula específicamente la ejecución de “dichos contratos”, es decir, de los mencionados por el inciso anterior del mismo literal, conforme fue a su vez modificado por el artículo 92 de la misma Ley 1474, esto es, de los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas técnicas o reglamentos técnicos, encargo fiduciario y fiducia pública, cuando quiera que son pactados a través de un contrato interadministrativo; (iii) la ejecución de tales contratos se somete a la Ley 1150 de 2011 y la modificada Ley 80, valga decir, al EGCAP (...) (Chávez Marín, 2012, pág. 155)

Igualmente, esta misma norma establece que, ni la parte contratante ni el subcontratista pueden concluir contratos con personas que ya hayan participado en la elaboración de estudios, dibujos o proyectos, que tengan una relación directa con el objeto del contrato principal. Es decir, operadores que ya tenían un conocimiento particular del contrato (Ley 1150, 2007).

Teniendo en cuenta este contexto, la celebración de un contrato sometido en principio a normas de publicidad y de competencia, y que tiene como contratista a un sujeto de derecho público, difiere mucho de la lógica que guarda el derecho francés, en el cual; como se explicará más adelante, el contratista de naturaleza pública deberá presentarse a la atribución del contrato como cualquier particular, y no gozará de una modalidad de selección particular.

1.2 La posibilidad de la candidatura de una persona pública a un contrato de la *commande publique* en Francia.

Como se ha venido mencionando, en Francia la participación de un sujeto de derecho público en la atribución de un contrato de la *commande publique* no trae consigo el empleo de un procedimiento de selección particular a partir de la

naturaleza del candidato. Sin embargo, en estos casos donde el candidato al contrato es también una persona pública, el juez ha traído a colación una serie de principios y reglas que conviene tener en cuenta al momento de estudiar este tema. En un principio se hace necesario estudiar la postura que adopta el derecho europeo, para luego concentrarse en el derecho francés.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite de forma general la participación de un sujeto de derecho público en un procedimiento *d'appel*. Tal es el caso de la sentencia *Azienda Ospedaliero-Universitaria contre Data Medical Service srl*, donde el Consejo de Estado Italiano formula una cuestión prejudicial, y plantea dos preguntas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi*, 2014). La profesora Ann-Lawrence Durviaux explica que la primera pregunta está relacionada con la compatibilidad del derecho italiano con el derecho europeo, respecto a una ley que excluye a los establecimientos públicos hospitalarios (organismos de derecho público) de la participación en procedimientos de atribución de contratos públicos. La segunda concierne la compatibilidad con el derecho europeo de una ley que permite que entidades públicas, las cuales son subsidiadas por fondos públicos, sin una medida correctora que prevenga las eventuales afectaciones a la competencia, participen en la atribución de contratos público (Durviaux, Ann Lawrence, 2015, pág. 387).

El tribunal procede a responder de la siguiente forma: en cuanto a la primera pregunta, esta jurisprudencia precisa que de acuerdo con el artículo 1, c) de la Directiva n. 92/50/CEE, es contrario al derecho europeo que la legislación nacional excluya a los establecimientos públicos hospitalarios de los procedimientos de atribución de contratos públicos. Sin embargo, se hace necesario que el establecimiento esté autorizado para operar en el mercado de conformidad con sus objetivos institucionales y estatutarios. Para lo que interesa a la segunda pregunta, el Tribunal trae a colación nuevamente la Directiva n. 92/50/EE, y de forma particular los principios generales de libre concurrencia, no discriminación y proporcionalidad, que sustentan esta última Directiva. Enseguida, precisa el Tribunal que esta normatividad no se opone a que la legislación nacional permita a un establecimiento público presentar una oferta a la cual ningún competidor en el mercado puede hacer frente, gracias a los financiamientos públicos de los cuales se beneficia el establecimiento. Por otro lado, el *pouvoir adjudicateur* (poder adjudicador o entidad contratante) puede tomar en cuenta la existencia de este financiamiento público frente a su facultad de rechazar la oferta, en el marco de un análisis de ofertas anormalmente bajas (Didriche, 2015, pág. 206).

De esta forma, conviene tener en cuenta que el derecho europeo permite que sujetos de derecho público participen en la atribución de contratos sometidos a reglas de publicidad y de competencia. Como lo explica la profesora Ann-Lawrence Durviaux, esta cuestión ha sido resuelta de forma positiva por el Tribunal en diferentes ocasiones (Durviaux, Ann Lawrence, 2015). Por ejemplo, en la sentencia *CoNISMa* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Arrét C-305, 2009), el juez explica que un *groupement d'universités et d'administrations publiques* (sujetos de derecho público) que no persigue un interés lucrativo, que no dispone de una estructura organizacional como empresa, y que no presenta una presencia regular en el mercado, puede ser calificada de operador económico. De acuerdo con el artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE, esta noción se relaciona con la capacidad que tiene un candidato de asegurar la ejecución de un contrato, de forma directa o por medio de un subcontrato. La calificación de operador económico no está ligada al estatuto de derecho privado o de derecho público que posea una entidad, ni a su presencia en el mercado, incluso, no se encuentra ligada a su modo de financiamiento (Durviaux, 2011, pág. 432). Por lo tanto, un sujeto de derecho público puede encontrarse en el mercado como cualquier privado, y por supuesto, puede participar en la atribución de contratos públicos.

En cuanto al derecho francés, el Consejo de Estado ha venido desarrollando la cuestión de la intervención de sujetos de derecho público en los procedimientos de adjudicación de contratos público:

Así, Bertrand Dacosta comienza por citar y analizar dos primeras decisiones de la siguiente forma: primero, la decisión *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* del año 2002, donde el Consejo de Estado estableció que el principio de libertad de comercio y de industria no se opone a la participación de un establecimiento público como candidato a un contrato de delegación de servicio público, y que la convocatoria ha sido propuesta por una colectividad territorial (*Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* 212054, 2000). Seguidamente, en la decisión *société Jean Louis Bernanrd Consultants* del año 2012, el alto tribunal dejó claro que ningún texto o principio prohíbe que una persona pública sea candidata a la atribución de un *marché public* o a una delegación de servicio público, a partir de su naturaleza pública (*Société Jean Louis Bernard Consultants* 222208, 2012). Igualmente, para que se respeten las exigencias de igualdad de acceso a los contratos públicos y el principio de libertad de competencia, el precio que proponga el establecimiento público administrativo debe ser determinado tomando en consideración el conjunto de costos directos e indirectos que contribuyan a la formación del precio de la prestación del contrato. Es así como el establecimiento público no debe haberse valido de una ventaja a partir de los recursos o medios que posee en el marco de la misión de servicio público

que tiene a su cargo, para determinar el precio que propone como candidato al contrato. Si es necesario, esta persona pública debe poder justificar esta situación por medio de documentos contables o por otro medio de información que resulte apropiado (Dacosta, 2015, pág. 57)⁸.

Hasta aquí, es posible observar que la legislación se muestra compatible a que sujetos de derecho público participen en la atribución de contratos públicos, siempre y cuando se respeten principios como la libertad de competencia y se esté en la capacidad de aportar pruebas de ello.

Sin embargo, en Francia había surgido la duda de si era necesaria la existencia de un interés público local para que una persona pública, como un Departamento, pudiera ser candidata a la atribución de un contrato público. En un primer tiempo, el Consejo de Estado en la decisión *Département de l'Aisne* del año 2009 declaró que un departamento puede ser candidato a un *marché* a favor de otro Departamento, sin que sea necesaria la existencia de un interés público local. (*Département de l'Aisne* 324156, 2009). De esta forma, se explica que en el caso en concreto se habla de la candidatura del departamento y no de la *prise en charge* de una actividad económica (Pastor, 2009, pág. 1402). Sin embargo, la jurisprudencia en la materia volvió a ser objeto de atención en el 2014 gracias a la decisión *Société ARMOR SNC* del año 2012, en esta decisión el Consejo de Estado señala que las colectividades locales o sus establecimientos públicos, pueden ser candidatos a la atribución de un contrato público si su candidatura responde a un interés público local:

⁸ Respecto a *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, el Consejo de Estado estableció que el principio de libertad de comercio y de industria no se opone a que un establecimiento público sea candidato a la adjudicación de una delegación de servicio público de una colectividad territorial. « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle, par lui-même, à ce qu'un établissement public se porte candidat à l'obtention d'une délégation de service public proposée par une collectivité territoriale ».

En cuanto a la decisión *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, esta establece que ningún texto o principio prohíbe que una persona pública, debido a su naturaleza, sea candidata a la adjudicación de un contrato público; sin embargo, se hace necesario el respeto de las exigencias de igualdad de acceso a los contratos públicos, y el principio de libertad de competencia. « Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public » (...) « pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence (...), l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ».

(...) que si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public (Société Armor SNC 35563, 2014)⁹.

Por otro lado, existe interés público local cuando la candidatura del Departamento:

Constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission¹⁰.

Respecto a este párrafo de la sentencia, explica Erwan Royer que el contrato de la *commande publique* debe constituir el complemento o aquello que es accesorio, que se inscribe en la continuidad temporal o material de un servicio que ya existe. Igualmente, existe un sentido económico en el fallo, ya que el objetivo de esta candidatura debe ser la amortización de equipos, la valorización de recursos, o el aseguramiento del equilibrio financiero (Royer, 2015, pág. 158).

Igualmente, esta sentencia ratifica la idea de que una vez sea admitida la candidatura de la colectividad territorial, esta última debe respetar la competencia en el mercado, tal como lo establecía la jurisprudencia *Jean-Louis Bernard Consultants de 2012*. Es así como el oficio del juez no consistirá más en verificar simplemente que la intervención de esta persona pública no atente contra las reglas en materia de competencia, sino que deberá examinar el interés público local (Dreyfus, 2016, pág. 139).

Un elemento que quizás impulsa este enfoque del interés público local consiste en la multiplicación de las intervenciones de estos sujetos de derecho público en la esfera económica. La condición de interés público local puede ser calificado como un criterio "...potentiellement réducteur- et non plus simplement en tant que notion fonctionnelle"¹¹.

Hasta aquí es posible observar cómo la legislación francesa, a diferencia de la colombiana, no asigna un procedimiento particular de selección del contratista de un

⁹ Ver el comentario de Pastor, J. M. *Candidature d'une collectivité territoriale à un contrat de commande publique*. En AJDA, Dalloz. 2015, 7.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

contrato público cuando el candidato es un sujeto de derecho público. Este candidato deberá participar como cualquier privado y, además, deberá demostrar la existencia del interés público local y respetar las reglas en materia de competencia, en el caso de tratarse de una colectividad territorial o de uno de sus establecimientos públicos.

2. Consecuencias de la identificación de un contrato entre sujetos de derecho público frente a las normas de publicidad y de competencia

2.1 El contrato interadministrativo como causal de contratación directa.

2.1.1. El “trato preferencial” a las entidades estatales dentro de un contrato estatal.

Para el legislador colombiano, “la modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa” (Decreto 1082, 2015)¹². De esta forma, pareciera que el criterio orgánico justificara la existencia del contrato interadministrativo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que:

De manera que la característica de interadministrativo de un convenio o un contrato, surge de la calidad de las partes, es decir, ambas deben ser de naturaleza pública, siendo ese el fundamento por el cual el ordenamiento jurídico colombiano les otorga un tratamiento distintivo que excluye frente a las aludidas relaciones jurídico negociales la necesidad de acudir al trámite de licitación pública, y permite la contratación directa para la materialización de estas especies (Sentencia Casación 38464, 2015).

En otras palabras, la naturaleza pública de las partes se posiciona como el fundamento que permite un trato distintivo materializado en la exclusión de la licitación pública como modalidad de selección del contratista.

Por otro lado, el contrato interadministrativo es un acuerdo que genera obligaciones como cualquier otro contrato estatal, es decir, es la calidad de las partes lo que influye en el desarrollo de este trato preferencial, ya que de igual forma se estará en presencia de un verdadero contrato y no de simples convenios o acuerdos de la Administración. Al respecto el Consejo de Estado ha reiterado en su jurisprudencia que:

¹² Decreto 1082, artículo 2.2.1.2.1.4.4.

(...)Esta interpretación resulta lógica si se tiene en cuenta que la Ley 80 de 1993, es un estatuto para los contratos del Estado y no para todo tipo de relación interadministrativa o intersubjetiva, Por esta razón si a la relación entre dos entidades estatales se les denomina convenio o acuerdo, la obligación del intérprete está en verificar si de ese convenio o acuerdo surgen obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa, porque si esto es así realmente nos encontramos ante un contrato y por lo tanto dicha relación jurídica debe regirse sin duda alguna por normas contractuales del Estado (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Subsección C, 2017)

Conviene entonces estudiar de dónde proviene la necesidad de esta causal de contratación directa; dicho de otro modo ¿qué motiva que los contratos entre entidades de naturaleza pública sean celebrados de forma directa?

Respecto a la contratación directa (Palacio Hincapie, 2004) menciona que por este procedimiento, como dice Sayagués Laso, la entidad busca al contratante de la misma manera que los particulares (...)la contratación directa agiliza la conclusión del negocio jurídico, pero limita la libre concurrencia, principio que permite la abierta confrontación de propuestas para obtener la escogencia de la más favorable, mediante la existencia de bases reales, que en ocasiones no se presenta en el trámite directo (...) No obstante, la contratación directa también es un procedimiento de selección reglado, que sigue los principios de la selección objetiva, pero rodeado de una publicidad limitada o parcial, por el alcance restringido que tiene la invitación a contratar (...) (Araújo Oñate, Barrantes Venegas, Betancur Escobar, Castro Cuenca, & Álvarez Rojas, 2011, pág. 241).

Puede deducirse de este texto que por un lado la contratación directa agiliza la conclusión del contrato, lo cual resulta muy útil para las entidades estatales en ciertos casos, además de ser un procedimiento de selección que debe respetar los principios que rigen el estatuto. Sin embargo, existe otra realidad que no puede ser ignorada, en la cual la contratación directa limita la libre concurrencia y la publicidad.

Respecto a la utilidad del contrato interadministrativo, conviene retener que “su correcta y debida utilización lleva a que las entidades públicas puedan obtener bienes y servicios de manera eficiente dentro del mismo sector público por los entes que tienen la especialidad de prestarlos, por ser propios de su competencia funcional” (Araújo Oñate, Barrantes Venegas, Betancur Escobar, Castro Cuenca, & Álvarez Rojas, 2011, pág. 255).

Para una correcta utilización de esta modalidad de selección, las condiciones que permiten la conclusión de un contrato interadministrativo están encaminadas a evitar casos de corrupción y buscan que el objeto del contrato sea ejecutado de forma adecuada.

Respecto al derecho francés, se ha enfatizado en que no se otorga un procedimiento particular para la celebración de contratos entre sujetos de derecho público, y esto obedece también a que se hace inconcebible asignar el beneficio de la contratación directa por el simple hecho de estar en presencia de un contratista con naturaleza de derecho público (Eckert, Gabriel, 2013, pág. 849); como se explicará más adelante, un caso semejante violaría principios tales como la no discriminación y la igualdad de trato.

En relación con un reporte realizado por la OCDE sobre la contratación pública en Colombia, este señala que alrededor del 60% de los contratos estatales son celebrados bajo la modalidad de contratación directa, situación que llama particularmente la atención teniendo en cuenta que la regla general es la licitación pública; por esta razón, en este informe se hace la invitación a seguir diversas recomendaciones que ha señalado esta organización, dentro de las cuales se destaca que las excepciones a la licitación pública deben ser limitadas, predefinidas, y deben contener una apropiada justificación (OECD, 2016, págs. 67-72).

En cuanto a la constitucionalidad de la contratación directa por medio de la causal de interadministrativos, en una ocasión se le demandó a la Corte Constitucional examinar el parágrafo del artículo 2 de la ley 80 de 1993, donde el demandante argumentaba que éste violaba el artículo 13 de la Constitución política, ya que:

(...)en su criterio, ha servido para que las entidades públicas burlen el principio de escogencia objetiva del contratista mediante licitación pública, al permitirles contratar directamente acudiendo a la figura de los convenios interadministrativos con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, práctica ésta con la que se busca precisamente privar a los asociados de la posibilidad de participar en el proceso licitatorio, por lo que resulta contraria al principio de igualdad, en cuanto su contenido normativo va en contravía con la igualdad de oportunidades (Sentencia C-040, 2000).

Respecto a este señalamiento, la Corte resaltó que no podía pronunciarse frente a los cargos del demandante ya que estos deben referirse al contenido de la norma en abstracto, y no a su desarrollo o aplicación. Para la Corte, no existe un principio de razón suficiente en su argumento, ya que en esta modalidad de selección también rigen los principios en materia de contratación estatal, los cuales garantizan la igualdad de oportunidades. Igualmente, expresa la Corte su conocimiento de las malas prácticas en materia de contratos interadministrativos, al precisar que:

(...) Lo dicho en esta sentencia no significa en modo alguno que a la Corte le resulten indiferentes los nefastos efectos que en el patrimonio público puede ocasionar la evasión de los controles y de la fiscalización de los ciudadanos y de las autoridades, pues ello, ciertamente, abona el terreno de la corrupción administrativa que, principalmente en el campo de la contratación pública ha alcanzado en el último

tiempo niveles insospechados, lo cual representa una desviación de cuantiosísimos recursos públicos de la inversión pública social, que atenta contra las metas de crecimiento económico y de mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría de los colombianos (...) (Sentencia C-040, 2000).

Sin embargo, enfatiza que “No es la acción pública de inconstitucionalidad el mecanismo apropiado para combatir dichas prácticas, contrarrestar sus devastadores efectos o responsabilizar a quienes incurren en tan repudiables conductas de apropiación del patrimonio público” (Sentencia C-040, 2000).

2.1.2. El contrato interadministrativo: una excepción a la licitación pública pero no al estatuto de contratación estatal

Aunque la contratación directa constituye una excepción a la licitación pública, esto no significa que constituya una excepción a los principios del estatuto general de contratación de la Administración pública; este tipo de contratación sigue siendo una modalidad de selección sujeta a ciertos principios. En diversas ocasiones el Consejo de Estado colombiano se ha pronunciado sobre la obligación de respetar ciertas exigencias y procedimientos específicos (Sentencia Acción Pública de Nulidad 17767, 2011).

Para el Consejo de Estado, las modalidades de selección del contratista están sujetas de forma general a los principios que rigen la actividad contractual del Estado:

(...)Queda entonces claramente establecido que tanto la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso(...) (Sentencia Acción Pública de Nulidad 15324, 2007).

Por lo tanto, si la persona pública se encuentra en uno de los casos en los que se puede emplear la contratación directa; como es el caso de los contratos interadministrativos, tiene la obligación de respetar los postulados que vienen de ser citados.

Respecto al tema de la aplicación de los principios legales y constitucionales a la modalidad de selección directa, el Consejo de Estado ha desarrollado en su jurisprudencia un análisis que llama particularmente la atención, ya que, si bien este órgano reconoce el respeto obligatorio de los principios en todas las modalidades de escogencia del contratista, enfatiza que los principios no rigen de manera idéntica en todas las modalidades de selección:

(...) Porque si bien es cierto que en todos los procesos de selección de contratistas rigen los principios de la contratación estatal –incluso los de la función administrativa (art. 209 CP.)-, eso no significa que lo hagan de manera idéntica siempre, como parece entenderlo el actor. Es decir, que la publicidad, la selección objetiva y los demás principios que rigen en la contratación tiene en la licitación pública un alcance distinto que en la selección abreviada, y más aún que en la contratación directa. No obstante, es claro que rigen en todos los procesos, pero en forma matizada: mientras más sencilla es la forma de selección, menos intensos son los principios aplicables a esos procedimientos (...) (Sentencia Acción Pública de Nulidad 37044, 2011).

Esta aclaración la hace el Consejo de Estado con ocasión de una acción de nulidad contra el Decreto 2474 de 2008, el cual en el artículo 82 permitía a las autoridades contratar de forma directa y sin la necesidad de obtener varias ofertas (Decreto 2474, 2008). Para el Consejo de Estado, es válido que en la contratación directa se disminuya la fuerza natural de los principios, haciendo una comparación con la modalidad de licitación pública:

Es legítimo que en este supuesto se disminuya la fuerza natural de los principios, pero eso no significa que desaparezcan, porque siguen actuando, pero en forma reducida, adaptándose a las circunstancias propias de espacios que se sabe no son los mismos que se presentan en la licitación. Es por eso que la objetividad no se puede exigir exactamente como se manifiesta en la licitación pública -donde hay muchas ofertas-, porque en la contratación directa existe un solo participante. De igual forma, la publicidad tampoco rige como lo hace en la licitación, donde aplica hasta en la invitación a presentar ofertas; pero tratándose de la contratación directa es contradictorio considerar siquiera esta posibilidad¹³.

Recientemente en una sentencia de 2018, el Consejo de Estado ha precisado que por ejemplo la pluralidad de ofertas no es necesaria en la contratación directa, toda vez que esta postura encuentra fundamentos que permiten limitar la libre concurrencia:

(...)En cuanto a lo primero, la validez de la restricción se ha fundado, de una parte, en el carácter relativo y restrictivo de dicho principio, y, de otro lado, en la libre configuración normativa del legislador, con base en consideraciones de conveniencia por él estimadas razonables y proporcionales, según la finalidad y propósito de cada modalidad de selección (...) (Sentencia Auto 50222, 2014).

(...) En cuanto a lo segundo, se ha aceptado que la selección objetiva fundada en el ofrecimiento más favorable no depende únicamente del cotejo entre ofertas sino también de métodos que, aun prescindiendo de dicha comparación, garanticen que

¹³ Ibid.

la respectiva escogencia se ajuste a los criterios legales de selección objetiva, a los precios o condiciones del mercado y a los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello¹⁴.

Ya que en la contratación directa es posible prescindir del cotejo de ofertas, o de la invitación a presentarlas, resulta de suma importancia aspectos como la elaboración de los pliegos de condiciones y de los estudios previos al contrato, los cuales van a permitir que la entidad pueda realizar una comparación y escoger la oferta más favorable. De forma textual el Consejo de Estado explicó esta idea de la siguiente manera:

(...) cuando la pluralidad de ofertas no se estima necesaria (contratación directa), el único parámetro de comparación con el que cuenta la administración para establecer la favorabilidad de la contratación está determinado por los documentos elaborados por ella unilateralmente (...). En tal circunstancia, el rigor con el que la entidad haya estructurado el proceso de contratación y elaborado sus estudios previos cobrará la mayor de las relevancias, pues será el único parámetro con el que contará la entidad pública para definir la favorabilidad de la contratación (Sentencia Acción Pública de Nulidad 36805, 2010).

Igualmente, a propósito de un contrato interadministrativo celebrado sin la previa definición de criterios de selección, la Corte Suprema de Justicia manifestó que:

(...) encuentra la Corte que le asistió razón al *ad-quem* al puntualizar que la obligación de selección objetiva fue desatendida con ocasión del “Convenio interadministrativo N° 046” (...), pues las pruebas aportadas permiten concluir que no se implementó procedimiento alguno para garantizar la concurrencia de oferentes que estuvieran en condiciones de asumir el objeto contractual, de suerte que la Universidad de La Guajira resultó contratada sin que se sepa qué criterios determinaron su selección (Sentencia Casación 38464, 2015).

Por otro lado, la legislación colombiana establece ciertas particularidades para los contratos interadministrativos, la cuales conviene resaltar:

En un primer tiempo, se hace necesaria la publicación de un acto administrativo donde se justifique la contratación directa, el Decreto 1082 de 2015 señala una lista con la información que debe aparecer en el acto: la Administración debe indicar el motivo por el cual celebra el contrato de forma directa, en particular, debe referirse a una de las causales que permiten emplear esta modalidad, estas causales están expuestas en la ley 1150 de 2007, entre las cuales se encuentran los contratos interadministrativos; En seguida, el documento debe indicar el objeto

¹⁴ Ibid. Sentencia 50222, 2018.

del contrato, los medios financieros, los medios para consultar los pliegos de condiciones y los demás documentos del contrato. Finalmente, el artículo presenta algunas excepciones a esta obligación de justificar el contrato, como es el caso de los contratos de servicios profesionales y los interadministrativos que celebra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República (Decreto 1082, 2015).

En cuanto a la publicación de los estudios y documentos previos en la contratación directa, los únicos contratos interadministrativos que están exceptos de esta publicidad son los celebrados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República (Decreto 1082, 2015).

2.2 La calidad de persona pública del contratista no es sinónimo de excepción a las reglas de publicidad y de competencia

2.2.1. Las personas de naturaleza pública: Un operador económico como cualquier otro

Como se ha venido mencionando, la legislación francesa no asigna un procedimiento particular frente al hecho de que el candidato a un contrato público sea también un sujeto de derecho público. Es así como tampoco adopta un criterio de favorabilidad que permita la exclusión de las reglas de publicidad y de competencia. De una parte, esta idea encuentra su respaldo en los principios fundamentales de la *commande publique*, plasmados tanto en el derecho europeo como en el derecho interno francés, los cuales han conocido de un importante desarrollo que amerita un profundo estudio que no será abordado en este trabajo¹⁵. Por otro lado, el carácter imperativo de la competencia y la noción de operador económico hacen que los sujetos de derecho público sean vistos como uno más en el mercado.

Se ha hecho mención de que la noción de operador económico viene de la capacidad que tiene un candidato de asegurar la ejecución de un contrato, sin importar aspectos como su estatuto, su presencia en el mercado, etc. Por lo tanto, los sujetos de derecho público pueden participar en la atribución de contratos públicos como cualquier privado que ostente la calidad de operador económico. Sin embargo, esta noción de operador económico también justifica la idea de que ninguno debe beneficiar de un trato preferencial frente a la exclusión de reglas de publicidad y de competencia.

¹⁵ Ver Llorens, F. Principe de transparence et contrats publics. En Contrats et Marchés publics n° 1, Revues juridiques Lexis 360. 2004, chron. 1.

Como lo comenta la profesora Hélène Hoepffner, la noción de operador económico fue introducida en el código francés de *marchés publics* de 2006, el cual tomaba en cuenta la noción de la Directiva 2004/18 en su artículo 1 (Hoepffner, 2016, pág. 115). Actualmente, la Directiva 2014/24/UE lo define de la siguiente forma en el considerando 14:

“Procede aclarar que el concepto de «operador económico» debe interpretarse en un sentido amplio a fin de que incluya a cualquier persona o entidad que ofrezca la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el mercado, independientemente de la forma jurídica que haya escogido para operar en él. Por consiguiente, las empresas, las sucursales, las filiales, las asociaciones, las sociedades cooperativas, las sociedades anónimas, las universidades, públicas y privadas, y otras formas de entidades distintas de las personas físicas deben estar todas ellas incluidas en el concepto de operador económico, sean o no «personas jurídicas» en todas las circunstancias” (Directive 2014/24/UE, 2014).

Por otra parte, el nuevo código de la *commande publique* también otorga una definición de operador económico, agrupando en esta noción a personas físicas o morales, públicas o privadas, con o sin personalidad moral, y que ofrezcan en el mercado la realización de un trabajo, el suministro de productos, o la prestación de un servicio (Code de la *commande publique*, 2018)¹⁶.

Tanto la Directiva en su artículo 1, numeral 2, como el Código en su artículo L111-1, establecen que los contratos públicos son concluidos entre poderes adjudicadores/entidades adjudicadoras y operadores económicos, por lo tanto, estos están sometidos al respeto de los principios de la *commande publique*, impidiendo así que se favorezca a determinados operadores económicos.

Es importante considerar que estos principios se aplican incluso en ausencia de un texto que indique de forma precisa su carácter vinculante, esta idea se evoca en relación con la jurisprudencia Telaustria (Arrêt C-324/98, 2000) (Delaunay, 2018, pág. 23), que ha sido empleada por la doctrina para sostener este punto de vista. Como lo explica el profesor Laurent Richer (Richer, Laurent; Lichère, François, 2016, pág. 441), en esta decisión el Tribunal de Justicia hizo hincapié en un contrato que no estaba sometido a *l'ordonnance*; el Tribunal concluye que incluso en este

¹⁶ Según el código de la *commande publique*, un operador económico es toda persona natural o jurídica, con naturaleza pública o privada, o todo grupo de personas que tenga o no personalidad jurídica, y que ofrezca en el mercado la realización de contratos de obra, el suministro de productos, o la prestación de servicios. Código de la *Commande publique*, artículo L1220-1 : “Est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services”.

caso el contrato no escapa a las normas fundamentales del Tratado de la Unión Europea, ni al principio de no discriminación. Específicamente, un punto de la sentencia establece:

(...) Non obstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté «¹⁷.

Para comprender el origen y las implicaciones de los principios fundamentales de la contratación pública, conviene tener en cuenta los principios de igualdad y transparencia, los cuales desempeñan un papel importante debido a las obligaciones que imponen. Para este análisis, el autor Mathias Amilhat realiza la distinción y la implicación de estos dos principios en su fascículo sobre contratación pública y principios fundamentales (Amilhat, 2015).

En cuanto a las reglas de publicidad y de competencia, Gabriel Eckert explica que estas reglas buscan garantizar el buen funcionamiento del mercado, en la medida en que los intereses o consideraciones de los organismos de derecho público son diferentes a los económicos (Eckert, Gabriel, 2013, pág. 849)¹⁸. De la misma forma, los procedimientos de competencia “*tendent alors à imposer aux personnes publiques et, plus largement, aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices de ne pas fausser la concurrence*”, para el autor, esta es la razón por la que se da una aproximación extensiva del campo de aplicación de la competencia, a través de la promoción de principios como la transparencia de los procedimientos, lo que conduce a que la calidad de persona pública del contratista no justifique por sí sola una excepción a las reglas de publicidad y de competencia¹⁹.

A partir de este panorama, conviene indagarse si existe alguna posibilidad de excluir contratos entre sujetos de derecho público de la aplicación de las reglas

¹⁷ Ibid, Sentencia Telaustria. “No obstante el hecho de que dichos contratos; a la luz del derecho comunitario, están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, las entidades contratantes que los concluyen deben, sin embargo, respetar en general las normas fundamentales del Tratado y de forma particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad; este principio implica, entre otras cosas, una obligación de transparencia que permite a la autoridad contratante asegurar el respeto de dicho principio”.

¹⁸ Para explicar esta idea, el autor cita la sentencia C-470/99 Universale-Bau AG c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, comentario de T. Gliozzo, en AJDA. 2003, 623.

¹⁹ Ibid pág. 849.

de publicidad y de competencia, el derecho europeo y francés muestran que sí es posible gracias a los denominados contratos “*in house*” o “*quasi-régie*”, los cuales son objeto del cumplimiento de condiciones que buscan recrear un análisis que permita respetar los principios en materia de publicidad y de competencia.

2.2.2. Los contratos celebrados dentro de la esfera pública como excepción a las reglas de publicidad y de competencia

Si bien la excepción *in house* ha tenido su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, actualmente tanto el legislador europeo como el legislador francés han procedido a su codificación. Así las cosas, en el derecho europeo encontramos que las directivas sobre la conclusión de *marchés publics* (Directive 2014/24/UE, 2014) y sobre la atribución de los contratos de concesión (Directive 2014/23/UE, 2014), exponen las diversas posibilidades para la celebración del contrato *in house*. Igualmente, el código de la *commande publique* contempla esta posibilidad bajo el nombre de “quasi-régie” en sus artículos L2511-1 al L2511-5 (Code de la commande publique, 2018)²⁰.

Al igual que en los demás contratos de la *commande publique*, las partes están conformadas por un poder adjudicador/entidad adjudicadora y un operador económico (entidad controlada). Sin embargo, a la diferencia de otro contrato público, el contratista en un contrato de *quasi-régie* debe tener cierta dependencia del poder adjudicador con quien contrata. Para el profesor Laurent Richer la dependencia del contratista es tanto administrativa como económica, “*Il est nécessaire que le prestataire ne puisse être qualifié de tiers, ce qui résulte d’un double test de dépendance à la fois administrative et économique*” (Richer, Laurent; Lichère, François, 2016, pág. 388). Ante todo, es necesario conservar esta dependencia.

Lo que hace particular al contrato de *quasi-régie*, y por lo tanto lo que permite que se constituya como una excepción a las reglas de publicidad y de competencia, es que su identificación está condicionada a la existencia de los criterios de control análogo, de participación de capitales privados, y a las actividades que realiza la entidad controlada.

²⁰ Código de la Commande publique, Partie législative créé par Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018.

«Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu’il agit en qualité d’entité adjudicatrice, avec une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque les conditions suivantes sont réunies(...)».

El control análogo como condición obligatoria para identificar el contrato de *quasi-régie*, es señalado por el artículo L2511-1 del código de la *commande publique*, el cual destaca que el poder adjudicador debe ejercer un tal control; como el que él ejerce sobre sus propios servicios, sobre la persona jurídica controlada (Code de la *commande publique*, 2018). De la misma manera, este artículo indica que para que el control análogo exista, es necesario que el poder adjudicador ejerza una influencia decisiva sobre la entidad controlada, la influencia se ve reflejada tanto en objetivos estratégicos como en las decisiones importantes que toma la persona jurídica. Lauren Richer explica que esta condición «mantiene un enfoque subjetivo, que sin duda es inevitable» (Richer, Laurent; Lichère, François, 2016, pág. 389). El control análogo también se puede ejercer de forma conjunta, es decir, varios poderes adjudicadores pueden ejercerlo sobre una entidad, siempre y cuando que todos los poderes adjudicadores estén asociados con la entidad, incluso si su participación es baja, tal como lo establece la jurisprudencia ASEMFO de 2007 (Arrêt C-295/05, 2007).

En cuanto a la participación de capitales privados en la entidad controlada, en un primer tiempo la jurisprudencia europea previó la exclusión de todas las formas de capital privado en la entidad controlada en un contrato de *quasi-régie*, es el caso de las sentencias Stadt Halle y CONAME²¹. No obstante, las directivas europeas y la ley en el derecho francés han determinado la posibilidad de participación privada en determinadas condiciones. Es así como la jurisprudencia europea ha experimentado una atenuación considerable, la presencia de capital privado en una entidad que participa en el contrato de *quasi-régie* ya no es necesariamente una situación que excluye la adjudicación. En principio, la entidad controlada no debe involucrar la participación directa de capital privado, es decir, la participación del capital privado que no sea de forma directa se admitirá bajo ciertas condiciones: El capital privado no debe otorgar ningún control ni capacidad de bloqueo, estas formas de participación privada deben ser exigidas por la legislación nacional, y dichas participaciones no deben tener una influencia decisiva en la entidad controlada (Code de la *commande publique*, 2018)²².

La ley en materia de contratos públicos también indica que, para que exista un contrato de *quasi-régie*, “la entidad controlada realiza más del 80% de su actividad

²¹ Respecto a la relación de *quasi-régie* entre el poder adjudicador y la entidad controlada, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo: C-26/03 Stadt Halle de 11 de enero de 2005, dispuso que la participación, incluso minoritaria, de capital privado en la entidad controlada, excluye la posibilidad de control análogo. Esta idea fue confirmada por la sentencia No. C-231/03 CONAME v. Commune di Cingia de Botti de 21 de julio de 2005.

²² Estas condiciones son establecidas por el código de la *commande publique* en su artículo Article L2511-1, 3.

en el marco de las tareas que le confía el poder adjudicador, o que le confía otra persona jurídica que él controla” (Code de la commande publique, 2018)²³. Como lo explicó la Dirección de Asuntos Jurídicos, para considerar que el contratista está totalmente vinculado al poder adjudicador, las prestaciones de la entidad deben ser para el beneficio exclusivo del poder adjudicador (Direction des Affaires Juridiques, 2016, pág. 3). La idea es que las prestaciones de la persona jurídica controlada sean comparables a aquellas prestaciones a las cuales tendría acceso el poder adjudicador, si recurriera a sus recursos internos. Como resultado, se tendría una entidad que está totalmente dedicada a las necesidades de los poderes adjudicadores que la controlan. Por lo tanto, el otro 20% de la actividad se puede ejercer en el mercado.

Una vez que un contrato cumple con las condiciones establecidas, no estará sujeto a las reglas de publicidad y de competencia en materia contractual. Para explicar la lógica del contrato de *quasi-régie*, autores como Laurent Richer han recurrido a un análisis del principio de transparencia y del principio de libre administración de la administración pública. Así, para este autor, en un principio el objetivo de las directivas europeas era la apertura del mercado interno, donde la competencia ocupaba un lugar primordial e incluso otros objetivos como la lucha contra la corrupción o el buen uso de los fondos públicos, se situaban en un lugar secundario. Sin embargo, señala el autor, la nueva directiva introduce un cambio muy importante, él indica que “*c’est la fin du tout concurrentiel*”, actualmente objetivos como la libre elección de las autoridades públicas se ubican al mismo nivel del desarrollo del mercado, de forma específica “*Cette directive ne remet pas en cause les postulats dérivés de l’exigence fondamentale d’ouverture du marché intérieur, mais elle introduit deux importants changements, d’une part en relativisant l’objectif d’ouverture à la concurrence*” (Richer, 2015).

Así las cosas, si bien puede existir una “relativización” de objetivos como la apertura a la competencia, el contrato de *quasi-régie* se presenta como una excepción fundamentada en circunstancias objetivas, ante la imposibilidad de establecer en el derecho francés un trato preferencial apoyado en un criterio meramente orgánico.

Conclusiones

Tanto en Colombia como en Francia el ordenamiento jurídico permite la participación de sujetos de derecho público en los diversos procedimientos de selección del contratista. Sin embargo, se evidencia que la ley colombiana va más

²³ Nuevamente una condición del artículo L2511-1, 2, del código de la commande publique.

allá y otorga un tipo de tratamiento preferencial a estos sujetos, permitiéndoles celebrar los contratos estatales bajo la modalidad de contratación directa y a partir de la causal de contratos interadministrativos.

En Colombia los contratos interadministrativos gozan de la modalidad de contratación directa gracias a la naturaleza pública del contratista, y su celebración está sujeta a dos requisitos: que exista una relación directa entre las obligaciones derivadas del contrato y el objeto de la entidad ejecutora, y que no se incurra en una de las causales que prohíben la conclusión de ciertos contratos por parte de determinadas entidades estatales, estas causales son establecidas para combatir los posibles casos de corrupción; que en todo caso, son muy frecuentes en este tipo de contrato. Por el contrario, si bien el derecho francés hasta hace algún tiempo permitía que este tipo de relaciones interadministrativas fueran celebradas de forma directa, actualmente y gracias a la influencia del derecho europeo, los sujetos de derecho público encarnan la noción de operador económico y se establece que su comportamiento en el mercado es como el de cualquier sujeto de derecho privado. En Francia sólo las circunstancias objetivas y debidamente justificadas permiten que las reglas de publicidad y de competencia puedan ser excluidas, no se encuentra fundamento alguno para una causal de contratación directa en contratos interadministrativos.

Una de las causales que permiten la contratación directa entre ciertos sujetos de derecho público es la causal de contratos de *quasi-régie* o *in house*, los cuales presentan una serie de requisitos que buscan no afectar el mercado y conciliar los principios de libertad de organización de personas públicas y de libre competencia.

A partir del caso francés, es posible cuestionar si la causal colombiana de contratación directa en contratos interadministrativos realmente garantiza que la competencia en el mercado no se vea afectada, o que la selección objetiva del contratista no se encuentre transgredida. De igual manera, podría eventualmente debatirse la conveniencia de desarrollar un concepto de operador económico en Colombia al estilo de los países europeos, esto con el fin de incrementar la igualdad entre los proponentes y fortalecer la competencia en el mercado de compra pública.

Referencias

Didriche, O. (2015). La CJUE précise (également) les conditions de la candidature d'une personne publique à une procédure de marché- Commentaire CJUE C-568/13 18 décembre 2014. *Revista AJ Collectivités Territoriales*, 206. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/ocumentation/Document?id=AJCT/S/2015/0192&ctxt=0_0MT1hIENKVUUGcHLDqWNpc2UgKMOpZ2FsZWl1bnQpIG

xlcyBjb25kaXRpb25zIGRIIGxhIGNhbmRpZGF0dXJIIGQndW5lIHBlcnNvbW51
IHB1YmxcXVIIIMogIHVuZSBwcm9jw6lkdXJIIGRIIGI

- Amilhat, M. (2015). *Passation des marchés publics - Principes fondamentaux. Fascicule Jurisclasseur n° 635*. Récupéré sur <https://www.lexis360.fr>
- Araújo Oñate, R., Barrantes Venegas, C. P., Betancur Escobar, L. I., Castro Cuenca, C., & Alvarez Rojas, F. (2011). *Ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?* (éd. 1). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Arrêt C-295/05. (2007, avril 19). Cour de Justice Européenne. Deuxième chambre. *M.P.: R. Schintgen*. Luxembourg, Luxembourg: Référence: No. C-295/05.
- Arrêt C-305. (2009, Diciembre 23). Cour de Justice de l'Union Européenne. Quatrième chambre. *M.P.: K. Lenaerts*. Luxembourg, Luxembourg: Référence: N. C-305/08. Récupéré sur <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&jur=C,T,F&num=C-305/08&td=ALL>
- Arrêt C-324/98. (2000, Diciembre 7). Cour de Justice des Communautés Européennes. Sixième chambre. *M.P.: J.-P. Puissechet*. Luxembourg, Luxembourg: Référence: No. C-324/98. Récupéré sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0324>
- Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi. (2014, Diciembre 18). Cour de Justice de l'Union Européenne. Cinquième chambre. N. C-568/13. Récupéré sur <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-568/13>
- Chávez Marín, A. R. (2012). *Los convenios de la administración: entre gestión pública y la actividad contractual. 2.ª ed.* (éd. 1). Bogotá D.C, Colombia: Universidad del Rosario.
- Code de la commande publique. (2018, Diciembre 5). Ministère de l'Economie et des Finances. *Partie législative créé par L'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 et partie réglementaire créé par le Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018*. Paris, France: Journal officiel de la République française du 5 décembre 2018. Récupéré sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=5D1F215AB6FA29545DF55CA8C2D01A95.tplgfr21s_1?cidTexte=LEGITEXT000037701019&dateTexte=20190401
- Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau 212054. (2000, Octobre 16). Conseil d'État. Statuant au contentieux. *M.P.: Edouard Philippe*. Paris, Francia: Référence: N° 212054. Récupéré sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008056136>
- Dacosta, B. (2015). La candidature d'une collectivité territoriale à l'attribution d'un contrat de commande publique- Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 30 décembre 2014, Société Armor SNC, n° 355563. *Revista RFDA*, 57. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers./documentation/Document?id=RFDA/CHRON/2015/0029&ctxt=0_YSR0MT1hIGNhbmRpZGF0dXJIIGQndW5lIHGN-

vbGxIY3RpdmI0w6kgdGVycml0b3JpYWxlIIMOGIGwnYXR0cmliidXRpb24gZCd-
1biBjb250cmF0IGRIIGNvbW1hbmRIIHBIYmxcXVIwqkJK5UZXh0ZTI

- De Grove-Valdeyron, N. (2017). La transposition du « in house » et de la « coopération public-public » : de nouvelles opportunités pour les collectivités publiques. *Revisita du marche commun et de l'Union Européenne*, 524-533. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.r/documentation/Document?id=RMC/CHRON/2017/0424&ctxt=0_YSR0MT1MYSB0cmFuc3Bvc2l0aW9uIGR1IMKrl-GluIGhvdXNIIMK7IGV0IGRIIGxhIMKrlGNvb3DDqXJhdGlviBwdWJsaWMT-cHVibGJlIMK7IDogZGUgdm91dmVsbGVzIG9wcG9ydHVuaXTDqXPCp2Qk
- Decreto 1082. (2015, Mayo 26). Departamento Nacional de Planeación. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 49.523 de 26 de mayo de 2015. Récupéré sur https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1082_2015.htm
- Decreto 2474. (2008, julio 7). El Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 47.043 de julio 7 de 2008. Récupéré sur <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31185>
- Delaunay, B. (2018). La transparence de la vie économique. *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n°59(59)*, 23-34. Récupéré sur <http://www.constructif.fr/articles/numeros/pdf/constructif-51.pdf>
- Département de l'Aisne 324156. (2009, Julio 10). Conseil d'État. 7ème et 2ème sous-sections réunies. *M.P.: Cécile Chaduteau-Monplaisir*. Paris, Francia: Référence: N° 324156. Récupéré sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000020869563>
- Direction des Affaires Juridiques. (2016, enero 03). Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public - Fiche technique. *Economía, Finanzas, Acción y Cuentas Públicas*, pp. 1-16. Récupéré sur https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/champs-application/contrats-entre-entites-secteur-public-2019.pdf
- Directive 2014/23/UE. (2014, febrero 26). Parlement et Conseil Européen. *sur l'attribution de contrats de concession*. Bruselas, Belgica: Journal officiel de l'Union européenne du 28 mars 2014. Récupéré sur https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AJOL_2014_094_R_0001_01
- Directive 2014/24/UE. (2014, febrero 26). Parlement et Conseil européen. *sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE*. Bruselas, Belgica: Journal officiel de l'Union européenne du 28 mars 2014. Récupéré sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>
- Dreyfus, J.-D. (2016). Les contrats entre personnes publiques : actualité jurisprudentielle. *AJ Collectivités Territoriales*, 139. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=AJCT/CHRON/2016/0083&ctxt=0_

YSR0MT1MZXMGy29udHJhdHMgZW50cmUgcGVyc29ubmVzIHBIYmxcX-VlcyA6IGFjdHVhbG10w6kganVyaXNwcnVkJZW50aWVsbGXCp2QkblRleHRl-Mj02QjEyMUZDQsKndCRzMD1GOUE2NTNBMMKneCR

- Dreyfus, Jean-David. (2000). Actualité des contrats entre personnes publiques. *Revista AJDA*, 575. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=AJDA/CHRON/2000/0575&ctxt=0_YSR0MT1BY3R1YWxpdMO-pIGRlcyBjb250cmF0cyBlbnRyZSBwZXJzb25uZXMGcHVibG1xdWVzwdkKJ-G5UZxh0ZTI9NkIxMjFGQ0LCp3QkczA9RjIBNjUzQTDCp3gkc2Y9cGFnZS-lyZWN0ZXJjaGU=&ct
- Durviaux, A. (2011). Chronique Droit européen des marchés et autres contrats publics - La notion d'opérateur économique, commentaire CJUE CoNISMa C-305/08 23 décembre 2009. *RTD Eur.*, 432. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=RTDEUR/CHRON/2016/0597&ctxt=0_YSR0MT1MYSBub3Rpb24gZCdvcmF0ZXVyIMOpY29ub21pcXVIIIEFubi-BMYXdyZW5jZcKnZCRuVGv4dGUyPTZCMTIxRkNCwqd0JHMwPUY5QTY-1M0Ewwqd4JHNmPXBhZ2UtmVjaGVyY2hl&ctxt
- Durviaux, Ann Lawrence. (2015). Chronique Droit européen des marchés et autres contrats publics - L'impossibilité d'exclure un organisme de droit public en tant que tel des procédures des marchés publics s'il est un opérateur économique. *Revista RTD Eur.*, 387. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=RTDEUR/CHRON/2015/1056&ctxt=0_YSR0MT1MJ2ltcG9z-c2liaWxpdMOplGQnZXhjbHVyZSB1biBvcmdhbmlzbWUgZGUGZHZJvaXQgcHVibG1jIEFubiBMYYXdyZW5jZcKnZCRuVGv4dGUyPTZCMTIxRkNCwqd0JHMwPUY5QTY1M0Ewwqd4J
- Eckert, Gabriel. (2013). Contrats entre personnes publiques et droit de la concurrence. *Revista AJDA*, 849. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=AJDA/CHRON/2013/0199&ctxt=0_YSR0MT1Db-250cmF0cyBlbnRyZSBwZXJzb25uZXMGcHVibG1xdWVzIGV0IGRyY2I0IGRIIGx-hlGNvbmNlcnJlbnNlwdkKJG5UZxh0ZTI9NkIxMjFGQ0LCp3QkczA9RjIBNjUz-QTDCp3gkc2Y9cGFnZS1
- Hoepffner, H. (2016). *Droit des contrats administratifs* (éd. 1). Paris, Francia: Editorial Dalloz.
- Levain, L., & Prats-Denoix, M. (2015). Les relations in house à l'aune des nouvelles directives européennes. *Lexis 360 - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 1188. Récupéré sur https://www-lexis360-fr.ressources.univ-poitiers.fr/Document/marche_public_les_relations_in_house_a_laune_des_nouvelles_directives_europeennes_etude/6rCBZiQ9lXpF71t_yk7_o0QRY7H-Vn2tNiKisSLdZFE1?dat a=c0luZGV4PTUmckNvdW50PTc5MiY=&rndNum=1000735740&tsid=sear
- Ley 1150. (2007, julio 16). Congreso de la República. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras*

- disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007. Recuperé sur http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Ley 1474. (2011, julio 12). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. Recuperé sur http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html
- Ley 80. (1993, Octubre 28). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 2011. Recuperé sur http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Llorens, F., & Soler-Couteaux, P. (2011). Contrats « in house » - Coopération public-public et droit communautaire : quelles perspectives ? *Contrats et Marchés publics n° 12*, 11. Recuperé sur https://www-lexis360-fr.ressources.univ-poitiers.fr/Document/contrats_in_house_cooperation_public_public_et_droit_communautaire_quelles_perspectives_/NGcMIRU9W3S0eUzkEQfaWvCFTneFr5g7T4Cybh6SEKsl?data=c0luZGV4PTMmckNvdW50PTc5MiY=&rndNum=1729056777&tsid=sea
- OECD. (2016). *Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference*. Paris: OECD Public Governance Reviews. Recuperé sur <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en>
- Palacio Hincapie, J. (2004). *La contratación de entidades estatales* (éd. 1). Bogotá D.C, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Pastor, J.-M. (2009). Un département peut se porter candidat à un marché qui s'exécute hors de son territoire - commentaire CE département de l'Aisne. *AJDA, Dalloz*, 1402. Recuperé sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=AJDA/JURIS/2009/0809&ctxt=0_YSR-0MT1VbiBkw6lwYXJ0ZWl1bnQgcGV1dCBzZSBwb3J0ZXIyY2FuZGllkYX-Qgw6AgdW4gbWFyY2JdQSBxdWkgeydlMOpy3V0ZSBob3JzIGRlIHVbi-B0ZXJyaXRvaXJlwdkxJG5UZXBh0ZTI9NkIxMjF
- Richer, L. (2015). La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014. *Contrats et marchés publics No. (2)(2)*. Recuperé sur https://lexis360.lexisnexis.fr/droit-document/article/contrats-marches-publics/02-2015/002_PS_CMP_CMP1502ET00002.htm#.XdRrZ9UzbiU
- Richer, Laurent; Lichère, François. (2016). *Droit des contrats Administratifs* (éd. 2). Issy-les-Moulineaux, Francia: LGDJ Lextenso.
- Royer, E. (2015). L'intérêt public local : une précision utile pour l'accès des collectivités territoriales à la commande publique. *AJ Collectivités Territoriales*, 158. Recuperé sur <https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/>

Document?id=AJCT/CHRON/2015/0115&ctxt=0_YSR0MT1MJ2ludMOpcO-qdCBwdWJsaWMgbG9jYWwgOiB1bmUgcHLDqWNpc2lvbiB1dGlsZSBwb3VyI-GwnYWNjw6hzIGRlcyBjb2xsZWN0aXZpdMOpcyB0ZXJyaXRvcmlhbGVzIMO-glGxhwqdkJG5UZXh

- Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de derecho Administrativo* (éd. 1). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Santos Rodríguez, J. (2009). Consideración sobre los contratos y convenios interadministrativos. *Revista Digital de Derecho Administrativo*(1), 1-24. Recuperé sur <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2592/2231>
- Sentencia Acción de Reparación Directa 49974. (2017, abril 26). Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Subsección C. C.P.: *Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 25000-23-26-000-2012-00482-01 (49974). Recuperé sur <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/679685557>
- Sentencia Acción Pública de Nulidad 15324. (2007, Agosto 29). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. C.P.: *Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: No. 85001-23-31-000-1996-00309-01(15324). Recuperé sur <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>
- Sentencia Acción Pública de Nulidad 17767. (2011, Enero 31). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: *Olga Melida Valle De la Hoz*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación No. 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). Recuperé sur [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1995-00867-01\(17767\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1995-00867-01(17767).pdf)
- Sentencia Acción Pública de Nulidad 36805. (2010, marzo 3). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805). Recuperé sur [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-26-000-2009-00043-00\(36805\)A.pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)A.pdf)
- Sentencia Acción Pública de Nulidad 37044. (2011, Marzo 7). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: *Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00070-00 (37044). Recuperé sur [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-26-000-2009-00070-00\(37044\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-26-000-2009-00070-00(37044).pdf)
- Sentencia Auto 50222. (2014, Mayo 14). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: *Mauricio Fajardo Gomez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00035-00 (50222). Recuperé sur [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/ConsejoEstado/30030616?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/ConsejoEstado/30030616?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

- Sentencia C-040. (2000, Enero 26). Corte Constitucional. La Sala plena. *M.P.: Fabio Moron Díaz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente. D-2457. Récupéré sur <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-040-00.htm>
- Sentencia Casación 38464. (2015, Julio 8). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Eugenio Fernández Carlier*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación N° 38464.
- Sentencia Concepto 2092. (2012, junio 28). Consejo de Estado. Sala de Consulta y de Servicio Civil. *C.P.: William Zambrano Cetina*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00016-00 (2092). Récupéré sur <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>
- Société Armor SNC 35563. (2014, Diciembre 30). Conseil d'Etat, Assemblée. *P.: Laurence Marion*. Paris, Francia: Référence N° 355563. Récupéré sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000029998350&fastReqId=547552275&fastPos=1>
- Société Jean Louis Bernard Consultants 222208. (2012, noviembre 8). Conseil d'État. Statuant au contentieux. *M.P.: Edouard Philippe*. Paris, Francia: Référence: N° 222208. Récupéré sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008031533&fastReqId=915287025>

Pablo Andrés Mayorga Penna

Los títulos-valores electrónicos en el Ordenamiento Jurídico Colombiano*

The Electronic instruments in the Colombian Legal system

Recibido: Marzo 25 de 2019 - Evaluado: Mayo 03 de 2019 - Aceptado: Junio 06 de 2019

Pablo Andrés Mayorga Penna**

Para citar este artículo / To cite this article

Mayorga Penna, P. A. (2019). Los títulos-valores electrónicos en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. *Revista Academia & Derecho*, 10(19), 157-194.

Resumen: Con la promulgación de la Ley 599 de 1999 se establecieron las bases del comercio electrónico y, otorgándole eficacia, validez y fuerza probatoria a los mensajes de datos, surgió la discusión de los títulos valores electrónicos bajo el principio de la *equivalencia funcional*; y si bien la anterior normativa permitió cumplir con los requisitos esenciales de los títulos valores en el escenario digital, la misma se tornó insuficiente para garantizar, bajo criterios de unicidad, la circulación de estos documentos cambiarios inmateriales.

En la actualidad, atendiendo a los vacíos en la anterior normativa, ha tomado fuerza una propuesta legislativa que de manera expresa y especial pretende trasplantar a estos documentos inmateriales el método centralizado propio del mercado bursátil, exigiéndose que los títulos valores electrónicos sean custodiados y/o administrados por Depósitos Centralizado de Valores, quienes serán responsables de expedir un certificado para efectos del ejercicio de los derechos incorporados.

Sin perjuicio de los beneficios que podrá reportar la anterior propuesta para la circulación de los títulos registrados en una base de datos centralizada, garantizándose también la

* Artículo inédito de reflexión académica resultado de proyecto de investigación: Los títulos valores en el contexto electrónico establecido por la ley 527 de 1999. Artículo para optar por grado de magister en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario..

** Abogado egresado de una Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Especialista en Instituciones Jurídico-Procesales de la Universidad Nacional de Colombia, Estudiante de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Jefe de Control Judicial de la Gerencia Jurídica del Banco de Bogotá S.A.
Correo electrónico: pablo.mayorga@urosario.edu.co

trazabilidad de las operaciones y gravámenes sobre el documento inmaterial, se concluirá que lo anterior rompe con los principios esenciales de los títulos valores y se expondrán las consecuencias derivadas de ello.

Pese al análisis dogmático contenido en el presente artículo, la conceptualización adecuada de los títulos inmatrimales que se valgan del mecanismo centralizado expuesto será de gran importancia para efectos del establecimiento de una regulación más apropiada a sus características propias, siendo respetuosos del método científico que debe reinar en el Derecho.

Palabras Claves: Títulos Valores, Comercio Electrónico, Factura Electrónica, Depósitos Centralizados de Valores, Principio de incorporación

Abstract: With the promulgation of Law 599 of 1999, the foundations of electronic commerce were established and, giving efficiency, validity and probative force to data messages, the discussion of electronic securities emerged under the principle of functional equivalence; and although the previous regulations allowed to comply with the essential requirements of securities in the digital scenario, it became insufficient to guarantee, under unique criteria, the circulation of these intangible exchange documents.

Nowadays, in response to the gaps in the previous regulations, a legislative proposal that expressly and specially intends to transplant the centralized method of the stock market to these immaterial documents has been enforced, requiring that electronic securities be guarded and / or managed by centralized securities deposits, who will be responsible for issuing a certificate for the purposes of exercising the rights incorporated.

Without prejudice to the benefits that the previous proposal for the circulation of the titles registered in a centralized database may report, also guaranteeing the traceability of the operations and encumbrances on the intangible document, it will be concluded that the above breaks with the essential principles of the securities and the consequences derived from it will be exposed.

Despite the dogmatic analysis contained in this article, the adequate conceptualization of the intangible titles that use the centralized mechanism exposed will be of great importance for purposes of establishing a regulation more appropriate to their own characteristics, being respectful of the scientific method that should reign in law.

Key Words: Securities, Electronic Commerce, Electronic Invoice, Centralized Securities Deposits, Principle of incorporation.

Resumo: Com a promulgação da Lei nº 599, de 1999, foram estabelecidas as bases do comércio eletrônico e, dando eficácia, validade e força probatória às mensagens de dados, a discussão dos títulos eletrônicos surgiu sob o princípio da equivalência funcional; e, embora a regulamentação anterior permitisse cumprir os requisitos essenciais dos títulos no cenário digital, tornou-se insuficiente para garantir, sob critérios de unicidade, a circulação desses documentos imateriais de troca.

Actualmente, em resposta às lacunas da regulamentação anterior, entrou em vigor uma proposta legislativa que pretende expressamente e sobretudo transplantar para estes documentos intangíveis o método centralizado do mercado de valores mobiliários, exigindo que os valores mobiliários eletrônicos sejam guardados e/ou administrados por Centrais de Valores Mobiliários, que serão responsáveis pela emissão de um certificado para efeitos do exercício dos direitos incorporados.

Sem prejuízo dos benefícios que a proposta anterior possa trazer para a circulação de valores mobiliários registrados em banco de dados centralizado, garantindo também a rastreabilidade das operações e ônus sobre o documento intangível, conclui-se que serão explicitadas as rupturas com os princípios essenciais dos valores mobiliários e as conseqüências dele decorrentes.

Apesar da análise dogmática contida neste artigo, a adequada conceituação dos títulos imateriais que fazem uso do mecanismo centralizado exposto, será de grande importância para os efeitos do estabelecimento de um regulamento mais adequado às suas próprias características, respeitando o método científico que deve reinar no Direito.

Palavras chave: Valores Mobiliários, Comércio Eletrônico, Factura Electrónica, Depósitos Centralizados de Valores Mobiliários, Princípio da Constituição.

Résumé: Avec l'adoption de la loi 599 de 1999, les fondements du commerce électronique ont été établis et, en donnant efficacité, validité et force probante aux messages de données, la discussion sur les titres électroniques a émergé sous le principe de l'équivalence fonctionnelle ; et bien que la réglementation précédente ait permis de satisfaire aux exigences essentielles des titres dans le scénario numérique, elle est devenue insuffisante pour garantir, selon des critères de unicité, la circulation de ces documents immatériels.

Actuellement, en réponse aux lacunes de la réglementation précédente, une proposition législative est entrée en vigueur qui vise expressément et surtout à transposer à ces documents immatériels la méthode centralisée du marché boursier, exigeant que les titres électroniques soient gardés et/ou administrés par des dépositaires centralisés de titres, qui seront chargés d'émettre un certificat aux fins de l'exercice des droits incorporés.

Sans préjudice des avantages que la proposition précédente peut apporter pour la circulation des titres inscrits dans une base de données centralisée, garantissant également la traçabilité des opérations et des charges sur le document immatériel, il sera conclu que ce qui précède rompt avec les principes essentiels des titres et les conséquences qui en découlent sera expliqué.

Malgré l'analyse dogmatique contenue dans cet article, la conceptualisation adéquate des titres immatériels qui utilisent le mécanisme centralisé exposé, sera d'une grande importance pour les effets de l'établissement d'une réglementation plus appropriée à ses propres caractéristiques, en respectant la méthode scientifique qui doit régner dans la Loi.

Mots-clés: Valeurs mobilières, Commerce électronique, Facture électronique, Dépôts centralisés de valeurs mobilières, Principe d'incorporation

SUMARIO: Introducción. – Problema de investigación. – Metodología. – Esquema de resolución del problema jurídico. – Plan de redacción – 1. Los Títulos Valores. Principios esenciales y el mecanismo del endoso. – 2. Marco jurídico de los Títulos Valores Electrónicos– Ley de Comercio Electrónico. – 2.1. Referencias al Derecho Comparado. – 3. Los Depósitos Centralizados de Valores y La anotación en cuenta. – 4. Los títulos ejecutivos en el Ordenamiento Jurídico Procesal Colombiano. – 5. Caso paradigmático de la Factura Electrónica. – Conclusiones. – Referencias.

Introducción

Los desarrollos tecnológicos e informáticos han tenido un importante impacto en la humanidad, cambiando aquellos modelos y estándares de vida, hoy en día considerados obsoletos, brindando mayor comodidad y confort a la existencia del ser humano, agilizando y facilitando las relaciones mercantiles y el tráfico comercial (Ruiz, 2007), reduciendo costos de transacción, producción y distribución, y eliminando trámites engorrosos, aun cuando no se pueda afirmar que los mismos sean menos complejos. Son innumerables las modificaciones que ha atravesado la sociedad en sus patrones sociales y culturales, como consecuencia de esta nueva corriente que convierte la utilización de la tecnología y la informática en una necesidad cotidiana. No en vano, la CEPAL ha manifestado que estamos en presencia de una “economía digital” (Remolina N., 2018).

El Derecho, por su función normativa, está llamado a brindar seguridad jurídica¹ y a establecer marcos regulatorios que permitan y promuevan la participación de los diferentes actores del mercado en el nuevo escenario digital. No obstante, ante la imposibilidad e inconveniencia de una regulación omnicompreensiva, se advierte que el Derecho está orientado a reglar solamente los actos con trascendencia jurídica, estableciendo parámetros de conducta, que a su vez consagran derechos subjetivos² dignos de protección Estatal. Lo anterior, dentro de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen fue concebido como la *significación jurídica* (Kelsen, 1960, pág. 61).

¹ “[D]ebe entenderse la seguridad jurídica como “certeza o conocimiento de la legalidad” (Roldán & Suárez, 1997, pág. 203), y, por tanto, como previsibilidad de las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de una determinada actuación. Esta certeza es entendida como conocimiento cierto del ordenamiento jurídico aplicable y de los intereses que jurídicamente se protegen” (Gallego, 2012, pág. 77)

² H. Maurer, citado por Rodolfo Arango, señala que derecho subjetivo es “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia de otro de hacer, permitir u omitir algo” (Arango, 2005, págs. 8-9); que debe estar en todo caso amparado con el poder coercitivo del Estado con su administración de justicia.

Precisamente, los títulos valores, como un instrumento cambiario que benefició el tráfico mercantil y brindó un sello de garantía a las relaciones comerciales, no podían estar excluidos de la era digital que hoy en día se experimenta; y fue así, como con la ley de comercio electrónico (Ley 527, 1999) se empezó a hablar de títulos valores electrónicos; y se establecieron los presupuestos normativos necesarios y suficientes para otorgarles *significación jurídica* a estos documentos inmateriales; instrumentos que adicionalmente, bajo el principio de *equivalencia funcional* (Sentencia C-662, 2000), permiten un tráfico comercial más ágil y económico, el acceso a nuevos mercados y la eliminación de las fronteras geográficas, así como “una mayor seguridad a los inversionistas, en todo lo relacionado con la titularidad, transmisión y velocidad en las transacciones” (Patrón, 2006, pág. 35).

Si bien la Ley 527 de 1999 ha establecido los presupuestos normativos necesarios y suficientes para otorgarle *significación jurídica* a los títulos valores electrónicos, siendo estos últimos unos documentos inmateriales con relevancia para el Derecho y con capacidad para producir efectos jurídicos dignos de amparo jurisdiccional, en cuanto contengan las menciones necesarias y llenen los respectivos requisitos legales; la anterior normativa se ha quedado corta para efectos de contemplar mecanismos que permitan garantizar principios no esenciales de los títulos valores, como la circulación. Precisamente, la Ley de Comercio Electrónico, al centrar su atención en el valor probatorio del género de los mensajes de datos, no se refirió explícitamente a los títulos valores electrónicos, y no concibió mecanismos que permitieran la circulación de estos bajo criterios de trazabilidad y unicidad, necesarios para establecer, v. gr., el tenedor legítimo o la persona facultada para el ejercicio de la respectiva acción cambiaria (Santos Ibarra, 2017).

Como respuesta a lo anterior, para efectos de garantizar, la circulación, la judicialización y el ejercicio de los demás derechos derivados de los títulos valores electrónicos, en el Proyecto de Ley No. 106 de 2016 del Senado y 253 de 2017 de la Cámara de Representantes se equiparon los títulos valores a los valores, y se contempló acoger instituciones propias de estos últimos para aplicarlos al escenario cambiario, (Pico, 2018) y extender la figura de la *anotación en cuenta* a los títulos valores electrónicos; sujetándolos también a la regulación y a la actividad de los Depósitos Centralizados de Valores. De esta manera, mediante una regulación especial y expresa, se pretendió estandarizar un registro centralizado de los títulos valores electrónicos, tal como ya se prevé para el caso paradigmático de la factura electrónica en el Decreto 1349 de 2016³, que desconoce la naturaleza jurídica de

³ Decreto 1349 de 2016 “Por el cual se adiciona un capítulo al Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015, referente a la circulación de la factura electrónica

estos y desconoce sus mecanismos propios de negociación directa, entre otras cosas (Velasco, 2017).

Problema de investigación

Expuesto lo anterior, la pregunta problema, a cuya respuesta se circunscribirá el presente artículo de investigación, podrá sintetizarse en el *¿Por qué la aplicación del mecanismo de la “anotación en cuenta” sobre los títulos valores electrónicos, para efectos de permitir su circulación y transferencia, altera la naturaleza de este tipo de documentos electrónicos, impidiendo que puedan clasificarse como títulos valores y sujetarse en un todo a una regulación base ya establecida?*

Sin perjuicio de los importantes beneficios que podrá reportar en el ámbito mercantil la extensión de la *anotación en cuenta* a los títulos valores electrónicos, frente a lo cual no se hará mayor énfasis en el presente documento, se concluirá que la aplicación de esta institución del mercado bursátil socavará la naturaleza jurídica de estos documentos cambiarios, e impedirá clasificarlos bajo la categoría dogmática de títulos valores.

Metodología

Este artículo se desarrolla a partir de una investigación de tipo cualitativo de naturaleza interpretativa y reflexiva, donde prima el lenguaje de los conceptos y se parte de información documental recolectada en razón al objeto de estudio, de sus objetivos y del problema de investigación.

El presente artículo también es el resultado de una investigación documental, donde se hizo un amplio análisis de la información escrita sobre un tema de estudio específico (los títulos valores electrónicos), para lograr posteriormente establecer relaciones, comparaciones, contrastes y posturas sobre el particular. Según Bernal (2010) este tipo de investigación depende fundamentalmente de la información que se consulta como fuente de referencia, sin alterar su sentido o naturaleza; la cual en el presente caso concreto corresponde en mayor medida a leyes, decretos y textos de contenido dogmático y académico que permiten establecer una situación problema.

como título valor y se dictan otras disposiciones”. Esta normativa prevé el registro de las facturas electrónicas que “permitirá la consulta de información de las mismas (...) facilitará la trazabilidad de dichas facturas, bajo los estándares necesarios para el control del lavado de activos y garantizará el cumplimiento de los principios de unicidad, autenticidad, integridad y no repudio de la factura electrónica”.

Adicionalmente, en la medida en que en este artículo se decantan las características esenciales de un objeto de estudio, es posible clasificar la investigación aquí materializada como descriptiva, en donde se “reseñan las características o rasgos de la situación o fenómeno objeto de estudio” (Bernal, 2010, pág. 113). Precisamente en este artículo, se seleccionan las características esenciales de la institución jurídica de los títulos valores, para efectos de conceptualizarlos dogmáticamente y diferenciándolos de otras categorías.

Esquema de resolución del problema jurídico

Para efectos de lograr el objetivo principal que se ha trazado en el presente artículo y en desarrollo del marco teórico, del cual parte este documento de investigación; en primer lugar, se hará referencia a los títulos valores, y a su conceptualización. Se advierte desde ya que, ante la multiplicidad de definiciones sobre el particular, se tendrá un concepto principialístico de títulos valores, fundado en los principios esenciales que debe cumplir todo documento para poder clasificarse como un título valor. Esto vendrá en beneficio de los objetivos secundarios implícitos en la presente investigación, toda vez que los principios esenciales decantados serán de suma importancia para determinar si aquello que se denomina título valor electrónico comparte igual naturaleza, y no corresponde a una categoría dogmática diferente. Para lo anterior, este trabajo se apoyará en la doctrina establecida sobre la materia y la definición que trae el Código de Comercio de los títulos valores en el artículo 619 (Decreto 410, 1971).

Por los objetivos trazados en el presente artículo y la pregunta que se resolverá en él, en este acápite la atención no se centrará en diferenciar los diversos títulos valores inmateriales que han sido estudiados por la doctrina, siendo innecesario hacer el contraste existente entre los títulos valores desmaterializados y aquellos con una verdadera creación digital, y se referirán de manera general como títulos valores electrónicos. En adición, se hará una especial mención a la ley de circulación que rige a los títulos valores tradicionales, toda vez que la pregunta de ¿cómo el comercio electrónico, bajo el principio de *equivalencia funcional*, podrá suplir los mecanismos de transferencia de la propiedad previsto para los títulos valores cartulares, sin afectar la naturaleza de estos?, aún representa un reto por superar, siendo insuficiente la figura de la *anotación en cuenta*, propia del mercado bursátil.

En segundo lugar, con una breve reseña sobre el marco jurídico establecido en la Ley de Comercio Electrónico (Ley 527, 1999), la cual ha determinado los requisitos de validez de los mensajes de datos y la capacidad probatoria de estos, regulando importantes instituciones tales como las firmas digitales y las entidades de certificación; se concluirá la posibilidad de hablar de títulos valores electrónicos

bajo criterios de autenticidad, seguridad y confiabilidad. Para esto último, además de hacer referencia a la anterior normativa, este artículo se apoyará en alguna doctrina establecida con posterioridad a su expedición, que da fe de la viabilidad jurídica de los títulos valores electrónicos, aun cuando la praxis distaba mucho de la teoría.

En este punto, haciéndose referencia al Derecho Comparado, se podrá evidenciar que, como sucede en Colombia, en otras latitudes la discusión sobre los títulos valores electrónicos ha surgido como consecuencia de leyes genéricas sobre comercio electrónico y firma electrónica, sin que fuera necesario o se hayan promulgado normas especiales y expresas sobre estos documentos cambiarios inmateriales.

En tercer lugar, para efectos de cumplir con el objetivo propuesto en el presente documento de investigación, se estudiará la normativa que regula los Depósitos Centralizados de Valores para entender la razón por la cual estos y la figura de la *anotación en cuenta* han sido considerados como una respuesta necesaria para suplir el endoso, propio de los títulos valores cartulares, y permitir la circulación de los documentos cambiarios electrónicos. En el respectivo acápite se pondrán de presente las consecuencias de lo anterior, y como refuerzo a lo expuesto se pondrá de presente: (i) la normativa paradigmática de la factura electrónica y (ii) la percepción de importantes doctrinantes y expertos en la materia. Adicionalmente, en el análisis de los anteriores ítems, se explicará cómo la normatividad vigente inspiró el Proyecto de Ley No. 106 de 2016 del Senado y 253 de 2017 de la Cámara de Representantes, la cual pretendió regular de manera especial, expresa y explícita la institución de los títulos valores electrónicos en Colombia.

En este último punto se realizará una breve reseña de los efectos prácticos de la regulación propuesta, haciéndose énfasis en la judicialización de los títulos valores electrónicos con fundamento en la regulación procesal civil general, bajo un análisis reflexivo y crítico; y se expondrá el caso paradigmático de la factura electrónica, cuya regulación en la materia resulta estar más adelantada respecto del régimen general.

Por último, a modo de conclusiones, y con fundamento en lo expuesto, se planteará (i) el por qué los presupuestos establecidos por la Ley de Comercio Electrónico son suficientes para sostener la *significación jurídica* de los títulos valores electrónicos; (ii) cómo la regulación que se pretende ahora establecer de manera generalizada para la circulación y negociabilidad de los estos documentos inmateriales impiden cumplir con los elementos esenciales de los títulos valores; proponiendo también una regulación y unos retos aún por superar para la circulación de verdaderos títulos valores electrónicos; y (iii) cuáles pueden ser los beneficios prácticos y las limitaciones que pueda representar el establecimiento de bases de datos centralizadas para la custodia, administración, registro y circulación de títulos valores inmateriales.

Plan de redacción

1. Los títulos valores. Principios esenciales y el mecanismo del endoso.

No hay un consenso respecto a la definición de título-valor, teniendo cada autor su propio concepto, circunscrito en todo caso a los principios esenciales y derivados que rigen a los mismos. El profesor José Alberto Gaitán señala:

Un título-valor es un documento formal, escrito en un material de fácil manipulación y que al haber sido firmado y entregado voluntariamente por el creador en señal de su compromiso, al observar las menciones o formas específicas según su clase, dota al tenedor con un derecho preciso que se admite legalmente y es de fácil transferencia en el mercado gracias a su vocación circulatoria (Gaitán, 2019, pág. 95).

Autores como Joaquín Garrigues (1981) o el austriaco Brunner (1973) hacen énfasis en los principios de incorporación y documentación, y afirman que el título-valor es un documento sobre un derecho privado, cuyo ejercicio está condicionado a la posesión del documento. Y otro grupo de autores citan al tratadista italiano Cesare Vivante quien, haciendo énfasis en los principios de literalidad y autonomía, define al título-valor como un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo (1932).

Por su parte, el ordenamiento jurídico colombiano ya ha adoptado claramente una tendencia dentro de las anteriores acepciones, y en el art. 619 del Código de Comercio establece que “los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación, y de tradición o representativos de mercancía” (Ley 527, 1999).

Del anterior concepto, el cual difiere en poco del concepto de títulos valores electrónicos que se propuso en el Proyecto de Ley No. 106 de 2016 del Senado y 253 de 2017 de la Cámara de Representantes, se han decantado doctrinaria y jurisprudencialmente cuatro principios rectores de los títulos valores, entendidos como “las virtudes esenciales anejas a estos documentos que [los] distinguen de los de carácter común.” (Trujillo, 1999, pág. 70). Estos son: la incorporación, la literalidad, la legitimación y la autonomía (Sentencia T-310, 2009). Serán estos principios los que permitirán establecer si los documentos electrónicos aquí estudiados pueden denominarse correctamente títulos valores o deben enmarcarse en una categoría diferente.

En primer lugar, el principio esencial de *la incorporación* expresa “la conexión íntima, indisoluble, permanente, desde el nacimiento hasta su muerte, entre el derecho y el título” (Trujillo, 1999, pág. 38), y significa que “el título valor incorpora en el documento que lo contiene un derecho de crédito, exigible al deudor cambiario

por el tenedor legítimo del título” (Sentencia T-310, 2009) haciendo necesario, junto con el principio de *la legitimidad*, la necesaria posesión del título para el ejercicio de los derechos inmersos en el título, de tal forma que “sin la exhibición del documento, ni el deudor está obligado a cumplir, ni cumplirá con eficacia liberatoria” (Uría, 1992, pág. 835).

En segundo lugar, respecto del principio esencial de *la literalidad*, la Corte Suprema de Justicia sostiene que él “determina la dimensión de los derechos y las obligaciones contenidas en el título valor, permitiéndole al tenedor atenerse a los términos del documento, sin que, por regla general, puedan oponerse excepciones distintas a las que de él surjan” (Sentencia N-051, 1993); salvo que quien ejercite la acción cambiaria haya participado en el negocio jurídico subyacente que dio lugar a la emisión del título-valor⁴.

Por su parte, el principio esencial de *la legitimidad* está dado por la habilitación otorgada al tenedor legítimo del título valor que cumpla con la ley de circulación aplicable según su naturaleza (títulos al portador, a la orden y nominativos), para exigir, judicial o extrajudicialmente, la respectiva prestación cambiaria (Sentencia T-310, 2009) a quien se obligó con la suscripción, y/o hacer ejercicio de los derechos económicos y políticos derivados. Esto encuentra su sustento en el art. 624 del Código de Comercio que establece que “[e]l ejercicio del derecho consignado en un título valor requiere la exhibición del mismo” (Ley 527, 1999).

En lo que concierne al principio esencial de *la autonomía* se ha dicho que éste implica el ejercicio independiente del derecho incorporado en el título valor por parte de su tenedor legítimo; y así, la posibilidad de transmitir el título, de conformidad con su ley de circulación, y la facultad de recibir y poder ejercer un derecho cartular originario y no derivado del endosante, “que no puede ser restringido ni destruido en virtud de las relaciones existentes entre los anteriores poseedores y el deudor” (Vivante, 1932, pág. 953). Lo anterior se materializa en el numeral 12 del art. 784 del Código de Comercio Colombiano (Ley 527, 1999) que señala que no podrán proponerse con éxito como excepciones a la acción cambiaria las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, salvo que el demandante haya sido parte en dicha relación jurídica sustancial o se trate de un tenedor carente de buena fe calificada.

⁴ El numeral 12 del art. 784 del Código de Comercio prevé que contra la acción cambiaria podrán oponerse las excepciones “derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa”. (Decreto 410, 1971).

Bajo el entendido de que los principios rectores o esenciales son aquellos que permiten categorizar una determinada cosa diferenciándola de otra, y que estos, en consecuencia, no pueden admitir excepciones; *la circulación* puede clasificarse como un elemento de la naturaleza de los títulos valores, según la clasificación dogmática que trae el art. 1501 del Código Civil Colombiano (1873)⁵, más no de su esencia. Si bien los títulos valores por su naturaleza son documentos negociables, la transferencia de estos también puede estar limitada por la ley de circulación que los rige o por las restricciones que pueda imponer su emisor, v gr., cuando se limita el pago de un cheque a su primer beneficiario. Entendiendo parcialmente lo anterior, tal y como se evidenciará más adelante, el Proyecto de Ley No. 106 de 2016 del Senado y 253 de 2017 de la Cámara de Representantes exigía en su texto la utilización e implementación de mecanismos que permitieran establecer la trazabilidad de las actividades que se realicen sobre los títulos valores electrónicos.

Los títulos valores, atendiendo la ley de circulación que los rige y lo establecido en los artículos 648 y siguientes del Código de Comercio, pueden clasificarse en títulos (i) al portador; (ii) a la orden; o (iii) nominativos. Mientras los títulos al portador establecen que la tenencia del documento contentivo de la prestación cambiaría ocasionada por la mera entrega dará lugar a exigirla y cobrarla, los títulos a la orden requerirán para su transferencia, además de la entrega del respectivo documento, la figura del endoso; y los títulos nominativos, además de la entrega y del endoso, dará derecho a su adquirente a su inscripción en el registro que llevará para tal caso el creador o emisor del título (xx citar concepto 1999076614-3 del 26 de abril de 2000 de la superintendencia financiera de Colombia).

La posibilidad de suplir esta clasificación en un escenario digital, bajo el principio de la *equivalencia funcional*, perdía trascendencia jurídica en el Proyecto de Ley No. 106 de 2016 del Senado y 253 de 2017 de la Cámara de Representantes, toda vez que esta propuesta circunscribía la transferencia de la propiedad del respectivo documento electrónico a la utilización del mecanismo de la *anotación en cuenta* en un registro centralizado a cargo de un administrador de una base de datos creada para el depósito, custodia y administración de títulos inmateriales.

El Proyecto de Ley No. 106 de 2016 del Senado y 253 de 2017 de la Cámara de Representantes, lejos de establecer una naturaleza propia para los títulos valores

⁵ Art. 1501 del Código Civil Colombiano. “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales” (Ley 84, 1873).

electrónicos, sostenía que estos documentos inmateriales se sujetaban a los principios expuestos y, adicionalmente, a los principios de *neutralidad tecnológica* (originariamente establecido en la regulación de la factura electrónica⁶) y de *equivalencia funcional*. Paradójicamente, la *neutralidad tecnológica* que abre la puerta para la utilización de cualquier tipo de “método, procedimiento, dispositivo o tecnología para crear, circular o realizar cualquier acto cambiario un título valor electrónico (...), que garantice autenticidad, integridad, disponibilidad y trazabilidad” (Proyecto de Ley 106, 2016, pág. art.3) (Proyecto de Ley 253, 2017, pág. art. 3), en la anterior propuesta legislativa se encontraba restringida a un solo mecanismo (la *anotación en cuenta* mediante Depósitos Centralizados de Valores).

Sobre el particular, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Documentos Transmisibles Electrónicos, siendo una herramienta normativa de *Soft Law*, ha establecido unos parámetros de fiabilidad que sugieren deben ser tenidos en cuenta para la evaluación de los mecanismos tecnológicos que se llegaren a emplear, debiendo estos: (i) ser apropiados para la función para la cual se utiliza; (ii) estar sujetos a la norma operacional que se establezca sobre el particular y a las normas que regulen el sector; (iii) dar garantía de la integridad de la información; (iv) tener la capacidad de impedir el acceso y uso no autorizado al sistema; (v) brindar seguridad frente a los equipos y programas informativos utilizados; (vi) permitir la auditoria por un órgano independiente de supervisión y acreditación; (vii) permitir que los Documentos Transmisibles puedan ser identificados e individualizados, y puedan ser objeto de control por parte de sus titulares desde su creación hasta que pierda toda validez o eficacia, entre otras. (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2018, pág. art. 12).

Por su parte, como explica (Cárdenas Caycedo, 2016) el principio de la *equivalencia funcional*, cuyo origen y desarrollo en el Ordenamiento Jurídico Colombiano se remonta a la Ley de Comercio Electrónico, busca suplir las propiedades de los títulos valores cartulares en el escenario digital⁷, previendo que: (i) un documento escrito equivaldrá jurídicamente a un mensaje de datos si la información contenida

⁶ El Decreto 1349 de 2016, en su artículo 2.2.2.53.3, sin establecer un medio único, estandarizado o específico, prevé que “la factura electrónica podrá ser expedida, emitida, recibida, aceptada, archivada, circulada o ser objeto de cualquier otro acto usando cualquier tipo de tecnología disponible, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos legales establecidos y la respectiva tecnología garantice su autenticidad e integridad desde su expedición y durante todo el tiempo de su conservación”; sin que pueda negársele su valor y efectos en el ámbito jurídico.

⁷ “[L]a función jurídica que cumple la instrumentación escrita y autógrafa de todo acto jurídico, o su expresión oral, la cumple la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos” (Rincón E. , 2017, pág. 87)

en él es accesible para su ulterior consulta; (ii) se cumple con el requisito de la firma sí se utilizan mecanismos como la firma electrónica o la firma digital⁸; (iii) un mensaje de datos es original sí se puede garantizar su integridad y no alteración posterior; y (iv) un título valor electrónico goza de los mismos efectos, derechos, acciones y prerrogativas que un título valor cartular sí cumple con los requisitos formales y menciones necesarias exigidas en la ley (Ley 527, 1999).

2. Marco jurídico de los títulos valores electrónicos– Ley de comercio electrónico.

El Derecho, bajo una óptica Kelseniana, lejos de derivar mandatos jurídicos del ser y de tener una función netamente descriptiva o contemplativa de los acontecimientos externos, y de los usos y avances en el campo de la tecnología y la informática; sin ser indiferente, establece normas jurídicas para canalizar dichos desarrollos y su utilización hacia un deber ser, en pro de un Estado ideal. Ahora bien, en la medida en que los acontecimientos externos convergen con el deber ser establecido por el Derecho, estos adquieren relevancia jurídica o significación jurídica, con capacidad de producir efectos jurídicos que deben gozar de pleno amparo jurisdiccional.

Dicho lo anterior, aun cuando desde el Decreto 1748 de 1995 ya se hablaba de desmaterialización para los bonos pensionales, los bonos emitidos por la nación y aquellos emitidos por otras entidades, públicas o privadas, a decisión de su emisor; la piedra angular sobre la cual gira la significación jurídica de los títulos valores electrónicos la constituye la Ley 527 de 1999 (en adelante Ley de Comercio Electrónico), toda vez que en ella se erigen los fundamentos que permiten hablar de estos documentos cambiarios en un contexto digital. Precisamente, con fundamento en la anterior normativa, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana le ha dado la venia a la incursión de la tecnología e informática en las diferentes actividades de relevancia jurídica, a las cuales no escapa la emisión y negociación de títulos valores, tal como se ha podido evidenciar en las sentencias C-1147 de 2001, C-662 del 2000 y C-831 de 2001. No en vano la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto No. 2006033594-001 ya sostenía que:

[U]n mensaje de datos podría ser calificado como título valor, en la medida en que además de los requisitos previstos por la ley 527 de 1999 para ser considerado

⁸ “[U]na firma biométrica electrónica o electrónica manuscrita, tendrá el mismo valor de una firma electrónica, siempre que cumpla con los requisitos exigidos por los arts. 3º y 5º del decreto 2364 de 2012”. (Rangel & Merchán, 2017)

como un mensaje de datos, cumpla con las características propias de los títulos valores y con los requisitos generales previstos por el artículo 621 del Código de Comercio (Concepto 2006033594, 2006).

De igual forma, desde el escenario doctrinal y académico, fue con posterioridad a la expedición de la Ley de Comercio Electrónico que se empezó a hablar de los títulos valores electrónicos, donde importantes autores nacionales abrieron la discusión y el debate, poniendo de presente sus diferentes puntos de vista sobre el particular. Por ejemplo, el profesor Erick Rincón Cárdenas sostiene que:

[L]a interpretación de la normatividad aplicable a los títulos valores electrónicos debe girar en torno a los principios del comercio electrónico, y no simplemente a la constatación de formalidades legales, que tienen un origen cartular. Y ello es posible si se tiene en cuenta que las tecnologías de la información se tienen como disruptivas, es decir, que no siempre son armónicas con las legislaciones vigentes. (Rincón E. , 2006, pág. 198).

Este autor, confiando en el futuro de los títulos valores desmaterializados, manifestaba que solo a través de un cambio paradigmático causado por las ventajas en términos de agilidad, facilidad, mayor ámbito de circulación, menores riesgos relativos a la documentación, y el cumplimiento de los requisitos de seguridad, integridad y autenticidad, establecidos por la ley de comercio electrónico, los títulos valores electrónicos serán una verdadera realidad.

Por su parte, autores como Nelson Remolina Angarita y Lisandro Peña Nossa (2011) consideraron necesario una reformulación de la teoría clásica de los títulos valores que pase de lo corpóreo, visible y palpable a lo intangible, invisible e impalpable; en donde se abandonen los principios de documentación e incorporación que hacen que el ejercicio de la prestación cambiaria solo se comprenda a través de una representación cartular. Señalaron los anteriores autores que precisamente:

[L]a desmaterialización e inmaterialización [surgió] como estrategias prácticas para ser más competitivas y reducir los costos que implica la utilización de documentos físicos en el comercio, [e]l decrecimiento de los riesgos asociados con el envío de documentos de papel y el ahorro de tiempo y dinero (Remolina & Peña, 2011, pág. 306).

A su vez, estos autores, concordando con el cambio sustancial que implicaba el Proyecto de Ley No. 106 de 2016 del Senado y 253 de 2017 de la Cámara de Representantes, sostienen la necesidad de que la teoría clásica de los títulos valores sea replanteada, no siendo ahora necesaria la incorporación de un derecho en un documento, ni tampoco su presentación para el ejercicio de los derechos políticos y patrimoniales derivados (Remolina & Peña, 2011).

El profesor José Alberto Gaitán Ramírez, previendo la llegada de los títulos valores electrónicos, a su vez, señaló que:

[Aun cuando] muchos comentaristas pronostican la desaparición de los títulos valores como los conocemos actualmente, en cuanto serán reemplazados por asientos contables generados por impulsos electrónicos, con la constancia de entidades que centralizan derechos de los tenedores sin necesidad de un manejo cartulario o físico de los documentos como se presentan en las sociedades administradoras de depósitos centralizados de valores o en las cámaras de compensación de valores... los desarrollos tecnológicos no eliminarán los títulos valores, así como su creación no significó la desaparición de la cesión de créditos (Lecciones sobre títulos-valores, 2019, pág. 33); [siendo la desmaterialización] útil para la circulación de aquellos derechos que se tratan en mercados organizados y que son objeto de emisiones seriales y masivas (Gaitán, 2019, pág. 34 y 35).

Por último, otros autores como el profesor Henry Alberto Becerra León (2006) manifiestan que la Ley de Comercio Electrónico puede considerarse como una herramienta jurídica suficiente para hablar de títulos valores electrónicos, garantizando todos los elementos de su esencia y de su naturaleza. El referido jurista sostiene que con la anterior normativa los títulos valores electrónicos pueden estar canalizados en un mensaje de datos “alimentados[e] por el mismo concepto y compartiendo la misma naturaleza jurídica básica [de los títulos valores tradicionales]” (Becerra, 2006, pág. 439), aunque registren obvias diferencias dadas por sus particularidades. Si bien con la Ley de Comercio Electrónico se pueden hablar de títulos valores electrónicos, la experiencia ha demostrado que la anterior normativa, pese a hacer una referencia al endoso (Ley 527, 1999, pág. art 9) y establecer mecanismos para garantizar la *integridad*, no resulta suficiente para permitir la negociabilidad del título bajo criterios de unicidad.

Ahora bien, los principales aportes de la Ley de Comercio Electrónico fueron los siguientes:

En primer lugar, le otorgó pleno poder probatorio y reconocimiento jurídico a los mensajes de datos o a los documentos electrónicos⁹, entendidos como “[I]a información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares” (Ley 527, 1999, pág. art 2); permitiendo que a través de ellos se pueda constatar el consentimiento, como elemento de la existencia y validez de todo acto jurídico; y, a través del principio de *equivalencia funcional*, la Ley de Comercio Electrónico (Ley 527, 1999) hizo posible trasplantar todas

⁹ Denominación utilizada en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1996.

aquellas propiedades de los documentos materiales a aquellos accesibles solo a través de un soporte técnico especializado v. gr., un ordenador.

En segundo lugar, la Ley de Comercio Electrónico estableció instrumentos por medio de los cuales se puede garantizar criterios de autenticidad¹⁰, seguridad y fiabilidad¹¹ en los mensajes de datos, y que permiten cumplir con el requisito formal de la suscripción en los títulos valores, de donde se deriva la eficacia de la obligación cambiaria en los términos del art. 625 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971)¹². Estos son: la firma electrónica y la firma digital, que sirven para: (i) identificar al firmante y su participación en la firma, y (ii) asociar a esa persona con el contenido del documento electrónico¹³; teniendo iguales efectos que la firma manuscrita sí aquélla:

i) es única a la persona que la usa, ii) es susceptible de ser verificada, iii) está bajo el control exclusivo de la persona que la usa, iv) está ligada a la información contenida en el mensaje de datos (...), y v) está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional (Ley 527, 1999, pág. art. 28).

En tercer lugar, para efectos de garantizar los fines previstos, la anterior normativa también estimo necesaria la existencia de entidades de certificación avaladas por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia (ONAC) para: (i) emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas y (ii) ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, entre otras funciones relacionadas. Entidades de

¹⁰ La autenticidad, entendida según el art.244 del Código General del Proceso como la "(...) certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o a quien se atribuya el documento" (Ley 1564, 2012), también se puede lograr con estampas de tiempo, certificados digitales, códigos seguros de verificación y marcas de agua digitales; y estas a su vez brindan confianza respecto del contexto, estructura y contenido del mensaje de datos. (Rangel & Merchán, 2017)

¹¹ La fiabilidad entendida como la capacidad para asegurar que el contenido del mensaje de datos es una representación completa, fidedigna y precisa de aquello que declara o representa. (Rangel & Merchán, 2017)

¹² El art. 625 del Código de Comercio prevé que "[t]oda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título-valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación".

¹³ La Ley de Comercio Electrónico, en su artículo 7º, prevé dos presupuestos necesarios para la existencia de la firma en el escenario digital, a saber: i) la utilización de un método que permita identificar el originador del mensaje de datos y su aprobación al contenido de este; y b) la utilización de un mecanismo confiable y apropiado para el fin del mensaje de datos. Y en el literal C de su art. 2º entiende la firma digital "como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación" (Ley 527, 1999); presumiéndose la intención del suscriptor de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo (Ley 527, 1999)

certificación que en el Proyecto de Ley No. 106 de 2016 del Senado y 253 de 2017 de la Cámara de Representantes, bajo la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Industria y Comercio, estaban concebidas también para servir como central de registro electrónico, para perfeccionar jurídicamente cualquier acto cambiario, o cualquier afectación o gravamen sobre los derechos consignados en el título, estando autorizadas para la custodia, la administración y la anotación en cuenta de estos documentos electrónicos, y para expedir un certificado que permitiera el ejercicio de los derechos políticos y patrimoniales derivados del título inmaterial; funciones con las cuales en la actualidad ya cuenta con ocasión de lo establecido en el art. 161 del Decreto Ley 019 de 2012¹⁴.

Y en cuarto lugar, la Ley de Comercio Electrónico, dando cabida implícitamente al principio de la neutralidad tecnológica y permitiendo el desarrollo del principio de incorporación de los títulos valores en el contexto digital, también estableció la necesaria implementación de mecanismos que permitieran garantizar la autenticidad, la integridad¹⁵, la inalterabilidad, la rastreabilidad, la recuperabilidad y la conservación de los mensajes de datos (Sentencia 01074, 2010).

Pese a que la Ley de Comercio Electrónico permitió cumplir con los requisitos esenciales de los títulos valores, tal y como lo reconoce el profesor Henry Alberto Becerra León (2006); esa normativa, por tener cierto carácter indeterminado y abstracto, no ha resultado suficiente para la circulación del título valor electrónico, garantizando la unicidad del documento cambiario digital y la trazabilidad de los actos jurídicos que involucran al mismo; y, en consecuencia, se requieren de unos mecanismos concretos, no concebidos aún por el legislador, para la negociabilidad de estos documentos inmateriales más allá de su primer beneficiario. Es en este contexto donde se ha dado gran importancia al papel de los Depósitos Centralizados de Valores y a la regulación especial de la factura electrónica, que seguidamente se explicarán y que inspiró en su momento el Proyecto de Ley No. 106 de 2016 del Senado y 253 de 2017 de la Cámara de Representantes.

¹⁴ La Ley de Comercio Electrónico, en su art. 8º y 9º, modificado por el art. 161 Decreto Ley 019 de 2012 prevé que las Entidades de Certificación podrán realizar, entre otras, las siguientes actividades: “(...) 7. Ofrecer los servicios de registro, custodia y anotación de los documentos electrónicos transferibles”. “(...) 8. Ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos y documentos electrónicos transferibles” (Ley 527, 1999).

¹⁵ La Ley de Comercio Electrónica, en su art. 8º y 9º, preve que la integridad de un mensaje de datos se puede garantizar con cualquier mecanismo tecnológico que brinde un grado de confiabilidad, de que la información se encuentra completa y no ha sido modificada desde el momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, y que permita la consulta ulterior del mismo cuando se requiera; teniendo a salvo “la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación”. (Ley 527, 1999).

2.1. Referencias al Derecho comparado

En el Derecho comparado es precaria la regulación que de manera expresa y general se refiere a los títulos valores electrónicos, y tal como ha sucedido en el contexto nacional, se ha comenzado a hablar de este tópico como consecuencia de la expedición de leyes de comercio electrónico promulgadas siguiendo la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1996.

En Estados Unidos, *The Uniform Electronic Transactions Act of 1999* (Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas de 1999), y *The Electronic Signature in Global and National Commerce Act of 2001* (Ley de Firma Electrónica en el Comercio Global y Nacional), son las herramientas legislativas que regulan la materia, y de manera expresa el caso del pagaré electrónico (Browne Figueroa, 2018); y estas normativas, siguiendo la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996, establecen de manera preponderante el principio de *equivalencia funcional* y de *neutralidad tecnológica*, exigiendo solo unos requisitos mínimos que debe garantizar el mecanismo libremente escogido por el emisor del documento electrónico transmisible. A su vez, para efectos de facultar la circulación del documento electrónico, garantizándose la unicidad del título, en la anterior regulación se estableció el criterio de control, vinculado única y exclusivamente al titular actual del documento cambiario.

Por su parte, en el Ordenamiento Jurídico español se han promulgado Ley 59 de 2003 (Ley de firma electrónica) y la Ley 34 de 2002 (Ley sobre Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico), las cuales refieren principalmente al comercio electrónico; y solo se observan como antecedentes el Sistema Nacional de Compensación Electrónica, regulado por el Real Decreto 1369 de 1987, y la desmaterialización que puede realizarse sobre las acciones. Y si bien las anteriores regulaciones reconocen el principio de la *equivalencia funcional* y refieren de manera general a los instrumentos electrónicos transables, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que no existe seguridad jurídica sobre el particular y sobre los mecanismos que pueden utilizarse para cumplir en el escenario digital con los requisitos que debe cumplir todo documento cambiario; siendo necesario e indispensable la expedición de una ley especial que regule los títulos valores electrónicos (Browne Figueroa, 2018).

En el caso peruano, la Ley N° 27287 de 2000, por medio de la cual se regulan los títulos valores, en su artículo 6° dio cabida a la utilización de la firma electrónica para la emisión, aceptación, garantía o transferencia de los títulos valores, teniendo en dicho evento los mismos efectos de validez que la firma autógrafa.

Por su parte, en el Derecho argentino se promulgó la Ley 25506 de 2001, la cual regula la firma electrónica, la firma digital, el documento digital, el certificado digital, el certificador licenciado, y su responsabilidad, el titular del certificado digital, el sistema de auditoría, la autoridad de aplicación, y el régimen sancionatorio aplicable; estableciendo también presupuestos necesarios para garantizar bajo el principio de la *equivalencia funcional* conceptos como la autoría, la integridad, la validez y la originalidad.

El Ordenamiento jurídico chileno, siguiendo la igual tendencia de los países suramericanos, expidió la Ley 19.799 de 2002 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación, en donde se garantiza el principio de la *equivalencia funcional*, la eficacia jurídica y la capacidad de estos documentos inmateriales; se diferencia la firma electrónica de la firma electrónica avanzada; se regula la utilización de la firma electrónica por entidades públicas, los prestadores de los servicios de certificación, su habilitación y su régimen de responsabilidad, los certificados de firmas electrónicas, y los derechos obligaciones de los usuarios de estas últimas. Por otra parte, con la Ley 20.219 de 2007 (pág. art. 5) se creó para el caso de la factura electrónica un registro público electrónico que permite su circulación y la transferencia del derecho de crédito incorporado.

En la Unión Europea la discusión surge con la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la cual establece el marco comunitario para la firma electrónica y para homogenizar la regulación de los Estados miembros, fomentando la seguridad y la confianza en la comunicación electrónica, y en las nuevas tecnologías; y promoviendo a su vez la libre circulación de bienes y servicios en el mercado común, bajo la equivalencia de la firma manuscrita a una digital, sin que fuera posible negarle a esta última eficacia jurídica y fuerza probatoria¹⁶.

Posteriormente, al estar sujeto el anterior instrumento normativo a la regulación de los Estados miembros y al considerarse que el mismo no ofrecía un marco global transfronterizo e intersectorial para garantizar transacciones seguras, confiables y de fácil uso en el escenario electrónico, se promulgó el Reglamento (UE) No 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, una norma jurídica vinculante y de aplicación directa. En esta última normativa, reconociéndose los mismos fines de la directiva de 1999, la atención se centró en la identificación electrónica, regulándose también diferentes instrumentos como la firma electrónica, los documentos electrónicos, los servicios de autenticación de sitios web, los

¹⁶ Sobre la autenticidad el numeral 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, señala que “[l]os documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudique”.

servicios de entrega electrónica y otros servicios de administración electrónica; estableciéndose también mecanismos para el reconocimiento mutuo transfronterizo de estos ante la cooperación necesaria entre los Estados para la interoperabilidad técnica de los sistemas de identificación electrónica reconocidos. De igual forma, reconociéndose el principio de la *neutralidad tecnológica*, se establecieron niveles de seguridad respecto a la confianza en la identificación electrónica, sin negársele validez a los mecanismos que prestaren menor grado de fiabilidad y sin perjuicio de que en algunos casos se exigieran unos más cualificados. Por último, para la garantía de todo lo anterior y el cumplimiento de los fines propuestos, el Reglamento (UE) No 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 también regula los sistemas de confianza reconocidos por cada Estado miembro y los prestadores cualificados de aquellos, y prevé un amplio acceso a estos y a los mecanismos para la autenticación de los certificados electrónicos; así como establece un régimen común de seguridad y responsabilidad, y contempla la existencia de organismos de supervisión.

3. Los depósitos centralizados de valores y la anotación en cuenta

Los Depósitos Centralizados de Valores, entendidos como entidades especializadas y profesionales encargadas del depósito, custodia y administración de valores, y de llevar a cabo la *anotación en cuenta* sobre estos, han sido considerados como la solución al problema planteado al final del anterior acápite y como el mecanismo para garantizar, bajo el principio de equivalencia funcional, la unicidad y trazabilidad del documento electrónico en los negocios jurídicos y transacciones que puedan involucrar al derecho incorporado. Precisamente el Proyecto de Ley No. 106 de 2016 del Senado y 253 de 2017 de la Cámara de Representantes, atendiendo lo anterior y recogiendo la normativa que seguidamente se expondrá, preveía que los Depósitos Centralizados de Valores también funcionarían como Centrales de Registro Electrónico contando con las funciones propias de dicha condición: (Proyecto de Ley 106, 2016, pág. art.8) (Proyecto de Ley 253, 2017, pág. art. 8).

Pese a la diferencia existente entre los valores¹⁷ y los títulos valores, que no solo se limita a la ausencia de la acción cambiaria en los primeros, los Depósitos Centralizados de Valores actualmente no son ajenos a los títulos valores. precisamente desde la expedición del Decreto 2555 de 2010, modificado por el Decreto 3960 del 2010, se les permitió a los Depósitos Centralizados de Valores “(..) custodiar y

¹⁷ Valor entendido bajo el art. 2 de la Ley 964 de 2005 como “todo derecho de naturaleza negociable que haga parte de una emisión, cuando tenga por objeto o efecto la captación de recursos del público” (2005).

administrar títulos valores de contenido crediticio, de participación, representativos de mercancías e instrumentos financieros que no se encuentren registrados en el RNVE, previa solicitud del emisor o su mandatario, en la forma y condiciones que señale [su] reglamento” (Decreto 2555, 2010, pág. art. 2.14.2.1.5).

La solución propuesta se encuentra a su vez soportada por el art. 2.14.2.1.3 del Decreto 2555 de 2010, modificado por el Decreto 3960 del 2010, el cual le atribuyó a los Depósitos Centralizados de Valores, entre otras funciones, las siguientes:

(...) 1. La administración de los valores que se les entreguen, si así lo solicita el depositante... 2. La compensación y liquidación de operaciones sobre valores depositados; 3. La teneduría de los libros de registro de títulos nominativos, a solicitud de las entidades emisoras; y 4 La restitución de los valores, para lo cual endosará y entregará el mismo título recibido (Decreto 2555, 2010, pág. art. 2.14.2.1.3).

Ahora bien, tal como se preveía también en el Proyecto de Ley No. 253 de 2017 de la Cámara de Representantes, la realización de las anteriores funciones presuponen en todo caso la celebración de un contrato de depósito, entendido, según el artículo 2.14.3.1.1 y siguientes del Decreto 2555 del 2010, como aquel acto jurídico bilateral por medio del cual:

(...) una o más personas confía uno o más valores a una entidad habilitada para el efecto, quien se obliga a custodiarlos, a administrarlos cuando el depositante lo solicite de acuerdo con el reglamento que cada depósito expida, y a registrar todos los gravámenes y enajenaciones que aquel le comunique; [y que] “se perfecciona a través del endoso en administración y la entrega del título valor a la administradora del Depósito Centralizado de Valores o la anotación en cuenta del depositante directo cuando se trate de emisiones desmaterializadas” (Decreto 2555, 2010).

Sin perjuicio de que se expida una normativa que regule de manera expresa la materia, brindando mayor seguridad jurídica y erradicando cualquier tipo de incertidumbre sobre el particular, tal y como se preveía con el proyecto de ley referido (Remolina N. , 2018); es preciso señalar que el modificado Decreto 2555 de 2010 ya regulaba la anotación en cuenta, haciendo extensiva su aplicación también a los títulos valores depositados, y señalando que “la entrega y/o endoso de los títulos valores se efectuará mediante la anotación en cuenta siempre que la orden de transferencia que emita el endosante cumpla con los requisitos pertinentes establecidos en la ley” (2010, pág. art. 2.14.2.1.5); sin restarle de manera alguna derechos, acciones o prerrogativas propias de su naturaleza a los títulos valores depositados; y garantizando los principios de prioridad, tracto sucesivo, de rogación y buena fe en los registros llevados por los Depósitos Centralizado de Valores.

Con fundamento en lo precedente, se ha pensado que los Depósitos Centralizados de Valores serían la respuesta para la circulación de los títulos valores electrónicos; siendo ello planteado en el Derecho Comparado, por algún sector de la academia, v. gr., el profesor José Alberto Gaitán Ramírez (2019), y en el Proyecto de Ley No. 106 de 2016 del Senado y 253 de 2017 de la Cámara de Representantes. Sin perjuicio de los beneficios que esto podría reportar para el mercado y el tráfico comercial, el objetivo de este artículo es precisamente poner en evidencia que este mecanismo previsto para permitir la circulación de los títulos valores realmente los desnaturaliza.

La solución que brindan los Depósitos Centralizados de Valores para la circulación de los títulos valores electrónicos a su vez es alimentada por el pensamiento anacrónico de que aún se requiere un documento físico para el ejercicio de los derechos políticos y económicos incorporados en estos documentos inmateriales; toda vez que estos entes depositarios están facultados, para tales efectos, para expedir, a solicitud del depositante, certificados que dan fe del depósito, del contenido de los registros en cuenta y de la titularidad de los valores. De esta manera, en detrimento de la naturaleza jurídica misma de los títulos valores, se pretende evitar el riesgo de la duplicación de títulos y garantizar la trazabilidad de las transacciones que operaron sobre el mismo, entregándose a la persona registrada un documento de carácter declarativo suscrito por el representante legal de la sociedad depositaria, que presta mérito ejecutivo, que no está llamado a circular y que tampoco servirá para transferir la propiedad de los títulos inmateriales.

Precisamente con fundamento en la ley 527 de 1999 y la función de los Depósitos Centralizados de Valores, (i) la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto No. 2015079892-002 del 3 de agosto de 2015, ha sostenido que se cumplen con los requerimiento técnicos y necesarios para “(...) la emisión desmaterializada y posterior circulación de los [títulos valores electrónicos] a través del mecanismo de la anotación en cuenta autorizado” (Concepto 2015079892, 2015, pág. 1), y como refuerzo a su argumento pone de presente la aceptación que en algunos casos la administración de justicia ha hecho de los certificados expedidos por los Depósitos Centralizados de Valores; y (ii) el Banco de la República ha desarrollado su política de apoyos transitorios de liquidez a entidades financieras bajo las existencia de pagares desmaterializados o inmaterializados¹⁸ (Guzmán, 2019).

¹⁸ En el parágrafo 2 del art. 2 de la Resolución Externa No. 13 de 2016 se establece que “[l]os pagarés podrán estar incorporados en documento electrónico como título valor desmaterializado o inmaterializado, conforme lo establecido en la Ley 27 de 1990, la Ley 527 de 1999, la Ley 964 de 2005 y las demás normas que las desarrollen, modifiquen o adicionen[, y que e]l perfeccionamiento del endoso de los [estos] al Banco de la República (...) requerirá de la anotación en cuenta en los términos establecidos en los artículos 12 y

4. Los títulos ejecutivos en el ordenamiento jurídico procesal colombiano.

El legislador colombiano ha previsto mecanismos jurisdiccionales que tienen como finalidad última la prevalencia del derecho sustancial y la garantía y protección de los derechos subjetivos por él reconocidos, tal como se establece en los artículos 228 de la Constitución Política de 1991 y 12 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012); fijando esta última normativa para el ejercicio de la acción cambiaría el proceso ejecutivo.

Aunado a esto, es importante señalar que, desde una perspectiva propia del Derecho Procesal y Probatorio, el Código General del Proceso (Ley 1564, 2012) ha acogido, en su artículo 243, la teoría de la representación en materia documental, que permite concebir en el seno de un proceso la posibilidad de documentos inmateriales con igual capacidad probatoria a los documentos físicos¹⁹, y erradicar la creencia y/o costumbre que impera actualmente en los despachos judiciales de que el título ejecutivo debe ser un documento material. En la medida en que un título valor, independientemente de su formato, preste mérito ejecutivo, su beneficiario y legítimo tenedor podrá acudir a la administración de justicia por medio de una demanda ejecutiva para obtener el cumplimiento coactivo de una prestación clara, expresa y exigible que conste en un documento físico o electrónico.

Para el proceso ejecutivo se ha exigido que al memorial introductorio (demanda) se acompañe como regla general un título ejecutivo suscrito por el deudor o su causante que contenga una obligación clara, expresa y exigible; sin embargo, con la tendencia que se ha puesto en evidencia en el presente artículo al desarrollar lo referente a los Depósitos Centralizados de Valores, la factura electrónica y el antecedente del Proyecto de Ley No. 106 de 2016 del Senado y 253 de 2017 de la Cámara de Representantes, se rompe la necesaria vinculación del deudor o su causante con el título ejecutivo que se presenta para accionar y poner en movimiento la administración de justicia. Adicionalmente, el título de cobro expedido por el administrador del Registro de Facturas Electrónicas y el certificado entregado por el Depósito Centralizado de Valores, so pena de permitir la circulación y la negociabilidad del título valor electrónico, ponen en entredicho sus principios

13 de la Ley 964 de 2005 y en el párrafo del artículo 2.14.2.1.5. del Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las desarrollen, modifiquen o adicione” (Resolución Externa No. 13, 2016).

¹⁹ En el Derecho Francés, la Ley 2000-230 de 13 de marzo de 2000, reformatoria del Código Civil, señala que “[e]l escrito en forma electrónica está admitido como prueba con igual fuerza que el escrito en soporte papel, bajo reserva de que pueda ser debidamente identificada la persona de que emana, y que sea generado y conservado en condiciones que permitan garantizar su integridad”.

esenciales. No en vano el profesor Fernando A. Pico Zúñiga (2018), al referirse sobre el Proyecto de Ley No. 106 de 2016 del Senado y 253 de 2017 de la Cámara de Representantes ya sostenía que éste se centraba más en la forma que en la naturaleza y los efectos jurídicos sustanciales de los títulos valores electrónicos.

En relación con el segundo punto referido en el párrafo precedente, es conveniente señalar que para la judicialización y el ejercicio de los derechos subjetivos derivados de los títulos valores electrónicos se ha generalizado la idea de la necesidad de lo corpóreo, lo físico y lo material como un requisito sine qua non para la garantía y protección jurisdiccional que debe existir; contrariándose (i) la misma finalidad de la ley de comercio electrónico, (ii) el principio de la equivalencia funcional (Cárdenas Caycedo, 2016), (iii) la normatividad hoy establecida en el ordenamiento adjetivo para la admisión de documentos inmateriales, y (iv) la posibilidad de que el principio de incorporación pueda garantizarse en el escenario digital, respetándose en todo caso la neutralidad tecnológica, y la equivalencia funcional, entre otros principios (Cárdenas Caycedo, 2016). Precisamente con la regulación expuesta se ha otorgado mérito ejecutivo al certificado no negociable expedido y suscrito por un tercero, y no al título valor electrónico que éste custodia, administra y del cual da fe pública, tal como se evidencia en el artículo 2.2.2.53.13 del Decreto 1349 de 2016 que prevé como necesaria la inscripción de la factura electrónica en el Registro de Facturas Electrónicas para poder adelantar el respectivo cobro jurídico.

Sobre el particular, la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2018) sobre Documentos Transmisibles Electrónicos, reconociendo el vínculo intrínseco entre el título y los derechos incorporados, ha establecido la posibilidad de la sustitución de un documento electrónico transmisible por un título transmisible emitido en papel, caso en el cual, contrario a lo que expuesto en el párrafo anterior, el documento electrónico pierde toda eficacia y validez, sin que ello afecte las derechos y obligaciones cambiarias que ahora se reputan del documento material o físico.

Si bien la posibilidad de que un certificado expedido por un tercero preste mérito ejecutivo no implica una ruptura con la regulación procesal vigente, toda vez que el art. 422 del Código General del Proceso allanó el terreno al considerar como título ejecutivo, además de aquellos provenientes del deudor o su causante y de las sentencias judiciales, “los demás documentos que señale la ley” (Ley 1564, 2012, pág. art. 422); la necesaria creación de un documento físico diferente al título valor electrónico para el cobro jurídico de la prestación cambiaria inmersa en él, rompe con los principios esenciales de los títulos valores; y controvierte lo establecido en el art. 624 de Código de Comercio Colombiano (Decreto 410, 1971), que exige la presentación del título para el ejercicio del derecho literal incorporado, consolidando la idea de que la legitimación por activa y los términos del derecho cambiario están

datos, no por el título valor electrónico en sí, sino por la certificación expedida por un ente depositario, la cual resultaría paradójicamente privilegiada en el escenario procesal.

Sin perjuicio de la seguridad jurídica que se pueda brindar y de la existencia de una amplia regulación en el escenario internacional de la centralización de instrumentos financieros y documentos de transporte (Remolina N. , 2018), la certificación expedida por un Depósito Centralizado Valores para el ejercicio de la acción cambiaria de los títulos valores (i) rompe con una regla general, exigida normativa (Decreto 410, 1971, pág. art. 624) y jurisprudencialmente (Sentencia 33586, 2014), de aportar al proceso el título valor original; (ii) dificulta al demandado el ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 272 del Código General del Proceso para desconocer o tachar de falsedad el título electrónico que no se presenta al proceso; (iii) desconoce que la ley ha previsto la forma cómo los mensajes de datos deben conservarse y aportarse al proceso²⁰, ha determinado su fuerza probatoria²¹ y ha establecido los criterios que deben tenerse en cuenta para su valoración²².

No existe razón alguna para que, en detrimento de lo establecido en el art. 3 de la ley 527 de 1999, en el escenario judicial se presuma la buena fe y la autenticidad de un documento físico, y no de uno electrónico. Tal y como lo contempla el profesor Jairo Parra Quijano, “[e]l documento electrónico se aporta al proceso y tiene entidad propia [y n]o es necesario apuntalarlo desde el principio con otra prueba, como la prueba pericial” (2006, pág. 13). Y, como consecuencia de lo anterior, no es razonable ni necesario que los mensajes de datos, teniendo la misma fuerza

²⁰ El art. 12 de la Ley de Comercio Electrónico establece los requisitos que se deben cumplir para la conservación de los mensajes de datos; a saber: “(i) que la información que contengan sea accesible para su posterior consulta, (ii) que el mensaje de datos o el documento sea conservado en el formato en que se haya generado, enviado o recibido o en algún formato que permita demostrar que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida, y (iii) que se conserve, de haber alguna, toda información que permita determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido el mensaje o producido el documento (...)” (Ley 527, 1999); y el art. 247 del Código General del Proceso prevé la forma en que estos deberán aportarse al proceso, esto es: “en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud” (Ley 1564, 2012)

²¹ Al respecto el art. 10 de la Ley de Comercio Electrónico establece que “[e]n toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original” (Ley 527, 1999), en el art. 5 se señaló que “[n]o se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos” (Ley 527, 1999).

²² El art. 11 de la Ley 527 de la Ley de Comercio Electrónico establece que los mensajes de datos deberán valorarse conforme las reglas de la sana crítica y criterios de confiabilidad respecto de la forma en la que se hayan generado, archivado o comunicado, su integridad, su iniciador y cualquier otro aspecto relevante.

probatoria que cualquier documento corpóreo y cumpliendo con los requisitos para ser categorizado como título ejecutivo, deban ser objetos de prueba sin que previamente los mismos sean objetados, como se prevé en el inciso 2 del artículo 326 de la Ley Enjuiciamiento Civil Española²³ y en el art. 244 del Código General del Proceso Colombiano²⁴. Los documentos electrónicos deben ser objeto de prueba solo cuando son tachados de falso o desconocidos por la parte contra quienes se aducen, de igual forma como sucede con cualquier título ejecutivo físico; y no existe una razón válida para que se contemple que la única opción para el futuro de los títulos valores electrónicos sea el certificado físico expedido por los Depósitos Centralizados de Valores.

Consciente de que el certificado físico expedido por los Depósitos Centralizados de Valores desnaturaliza el título valor electrónico (Guzmán, 2019), la profesora Yira López Castro (i) refiere la inconveniencia de un régimen legal especial diferente al consagrado en el Código de Comercio y apartado a la Ley 527 de 1999; siendo necesario solo normas especiales relativas a la autenticidad, integridad, originalidad y conservación de los documentos electrónicos, que prevean la posibilidad de la creación inmaterial como la desmaterialización de los títulos valores; y (ii) sugiere adoptar la ley modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre el documento electrónico transferible, categoría más amplia que comprende los títulos valores electrónicos, así como también documentos financieros condicionales y de transporte electrónico; normativa respetuosa de la no discriminación de las comunicaciones electrónicas y de los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional (López, 2018).

5. Caso paradigmático de la factura electrónica

Por la importancia tributaria de la factura cambiaria, la regulación de este título valor en el escenario digital se encuentra bastante adelantada frente al régimen general que rige a los demás títulos valores electrónicos (Ruiz, 2007), siendo en algunos eventos obligatorio su uso. La normativa de la factura electrónica, siendo especial, estableció mecanismos y herramientas específicas para poder atender no

²³ El inciso 2 del artículo 326 de la Ley Enjuiciamiento Civil Española establece que “[c]uando se impugnare la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto” (Ley 1, 2000)

²⁴ El inciso segundo y cuarto del art. 244 del Código Genral del Proceso preven que “[l]os documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos” y que “[a]si mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo” (Ley 1564, 2012)

solo los principios esenciales de los títulos valores electrónicos, sino también los elementos de su naturaleza como *la circulación*, y su finalidad en el ámbito fiscal del Estado, dotando de seguridad jurídica a estos documentos cambiarios inmateriales.

La normativa especial de la factura electrónica permite evidenciar el por qué la Ley 527 de 1999, pese a haber establecido los presupuestos suficientes para la existencia de los títulos valores electrónicos, no resulta suficiente para influenciar en la *praxis* la creación y utilización de estos títulos inmateriales. En la medida en que no existan reglas claras, concretas y expresas que brinden seguridad jurídica para la judicialización y la negociabilidad de los demás títulos valores electrónicos, difícilmente podrá darse un vuelco hacia la inmaterialidad (Martínez, 2012). Hablar de títulos valores electrónicos sin establecer primero cómo estos podrán hacerse valer en el seno de un proceso judicial o circular garantizándose su unicidad y trazabilidad, desconoce el fin práctico y la naturaleza de los mismos.

La regulación de la factura electrónica en Colombia ha sido desarrollada bajo dos aristas: una tributaria y otra referida a su carácter de título valor. En primer lugar, la Ley 223 de 1995 agregó el art. 616-1 al Estatuto Tributario (Decreto 624, 1989) y ordenó al Gobierno Nacional reglamentar la utilización de este instrumento digital para efectos fiscales. Posteriormente, en desarrollo de la ley se expidió el Decreto 1929 de 2007 que fijó las bases para la factura electrónica para efectos tributarios, y en él se definió a la factura electrónica como:

(...) el documento que soporta transacciones de venta de bienes y/o servicios, que para efectos fiscales debe ser expedida, entregada, aceptada y conservada en medios y formatos electrónicos, a través de un proceso de facturación que utilice procedimientos y tecnología de información, en forma directa o a través de terceros, que garantice su autenticidad e integridad desde su expedición y durante todo el tiempo de su conservación (Decreto 1929, 1989, pág. art. 1).

Bajo la segunda arista, se promulgó: (i) la Ley 1231 de 2008, “Por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones” (pág. 1), la cual, partiendo de los fundamentos normativos establecidos en el párrafo 1º del art. 1 de la Ley de Comercio Electrónico (Ley 527, 1999), encargó al Gobierno Nacional reglamentar lo atinente a la circulación de la factura electrónica como título valor; y (ii) la Ley 1753 de 2015 que ordenó la creación del Registro de Facturas Electrónicas para permitir la circulación de estos títulos valores electrónicos más allá de su primer beneficiario, garantizando la trazabilidad de esta y los principios de unicidad, autenticidad, integridad y no repudio de la factura electrónica.

Por su parte, el Decreto 2242 de 2015, compilado en el Decreto 1625 de 2016, adelantándose a lo que posteriormente consagró la Ley 1819 de 2016 y en aras

de “combatir el fraude, la evasión y el contrabando” (Guzmán, 2019), reguló la facturación electrónica por medio de proveedores tecnológicos previamente autorizados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), siendo estas personas naturales o jurídicas facultadas para prestar los servicios de facturación electrónica y los relacionados con el recibo, rechazo y conservación de este título valor inmaterial, y encargadas de entregar un ejemplar de la factura electrónica a la DIAN para los fines tributarios.

La Ley 1819 de 2016 modificó el art. 616-1 del Estatuto Tributario Colombiano (Decreto 624, 1989) y estableció la validación previa de las facturas electrónicas por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) o por un proveedor habilitado por esta, entendiéndose la expedición de dicho título valor desde el momento en que se entrega al adquirente; e impuso la obligación de utilizar este mecanismo de facturación para los contribuyentes obligados a declarar y pagar el IVA y el impuesto al consumo desde el 1º de enero de 2019. La Ley 1819 de 2016, a su vez, facultó al Gobierno Nacional para establecer: (i) los requisitos adicionales que debe contener toda factura electrónica para sus fines tributarios; (ii) “las condiciones, los términos y los mecanismos técnicos y tecnológicos para la generación, numeración, validación, expedición, entrega al adquirente y la transmisión de la factura electrónica” (Ley 1819, 2016, pág. art. 308 parágrafo 2); y (iii) “reglamentar los procedimientos, condiciones y requisitos para la habilitación de los proveedores autorizados para validar y transmitir factura” (Ley 1819, 2016, pág. art. 308 parágrafo 3).

Por último, bajo la arista de la factura electrónica como título valor, el Decreto 1349 de 2016, en desarrollo de las leyes 1231 de 2008 y 1753 de 2015, reglamentó la circulación de la factura electrónica y el endoso electrónico, y estableció las condiciones generales del Registro de Facturas Electrónicas (REFEL), de su administrador y de los sistemas de negociación electrónica, limitando su aplicación a aquellas facturas electrónicas debidamente aceptadas y registradas, generadas única y exclusivamente por medio de proveedores tecnológicos previamente habilitados por la DIAN, facultados para prestar los servicios de aceptación, conservación del título electrónico. Adicionalmente, el Decreto 1349 de 2016, para efectos de permitir el cobro jurídico de la factura electrónica, estableció el deber del administrador del REFEL²⁵ de expedir un único título de cobro no negociable que presta mérito ejecutivo a solicitud y en favor del beneficiario registrado, de manera similar a como se les permite a los Depósitos Centralizados de Valores, el cual deberá contener

²⁵ Cuyo manual de funcionamiento está contenido en la resolución No. 2215 del 22 de noviembre de 2017 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

los nombres de los obligados cambiarios e impedirá la circulación de la factura electrónica.

Conclusiones

1. La Ley de Comercio Electrónico sentó las bases necesarias y suficientes para hablar con *significación jurídica* de los Títulos Valores Electrónicos, pudiendo cumplirse con los principios esenciales de incorporación, autonomía, legitimidad y literalidad, decantados por la doctrina y la jurisprudencia, y derivados de la misma normativa existente. No obstante, en la medida en que el referido estatuto tiene un carácter genérico y no prevé mecanismos que garanticen elementos de la naturaleza de los títulos valores, como por ejemplo su negociabilidad y su circulación; el vuelco hacia la inmaterialidad de estos documentos cambiarios requiere todavía un importante camino por transitar.

Los títulos valores electrónicos, en su generalidad, dejarán de ser objeto de estudio prominentemente teórico y serán parte de la realidad fáctica solo bajo una normativa especial y concreta que: (i) adopte herramientas, tecnologías o procedimientos que, siendo respetuosas del principio de la neutralidad tecnológica, permitan la circulación de los títulos valores electrónicos, garantizándose en todo caso la unicidad del documento cambiario y la trazabilidad de las operaciones realizada sobre él; (ii) establezca organismos responsables de la inspección, vigilancia y control de los operadores informáticos habilitados para tal fin; (iii) coadyuve la apertura del mercado que actualmente se sirve estos documentos cambiarios inmateriales; y (iv) brinde una mayor seguridad jurídica en la utilización de estos documentos inmateriales, no pudiendo ser posteriormente desconocidos por las autoridades jurisdiccionales encargadas de aplicar e interpretar la ley.

2. El principio de la *neutralidad tecnológica* demuestra claramente que en la actualidad el Derecho se encuentra rezagado frente a los desarrollos informáticos existentes que permiten cumplir con los elementos esenciales, de la naturaleza y accidentales de los títulos valores electrónicos, no siendo procedente el establecimiento de una sola herramienta, método, procedimiento, dispositivo o tecnología estandarizada para la creación, emisión y circulación de estos documentos cambiarios inmateriales; sin perjuicio de que dichos mecanismos requieran una habilitación legal o reglamentaria para efectos de que estos puedan brindar seguridad jurídica o que simplemente garanticen criterios de autenticidad, integridad, fiabilidad,

rastreabilidad, conservación, entre otros. No hay que desconocer en todo caso la idoneidad, las capacidades y aptitudes con las que debe contar la administración de justicia, y la naturaleza jurídica del proceso de cobro jurídico, siendo inadmisibles un trato diferenciado que convierta solo a los títulos ejecutivos electrónicos en objeto de prueba sin haber sido previamente desconocidos u objetados, máxime cuando no existe fundamento alguno para que se tenga que brindar mayor certeza al documento físico que aquel que se encuentra en un escenario digital.

La necesidad de regularizar y homogenizar las conductas mercantiles en pro de la respectiva inspección, vigilancia y control de las autoridades públicas competentes no puede ir en detrimento del anterior principio, limitando la actividad legislativa únicamente al establecimiento de bases de datos centralizadas para el registro y depósito de los títulos valores inmateriales, donde la administración y/o la custodia de los mismos estaría en manos de un tercero, quien a su vez estaría facultado para expedir, en los términos que establezca la ley, un certificado que presta mérito ejecutivo a favor de su beneficiario para el ejercicio de los derechos incorporados en el título.

Si bien la propuesta referida pudiese tener un contenido loable y reportar múltiples beneficios, tal y como se ha puesto de presente en este artículo; la centralización planteada desnaturaliza a los títulos valores electrónicos, además de que no resulta novedosa, estando actualmente los Depósitos Centralizados de Valores facultados para la custodia y administración de estos documentos cambiarios en virtud de lo establecido en el Decreto 2555 de 2010, modificado por el Decreto 3960 del 2010.

3. En la medida en que se equiparen los valores a los títulos valores, y para la circulación de estos últimos en el escenario digital se opte por el mecanismo de la anotación en cuenta, propio un registro centralizado, caracterizado por la expedición de un documento diferente al título para el ejercicio de los derechos incorporados, mal podría cualquier persona referirse a ellos como títulos valores electrónicos sin faltar a la técnica científica que rige al Derecho.

Bajo el escenario aquí referido se rompen los principios esenciales de los títulos valores, haciendo imposible poder clasificar a los documentos inmateriales o desmaterializados en custodia y/o administración de los depósitos centralizados valores en esta categoría, máxime si se tiene en cuenta que los derechos patrimoniales y políticos derivados estarán limitados en su ejercicio por el certificado expedido por un tercero, y no por el título mismo. Será el respectivo certificado expedido por el administrador

del depósito o de la base de datos de registro centralizada el documento material que, sin estar suscrito por el obligado cambiario o demandado, llegará al conocimiento del Juez de la República por el ejercicio de la acción cambiaria y del cual se podrá predicar mérito ejecutivo, sin necesidad de otro documento complementario.

Contrario al régimen general, con la regulación propuesta, *la legitimidad* no estará dada por la tenencia del título, *la literalidad* se circunscribirá al certificado emitido por el depósito centralizado de valores, y el derecho *incorporado* en el título será claramente escindible de este último.

4. Adviértase que lo hasta aquí expuesto no debe prestarse para concluir que sea imposible hablar de títulos valores electrónicos con capacidad para circular y ser negociados bajo criterios de unicidad y originalidad. Seguramente la informática y la tecnología ya tienen la respuesta para el particular, y en la medida en que sea el título inmaterial el que directa y necesariamente se pueda y se deba presentar por su legítimo tenedor y beneficiario para el ejercicio de los derechos de él derivados, se estará hablando de verdaderos títulos valores electrónicos que cumplen con los principios esenciales de autonomía, incorporación, legitimidad y literalidad.

El Ordenamiento Jurídico ya le ha otorgado validez jurídica, eficacia y valor probatorio a los mensajes de datos y ha consagrado mecanismos para garantizar la autenticidad e integridad de todo documento electrónico; y la normativa adjetiva ya ha regulado la forma en cómo debe aportarse y valorarse estos documentos inmateriales en el seno de un proceso judicial. Así las cosas, para la existencia de verdaderos títulos valores electrónicos, no separados de sus legítimos tenedores y no representados en un documento diferente, solo hace falta: (i) un verdadero cambio de mentalidad en los administradores de justicia, quienes deberán dar fiel aplicación a la normatividad vigente, materializando y garantizando la eficacia y valor probatorio que el legislador le ha otorgado a los mensajes de datos que hayan sido aportados en debida forma al proceso, cumpliendo criterios de autenticidad, conservación e integridad; (ii) la efectiva materialización del principio de neutralidad tecnológica que permita la adopción de unos mecanismos tecnológicos que garanticen la trazabilidad de la circulación del título, la unicidad del documento cambiario y, v. gr., los parámetros establecidos en la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Documentos Transmisibles Electrónicos.

Una respuesta viable y plausible para la garantía de *unicidad* del título podría considerarse la transmutación que prevé el anterior instrumento normativo de *Soft Law*, y que consiste en la posibilidad de cambiar el formato de un título valor de un escenario electrónico a uno físico, y viceversa.

5. El Proyecto de Ley No. 106 de 2016 del Senado y 253 de 2017 de la Cámara de Representantes, archivado como consecuencia de lo previsto en el art. 190 de la Ley 5 de 1992, representa la tendencia legislativa preponderante y, más allá de tratar de regular en el escenario digital algunas instituciones secundarias que se habían pasado por alto, en lo sustancial no implicaba un cambio novedoso en el ámbito jurídico, existiendo actualmente habilitación legal que permite a los Depósitos Centralizados de Valores el depósito y la administración de títulos valores electrónicos, los cuales a su vez se ven desnaturalizados con la expedición de un certificado para el ejercicio del derecho de acción.

Si bien la función desplegada por los Depósitos Centralizados de Valores y por los administradores de bases de datos centralizadas de registro reporta múltiples beneficios prácticos y dota de mayor certeza, fiabilidad, confianza y seguridad jurídica las relaciones que utilicen este tipo de documentos inmateriales: (i) garantizando la trazabilidad sobre todas las anotaciones electrónicas realizadas respecto del título; (ii) homogeneizando y estandarizando los requisitos y mecanismos tecnológicos para realizar y perfeccionar los actos cambiarios electrónicos, para el registro y almacenamiento de la información, y para garantizar la autenticidad e integridad de los documentos inmateriales depositados; y (iii) brindando mayor seguridad evitando cualquier riesgo de acceso no autorizado, alteración, destrucción o pérdida de la información, o de actividades delictivas. Este mecanismo, al desconocer los mecanismos tradicionales de transferencia de los títulos valores y prever la participación de un tercero calificado responsable de un registro centralizado, establece una situación discriminatoria y estaría enfocado a un mercado organizado del cual, por sus costos y requerimientos tecnológicos e informáticos, no podrán servirse todos los comerciantes y las operaciones individuales y concretas. No en vano los mayores desarrollos normativos sobre el particular han estado orientados a la operación de las entidades del sector financiero.

6. Por último, en la medida en que se adopte un mecanismo centralizado en donde se expida un documento diferente al título para el ejercicio de los derechos incorporados, los documentos inmateriales depositados y/o registrados no podrán clasificarse dentro de la categoría de títulos valores y, en consecuencia, no podrán servirse de la regulación establecida para

estos últimos. Solo el reconocimiento de lo anterior y el establecimiento de una regulación especial y diversa que sea acorde con las características propias de los títulos inmateriales custodiados y/o administrados por los depósitos centralizados de valores podrá potencializar el uso de estos documentos en un mercado que vea en su utilización mayores beneficios; no siendo sensato, v. gr., que a estos títulos se les llegare a aplicar restricciones que tienen razón de ser únicamente para los títulos valores. Puede considerarse como un ejemplo de lo anterior la prohibición del endoso parcial, contenida en el art. 655 del Código de Comercio, cuya aplicación carecería de justificación sobre los títulos custodiados y administrados por Depósitos Centralizados de Valores.

Finalmente deberá concluirse que el reconocimiento de lo anterior estribará una mayor importancia al no cerrar la puerta a la posibilidad de verdaderos títulos valores electrónicos que queden sujetos los principios esenciales previamente decantados, que cumplan con los presupuestos normativos consagrados en los artículos 619 y siguientes del Código de Comercio y que puedan circular bajo criterios de unicidad y originalidad, tal y como sucede con los títulos valores cartulares.

Referencias

- Arango, R. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Legis.
- Becerra, H. (2006). *Derecho Comercial de los Títulos Valores* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la Investigación: Administración, economía, humanidades y ciencias sociales* (2 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Prentice Hall.
- Browne Figueroa, C. (2018). El pagaré electrónico: Aplicación en Chile y experiencias comparadas. (*Tesis de Posgrado*). Santiago de Chile, Chile: Universidad de Chile. Obtenido de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142734/El-pagar%C3%A9-electr%C3%B3nico-aplicaci%C3%B3n-en-Chile-y-experiencias-comparadas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Brunner, J. (1973). *Derecho Comercial: Títulos Valores Crediticios* (1 ed.). Buenos Aires, Argentina: Tipografía Editora Argentina.
- Cárdenas Caycedo, O. (2016). Aplicación de los principios de contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia. *Academia & Derecho*, 7(13), 265-308. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/310/247>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2018). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre documentos transmisibles electrónicos* (1 ed.). Viena:

- Oficina de las Naciones Unidas en Viena. Obtenido de http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/MLETR_ebook_S.pdf
- Concepto 2006033594. (29 de agosto de 2006). Superintendencia Financiera de Colombia. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://vlex.com.co/vid/-405068877>
- Concepto 2015079892. (3 de Agosto de 2015). Superintendencia Financiera de Colombia. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://www.superfinanciera.gov.co/downloadname=2015079892.docx>
- 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 1929. (30 de marzo de 1989). Presidencia de la República. *Por el cual se expide el estatuto tributario de los impuestos tributarios administrados por la Dirección Nacional de Impuestos Nacionales*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial. AÑO CXXVI. N. 38963.1, SEPTIEMBRE, 1989. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1382075>
- Decreto 2555. (15 de julio de 2010). Presidencia de la República. *Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=40032>
- Decreto 410. (27 de marzo de 1971). Presidencia de la República. *Por el cual se expide el Código de Comercio*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html
- 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.
- Gaitán, J. (2019). *Lecciones sobre títulos-valores* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Gallego, C. (2012). El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social. *Revista Jurídicas de la Universidad de Caldas*, 9(2), 70-90. Obtenido de [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9\(2\)_6.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9(2)_6.pdf)
- Garrigues, J. (1981). *Curso de Derecho Mercantil* (1 ed.). Mexico D.F, México: Porrúa.
- Guzmán, A. (26 de Junio de 2019). *Títulos valores electrónicos, una verdad palpable*. Obtenido de Fintech Colombia: <https://www.colombiafintech.co/novedades/titulos-valores-electronicos-una-verdad-palpable>
- Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho* (1 ed.). Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires.

- Ley 1. (7 de Enero de 2000). Rey de España. *Ley de enjuiciamiento Civil*. España: Referencia: BOE-A-2000-323. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>
- Ley 1231. (17 de julio de 2008). Congreso de la República. *Por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiamiento para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 47.053 del 17 de julio de 2008. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1231_2008.html
- Ley 1564. (12 de julio de 2012). Congreso de la República. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 48489 del 12 de julio de 2012. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.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 del 29 de diciembre de 2016. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1819_2016.html
- Ley 20219. (27 de septiembre de 2007). Congreso Nacional. *Destina recursos para el fondo de desarrollo de la región de Magallanes y de l Antártica Chilena y modifica otros cuerpos legales que indica*. Santiago, Chile: ID Norma No. 265227 del 03 de octubre de 2007. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=265227>
- Ley 527. (18 de agosto de 1999). Congreso de la República. *Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 43.673 del 21 de agosto de 1999. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0527_1999.html
- Ley 84. (26 de mayo de 1873). Congreso de los Estados Unidos de Colombia. *Código Civil Colombiano*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 2.867 del 31 de mayo de 1873. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Ley 964. (8 de julio de 2005). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 45.963 del 8 de julio de 2005. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0964_2005.html
- López, Y. (2 de Abril de 2018). *Comentarios a Proyecto de Ley No. 253 de 2017- Cámara / 106 de 2016-Senado, "Por medio del cual se regula la creación, circulación, aceptación, el aval y demás actos cambiarios sobre el título valor electrónico"*. Obtenido de

- Universidad del Rosario: <https://www.urosario.edu.co/Facultad-de-Jurisprudencia/Investigacion/Grupos-de-investigacion/Grupos/Proyecto-JUSTIC/Documentos/Comentarios-la-Proyecto-de-Ley-190-16-T-tulos-valo.pdf>
- Martínez, A. (2012). Problemática Jurídica de los Títulos Cambiarios Electrónicos en el Derecho Español. *Revista de Contratación Electrónica*, 61(5), 1198-1199. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=613010>
- Parra, J. (2006). El documento Electrónico y su Alcance Probatorio. *I Convención Internacional de Derecho Informático: Documentación y Documento Electrónico*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia. Obtenido de <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/El-documento-electronico-y-su-alcance-probatorio.doc>
- Patrón, E. (2006). La ejecución de las obligaciones negociables anotadas en cuenta y el decreto 677-01. *Revista Argentina de Derecho Empresario*(6), 1-20. Obtenido de <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=42189&print=2>
- Pico, F. (28 de Marzo de 2018). *El proyecto de ley de títulos valores electrónicos*. Obtenido de Legis. Ambito Jurídico: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/tic/el-proyecto-de-ley-de-titulos-valores-electronicos>
- Proyecto de Ley 106. (2016). Senado de la República. *Por medio de la cual se regula la creación, circulación, aceptación, el aval y demás actos cambiarios sobre el título valor electrónico*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2019-2020/1575-proyecto-de-ley-106-de-2019>
- Proyecto de Ley 253. (25 de Agosto de 2017). Congreso de la República. Cámara de Representantes. *Por medio de la cual se regula la creación, circulación, aceptación, el aval y demás actos cambiarios sobre el título valor electrónico*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual-se-regula-la-creacion-circulacion-aceptacion-el-aval-y-demas-actos-cambiarios-sobre-el-titulo-valor-electronico-titulo-valor-electronico/8618/>
- Rangel, E., & Merchán, C. (14 de Noviembre de 2017). *Guía para la Gestión de Documentos y Expedientes Electrónicos*. Obtenido de mintic.gov.co: https://www.mintic.gov.co/arquitecturati/630/articulos-61594_recurso_pdf.pdf
- Remolina, N. (13 de Abril de 2018). *¿Por qué es bueno para Colombia que el Congreso de la República apruebe el proyecto de ley por medio de la cual se regula la creación, circulación, aceptación, el aval y demás actos cambiarios sobre el título valor electrónico?* Obtenido de (GECTI) Grupo de Estudios en internet, Comercio electrónico, Telecomunicaciones e Informática. Universidad de los Andes: <https://gecti.uniandes.edu.co/index.php/2-uncategorised/36-por-que-es-bueno-para-colombia-que-el-congreso-de-la-republica-apruebe-el-proyecto-de-ley-por-medio-de-la-cual-se-regula-la-creacion-circulacion-aceptacion-el-aval-y-demas-actos-cambiarios-sobre-e>

- Remolina, N., & Peña, L. (2011). *De los títulos-valores y de los valores en el contexto digital* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Temis.
- Resolución Externa No. 13. (30 de Septiembre de 2016). Banco de la República. *Por la cual se modifica la Resolución Externa No. 6 de 2001, que dicta normas sobre apoyo transitorio de liquidez del Banco de la República a los establecimientos de crédito*. Bogotá D.C, Colombia: Boletín No. 40. Obtenido de http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/re_6_2001_compendio.pdf
- Rincón, E. (2006). *Manual de Derecho de Comercio Electrónico y de Internet* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Rincón, E. (2017). *Derecho del Comercio Electrónico y de Internet* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Legis.
- Roldán, L., & Suárez, J. (1997). *Curso de Teoría del Derecho* (1 ed.). Barcelona, España: Ariel Derecho.
- Ruiz, W. (2007). Escenario Y Marco Legal De La Factura Electrónica en Colombia. *Revista de Derecho Privado*(3), 1-17. Obtenido de https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri135.pdf
- Santos Ibarra, J. M. (2017). Legislación vigente en materia tributariadel comercio electrónico (e-commerce)en Colombia y la necesidad de un pronunciamiento por parte del legislador. *Academia & Derecho*, 8(15), 85-110. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/4332/3679>
- Sentencia 01074. (16 de Diciembre de 2010). Corte Suprema de Justicia. La Sala de Casación Civil. *M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente 11001 3110 005 2004 01074 01. Obtenido de <http://derechoinformatico.co/centro-de-documentacion/sentencias/sentencia-csj-docelectronico/>
- Sentencia 33586. (14 de mayo de 2014). Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C.P.: Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 25000232600019990265702 (33586). Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/556646762>
- Sentencia C-662. (8 de junio de 2000). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Fabio Morón Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-2693. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-662-00.htm>
- Sentencia N-051. (19 de abril de 1993). Corte Suprema de Justicia. La Sala de Casación Civil y Agraria. *M.P.: Eduardo García Sarmiento*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: S-051. Obtenido de <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/552552326>
- 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>

- Trujillo, B. (1999). *De los Títulos Valores: Volumen I* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Leyer.
- Uría, R. (1992). *Derecho Mercantil* (1 ed.). Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones jurídicas S.A.
- Velasco, A. (22 de Noviembre de 2017). Comentarios al Proyecto de Ley No.253 de 2017 Cámara, 106 de 2016 Senado. *Ministerio de Hacienda y Crédito Público*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-11/COMENTARIOS%20MINHACIENDA.pdf>
- Vivante, C. (1932). *Tratado de Derecho Mercantil, Vol I (El Comerciante)* (1 ed.). Madrid, España: Reus.

Diego Armando Yañez Meza

El derecho de los jueces y el derecho de la administración pública: de la doctrina legal más probable al procedimiento de extensión de la jurisprudencia*

The judges' Law and the law of public administration: the most
likely legal doctrine to the procedure for jurisprudence extension

Recibido: Octubre 10 de 2018 – Evaluado: Diciembre 08 de 2018- Aceptado: Febrero 16 de 2019

Diego Armando Yañez Meza**

Para citar este artículo / To cite this article

Yañez Meza, D. A. (2019). El derecho de los jueces y el derecho de la administración pública: de la doctrina legal más probable al procedimiento de extensión de la jurisprudencia. *Revista Academia & Derecho*, 10(19), 195-232.

Resumen: Desde 1887 hasta nuestra actualidad en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2011) –en adelante CPACA– y el Código General del Proceso (2012) –en adelante CGP–, el decir de los jueces y su proyección para

* Artículo inédito. El presente artículo de investigación e innovación hace parte del proyecto de investigación “Criterios de aplicabilidad del procedimiento administrativo especial de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado en Colombia: un estudio comparado a partir de la experiencia española” desarrollado por el Grupo de Investigación en Derecho Público y Semillero de Investigación en Derecho Administrativo “Louis Antoine Macarel” de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia, adscrito a la línea de investigación “Conocimiento, innovación y desarrollo sostenible regional”, sublínea “Justicia, derecho procesal y sistema penal acusatorio”. El autor agradece la contribución al proceso investigativo como auxiliares de investigación a Luis Alberto Andrade Walteros, Omar Horacio López, Fabian Montaguth Rincón, Maria Alejandra Parra Celis, Yaritza Fernanda Tarazona Castellanos; así mismo, como semilleros de investigación a Jessica Tatiana Jiménez Escalante.

** Abogado, Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho Administrativo (Investigativa), Universidad Externado de Colombia. Magister (C) en Derecho Procesal Contemporáneo (Investigativa), Universidad de Medellín. Autor de distintos libros y artículos de investigación. Director Grupo de Investigación en Derecho Público y del Semillero de Investigación en Derecho Administrativo “Louis Antoine Macarel” de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Docente en la cátedra Derecho Administrativo General y Colombiano. Correo electrónico: diego.yanez@unilibrecucuta.edu.co; diegoymezabogado@gmail.com.

casos futuros dentro del poder judicial ha sido una problemática que ha enfrentado teorías –formalismo y antiformalismo– y, particularmente, serios problemas para su aplicación. Los interrogantes no son desconocidos en esta temática, entre otros: ¿puede crear el juez el derecho en su jurisprudencia?, ¿ese decir de los jueces debe ser aplicado en casos presentes?, ¿es distinto el decir de los jueces a partir del órgano que emite esa jurisprudencia o existe un común denominador a todas las jurisdicciones? Bajo este contexto, y a partir de esa misma problemática, la Ley ha trasladado la disertación a otro poder público: el decir de los jueces y su proyección para casos futuros dentro del poder ejecutivo –en la decisión administrativa– con lo cual se acrecientan los desafíos para su aplicabilidad.

En la presente investigación se describe esa evolución legal y doctrinal, con importantes referencias que desde la política han contribuido a esculpir este derecho, estableciendo lo que creemos debe ser el común denominador para el derecho de los jueces y el derecho de la administración pública, aunado a las razones por las cuales la aplicabilidad del decir de los jueces no ha sido plena –barreras– dentro del mismo poder judicial y su tratamiento ahora en sede de la administración pública.

Palabras clave: derecho de los jueces, derecho de la administración pública, jurisprudencia, línea jurisprudencial, derecho sustancial y derecho procesal.

Abstract: From 1887 to the present, in Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2011) –hereinafter CPACA– and the Código General del Proceso (2012) –hereinafter CGP–, the judges say and their projection for future cases. Within the judiciary, it has been a problem that faced by theories –formalism and anti-formalism– and, in particular, serious problems for its application. The questions are not unknown in this subject, among others: can the judge create the right in his jurisprudence? Does that say of the judges must be applied in present cases? Is it different to say the judges from the organ producing jurisprudence issue or is there a common denominator in all jurisdictions? Under this context, and based on the same problem, Law has transferred the dissertation to another public power: the judges say and their projection for future cases within the executive branch –in the administrative decision– with which the challenges increase for its applicability.

In the present investigation, this legal and doctrinal evolution is described, with important references politics have contributed to sculpt this right, establishing what we believe should be the common denominator for the law of the judges and the law of public administration, combined to the reasons why the applicability of the judges' sayings has not been full –barriers– within the same judiciary and their treatment now in the seat of the public administration.

Key words: law of judges, law of public administration, jurisprudence, jurisprudential line, substantial law and procedural law.

Resumo: De 1887 até hoje, no Código de Processo Administrativo e de Contencioso Administrativo (2011) –doravante CPACA– e no Código Geral de Processo (2012) –doravante CGP–, as palavras dos juízes e sua projeção para casos futuros no judiciário têm sido um problema que tem enfrentado teorias –formalismo e antiformalismo– e, particularmente, graves problemas para sua aplicação. As questões não são desconhecidas nesta área, entre outras: o juiz pode criar a lei em sua jurisprudência, ou seja, os juízes devem ser aplicados em casos presentes, é diferente dizer os juízes do órgão que emite essa jurisprudência ou há um denominador

comum a todas as jurisdições? Nesse contexto, e com base nesse mesmo problema, a Lei transferiu a dissertação para outro poder público: as palavras dos juízes e sua projeção para casos futuros dentro do poder executivo –na decisão administrativa–, aumentando assim os desafios para sua aplicabilidade.

Esta pesquisa descreve essa evolução jurídica e doutrinária, com importantes referências que a partir da política têm contribuído para esculpir esse direito, estabelecendo o que acreditamos dever ser o denominador comum para o direito dos juízes e o direito da administração pública, juntamente com as razões pelas quais a aplicabilidade das palavras dos juízes não tem sido plena –barreiras– dentro do mesmo poder judiciário e seu tratamento agora na sede da administração pública.

Palavras chave: direito dos juízes, direito da administração pública, jurisprudência, linha jurisprudencial, direito substancial e direito processual.

Résumé: De 1887 à nos jours, dans le Code de procédure administrative et de contentieux administratif (2011) –ci-après CPACA– et dans le Code général de procédure (2012) –ci-après CGP–, les paroles des juges et leur projection pour les affaires futures au sein de la magistrature ont été un problème qui a rencontré des théories –formalisme et antiformalisme– et, surtout, de graves problèmes pour son application. Les questions ne sont pas inconnues dans ce domaine, entre autres : le juge peut-il créer le droit dans sa jurisprudence, c'est-à-dire que les juges devraient être appliqués dans les cas présents, est-il différent de dire les juges de l'organe qui publie cette jurisprudence ou y a-t-il un dénominateur commun à toutes les juridictions ? Dans ce contexte, et sur la base de ce même problème, la loi a transféré la thèse à une autre puissance publique: les paroles des juges et leur projection pour les affaires futures au sein du pouvoir exécutif –dans la décision administrative– augmentant ainsi les défis pour son applicabilité.

Cette recherche décrit que l'évolution juridique et doctrinale, avec des références importantes qui ont contribué à sculpter ce droit à partir de la politique, établit ce que nous croyons être le dénominateur commun pour le droit des juges et le droit de l'administration publique, ainsi que les raisons pour lesquelles l'applicabilité des mots des juges n'a pas été complète - obstacles - au sein du même pouvoir judiciaire et son traitement maintenant au siège de l'administration publique.

Mots-clés: droit des juges, droit de l'administration publique, jurisprudence, ligne jurisprudentielle, droit substantiel et droit procédural.

SUMARIO: Introducción. - Introducción. - I. El derecho de los jueces y su aplicación para la administración pública antes de la vigencia del CPACA y el PAEEJCE. - 1.1. Caso de responsabilidad extracontractual del Estado por desplazamiento forzado en la jurisprudencia del Consejo de Estado. - 1.2. Caso de reajuste pensional de Ley 6 del año 1992 en la jurisprudencia del Consejo de Estado. - 1.3. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: doctrina legal más probable, doctrina legal, doctrina probable, criterio auxiliar de la actividad judicial, jurisprudencia, doctrina probable y legítima confianza, precedente jurisprudencial, doctrina jurisprudencial, aplicación uniforme de la jurisprudencia, unificación jurisprudencial, doctrina probable, parámetros jurisprudenciales máximos, precedente

judicial, jurisprudencia reiterada y reglas jurisprudenciales. - 1.3.1. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: de un órgano judicial particular en alta Corte y tipología de sentencia calificada a toda la función judicial. - 1.3.2. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: del exclusivo examen sobre el punto de derecho a los casos análogos y la naturaleza del asunto. - 1.3.3. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: la dosis de obligatoriedad o vinculatoriedad del caso análogo del pasado. - 1.3.4. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: hipótesis de procedencia respecto al caso futuro. - 1.3.5. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: número plural de providencias requeridas. - 1.3.6. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: significado sobre lo que resulta obligatorio o vinculante. - 1.3.7. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: fines y realidad. - 1.4. Inexistencia de procedimiento para la aplicación de la decisión judicial en la decisión de la administración pública. - Conclusiones. - Referencias.

Introducción

I. El derecho de los jueces y su aplicación para la administración pública antes de la vigencia del CPACA y el PAEEJCE

El carácter del derecho de los jueces para la administración pública, antes de la consagración del Procedimiento Administrativo Especial de Extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado –en adelante PAEEJCE– era *meramente nominal*¹. En otros términos, la administración pública –en adelante AP– no se consideraba vinculada u obligada y sinónimos, a seguir el decir de los jueces en la decisión administrativa². En este sentido, una sentencia o conjunto de ellas en un caso concreto y sobre un mismo punto de derecho y con hechos análogos, que se presentara ante la administración pública, no hacía forzosa su decisión en atención o consonancia con aquellas.

Esta afirmación encuentra diversos referentes que prueban su realidad:

El parámetro dispositivo más claro se identifica en las precisas hipótesis que definió el artículo 114 de la legislación “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial” (Ley 1395, 2010), y sobre las cuales debió el legislador

¹ Al referir la expresión *meramente nominal* se quiere significar que a pesar de que existían disposiciones de Ley y la jurisprudencia, que definían ciertas dosis de seguimiento de la decisión judicial para la adopción de decisiones por la administración pública, ella no era aplicada o era abiertamente desconocida por la autoridad.

² Al respecto deben comprenderse en la expedición de actos administrativos, hechos, omisiones y operaciones administrativas.

pronunciarse expresamente para que la administración pública y en el marco de esas específicas funciones, entendiera que las decisiones del juez impactan la decisión administrativa. En esta oportunidad se indicó que “Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los **precedentes jurisprudenciales** que en materia ordinaria o contenciosa administrativa por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos”.

Son posibles algunas observaciones al respecto:

Es en esta disposición, donde por primera vez a nivel legislativo, se hace referencia expresa a una autoridad administrativa –al indicar “entidades públicas”– y se le señala el carácter que respecto de ella tiene una decisión o un conjunto de decisiones judiciales, al momento de resolver derechos de petición o expedir actos administrativos³. Indiscutiblemente, estas hipótesis eran limitadas, lo cual permite inferir que algún otro asunto quedaba radicalmente excluido de cualquier influencia desde el juez al momento en que la AP adoptara una decisión administrativa⁴.

Así las cosas, con anterioridad al 12 de julio del año 2010, fecha en que fue promulgada dicha Ley, bajo ninguna hipótesis la administración pública siquiera “tendría en cuenta” el derecho de los jueces, en otros términos, la AP no estaba ni se consideraba vinculada u obligada y sinónimos, a seguir el decir de los jueces, tal como se afirmó con anterioridad.

Dos casos significativos en materia pensional y de responsabilidad extracontractual del Estado ejemplifican en forma contundente el asunto⁵.

1.1. Caso de responsabilidad extracontractual del Estado por desplazamiento forzado en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Aunque esta no es una de las hipótesis que se regula en el referido artículo 114⁶, permite evidenciar nítidamente el contexto del problema planteado.

³ En todo caso debe afirmarse que este espectro también se proyectaba a los casos de hechos, omisiones u operaciones administrativas.

⁴ En la actualidad sería una norma dirigida a las funciones de entidades como i) Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, etc.

⁵ La metodología que se emplea para el estudio de la jurisprudencia puede consultarse en (López Medina, 2008).

⁶ *Ibidem*.

En relación al daño sufrido por las víctimas frente al hecho del desplazamiento forzado, conforme a todo el conjunto de decisiones que han sido proferidas por el Consejo de Estado desde el año 2002 y hasta el año 2010, las cuales superaban la cantidad de 5 sentencias, era posible construir el *precedente jurisprudencial* exigido en los términos de la disposición. Sin embargo, la posibilidad de acudir directamente ante la administración pública –para al caso ante La Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, Policía Nacional, por regla general– empleando como fundamento de derecho ese precedente (Yáñez Meza, 2013), y pretender el reconocimiento en sede administrativa de la pretensión de reparación junto a las distintas tipologías del perjuicio era imposible.

Para este caso concreto, el precedente jurisprudencial⁷ era determinable en cuanto a los hechos, el derecho aplicable, la prueba en el juicio de responsabilidad y la *ratio decidendi*, al siguiente tenor:

¿Cómo se define la responsabilidad o irresponsabilidad del Estado por el hecho dañino del desplazamiento forzado conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano?		
Responsabilidad del Estado	● (C.P. Ortiz) (Sentencia AG-062, 2002) ● (C.P. Correa) (Sentencia AG-00213B, 2006) ● (C.P. Hernández) (Sentencia 00614, 2006) ● (C.P. Giraldo) (Sentencia AG-01472, 2006) ● (C.P. Correa) (Sentencia AG-00004, 2007) ● (C.P. Fajardo) (Sentencia 00385, 2007) ● (C.P. Fajardo) (Sentencia 18436, 2010) ● (C.P. Santofimio) (Sentencia 31093, 2011) ● (C.P. Valle) (Sentencia 23594, 2012) ● (C.P. Zambrano) (Sentencia 25675, 2012)	Irresponsabilidad del Estado

Figura 1. Responsabilidad e irresponsabilidad del Estado por desplazamiento forzado

⁷ Las providencias del Consejo de Estado que resolvieron el punto de derecho sobre casos análogos son: (Sentencia AG-062, 2002), (Sentencia AG-00213B, 2006), (Sentencia 00614, 2006), (Sentencia AG-01472, 2006), (Sentencia AG-00004, 2007), (Sentencia 00385, 2007), (Sentencia 18436, 2010), (Sentencia 31093, 2011), (Sentencia 23594, 2012), (Sentencia 25675, 2012).

De tal forma que, por ejemplo, para estos hechos y pretensión, siendo perfectamente clara o fácilmente determinable la *ratio decidendi* del Consejo de Estado cuando va a definir la responsabilidad o irresponsabilidad del Estado, ya que existían sentencia en uno y otro sentido, no era posible para la víctima acudir directamente a la AP y, con fundamento en él, solicitar el reconocimiento de la responsabilidad del Estado y el pago de los perjuicios derivados del daño.

Cuatro serían las razones principales y preliminares que se identifican como causantes de esta realidad en la decisión administrativa: 1) ni la Ley, ni la Constitución establecían este deber; 2) el alcance de la jurisprudencia, entendida como una sola sentencia o cuantiosas cualquiera sea su número y en todo caso superior a dos, sobre un mismo punto de hecho y de derecho, se limita a ser un criterio auxiliar; 3) la jurisprudencia no es vinculante para la AP dado que como criterio auxiliar se dirige exclusivamente a la actividad judicial, no a la administrativa; 4) los jueces no desarrollan función ejecutiva al decidir los casos concretos.

Con todo lo anterior, resulta indiscutible que la decisión judicial es extraña a la construcción de la decisión administrativa y no solo frente a daños, entiéndase también a la resolución del derecho de petición, a la expedición del acto administrativo, a la acción o la omisión administrativa, a la operación administrativa, etc. Siendo así, aquel precedente jurisprudencial en términos de la Ley, que podría construirse a partir de mínimo cinco casos análogos, pero para el cual podría haber diez casos como en el ejemplo, no habilitaba a la persona o al ciudadano para EXIGIRLE a la AP una determinada forma de prestación.

En los casos expuestos era posible definir en qué consistía el daño y su prueba, el contenido obligacional atribuible a la autoridad, quién debía ser imputado, el contenido obligacional y su contraste con el grado de cumplimiento dado por esa autoridad para configurar la falla en el servicio, el título de imputación aplicable y su prueba, la tipología de los perjuicios reconocidos, su cuantificación y prueba, en consecuencia, todos los elementos del juicio de responsabilidad; sin embargo, por las razones expuestas, entre otras seguramente, la decisión del juez no ataba a la AP, siendo inexistente cualquier reflexión que en la lógica de la jurisdicción (Yañez Meza, 2013) se realizara sobre el que pudiera resultar ser el mismo asunto. En otros términos, podría afirmarse que la jurisprudencia no se encontraba dentro del sistema de fuentes aplicable por la administración pública en los casos concretos.

1.2. Caso de reajuste pensional de Ley 6 del año 1992 en la jurisprudencia del Consejo de Estado

El presente caso contempla una hipótesis propia al referido artículo 114 (Ley 1395, 2010), al tratarse del “reconocimiento y pago de pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados”, con lo cual se evidencia otro de los escenarios de la problemática que se ha planteado.

Para este caso, en el artículo 116 se dispuso un “ajuste pensional del sector público nacional” (Ley 6, 1992), cuyo pago correspondería a las entidades de previsión o los organismos o entidades correspondientes. Con el propósito de ilustrar el contexto, en vigencia de la norma y en su aplicación se presentaron serios problemas de diversa índole, los cuales pueden sintetizarse al siguiente tenor:

En todo el territorio colombiano las administraciones públicas territoriales se enfrentaron y aún se enfrentan en el año 2015, al dilema respecto a la aplicación o inaplicación del reajuste pensional, creado por el legislador (Ley 6, 1992) en junio 30 del año 1992, el cual fue reglamentado (Decreto 2108, 1992) el 29 de diciembre de igual anualidad, a servidores públicos del orden territorial, dada la referencia expresa de la disposición respecto al “sector público nacional”. Al respecto, distintos medios de comunicación presentan el problema en los jueces y la administración en los siguientes términos: “Enredos de la Ley que permite reajuste pensional” (ElPaís.com.co, 2011), “Gobernador del Valle en aprietos porque no se realizó reajuste pensional” (eltiempo.com, 2007). (Yañez Meza, 2017).

De tal forma que, el pensionado del sector público territorial y cuya pensión se encontraba desajustada conforme a la presunción de desajuste que establecía la disposición, bajo la literalidad de la misma no podía solicitar el reajuste porque ella le resultaba inaplicable. Naturalmente, se iniciaron las causas judiciales tanto en la jurisdicción contenciosa administrativa como ordinaria laboral por estos empleados y trabajadores, llegando entonces el punto a instancia de los jueces.

En la práctica el pensionado del sector público territorial acudía ante la AP con la pretensión de que le fuese reconocido su reajuste, siéndole automáticamente negada porque, bajo su razón, se dirigía exclusivamente al sector público nacional. Al llegar la disertación a los jueces y sistematizado el problema jurídico concreto, el precedente jurisprudencial que se podría construir a partir de la regla definida en el artículo 114 (Ley 1395, 2010) es contundente, aunque a la vez revelador de una de las barreras que implícitamente tiene el mecanismo de aplicación de la decisión judicial a la decisión administrativa.

Para este caso concreto, el precedente jurisprudencial⁸ desde las providencias del Consejo de Estado era determinable en cuanto a los hechos, el derecho aplicable, la prueba en el proceso y la *ratio decidendi*, al siguiente tenor:

¿Debe aplicarse el reajuste pensional a pesar de la declaratoria de inexecutable y nulidad de las normas que lo crearon y se hace extensivo este derecho a los pensionados del sector público territorial?		
El derecho al reajuste se debe aplicar y se hace extensivo a pensionados del sector público territorial	<ul style="list-style-type: none"> ● 15723 (C.P. Pedraza) (Sentencia Fundadora & Sentencia Hito) ● 41289 (29-98) (C.P. Forero) ● 1252/98 (C.P. Olaya) ● 1233 (C.P. Trejos) ● 2585-02 (C.P. Olaya) ● 3612-2004 (C.P. Arango) ● 2606-04 (C.P. Lemos) ● 9619-05 (C.P. Lemos) ● 0248-07 (C.P. Lemos) ● 4936-05 (C.P. Lemos) ● 6144-05 (C.P. Lemos) ● 0518-2007 (C.P. Arenas) ● 0064-2008 (C.P. Vargas) ● 2373-08 (C.P. Arenas) ● 1874-07 (C.P. Arenas) ● 1920-13 (C.P. Ramírez) (Sentencia Arquimédica) 	El derecho al reajuste se debe aplicar y no se hace extensivo a pensionados del sector público territorial

Figura 2. Reajuste pensional de Ley 6 del año 1992 al sector público territorial desde la jurisprudencia del Consejo de Estado

Frente a esta realidad jurisprudencial la respuesta es incontrovertible: el reajuste pensional es aplicable respecto del sector público territorial. Sin embargo, ¿podía el

⁸ Las providencias del Consejo de Estado que resolvieron el punto de derecho sobre casos análogos son: (Sentencia 15723, 1997), (Sentencia 41289, 1998) (Sentencia 1252/98, 1999), (Sentencia 1233, 2000), (Sentencia 2585-02, 2003), (Sentencia 3612-2004, 2006), (Sentencia 2606-04, 2006), (Sentencia 9619-05, 2007), (Sentencia 0248-07, 2008), (Sentencia 4936-05, 2008), (Sentencia 6144-05, 2008), (Sentencia 0518-2007, 2008), (Sentencia 0064-2008, 2009), (Sentencia 2373-08, 2010), (Sentencia 1874-07, 2010), (Sentencia 1920-13, 2013).

pensionado a partir de este precedente, solicitar su extensión a la AP?, la respuesta es negativa. Aunado a las razones expuestas en el numeral 1.1., por la consecuente situación particular:

Al realizarse un estudio equivalente sobre el punto de derecho, la *ratio decidendi* que se construye desde el precedente jurisprudencial⁹ en las providencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, es determinable en cuanto a los hechos, el derecho aplicable y la prueba en el proceso, al siguiente tenor:

¿Debe aplicarse el reajuste pensional a pesar de la declaratoria de inexistencia y nulidad de las normas que lo crearon y se hace extensivo este derecho a los pensionados del sector público territorial?		
El derecho al reajuste se debe aplicar y se hace extensivo a pensionados del sector público territorial	(Sentencia Fundadora & Sentencia Hito) (M.P. Nader) 18189	El derecho al reajuste se debe aplicar y no se hace extensivo a pensionados del sector público territorial
	(M.P. Toro) 19928	
	(M.P. López) 22107	
	(M.P. López) 22360	
	(M.P. Vargas) 23058	
	(M.P. Osorio) 24303	
	(M.P. Osorio) 24452	
	(M.P. Vargas) 25013	
	(M.P. Vargas) 26762	
	(M.P. Ricaurte) 27616	
	(M.P. Ricaurte) 29246	
	(M.P. Cuello) 35895	
	(M.P. Miranda) 36640	
	(M.P. Cuello) 37693	
	(M.P. Echeverri) 41873	
	(Sentencia Arquimédica) (M.P. Echeverri) 47697	

Figura 3. Reajuste pensional de Ley 6 del año 1992 al sector público territorial desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral

⁹ Las providencias del Consejo de Estado que resolvieron el punto de derecho sobre casos análogos son: (Sentencia 18189, 2002), (Sentencia 19928, 2003), (Sentencia 22107, 2003), (Sentencia 22360, 2004), (Sentencia 23058, 2004), (Sentencia 24303, 2005), (Sentencia 24452, 2005), (Sentencia 25013, 2005), (Sentencia 26762, 2006), (Sentencia 27616, 2007), (Sentencia 29246, 2007), (Sentencia 35895, 2009), (Sentencia 36640, 2011), (Sentencia 37693, 2012), (Sentencia 41873, 2013), (Sentencia 47697, 2014).

De tal forma que, por ejemplo, para estos hechos y pretensión, siendo perfectamente clara o fácilmente determinable la *ratio decidendi* del Consejo de Estado cuando va a definir la aplicabilidad o no del reajuste pensional al sector público territorial, se presenta en posición radicalmente contraria, la *ratio decidendi* de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre el mismo punto de hecho y de derecho.

Ante este contexto, la posibilidad del pensionado para acudir a la AP aunque es plena en términos de acceso, se dificultaba aún más por la existencia de dos tesis antagónicas desde el derecho de los jueces, al serle posible decidir negativamente la petición de reajuste del pensionado ante 5) la existencia de interpretaciones contrarias desde el derecho de los jueces sobre el mismo punto de hecho y de derecho o ante 6) la indefinición del derecho aplicable a partir de las subreglas jurisprudenciales dado que no existen o ante la inexistencia de un criterio que valide una interpretación sobre otra en sede de altas cortes.

Ciertamente, si bien el pensionado pudiera fundamentar su petición en el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, la AP podría negar la petición con fundamento en el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, asumiendo que los conociera, lo cual es muy poco probable en la realidad de la práctica administrativa.

Con todo lo anterior, el problema no termina en estas instancias, lo cual dificulta aún más la situación del derecho del pensionado o podría pensarse que lo define. Al realizarse un estudio equivalente sobre el punto de hecho y de derecho, la *ratio decidendi* que se construye desde la totalidad de providencias¹⁰ de la Corte Constitucional en cuanto al problema planteado señala:

¿Debe aplicarse el reajuste pensional a pesar de la declaratoria de inexequibilidad y nulidad de las normas que lo crearon y se hace extensivo este derecho a los pensionados del sector público territorial?		
El derecho al reajuste se debe aplicar y se hace extensivo a pensionados del sector público territorial	<ul style="list-style-type: none">• (M.P. Escobar) (Sentencia T-1082, 2006)• (M.P. Toro) (Sentencia T-030, 2011)	El derecho al reajuste se debe aplicar y no se hace extensivo a pensionados del sector público territorial

Figura 4. *Reajuste pensional de Ley 6 del año 1992 al sector público territorial desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional*

¹⁰ Las providencias de la Corte Constitucional que motivaron el punto de derecho sobre casos análogos son: (Sentencia C-409, 1994), (Sentencia C-1336, 2000), (Auto 228, 2005), (Sentencia T-1082, 2006), (Sentencia T-366, 2010), (Sentencia T-030, 2011), (Sentencia T-464, 2013). Un estudio acerca del precedente judicial puede consultarse en: (Troncoso Mojica, 2015), (Jiménez Ramírez, 2014). (Peláez Mejía, 2013).

En consecuencia, resulta indiscutible que la decisión judicial en múltiples casos puede no resultar clara para la construcción de la decisión administrativa, lo cual habilita la elusión en la aplicación del decir del juez. Siendo así, aquel precedente jurisprudencial en términos de Ley, que podría construirse a partir de mínimo cinco casos análogos, pero para el cual podría haber dieciséis casos como en el ejemplo, se podría ver contradicho por el precedente jurisprudencial de otro juez a partir de igual número de providencias, lo cual se traduce en desconocimiento de los derechos en sede administrativa, donde la habilitación a la persona o al ciudadano para EXIGIRLE a la AP una determinada forma de prestación, se imposibilita ante el carácter indefinido de distintas interpretaciones desde el derecho de los jueces.

Debe formularse una aclaración en esta instancia: en la práctica cuando la AP va a tomar una decisión, es posible que desconozca el derecho de los jueces sobre el punto que va a entrar a resolver, lo cual se agrava si el problema jurídico es de difícil sistematización ante la existencia de numerosas providencias en la materia, si existen tesis contrarias en las altas cortes y no es claro un criterio que defina una supremacía entre estas.

En los casos expuestos era posible definir los requisitos para la procedencia del reajuste, los tiempos en los que se debía haber reconocido la pensión, la presunción de desajuste, la carga de la prueba, entre otros. En consecuencia, todos los elementos del derecho sustancial debatido; sin embargo, por las razones expuestas, entre otras seguramente, la decisión del juez no ataba a la AP. En otros términos, la jurisprudencia no constituye para la administración pública una fuente formal que brinde seguridad jurídica, con previsibilidad del derecho aplicable en los casos concretos.

1.3. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: doctrina legal más probable, doctrina legal, doctrina probable, criterio auxiliar de la actividad judicial, jurisprudencia, doctrina probable y legítima confianza, precedente jurisprudencial, doctrina jurisprudencial, aplicación uniforme de la jurisprudencia, unificación jurisprudencial, doctrina probable, parámetros jurisprudenciales máximos, precedente judicial, jurisprudencia reiterada y reglas jurisprudenciales.

Un estudio histórico y sistemático de la Institución que se aborda en esta investigación, permite identificar los variados intentos que desde la Ley, la doctrina y la política se han perfilado con el propósito de *hacer decir al juez inferior las*

palabras de su alta corte y de sus pares y hacer decir a la administración pública las palabras del juez. Sin embargo, debe señalarse que con anterioridad al debate sobre estos efectos en la administración pública, existieron y se presentan aún en la actualidad –2016–, serias discusiones sobre el seguimiento de las decisiones de las altas cortes por parte de los jueces de instancia a partir de la estructura de la rama judicial, o respecto de los tribunales sobre los jueces del circuito o municipales. En este sentido, aclarado que encenrándose aún vigente y en forma equiparable, el debate en torno al *hacer decir a los jueces las palabras del juez*, porque no puede considerarse “superada”, la discusión se traslada al escenario de la AP.

Como consecuencia de esa búsqueda, se identifican gran variedad de disposiciones legales, remontándose la primera al año 1887 y la última al año 2012, con lo cual puede definirse un ámbito temporal de alrededor de 115 años de contexto en el debate y la aplicación o inaplicación de la Institución.

Con la expresión legislativa “Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887” (Ley 153, 1887), se definió la figura de la DOCTRINA LEGAL MÁS PROBABLE¹¹.

Con la expresión legislativa “Sobre reformas a los procedimientos judiciales” (Ley 105, 1890), se definió la figura de la DOCTRINA LEGAL¹².

Con la expresión legislativa “Sobre reformas judiciales” (Ley 169, 1896), se definió la figura de la DOCTRINA PROBABLE¹³.

Con la expresión constituyente por la cual se “decreta, sanciona, y promulga la Constitución Política de Colombia” (Constitución Política, 1991), se definió la figura en la JURISPRUDENCIA, calificándola como un CRITERIO AUXILIAR DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL¹⁴.

¹¹ **ARTÍCULO 10.** En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen **doctrina legal más probable**.

¹² **ARTÍCULO 371.** Es **doctrina legal** la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso.

¹³ **ARTÍCULO 40.** Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen **doctrina probable**, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

¹⁴ **ARTÍCULO 230.** Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Con la expresión política autorizada en la materia (Londoño Hoyos, 2002), se definió la figura como la JURISPRUDENCIA¹⁵, “...norma jurídica cuyo alcance determina la propia Ley”, excluyéndola de ser un criterio auxiliar de interpretación e integración normativa. Debe decirse que esta postura tuvo reflejo en el proyecto de reforma constitucional (Proyecto de Acto Legislativo 10, 2002) presentado durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, siendo Ministro del Interior y de Justicia el referido autor.

Con la expresión política autorizada en la materia (Valencia Cossio, 2008), se definió la figura en la JURISPRUDENCIA, calificándola como un CRITERIO AUXILIAR DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL¹⁶.

Con la expresión legislativa “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia” (Ley 1340, 2009), se definió la figura como DOCTRINA PROBABLE Y LEGÍTIMA CONFIANZA¹⁷.

Con la expresión política autorizada en la materia (Gobierno Santos, 2010), se definió la figura como la JURISPRUDENCIA¹⁸, para la cual “...La ley definirá los casos en que... tendrá fuerza vinculante”, excluyéndola de ser un criterio auxiliar de interpretación e integración normativa.

¹⁵ **Artículo 230.** Los jueces en sus providencias estarán sujetos a la ley escrita, a la costumbre comercial y a la jurisprudencia como normas jurídicas cuyo alcance determina la propia ley. Los principios generales de derecho, la equidad y la doctrina son criterios auxiliares de interpretación e integración normativa. Los cuerpos colegiados que administren justicia no podrán modificar su jurisprudencia sino con mayorías calificadas y precisa motivación. La jurisprudencia de un tribunal tendrá que ser expresamente señalada como tal en la parte resolutive de las sentencias. Las motivaciones de las mismas no constituyen jurisprudencia.

¹⁶ **Artículo 230.** Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. La ley podrá determinar los casos en que la jurisprudencia sea obligatoria para los funcionarios de la Rama Ejecutiva.

¹⁷ **Artículo 24. Doctrina Probable y Legítima Confianza.** La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable.

¹⁸ **Artículo 230.** Los jueces en sus jurisprudencias solo están sometidos a la Constitución, al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia. La ley definirá los casos en que la jurisprudencia tendrá fuerza vinculante para todas las autoridades judiciales y administrativas. Los cambios jurisprudenciales solo tendrán efectos hacia el futuro. La equidad, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Con la expresión legislativa “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial” (Ley 1395, 2010), se definió la figura del PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL¹⁹.

Con la expresión académica (Comisión Bonivento, 2010), se definió la figura de la JURISPRUDENCIA y la DOCTRINA JURISPRUDENCIAL²⁰.

Con la expresión legislativa “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” (Ley 1437, 2011), se definió la figura de la JURISPRUDENCIA y la UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL²¹.

Con la expresión legislativa “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones” (Ley 1564, 2012), se definió la figura de la DOCTRINA PROBABLE, PARÁMETROS JURISPRUDENCIALES MÁXIMOS, PRECEDENTE JUDICIAL, JURISPRUDENCIA, UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA / UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA, JURISPRUDENCIA REITERADA²².

¹⁹ **Artículo 114.** Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.

²⁰ **Artículo 230.** Los jueces en sus providencias están sometidos a la Constitución y la ley. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en lo de su competencia, deberá ser considerada y acatada por jueces y magistrados, quienes, según el caso, podrán apartarse de dicha jurisprudencia, exponiendo, de manera expresa y clara los motivos que justifiquen tal separación. Las demás autoridades públicas deberán aplicar la doctrina jurisprudencial respectiva, so pena de la imposición de las sanciones que establezca la ley. La equidad, la doctrina y los principios generales del derecho son criterios complementarios de interpretación.

²¹ **ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

²² **ARTÍCULO 7. LEGALIDAD.** Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos. El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley.

Con la expresión académica (López Medina, 2014), se definió la figura de la JURISPRUDENCIA y las REGLAS JURISPRUDENCIALES²³.

Sistematizando este cúmulo de expresiones se tiene que respecto de la decisión judicial, desde la Ley, la Constitución, la doctrina y de ciertas posturas políticas, se afirma la existencia de múltiples especies así:

DOCTRINA LEGAL MÁS PROBABLE
DOCTRINA LEGAL
DOCTRINA PROBABLE
CRITERIO AUXILIAR DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL
JURISPRUDENCIA
DOCTRINA PROBABLE Y LEGÍTIMA CONFIANZA
PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL
DOCTRINA JURISPRUDENCIAL
APLICACIÓN UNIFORME DE LA JURISPRUDENCIA
UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL
DOCTRINA PROBABLE
PARÁMETROS JURISPRUDENCIALES MÁXIMOS
PRECEDENTE JUDICIAL
JURISPRUDENCIA REITERADA
REGLAS JURISPRUDENCIALES

Otras expresiones que pueden encontrarse en providencias judiciales y doctrina especializada son:

PRECEDENTE
PRECEDENTE CONSTITUCIONAL
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

²³ **Artículo 230.** Los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la Constitución, del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. Los jueces tienen la obligación de ofrecer la mejor interpretación posible del derecho vigente y aplicarla igualitaria y coherentemente a todos y todas. Los jueces obedecerán las reglas jurisprudenciales previamente razonadas sobre un mismo asunto, a menos que puedan ofrecer argumentos suficientes y razonables para implementar una mejor respuesta al problema jurídico bajo análisis. La ley podrá establecer sistemas de extensión obligatoria de la jurisprudencia estable a los jueces, a la administración pública y a los particulares como forma de descongestionar el sistema de justicia y con el fin de lograr la aplicación estable del derecho.

Esta circunstancia se evidencia también en la providencia judicial y el ejercicio del litigio por los abogados; es así como en un caso tramitado ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en tutela, el demandante alega la vulneración y quebranto del **precedente constitucional**, identificando para el caso la aplicación de las sentencias T-937-06, T-570-11 y SU-432-15, dado que en ellas se resolvieron situaciones fácticas similares; en la contestación se dice que los **precedentes** invocados no son aplicables; la sentencia de primera instancia en tutela indicó que las apreciaciones del proceso original en casación estaban acordes con la **jurisprudencia**. Finalmente, esta Sala a partir del enfrentamiento del **precedente constitucional** -para el caso atribuido a la Corte Constitucional- y de la **doctrina jurisprudencial** existente desde hace varios años en las sentencias SU-036-99, T-937-06, T-107-11 y SU-432-15, la cual califica de uniforme y constante, indicó que ellas resultaban relevantes para la decisión a tomar, pues fueron pronunciamientos efectuados “en eventos que guardan perfecta identidad con el presente”, detectando la configuración de una vía de hecho por defecto sustantivo²⁴, a pesar de que la Sala Laboral tenía conocimiento de la **jurisprudencia constitucional** referida (Sentencia 02415-02, 2016).

Ciertamente, de una parte, la consagración que desde estas fuentes formales del derecho se han formulado, perfilan un propósito en el que la decisión del juez de la más alta jerarquía dentro de la estructura del poder judicial en cada una de las jurisdicciones que señala la Constitución, juega un papel²⁵ para los jueces de inferior jerarquía o sus pares y que dentro de la estructura de esa jurisdicción existe, con unas especiales características: i) la inexistencia de un procedimiento que deba atenderse por los jueces cuando se le presenta un fundamento de derecho a partir de la atención a un número plural de providencias, con la cual eventualmente se construiría la *ratio decidendi* que resuelve el caso presente.

Bajo el anterior parámetro central, es posible caracterizar la institución desde sus inicios y evolución en los siguientes tópicos:

²⁴ Debe indicarse que en un principio la Corte motivó la causal específica de procedibilidad de “desconocimiento del precedente”, motivando con posterioridad el “defecto sustantivo” en el caso.

²⁵ Con la expresión “juega un papel” se presenta un estado de hecho en el que la influencia de la decisión de la Alta Corte o Corte de cierre es indefinida, imprecisa, en la que no es posible establecer un grado de obligatoriedad o vinculación para los jueces inferiores.

1.3.1. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: de un órgano judicial particular en alta Corte y tipología de sentencia calificada a toda la función judicial

En un principio –año 1887, pasando por 1890, 1896 y hasta principios de los años 90 del siglo XX– la tipología de sentencia que podría ser objeto de estudio para el caso presente es calificada, dado que solo con las que sean proferidas en función de casación, es posible construir la figura. De tal forma que las providencias de los jueces distintos a la Corte Suprema de Justicia no tenían la potencialidad de crear “doctrina legal más probable”, ni “doctrina legal”, ni “doctrina probable”²⁶, en otros términos, resultaban absolutamente irrelevantes para casos futuros. Con la llegada de la Constitución Política del año 1991 sin mediación de la interpretación de la Corte Constitucional, aparece la expresión *jurisprudencia* sin distinguir a un órgano específico –con lo cual se hace extensivo a cualquier juez sin importar su jerarquía, todo juez profiere jurisprudencia– e indicó que su papel es el de ser un “criterio auxiliar de la actividad judicial”, en otros términos, aquella población de providencias empieza a desempeñar para todos los casos una función, aunque la Constitución nunca precisó cuál, ni siquiera a partir de un mandato al legislador, más allá de indicar que es un *criterio auxiliar*²⁷.

Hacia el año 2002, pasado por los años 2008 y hasta el año 2010, aunque sin mucho rigor por la academia y las expresiones políticas en su denominación, a partir de la “jurisprudencia”, se presentan posturas respecto a que esa proyección hacia casos futuros la debía definir la Ley, no siendo propiedad exclusiva de las providencias de la Corte Suprema de Justicia, dado que también es propia a las decisiones del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y de los Tribunales, donde no se ejerce una función de tribunal de casación, siendo inexistente la sentencia de casación, la distinción de un juez, y donde las tipologías de sentencias que se encuentran son variopintas, entre otras, en el caso del juez contencioso: la i) sentencia de primera instancia y la ii) sentencia de apelación; y en el caso del juez constitucional: la iii) sentencia de tutela (T), la sentencia de unificación (SU)

²⁶ Debe aclararse que la doctrina probable a la que se hace referencia es a la de la Ley 169 de 1986, no a la doctrina probable que se desarrolla a partir del Código General del Proceso.

²⁷ Nota en perspectiva: Se considera que es precisamente debido a esta falta de precisión que genera indeterminación e inseguridad con serios efectos sobre la igualdad, la previsibilidad del derecho aplicable, entre otras, la razón por la cual existe multiplicidad de denominaciones para el mismo fenómeno o institución y las lógicas distintas sobre la proyección de un caso pasado hacia el futuro dependiendo de la jurisdicción en la que nos encontremos, muy a pesar de que el objeto que se aborda es el mismo en cada una de ellas. Dentro de esa indeterminación un aspecto angular que se plantea es precisamente el de la proyección del caso pasado en el futuro.

y la sentencia de constitucionalidad (C), casos en los que para que esa proyección sea posible ha de configurar un “precedente jurisprudencial” o una “doctrina jurisprudencial”.

Posteriormente, hacia el año 2011 y como resultado de un proceso de evolución o involución en la institución, esa cobertura de la misma se extiende a partir de la Ley, quien avala la función de “unificación jurisprudencial” en la jurisdicción de lo contencioso administrativo pero calificando el juez, es decir, limitando la proyección de la jurisprudencia a casos futuros siempre y cuando la providencia la profiera el Consejo de Estado y se trate de una Sentencia de Unificación, con lo cual surge un cuestionamiento: ¿Se configuró el mismo vacío respecto a toda aquella jurisprudencia que no sea una Sentencia de Unificación y resultan todas ellas absolutamente irrelevantes para casos futuros en esta jurisdicción?.

En forma casi simultánea hacia el año 2012, también la Ley, ahora en el ámbito civil, comercial, agrario y de familia, retoma la expresión “doctrina probable” sin calificar en ella el juez dentro de su jurisdicción y refiere denominaciones que plantean ese escenario de proyección mencionado, así se identifican a los “parámetros jurisprudenciales máximos” para efectos de determinar la competencia por razón de la cuantía cuando se reclama la indemnización de daños extrapatrimoniales –respecto de los cuales no existe calificación a partir de la jerarquía del órgano–, así mismo el “precedente judicial” o el “unificar la jurisprudencia” –función que se construye también con las providencias de los tribunales y no solo con la casación de la Corte Suprema de Justicia– y la expresión “jurisprudencia” bajo un igual entendimiento.

Con todo, tanto del CPACA como del CGP resulta especialmente curiosa la expresión “jurisprudencia reiterada”, establecida en aquel orden procesal como una de las dos hipótesis de procedencia del mecanismo eventual de revisión²⁸

²⁸ **Artículo 272. Finalidad de la revisión eventual en las acciones populares y de grupo.** La finalidad de la revisión eventual establecida en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, adicionado por artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, es la de unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica.

Artículo 273. Procedencia. La revisión eventual procederá, a petición de parte o del Ministerio Público, ‘contra las sentencias o providencias que determinen la finalización o archivo de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo, proferidas por los Tribunales Administrativos, que no sean susceptibles del recurso de apelación ante el Consejo de Estado, en los siguientes casos:

1. Cuando la providencia objeto de la solicitud de revisión presente contradicciones o divergencias interpretativas, sobre el alcance de la ley aplicada entre tribunales.
- 2...

“2. Cuando la providencia objeto de la solicitud se oponga en los mismos términos a que se refiere el numeral anterior a una sentencia de unificación del Consejo de Estado o a jurisprudencia reiterada de esta Corporación.”, sobre la cual también se construiría un escenario de proyección para casos futuros desde la Ley; de tal forma que si no existe la mencionada reiteración, toda esa jurisprudencia del Consejo de Estado resulta absolutamente irrelevante para casos futuros así como la de los Tribunales administrativos y jueces administrativos. Por su lado, sobre esta misma expresión “jurisprudencia reiterada” desde el CGP dentro de la selección en el trámite del recurso de casación, se indica que la Sala podrá inadmitir la demanda de casación aunque cumpla con los requisitos formales “1. Cuando exista identidad esencial del caso con jurisprudencia reiterada de la Corte, salvo que el recurrente demuestre la necesidad de variar su sentido”, con lo cual la “jurisprudencia reiterada” de la jurisdicción ordinaria también se limita a la sentencia de casación, calificándose el juez y la cualidad que debe contenerse en el texto de la respectiva providencia.

Finalmente, hacia el año 2014 y desde la doctrina se hace referencia a la existencia de las “reglas jurisprudenciales previamente razonadas”, figura en la que no se distingue el órgano que profiere la providencia, ni se cualifica la institución sobre la cual se construye la proyección del caso pasado hacia el futuro, dado que –se supone– toda providencia se fundamenta en una fuerte carga motivacional a partir de la configuración de esas reglas.

En consecuencia, la decisión del juez en instancia de una alta Corte y su papel para incidir sobre casos futuros respecto a los asuntos de conocimiento de sus pares o sus inferiores, dejó de ser una propiedad exclusiva del recurso de casación y de la Corte Suprema de Justicia, luego, la tipología de providencia con la que se construye la doctrina del juez deja de ser calificada, al igual que el órgano que la profiere, aunque desde la misma Ley, tal como se demostró, también es posible encontrar lo que resultarían ser contradicciones, en particular frente a esa “jurisprudencia reiterada” y las múltiples denominaciones vistas sobre la institución desde la doctrina y su relación histórica desde la Ley.

1.3.2. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: del exclusivo examen sobre el punto de derecho a los casos análogos y la naturaleza del asunto

En un principio, sobre el caso pasado y su proyección para casos futuros solo era relevante la uniformidad sobre el “punto de derecho”, “unas mismas leyes”, “un mismo punto de derecho”, y solo sobre este se realizaba el análisis en el caso futuro, posteriormente en 1896 se refiere a la existencia de “casos análogos” pero

también bajo el entendimiento del pleno derecho. En la Constitución Política del año 1991 se guarda silencio en esta materia. Finalmente, como otra expresión desde la Ley y la doctrina se indica la referencia “al mismo asunto”, seguido de la disposición frente a “los mismos hechos y pretensiones”. Llegado el 2011 desde el CPACA se tratan “los mismos supuestos fácticos y jurídicos”, por su lado el CGP insiste en el “caso análogo”, y desde la doctrina se identifican expresiones como el “problema jurídico bajo análisis”.

En este punto, se observa una gran evolución, por cuanto en los inicios de la institución las referencias en el caso presente sobre el caso pasado se limitaban a abordar exclusivamente lo normativo, luego las motivaciones en los casos presentes se concentraban en analizar los conceptos y evidenciar los distintos cambios normativos sobre la materia específica. Luego de la entrada en vigencia de la Constitución Política del año 1991 y con férreos argumentos desde la doctrina y la jurisprudencia se impulsó un cambio hacia el análisis del caso, al asunto, a lo fáctico y lo jurídico, sobre la pretensión, al problema jurídico, dentro de lo cual se comprende no solo lo normativo, sino también el análisis de los hechos y la condición de los sujetos que acuden a la jurisdicción.

De tal forma que, en la actualidad, la proyección hacia el caso futuro solo es posible a partir de la estrecha relación, casi perfecta identidad -de ahí la insistente expresión “mismo/mismos”-, que ese caso pasado debe comportar frente al caso presente, en cuanto a los HECHOS y EL DERECHO, lo cual encuentra perfecta fusión en la pretensión (variable donde los hechos y el derecho se unen para definir el derecho sustancial que debe gobernar la decisión en un caso concreto). Solo si esa mismidad se identifica la proyección sería posible y correcta; de lo contrario, se aplicaría a un caso futuro un derecho sustancial que no regularía los supuestos fácticos que el caso demanda.

Por todo lo anterior, en la actualidad no es posible concebir una jurisprudencia que se limite a “analizar los conceptos y evidenciar los distintos cambios normativos sobre la materia específica”, como se dijo, sino que aborde un serio análisis de los hechos y el derecho en forma conjunta, por la naturaleza del asunto.

1.3.3. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: la dosis de obligatoriedad o vinculatoriedad del caso análogo del pasado

Resulta particular la expresión lingüística que se utiliza para definir la dosis de obligatoriedad del decir de esa Corte, postura que ha oscilado entre extremos. A partir de la doctrina legal más probable y de la doctrina legal la obligatoriedad en

la aplicación es absoluta, al llegar la doctrina probable se cambia el criterio por cuanto su aplicación se vuelve facultativa al indicarse que los jueces de inferior jerarquía “podrán” emplearla, lo cual se ratifica en el entendimiento gramatical de la jurisprudencia como criterio auxiliar²⁹ desde la Constitución Política del año 1991 y estar los jueces expresamente sometidos “solo al imperio de la Ley”, respecto de la cual si existirá una obligatoriedad absoluta en su aplicación. Al mismo tiempo, desde la política y la academia se debate sobre la exclusión de la jurisprudencia de ese grupo de fuentes formales que son criterios auxiliares, con lo cual pasaría a ser un criterio titular o principal aunque en todo caso sujeto a la Ley, es decir, cuan titular como la Ley se lo permita, cuan principal como la Ley le fije alcances y límites³⁰ –aquí se usan expresiones como que “sea obligatoria”, su “fuerza vinculante”, se “deberán aplicar”–, y la Ley en el año 2010 se ha sumado en el tema al indicar que ella será “tenida en cuenta”-. Por otro lado y en forma simultánea, se presentan posturas doctrinales en las que se alega que la jurisprudencia “deberá ser considerada y acatada” por los jueces y magistrados; en el año 2011 con el CPACA se le dice a las AP que “aplicará” uniformemente la jurisprudencia y que “deberá tener en cuenta” las sentencias de unificación jurisprudencial del CE; en el año 2012 con el CGP se le indica al juez que “deberá tener en cuenta” la jurisprudencia. De igual forma, se ha señalado por la doctrina que los jueces “obedecerán”.

Este recorrido histórico presenta un escenario que permanentemente se encuentra en tensión, tanto en términos teóricos como en términos prácticos al resolverse casos concretos; la razón: la multiplicidad de puntos medios entre la postura que niega la posibilidad de que la jurisprudencia posea algún grado de proyección para casos futuros y aquella que le reconoce absoluta obligatoriedad.

Como se indicó, en vigencia de la doctrina legal más probable y de la doctrina legal, inicialmente no existía la oportunidad de disentir en el caso futuro, circunstancia que se morigeró a partir de la que constituye una primera causal de apartamiento: que se *juzgue erróneas las decisiones anteriores*. Luego, la posibilidad de modificar la jurisprudencia –entiéndase interpretación–, se hizo más clara, postulándose para el efecto, por ejemplo, i) la exigencia de mayorías calificadas, ii) una precisa motivación –exponiendo de manera expresa y clara los

²⁹ A partir de un significado gramatical lo auxiliar se comprende como una ayuda, un algo que es subalterno, es decir, debajo de algo, inferior, subordinado.

³⁰ Podrían contemplarse que desde la Constitución se definiera el papel de la jurisprudencia en el sistema normativo y su influencia desde las altas Cortes y para todos los jueces; sin embargo, en forma tradicional en Colombia ha sido un tema de Ley.

motivos que justifiquen la separación—, la cual se deriva de la obligación de exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, **iii**) el deber de señalar expresamente la doctrina en la parte resolutive de la sentencia y **iv**) la obligación de ofrecer la mejor interpretación posible del derecho vigente y aplicarlo igualitaria y coherentemente a todos y todas —ofrecer argumentos suficientes y razonables para implementar una mejor respuesta al problema jurídico bajo análisis—.

A este listado podría agregarse otro que se postula desde esta investigación: **v**) el deber de precisar si el caso presente debe soportarse en el discurso de una sentencia reiterativa que consolida una posición o si constituye un cambio de doctrina.

1.3.4. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: hipótesis de procedencia respecto al caso futuro

El sistema normativo en un Estado de derecho debe ser una estructura ordenada y coherente, lo cual y a partir de los postulados de HANS KELSEN, se desarrolla a través del establecimiento de una jerarquía, donde al momento de resolver un caso se han de aplicar, en primer lugar, las fuentes del derecho que sean criterios directos o principales, y luego aquellas que son fuentes auxiliares, o complementarias, o indirectas o secundarias. De tal forma que deberá presentarse un detonante que haga posible ese paso de las fuentes principales a las fuentes secundarias, por ejemplo, si la Ley como criterio directo es clara y suficiente para resolver el caso, no hay necesidad de acudir a una fuente auxiliar, hipótesis en la cual, puede afirmarse, el legislador fue razonable y ponderado junto a tantas otras virtudes, al punto en que contempló todos los sucesos posibles frente a la aplicación de la Ley, haciéndose innecesario el uso de cualquier otro criterio. Se descubre así el detonante: la Ley tiene un carácter general y esa razonabilidad y ponderación junto a tantas otras virtudes, le falta a gran número de los actos proferidos desde la función legislativa, aunado a que es imposible aquella contemplación de la realidad.

Por lo anterior, al analizarse lo que sería la posible hipótesis de procedencia para la aplicación de la decisión judicial del caso pasado al caso presente, la institución parte del supuesto de la existencia de las imposibilidades mencionadas de la Ley, luego habrán “...casos dudosos...” (Ley 153, 1887), o necesidad de “...llenar los vacíos que ocurran,... en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso” (Ley 105, 1890). Esta lógica aún en la actualidad se encuentra vigente siendo necesaria simplemente una apreciación adicional: la jurisprudencia como fuente auxiliar o no, debe tenerse

en cuenta en todos los casos, bien porque éste sea dudoso, bien porque se esté frente a un vacío, bien para que la cuestión dada no quede sin resolver, o dado que se requiere conocer el derecho vigente que regula un hecho concreto, derecho sustancial y procesal que podría estar exclusivamente en la jurisprudencia y no en otra fuente formal.

1.3.5. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: número plural de providencias requeridas

No ha sido constante el criterio respecto al número plural de providencias que se necesitan para que esta institución sea procedente, por cuanto se ha definido el requisito de existencia de tres decisiones, luego sobre dos, posteriormente se regresa al parámetro de tres decisiones, la Constitución guarda silencio al respecto, seguidamente se tuvo el parámetro de cinco casos y desde el CPACA y el CGP nada se consagró en la materia.

En este punto y a partir de las consideraciones previas que se han desarrollado y particularmente por lo expuesto en los numerales 1.3.1. a 1.3.4., el número de sentencias requeridas en la actualidad de nuestro derecho es irrelevante, al igual que la tipología de providencia y el órgano que la profiere. Lo anterior, por cuanto como se dijo con anterioridad, la institución se construye a partir de la *línea jurisprudencial*.

1.3.6. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: significado sobre lo que resulta obligatorio o vinculante

Toda esa multiplicidad de lo que hemos llamado denominaciones o figuras se conceptualizan en la *interpretación*, las *declaraciones* del juez. De tal forma que la doctrina es en sí misma la interpretación que formula el juez, la cual para ciertos doctrinantes es sinónima de la jurisprudencia.

Esta interpretación se materializa en la formulación de las subreglas que define el juez, en su *ratio decidendi*, su motivación y relación directa con la parte resolutive. Entonces, sobre cada providencia se debe realizar el examen que permita identificar las subreglas aplicadas, la *ratio decidendi*, su motivación y la relación directa con la parte resolutive. Realizado el análisis individual y posteriormente analizadas y contrastadas en conjunto se descubre el derecho sustancial y procesal que regula el caso, y consecuentemente la línea jurisprudencial.

1.3.7. La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros: fines y realidad

Cada una de las expresiones analizadas sobre el decir de los jueces de la más alta jerarquía en su jurisdicción y su influencia dentro de la estructura del poder judicial, desde 1890 parte de una hipótesis incuestionable: *en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver*. Bajo esta misma perspectiva podría afirmarse que lo que se pretende lograr es una auténtica *integración normativa*, partiendo de una realidad incuestionable: el sistema de fuentes del derecho (Yañez Meza & Yañez Meza, 2012) es uno solo y es perfectamente claro que si de un Estado constitucional y de derecho se trata, la igualdad es transversal a todo el sistema normativo, sin importar que el derecho lo otorgue la Ley, o la jurisprudencia, o los principios, el tratado internacional en materia de derechos humanos que es aprobado o la equidad, etc.

Finalmente, esta institución con sus múltiples denominaciones, que en un principio se conceptualizó solo a partir del decir de las altas Cortes, se amplía al proyectarse a los jueces de inferior jerarquía y dentro de la estructura propia a cada jurisdicción en relación a quien es un superior sin ser una Alta Corte, tal como sucede con los jueces municipales en relación a los jueces del circuito, y a su vez con los jueces del circuito frente a los tribunales, respecto de los cuales también existe un deber de aplicación uniforme, posiblemente asimilable en su denominación a lo expuesto para aquellas, aunque el Código General del Proceso se refiera a la figura en estas instancias como “cambio de criterio” para significar una idéntica realidad.

1.4. Inexistencia de procedimiento para la aplicación de la decisión judicial en la decisión de la administración pública

Cercanos a los veinte años de vigencia de la Constitución Política del año 1991 (Valencia Cossio, 2008), se empieza a disertar sobre la decisión del juez y su influencia en la decisión administrativa. Ciertamente, como se dijo, éste es un planteamiento que se origina en un escenario en el que aún existe cierta resistencia dentro del mismo poder judicial, respecto al carácter vinculante de decisiones del pasado en casos futuros, que se quiere introducir ahora a otro poder, a la forma en que decide el poder ejecutivo, lo cual proyecta un reto de proporciones fantásticas.

Desde la doctrina y con proyección en la política se empezó a plantear la necesidad de construir una lógica respecto al *carácter obligatorio* o *fuerza*

vinculante de la jurisprudencia para los funcionarios de la rama ejecutiva, lo cual aunque no es una idea nada nueva³¹, si presenta serios desafíos para su aplicación, fundamentalmente a causa de la inexistencia de un procedimiento respecto a cómo construir esa integración entre fuentes tan disímiles (acto, hecho, omisión y operación administrativa con la providencia judicial) tanto desde sus consideraciones sustanciales como respecto al trámite para su creación y reforma. Se tenía entonces una intención, la cual solo se materializaría a través de la Ley, de tal forma que la jurisprudencia sería obligatoria para la función administrativa tanto como la Ley lo permitiera.

De conformidad a nuestra realidad legal en el año 2009 se estableció primero la *doctrina probable* en sede administrativa, atendiendo *la facultad de supervisión, vigilancia y control en las investigaciones y resoluciones de la SIC en materia de protección a la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal* (Ley 1340, 2009), que la definición detallada de un procedimiento para realizar esa integración, salvo la referencia en la necesidad de tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto para que exista esa doctrina. Con esta disposición se evidencia la adopción de una figura que podría considerarse típicamente judicial, por la función administrativa, propio a ese esfuerzo en el que se pretende tal como se enunció con anterioridad, *hacer decir a la administración pública las palabras del juez*.

Poco después en el año 2010, aparece el primer y más contundente referente respecto a la influencia de la decisión judicial sobre la decisión administrativa al momento de dar solución a derechos de petición o expedir actos administrativos. A partir de aquí si se presentaba la existencia de cinco o más casos análogos –por los mismos hechos y pretensiones–, se configuraba la existencia de un *precedente jurisprudencial* (Ley 1395, 2010), que podría darse desde la jurisdicción ordinaria o

³¹ Desde el Código Civil es posible identificar mandatos a los funcionarios públicos respecto a la interpretación a la hora de aplicar las leyes en los casos de su conocimiento, al siguiente tenor:

ARTÍCULO 26. <INTERPRETACION DOCTRINAL>. Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares.

Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina. Así mismo, desde la Ley 153 de 1887 en el artículo 12 se puede identificar como la figura de la doctrina legal más probable constituía un parámetro de control respecto a las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, al punto de que su fuerza obligatoria está atada al seguimiento de esta doctrina legal más probable. Indica la disposición:

ARTÍCULO 12. Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable.

contencioso administrativa, y que tendría en cuenta la entidad pública respectiva de cualquier orden en los asuntos de reconocimiento y pago de pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de trabajadores o afiliados, compromisos en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros.

Con esta disposición tampoco se creó un procedimiento, agravado por una variable adicional y es que su aplicación podría entenderse como facultativa, al indicarse que la entidad tan solo “tendrá en cuenta” ese precedente jurisprudencial.

Esta situación descubre otra circunstancia particular y es que, tal como podría entenderse del texto del artículo 230 constitucional, *criterios de la actividad judicial*, el sistema de fuentes del derecho allí consagrado no se dirige solo a la función judicial, sino que también es el sistema normativo que debe emplear la función administrativa al momento de resolver la condición de los derechos e intereses que se someten a su conocimiento, de tal forma que no puede atender solo el texto de la Ley sino todo el esquema de fuentes formales que puede comprenderse desde la confianza legítima hasta los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

En este estado de cosas y sin la consagración del referido procedimiento, hacia el año 2010 algún sector de la doctrina empieza a sostener que las autoridades “deberán” aplicar la *doctrina jurisprudencial* respectiva—bien provenga de la Corte Constitucional, Consejo de Estado o Corte Suprema de Justicia—, so pena de la imposición de sanciones que estableciera la Ley (Comisión Bonivento, 2010). Muy poco tiempo después, hacia el año 2011, finalmente la Ley se ocupa del asunto en la disposición sobre el procedimiento y proceso ante las administraciones públicas y su juez y desde el “deber de aplicación uniforme de la jurisprudencia” por las autoridades a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, donde califica nuevamente la tipología de providencia—ahora desde la interpretación en una sentencia de unificación (SU)— con la cual se construye el que en otrora fuese el precedente jurisprudencial y la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado. Este deber de aplicación uniforme resulta ser radicalmente distinto a los dos conceptos previos en sede contenciosa, de un lado, por cuanto si bien en el artículo 10 (Ley 1437, 2011) se utiliza la expresión “tener en cuenta”, ella viene precedida del vocablo “deberán”, y de otro, por cuanto a este deber de aplicación uniforme no le importa la existencia de un número plural de providencias donde se interprete y apliquen determinadas normas.

De esta forma se estructura por primera vez en Colombia un procedimiento para ese proceso de integración de las fuentes, configurándose un auténtico sistema de

extensión (porque pasa de un poder público a otro) obligatoria de la *jurisprudencia estable*, que debe entenderse solo a partir de la existencia de una sentencia de unificación.

Conclusiones

Desde la vigencia de la Constitución Política del año 1991 y actualmente³² en Colombia, la proyección de la decisión de un juez para casos futuros respecto a sus pares e inferiores, a pesar de los distintos mecanismos de monitoreo para lograr su cumplimiento, aún no posee un grado definitivo de consolidación dada la presencia de barreras al momento de su aplicación. Entre ellas se encuentra: **i)** la existencia de una estructura del poder judicial que presenta una alta Corte en cada una de sus jurisdicciones de conformidad a la Constitución, Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, donde un mismo asunto puede ser conocido por cualquiera de ellas a pesar de poseer competencias precisas y la escasez de un criterio que haga prevalecer uno sobre otro en forma definitiva; **ii)** la imposibilidad de sistematización de la totalidad del derecho de los jueces respecto a cada punto de hecho y de derecho que se somete a la jurisdicción, dada la gran cantidad de providencias que son proferidas a diarios por el poder judicial; **iii)** la postura ideológica en virtud de la cual el juez es autónomo respecto a la decisión de otro al momento de resolver un caso concreto; **iv)** el silencio de la Constitución al respecto; **v)** la parcial contundencia de la Ley que regula solo ciertos sucesos propios a una tipología de sentencias que profieren nuestros jueces y deja de lado gran cantidad de jurisprudencia sin regulación; **vi)** las múltiples denominaciones para referir un mismo fenómeno o institución: la proyección del decir un juez para casos futuros, lo cual genera confusión y desorienta; **vii)** la inexistencia de un sistema tecnológico que estructure y muestre desde las páginas web de las altas Cortes, Tribunales y Jueces, una referencia sistemática respecto a sus decisiones a partir de cierta identidad fáctica y jurídica en los casos que son sometidos a su conocimiento.

Bajo la conciencia o inconciencia de estas barreras, hacia el año 2011 el legislador (Ley 1437, 2011), teniendo como antecedente la experiencia desafortunada desde el artículo 114 (Ley 1395, 2010), traslada aquella lógica a otro poder público, el poder ejecutivo, a la administración pública, donde estas barreras es posible que se acrecienten y los desafíos se multipliquen en su aplicación, dado que ahora

³² La presente investigación presenta sus resultados al mes de diciembre del año 2016.

se trata de la proyección de la decisión del juez para casos futuros respecto a la administración pública y la decisión administrativa: actos, hechos, omisiones, operaciones administrativas.

Con anterioridad a la expedición del CPACA la proyección del derecho de los jueces a la administración pública a través de cualquiera de las figuras –doctrina legal más probable, doctrina legal, doctrina probable, criterio auxiliar de la actividad judicial, jurisprudencia, doctrina probable y legítima confianza, precedente jurisprudencial, doctrina jurisprudencial-, no poseía siquiera el alcance de criterio auxiliar, posiblemente siquiera mencionada en la motivación de la decisión administrativa. Las razones, además del contenido político de la función ejecutiva y de lo que parecieran ser permanentes coyunturas momentáneas en ciertas pretensiones –principalmente las que implican erogaciones económicas para la AP–, sobre las que es preferible llegar al juez administrativo y reconocerlas y pagarlas luego de un largo tiempo, o del directo desconocimiento de la Constitución y su sistema normativo por parte de las administraciones, se debía a la inexistencia de un procedimiento que obligara a quien posee función administrativa a estudiar el derecho de los jueces.

Son múltiples las denominaciones que desde la Constitución, la Ley, la doctrina, estándares internacionales, entre otros, ha recibido un mismo fenómeno –**La decisión judicial y los mecanismos para su aplicabilidad a casos futuros**–. En la actualidad y a partir de la realidad del texto de la Constitución y de las recientes reformas procesales en Colombia, se afirma la existencia de la JURISPRUDENCIA como sinónima de PROVIDENCIA JUDICIAL, siendo válido para el suceso en el que se deba acudir a ella como fuente o criterio auxiliar, construir *doctrina probable* si de la jurisdicción ordinaria (CGP) se trata, o construir *aplicación uniforme de la jurisprudencia* en una *sentencia de unificación* si de un asunto ante la jurisdicción contenciosa (CPACA) se trata, o del *precedente constitucional* si de la jurisdicción constitucional se refiere.

Las múltiples denominaciones de un mismo objeto de estudio, sin importar la jurisdicción en la que nos encontremos, debe desaparecer. Esto es posible aún en vigencia de lo ya dispuesto tanto desde el CGP como del CPACA, si se atiende a la figura de la construcción de la **línea jurisprudencial** y de las **subreglas** propias a ella en cada caso. La línea jurisprudencial resulta aplicable al estudio del derecho de los jueces en cualquier jurisdicción y revela con mayor científicidad el derecho sustancial o procesal que regula un determinado caso, también con favorables efectos frente a la administración pública porque obliga al análisis tanto del punto de derecho como del punto de hecho.

Entender la institución desde el concepto de la *línea jurisprudencial* permite abordar el estudio del derecho aplicable a unos hechos concretos, a partir de la totalidad de la jurisprudencia de un determinado juez, y no solo desde una tipología de sentencia calificada, lo cual permite un conocimiento pleno del asunto. En términos teóricos se supondría que esa labor de plena y completa sistematización se realiza cuando el juez profiere una sentencia de unificación, sin embargo, ese parámetro debe someterse a la prueba de la construcción de línea jurisprudencial.

El derecho de los jueces posee un problema estructural: el inevitable estudio previo que permita sistematizar el punto de hecho y de derecho, la situación fáctica y jurídica que ha sido resuelta en el pasado y que en el presente ha motivado una causa análoga ante el juez. Esto se agravaba si la figura que se debía construir desde la providencia y que podría hacerse valer ante la administración según la Ley, exigía un número plural de sentencias -dos, tres, cinco o más-, por cuanto es un escenario nuevo y extraño para la AP, por ejemplo al afirmarse que determinado acto administrativo debía resolverse previa búsqueda del “nicho citacional”.

La conceptualización del sistema normativo en Colombia y de algunas de sus fuentes como indirectas o auxiliares o subsidiarias o complementarias, tal como ocurre con la jurisprudencia y lo dispuesto en el artículo 230 (Constitución Política, 1991), en la práctica no es tan clara, dado que podría también significar en ciertos casos y a partir del desarrollo del alcance de la misma desde lo que dice el juez, un alcance de sustitución de la Ley como fuente directa según aquel mismo texto, transformándose en principal o directa para el juez respecto a casos futuros y para las administraciones públicas.

La Constitución como norma superior habilita esta injerencia de la jurisprudencia –“auxilio”– buscando siempre la garantía del debido proceso, el cual solo se afecta en los casos concretos, de los cuales conoce solo el juez y la administración pública. Salvo contados casos muy excepcionales el legislador nunca los podría conocer dado el carácter general de la función crear las leyes. Con toda seguridad esas fuentes auxiliares atienden diversas funciones –entre ellas interpretativas e integradoras– pero también como criterio principal porque en numerosos casos el derecho sustancial o procesal aplicable se encuentra en la jurisprudencia.

Todo juez profiere *jurisprudencia* sin importar su jerarquía dentro de la estructura del poder judicial, y toda esa jurisprudencia desde el texto de la Constitución, sin mediación de la interpretación de la Corte Constitucional, es *criterio auxiliar de la actividad judicial*. De tal forma que la totalidad de providencias que profie-

ren nuestros jueces desempeña una función dentro del sistema normativo de la Constitución, siendo inconstitucional cualquier intento desde la Ley que limite en forma desproporcionada o extinga esa función, tal como pareciera ocurrir bajo una interpretación de ciertos desarrollos que introdujeron tanto el CGP como el CPACA. TODA LA JURISPRUDENCIA CUYAS MOTIVACIONES REGULEN CIERTO PUNTO DE HECHO Y DE DERECHO DEBE SER VALORADA POR EL JUEZ Y POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SIN IMPORTAR LA TIPOLOGÍA DE PROVIDENCIA Y EL ÓRGANO QUE LA PROFIRIÓ FRENTE A LA NATURALEZA DEL ASUNTO; ESTA ES EN NUESTRO PARECER LA MEJOR INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN, LA CUAL OBLIGA A CONOCER EL DERECHO DE LOS JUECES PARA RESOLVER UN CASO EN FORMA INTEGRAL, SIENDO EN MUCHOS CASOS INSUFICIENTE LA SIMPLE REFERENCIA A LA ÚLTIMA SENTENCIA, DADO QUE PROBABLEMENTE CON ELLA NO SE PUEDA DEFINIR EL DERECHO SUSTANCIAL Y PROCESAL QUE DEBE APLICARSE EN LA RESOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO. LA METODOLOGÍA DE ESTUDIO E INSTITUCIÓN ES LA CONSTRUCCIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.

Referencias

- Comisión Bonivento. (2010). Materiales para la reforma del artículo 230 de la Constitución Política. *ambitojuridico.com* . Bogotá D.C., Colombia: Ámbito Jurídico.
- Constitución Política. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. *Por medio de la cual el pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar...* Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Decreto 2108. (29 de diciembre de 1992). Presidencia de la República. *Por el cual se ajustan las pensiones de jubilación del sector público en el orden Nacional. En desarrollo de las facultades conferidas por el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992* . Bogotá D.C., Colombia.
- ElPaís.com.co. (30 de agosto de 2011). Enredos de la Ley que permite reajuste pensional. *Unidad Investigativa* . Cali, Colombia.
- Eltiempo.com. (2 de marzo de 2007). Gobernador del Valle en aprietos porque no se realizó reajuste pensional. El Juzgado de Menores de Cartago ordenó arresto de cinco días y una multa de 10 salarios mínimos legales vigentes contra Angelino Garzón. Bogotá D.C., Colombia.
- Gobierno Santos. (2010). Materiales para la reforma del artículo 230 de la Constitución Política. *ambitojuridico.com* . Bogotá D.C., Colombia: Ámbito Jurídico.
- 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.

- Ley 6. (30 de junio de 1992). Congreso de la República. *Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No 40.490, de 30 de junio de 1992.
- Ley 105. (24 de noviembre de 1890). Congreso de la República. *Sobre reformas a los procedimientos judiciales*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 8.296, de 7 de enero de 1891.
- Ley 153. (15 de agosto de 1887). Congreso de la República. *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 7151 y 7152 de agosto 28 de 1887.
- Ley 169. (31 de diciembre de 1896). Congreso de la República. *Sobre reformas judiciales*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 10235 de enero 14 de 1897.
- Ley 1340. (24 de julio de 2009). Congreso de la República. *Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*. Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 1395. (12 de julio de 2010). Congreso de la República. *Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2010.
- Ley 1437. (18 de enero de 2011). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 1564. (12 de julio de 2012). Congreso de la República. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.
- Londoño Hoyos, F. (2002). *ambitojuridico.com. Materiales para la reforma del artículo 230 de la Constitución Política*. Bogotá D.C., Colombia: Ámbito Jurídico.
- López Medina, D. E. (2014). *Materiales para la reforma del artículo 230 de la Constitución Política. ambitojuridico.com*. Bogotá D.C., Colombia: Ámbito Jurídico.
- López Medina, D. E. (2008). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (Segunda ed.). Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores S.A.
- Peláez Mejía, J. M. (2013). Reglas de prueba en el incidente de reparación integral. *Revista Academia & Derecho*, 4 (7), 29-39.
- Proyecto de Acto Legislativo 10. (29 de octubre de 2002). Congreso de la República. *Por medio del cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia AG-062. (5 de diciembre de 2002). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. *C.P.: María Inés Ortíz Barbosa*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 13001-23-31-000-2000-9001-01(AG-62).

- Sentencia AG-00213B. (26 de enero de 2006). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: *Ruth Stella Correa Palacio* . Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00213-01 (AG-00213B).
- Sentencia 00614. (26 de enero de 2006). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: *Alier Eduardo Hernández Enriquez* . Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 47001-23-31-000-2002-00614-01(AG).
- Sentencia AG-01472. (16 de marzo de 2006). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Acción de Grupo. C.P.: *María Elena Giraldo Gómez*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 19001-23-31-000-2002-01472-01.
- Sentencia AG-00004. (15 de agosto de 2007). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: *Ruth Stella Correa Palacio* . Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 25000-23-27-000-2002-00004-01(AG).
- Sentencia 00385. (15 de agosto de 2007). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: *Mauricio Fajardo Gómez* . Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 19001-23-31-000-2003-00385-01(AG).
- Sentencia 18436. (18 de febrero de 2010). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Reparación Directa. C.P.: *Mauricio Fajardo Gómez* . Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 20001-23-31-000-1998-03713-01(18436).
- Sentencia 31093. (21 de febrero de 2011). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Reparación Directa. C.P.: *Jaime Orlando Santofimio Gambóa* . Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 50001-23-31-000-2001-00171-01(31093).
- Sentencia 23594. (18 de julio de 2012). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Acción Reparación Directa. C.P.: *Olga Melida Valle De De La Hoz* . Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 07001-23-31-000-2000-00182-01(23594).
- Sentencia 25675. (3 de octubre de 2012). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: *Carlos Alberto Zambrano Barrera* . Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 85001-23-31-000-2002-00254-01(25675) A.
- Sentencia T-1082. (13 de diciembre de 2006). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. M.P. *Rodrigo Escobar Gil* . Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-1410321.
- Sentencia T-030. (1 de febrero de 2011). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. M.P. *Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-2727618.

- Sentencia 02415-02. (25 de febrero de 2016). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Luis Armando Toloza Villabona*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación n.º 1100102-04-000-2015-02415-02.
- Sentencia 15723. (11 de diciembre de 1997). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. *C.P. Dolly Pedraza de Arenas*. Bogotá D.C., Colombia: Ref: Expediente No. 15723 . Obtenido de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:02bWo7EluR8J:www.notinet.com.co/pedidos/15723-cs.doc+&cd=5&hl=es&ct=clnk&gl=co>
- Sentencia 41289. (1 de octubre de 1998). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. *C.P. Clara Forero de Castro*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 41289(29-98).
- Sentencia 1252/98. (14 de octubre de 1999). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. *C.P. Ana María Olaya Forero*. Bogotá D.C., Colombia: Ref.: Expediente N° 1252/98.
- Sentencia 1233. (3 de marzo de 2000). Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. *C.P. Augusto Trejos Jaramillo*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 1233.
- Sentencia 2585-02. (5 de junio de 2003). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. *C.P. Ana Margarita Olaya Forero*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 73001-2331-000-2001-00120-01(2585-02).
- Sentencia 3612-2004. (26 de enero de 2006). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. *C.P. Alberto Arango Mantilla*. Bogotá D.C., Colombia: N° de Referencia: 25000-23-25-000-2002-12119-01(3612-2004).
- Sentencia 2606-04. (5 de octubre de 2006). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B” . *C.P. Jesús María Lemos Bustamante*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 25000-23-25-000-2002-02790-01(2606-04).
- Sentencia 9619-05. (10 de mayo de 2007). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. *C.P. Jesús María Lemos Bustamante*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 76001-23-31-000-2004-00643-01.
- Sentencia 0248-07. (15 de mayo de 2008). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. *C.P. Jesús María Lemuz Bustamante*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 76001-23-31-000-2002-02910-01(0248-07).
- Sentencia 4936-05. (24 de julio de 2008). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. *C.P. Jesús María Lemos Busta-*

- mante*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 76001-23-31-000-2003-01960-01(4936-05).
- Sentencia 6144-05. (6 de agosto de 2008). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. *C.P. Jesús María Lemos Bustamante*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado número: 25000-23-25-000-2001-00816-01(6144-05).
- Sentencia 0518-2007. (25 de septiembre de 2008). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. *C.P. Gerardo Arenas Monsalve*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 76001-23-31-000-2002-04975-01(0518-2207).
- Sentencia 0064-2008. (26 de marzo de 2009). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. *M.P. Alfonso Vargas Rincón*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 08001-23-31-000-2005-00657-01.
- Sentencia 2373-08. (28 de enero de 2010). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. *C.P. Gerardo Arenas Monsalve*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 25000-23-25-000-2004-03267-01(2373-08).
- Sentencia 1874-07. (18 de febrero de 2010). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. *C.P. Gerardo Arenas Monsalve*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 73001-23-31-000-2004-02509-01(1874-07).
- Sentencia 1920-13. (10 de octubre de 2013). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. *C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E)*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 76001-23-31-000-2010-00816-01(1920-13).
- Sentencia 18189. (17 de julio de 2002). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Carlos Isaac Nader*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación: 18189. Acta No. 28.
- Sentencia 19928. (13 de mayo de 2003). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Luis Gonzalo Toro Correa*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 19928. Acta No. 28.
- Sentencia 22107. (11 de diciembre de 2003). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Eduardo López Villegas*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente No. 22107.
- Sentencia 22360. (26 de marzo de 2004). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Eduardo López Villegas*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente No. 22360.

- Sentencia 23058. (10 de diciembre de 2004). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Isaura Vargas Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 23058. Acta No. 108.
- Sentencia 24303. (13 de abril de 2005). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Luis Javier Osorio López*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación N° 24303. Acta N° 41.
- Sentencia 24452. (10 de mayo de 2005). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Luis Javier Osorio López*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación N° 24452. Acta N° 48.
- Sentencia 25013. (14 de septiembre de 2005). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Isaura Vargas Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 25013. Acta No. 78. Obtenido de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SsJdJXNe-e8J:190.24.134.69/Sentencias/Laboral/2005/Dra.Isaura%2520Vargas%2520D%25C3%25ADaz/SENTENCIAS/25013%2814-09-05%29.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>
- Sentencia 26762. (1 de agosto de 2006). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Isaura Vargas Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 26762. Acta No. 54.
- Sentencia 27616. (23 de marzo de 2007). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 27616. Acta No. 19.
- Sentencia 29246. (3 de agosto de 2007). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez*. Bogotá D.C., Colombia: Rad. No. 29246. Acta N° 64.
- Sentencia 35895. (1 de septiembre de 2009). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón*. Bogotá D.C., Colombia: Rad. No. 35895. Acta No. 34.
- Sentencia 36640. (1 de noviembre de 2011). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Luis Gabriel Miranda Buevas*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 36640. Acta No. 037.
- Sentencia 37693. (25 de julio de 2012). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 37693. Acta No. 26.
- Sentencia 41873. (20 de febrero de 2013). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Rigoberto Echeverri Bueno*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación N°o. 41873. Acta No. 05.
- Sentencia 47697. (12 de noviembre de 2014). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. *M.P. Rigoberto Echeverri Bueno*. Bogotá D.C., Colombia: SL15775-2014. Radicación n.º47697. Acta 41.

- 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.
- Valencia Cossio, F. (2008). Materiales para la reforma del artículo 230 de la Constitución Política. Bogotá D.C., Colombia: Ámbito Jurídico.
- Yañez Meza, D. A. (2017). El derecho al reajuste pensional de la Ley 6 del año 1992: un dilema para la administración pública territorial desde el derecho de los jueces. Línea jurisprudencial desde las decisiones del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. *Revista Advocatus*, 14 (28), 13-46.
- Yañez Meza, D. A. (2013). Responsabilidad extracontractual del Estado por desplazamiento forzado de personas (Construcción línea jurisprudencial en las decisiones del Consejo de Estado). *Revista Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 13 (24), 13-46.
- 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.
- Yañez Meza, D. A. (2013). *El derecho de la jurisdicción. Concepciones discutibles y estudio sobre la institución en la vértebra axiológica del juzgar* (Primera ed.). Cúcuta, Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta.

Claudia González Cruz - Claudia Lorena Morffi Collado

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Propuesta de *lege ferenda* en el ordenamiento jurídico cubano*

Assisted Human Reproduction Techniques. Proposal of *lege ferenda*
in the Cuban legal system

Recibido: Septiembre 30 de 2018 - Evaluado: Diciembre 03 de 2018 - Aceptado: Febrero 04 de 2019

Claudia González Cruz**
Claudia Lorena Morffi Collado

Para citar este artículo / To cite this article

González Cruz, C., & Morffi Collado, C. L. (2019). Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Propuesta de *lege ferenda* en el ordenamiento jurídico cubano. *Revista Academia & Derecho*, 10(19), 233-260.

Resumen: El presente trabajo titulado “Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Propuesta de *lege ferenda* en el ordenamiento jurídico cubano”, reúne algunas reflexiones jurídicas respecto a la aplicación y desarrollo de las técnicas

* Artículo inédito, perteneciente a una investigación que parte del Proyecto de Investigación Estrategias para mitigar la violencia en el municipio de Ciego de Ávila a cargo de la Dra. Celín Pérez Nájera. El documento se clasifica como un artículo de investigación e innovación y corresponde a la tipología de artículo de investigación. La Institución a la cual pertenece o financia la investigación es la Universidad de Ciego de Ávila “Máximo Gómez Báez”.

** Claudia González Cruz. Licenciada en Derecho por la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Ciego de Ávila “Máximo Gómez Báez”. Jefa de la Disciplina de Derecho Civil y de Familia de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Ciego de Ávila “Máximo Gómez Báez”. Profesora Instructora de las asignaturas Derecho de Obligaciones y Derecho de Contratos por la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Ciego de Ávila “Máximo Gómez Báez”.
Correo electrónico institucional: claudiagc@sma.unica.cu. Correo electrónico personal: claudiagc@nauta.cu

*** Claudia Lorena Morffi Collado. Licenciada en Derecho. Profesora de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanística, Carrera de Derecho de la Universidad de Ciego de Ávila, Asesora Jurídica de la Empresa CIEGOPLAST, Máster en Ciencias de la Educación Superior.
Correo electrónico: lorenamorffi91@gmail.com.

de reproducción humana asistida y su repercusión para el Derecho. Las técnicas de reproducción humana asistida consisten en la manipulación de los gametos y embriones a través de diversos procedimientos, las más usuales son la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la microinyección intracitoplasmática. Su aplicación despliega repercusiones éticas, morales, psicológicas y jurídicas, estableciéndose divergencias en cuanto a su tratamiento.

El Derecho como creación social no es inmutable ni amovible, sino temporal, variable y dinámico puesto que debe adecuarse a todos los cambios sociales, culturales, políticos, económicos y científicos; sin embargo, a través del transcurso del tiempo se percibe que el Derecho no corre al mismo paso de la ciencia. Debido a los resultados implementados, ajustar el ordenamiento jurídico al desarrollo alcanzado por la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, a través del estudio de los disímiles problemas jurídicos que origina, tales como la determinación de la filiación materna y/o paterna, constituye una necesidad apremiante en el sistema cubano de Derecho actual. En Cuba, al igual que varios países de América del Sur no existe legislación al respecto por lo que la formulación de una ley especial destinada a regular la aplicación y desarrollo de las técnicas constituye una tarea pendiente en el perfeccionamiento legislativo del Derecho cubano. El objetivo general es fundamentar la necesidad de regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico cubano.

Palabras clave: derecho, embrión, fecundación, reproducción.

Abstract: The present work entitled “Assisted Human Reproduction Techniques. Proposal of lege ferenda in the Cuban legal system”, brings together some legal reflections regarding the application and development of assisted human reproduction techniques and their repercussion for the Law. Assisted human reproduction techniques consist of the manipulation of gametes and embryos through various procedures, the most common being artificial insemination, *in vitro* fertilization and intracytoplasmic microinjection. Its application displays ethical, moral, psychological and legal repercussions, establishing differences in its treatment.

Law as a social creation is not immutable or removable, but temporary, variable and dynamic since it must adapt to all social, cultural, political, economic and scientific changes; However, over time it is perceived that the Law does not run at the same pace of science. Due to the results implemented, adjusting the legal system to the development achieved by the application of assisted human reproduction techniques, through the study of the dissimilar legal problems that it causes, such as the determination of maternal and / or paternal affiliation, constitutes a pressing need in the current Cuban law system. In Cuba, like several countries in South America, there is no legislation in this regard, so the formulation of a special law designed to regulate the application and development of techniques is a pending task in the legislative improvement of Cuban law. The general objective is to base the need for legal regulation of assisted human reproduction techniques in the Cuban legal system.

Key words: law, embryo, fertilization, reproduction.

Resumo: O presente trabalho intitula-se “As Técnicas de Reprodução Humana Assistida”. A proposta da *lege ferenda* no ordenamiento jurídico cubano”, apresenta algumas reflexões jurídicas sobre a aplicação e desenvolvimento de técnicas de reprodução humana assistida e sua repercussão no Direito. As técnicas de reprodução humana assistida consistem na manipulação de gametas e embriões através de vários procedimentos, sendo as mais comuns a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a microinjeção intracitoplasmática. Sua aplicação apresenta repercussões éticas, morais, psicológicas e legais, estabelecendo divergências quanto ao seu tratamento.

O direito como criação social não é imutável nem removível, mas temporário, variável e dinâmico, pois deve adaptar-se a todas as mudanças sociais, culturais, políticas, econômicas e científicas; entretanto, com o passar do tempo, percebe-se que o direito não corre no mesmo ritmo da ciência. Devido aos resultados alcançados, ajustar o ordenamiento jurídico ao desenvolvimento alcançado pela aplicação das técnicas de reprodução humana assistida, através do estudo dos diferentes problemas jurídicos que a originam, como a determinação da filiação materna e/ou paterna, constitui uma necessidade premente no actual sistema jurídico cubano. Em Cuba, como em vários países da América do Sul, não existe legislação nesse sentido, pelo que a formulação de uma lei especial destinada a regular a aplicação e o desenvolvimento de técnicas constituem uma tarefa pendente na melhoria legislativa do Direito cubano. O objetivo geral é apoiar a necessidade de regulamentação jurídica das técnicas de reprodução humana assistida no sistema jurídico cubano.

Palavras chave: direito, embrião, fertilização, reprodução

Résumé: Le présent ouvrage s’intitule «Les techniques de procréation assistée. La conception de la *lege ferenda* dans le système juridique cubain», recueille quelques réflexions juridiques concernant l’application et le développement des techniques de procréation assistée et leurs répercussions sur la loi. Les techniques de procréation assistée consistent en la manipulation de gamètes et d’embryons par diverses procédures, les plus courantes étant l’insémination artificielle, la fécondation *in vitro* et la micro-injection intracytoplasmique. Son application présente des répercussions éthiques, morales, psychologiques et juridiques, établissant des divergences quant à son traitement.

Le droit en tant que création sociale n’est ni immuable ni amovible, mais temporaire, variable et dynamique car il doit s’adapter à tous les changements sociaux, culturels, politiques, économiques et scientifiques ; cependant, au fil du temps, il est perçu que le droit ne fonctionne pas au même rythme que la science. En raison des résultats obtenus, l’adaptation de l’ordre juridique au développement atteint par l’application des techniques de procréation assistée, à travers l’étude des problèmes juridiques dissemblables qu’elle pose, tels que la détermination de la filiation maternelle et/ou paternelle, constitue un besoin urgent dans le système juridique cubain actuel. Cuba, comme dans plusieurs pays d’Amérique du Sud, il n’existe pas de législation à cet égard, de sorte que l’élaboration d’une loi spéciale visant à réglementer l’application et le développement des techniques constitue une tâche en attente dans l’amélioration législative du droit cubain. L’objectif général est d’appuyer la nécessité d’une réglementation juridique des techniques de procréation assistée dans le système juridique cubain.

Mots-clés: droit, embryon, fécondation, reproduction.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Plan de redacción. -1. Evolución y concepto de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. 2- Clases de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. 3- Sus repercusiones éticas y morales. 4- Status jurídico del embrión. 5- Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Cuba.

Introducción

La reproducción y la presencia de un hijo forman parte de los deseos de la mayoría de las personas, constituyendo elementos de suma importancia, fundamentalmente por los múltiples significados sociales y culturales que representan en las sociedades del mundo. *Empero*, el logro de un embarazo o la presencia misma de los hijos no es algo que ocurre siempre de manera simple y predecible, pues existen eventos inesperados e indeseados que obligan a reformular las expectativas en relación con la paternidad y la maternidad.

Ejemplo de esto, lo son la infertilidad y la esterilidad (influyendo las técnicas de reproducción humana asistida para lograr la reproducción en ambos casos), constituyen una barrera casi imposible de derribar, el sinónimo de frustración y honda tristeza, aunque son semejantes existen varias diferencias entre ellas. Debido a su significación en el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida analizaremos cada una de ellas (esterilidad e infertilidad).

La esterilidad como la incapacidad para concebir tanto de la mujer como del varón, tras un año de relaciones sexuales no protegidas. Por otro lado, define como infertilidad como la situación de la pareja que, consiguiendo que tengan lugar la fecundación y la implantación del preembrión, no consigue reproducirse porque la gestación se interrumpe. Hasta hace unas tres décadas, la única solución para las parejas infértiles era la adopción (García-Moreno Marchán, 2010, pág. 25).

Según los estudios epidemiológicos más amplios, **la esterilidad afecta al 15% de la población en edad reproductiva** de los países occidentales. Es decir, a una de cada seis parejas y experimenta una evolución creciente. La fertilidad de la especie humana varía con el tiempo y está claramente limitada por la duración efectiva de la capacidad reproductiva de la mujer. Ésta presenta su **máxima fecundidad entre los 20 y los 30 años**. A partir de esta edad se inicia el **declive fisiológico de la fecundidad**, que es mucho más acusado desde los 35 años, y aún mayor a partir de los 38 (Matallín Evangelio, 2017).

Desde tiempos remotos han sido cuantiosos los estudios sobre la reproducción, ya que la única vía para procrear era mediante relaciones sexuales, por ejemplo, el

doctor Hunter fue el primero en lograr una inseminación artificial de forma exitosa en 1864. Además los doctores Robert Geoffrey Edwards y Patrick Christopher Steptoe, hicieron posible el nacimiento en 1978 de Louise Joy Brown en Oldham, la primera bebé probeta, como resultado de la aplicación de la fecundación *in vitro* (Guzmán Ávalos, 2001).

La sociedad actual ha evolucionado radicalmente en las últimas tres décadas, debido a poderosos cambios que surgieron como consecuencia de distintos tipos de avances, como por ejemplo respecto a la informática, a la digitalización, a la biotecnología, a la medicina, y a la ciencia. (Castán Tobeñas, 1942) Que dichos avances sean sinónimos de evolución médico científica, no significa que no existan discusiones al respecto, debido a que todo cambio impacta de una u otra forma en la vida de los individuos, lo que lleva a la necesidad de regular cada cambio y avance que se desarrolle (Matallín Evangelio, 2017).

Las técnicas de reproducción humana asistida surgieron como consecuencia de estos avances, de la mano de la evolución biotecnológica. Ellas presentan como objetivo principal, maximizar las posibilidades de fertilización y de embarazo viable, mediante la creación de métodos alternativos, sin relaciones sexuales mediante, para finalmente permitir la maternidad o paternidad a personas de que otro modo no pueden hacerlo (Guzmán Ávalos, 2001, pág. 29).

En la actualidad es posible algo que hace unos pocos años no se cruzaba por la imaginación de los especialistas. Se trata de la vitrificación de óvulos, lo que significa, por ejemplo, que una mujer que debe ser tratada con quimioterapia o con radioterapia a raíz de un cáncer puede, antes de iniciar el tratamiento, congelar sus propios óvulos para ser madre cuando la enfermedad haya sido superada. También está el congelamiento o crioconservación del espermatozoide, se ha podido comprobar que los espermatozoides resisten bien las bajas temperaturas, y mediante determinados cuidados, se logra que soporten el choque térmico al ser congelados y con posterioridad, descongelados para su utilización, sin demasiados perjuicios (Loyarte & Rotonda, 1995).

Todo esto permite decir que el futuro de la medicina reproductiva es bastante incierto, pero, al mismo tiempo, muy prometedor. Resultan evidentes los resultados positivos que han surgido de los avances en esta especialidad para la humanidad entera. A la vez es necesario comprender lo peligroso que puede ser utilizar estos avances sin escrúpulos, ética ni responsabilidad, originando numerosas contrariedades éticas, morales, psicológicas y jurídicas en la sociedad.

Sin embargo, la actitud de la sociedad respecto a la procreación varía, y se relaciona en sociedades avanzadas con el grado de libertad y responsabilidad del individuo. Las técnicas de reproducción asistida están permitiendo cambios, a menudo radicales, en el esquema social y la aparición de nuevos modelos familiares,

pues las parejas se convierten en posibles usuarios de toda una tecnología que posibilita la reproducción, incluso en condiciones de infertilidad o esterilidad, esta actitud que ha penetrado profundamente en los estratos de la sociedad plantea serios interrogantes éticos, morales y psicológicos, por tanto, el Derecho no puede quedar al margen y tiene que readaptarse a las nuevas situaciones que se presentan y avanzar de la mano de la ciencia.

Problema de investigación

¿Cómo lograr una adecuada regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico cubano?

Metodología

La investigación buscó fundamentar la necesidad de regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico cubano.

Los objetivos específicos que se plantearon en la investigación fueron:

Primero: analizar criterios teóricos, doctrinales y jurisprudenciales que precisan la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida considerando sus implicaciones éticas y legales, el status jurídico del embrión y su regulación jurídica en el Derecho comparado. Segundo: demostrar la necesidad de una adecuada protección jurídica a la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el ordenamiento jurídico cubano a través de una propuesta de *lege ferenda*.

La investigación se ha realizado utilizando como métodos teóricos, el histórico-lógico que ha permitido el estudio del progreso de las técnicas de reproducción humana asistida, el desarrollo científico alcanzado y las repercusiones legales que conllevaron a su necesaria protección jurídica, además el teórico jurídico: mediante el cual se realizó el análisis de fuentes bibliográficas, exponentes de las posiciones teórico doctrinales de los eruditos en la materia, evidenciando los disímiles criterios referentes a las técnicas de reproducción humana asistida, clases, efectos legales, teológicos, morales, así como su incidencia negativa de su aplicación sin protección jurídica adecuada. Otro de los métodos fue el análisis y síntesis por el cual fue posible descomponer los elementos de las técnicas de reproducción humana asistida, analizándolos desde una perspectiva crítica, destacando la incidencia de estas técnicas.

El método jurídico comparado se utilizó con el objetivo de evidenciar la protección legal que ofrecen los Códigos foráneos en aras de encontrar normativas que sirvan de base para el diseño de los supuestos que formarían la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida en el ordenamiento

jurídico cubano, también el exegético-analítico fue utilizado debido a que supone la interpretación del sentido y alcance de las normas que regulan el objeto de la investigación, así como en las causas que conllevan a la ausencia normativa de las técnicas de reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico cubano. El método hermenéutico permitió la realización de juicios de validez, vigencia y eficacia de las normas que regulan el objeto de la investigación, interpretando el sentido y alcance de las mismas. Este método será aplicado tanto a las normas jurídicas del Derecho vigente en Cuba como a las normas de Derecho comparado.

Dentro de los métodos empíricos de utilidad para esta investigación se utilizó la observación, no participante que permitió observar el fenómeno y su comportamiento en la sociedad cubana actual, identificando los principales problemas, éticos, psicológicos y jurídicos presentes en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y se utilizó también el análisis de contenido permitiendo analizar de manera objetiva y coherente documentos jurídicos como las sentencias, baluarte jurisprudencial de la aplicación del Derecho, realizando valoraciones cualitativas sobre la necesidad regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico cubano.

La novedad científica de esta investigación consiste en el análisis del tratamiento ético, moral y legal de las técnicas de reproducción humana asistida, así como el estatus jurídico del embrión y las consecuencias legales para la institución filiatoria de la implementación de las técnicas en el ordenamiento jurídico cubano. El aporte práctico consiste en una propuesta de *lege ferenda* sobre la implementación de las técnicas de reproducción humana asistida en Cuba, incluyendo artículos que brindan una mayor protección a su aplicación.

Esquema de resolución del problema jurídico

Este documento está compuesto por cinco títulos, el primero destinado a la evolución y concepto de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. El segundo y el tercero a las clases de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y sus repercusiones éticas y morales. El cuarto trata sobre el status jurídico del embrión y por último el quinto se refiere a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Cuba.

Plan de redacción

1. Evolución y concepto de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Con el transcurso del tiempo y el desarrollo de la humanidad, los modernos avances científicos y tecnológicos han contribuido a suplir las necesidades tanto

físicas como psíquicas de las personas. Entre esas necesidades se encuentra la de procrear, que se ha visto favorecida con el empleo de numerosas técnicas que lo permiten.

En 1864 el destacado doctor Hunter, fue el primer científico en efectuar exitosamente una inseminación artificial, según referencias, el procedimiento consistió en recoger el semen emitido durante el coito que había sido efectuado y con una jeringuilla especial, inyectarlo profundamente en la vagina. Este sería el primer caso, con resultados satisfactorios, de inseminación artificial en humanos y aunque Hunter guardó el secreto, su sobrino Eduardo Home, lo informó a la muerte de aquél en 1973, señalando que el embarazo y el parto fueron normales (Guzmán Ávalos, 2001, pág. 28).

Posteriormente en 1887 el Doctor Dickinson practica la primera inseminación en la que se utiliza semen de un donante. A pesar de los avances experimentales en este campo según Guzmán Ávalos (2001) no es hasta el 25 de julio de 1978 que nació en la ciudad inglesa de Oldham una niña singular que fue nombrada Louise Joy Brown, siendo el primer bebé probeta de la historia. Su concepción se había producido en un laboratorio nueve meses antes mediante la técnica de fecundación *in vitro*, como resultado de varios años de ardua investigación por parte de los doctores Robert Geoffrey Edwards y Patrick Cristopher Steptoe de Cambridge.

Desde Hunter hasta nuestros días las técnicas de inseminación artificial con seres humanos se han utilizado en numerosos países, incluso en forma masiva. Refiere Martínez Calcerrada (1989) que durante la última guerra mundial estas prácticas se realizaron masivamente, incluso transportando en aviones el esperma de soldados norteamericanos para fecundar a sus esposas, al igual que hicieron los ingleses expatriados de la guerra de Corea, hasta el punto de que se cometieron grandes abusos.

Las técnicas de reproducción humana asistida, según nuestra opinión, son el conjunto de procedimientos realizados por un equipo médico, que se aplican por medio de una manipulación ginecológica con el objetivo de obtener gametos masculinos y femeninos que no generan modificación alguna en el patrimonio genético del embrión humano, los cuales serán utilizados según las necesidades requeridas para lograr la exitosa fertilización en aquellas parejas que son estériles.

La Organización Mundial de la Salud ha definido como salud reproductiva la situación en la cual se obtiene el proceso reproductivo en un estado de completo bienestar físico, mental y social para la madre, el padre y los hijos y no exclusivamente la ausencia de enfermedad o trastornos de dicho proceso. No obstante, la salud reproductiva puede ser afectada por problemas fisiológicos, psicológicos o genéticos, que conllevan al empleo de las técnicas de reproducción humana asistida (Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba, 2012, pág. 66).

La Sociedad Española de Fertilidad (2012), considera que las técnicas de reproducción asistida forman parte de los recursos de tratamiento de los trastornos de la fertilidad. Son un conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina.

Ya no se requiere la relación sexual de un hombre y de una mujer: sólo se necesita la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio. Diversos son los autores, que conceptualizan las técnicas como métodos para suplir la infertilidad de la pareja en el que interviene un equipo médico para lograr la reproducción de gametos que no pueden ser fecundados mediante los procedimientos naturales (Varsi Rospigliosi, 1995), (Monroy, 2013), (Rivera, 2004), (Santamaría Solís, 2000), (Canessa Vilcahuamán, 2008), (Montes de Oca Milán, 2009), (Rodríguez Corría, 2002), (Tarasco Michel, M & Bach, J. M. , 2002), (Lamm, 2012), (De la Iglesia Monje, 2011).

En Uruguay la Ley No 19.167 de 2013, sobre las técnicas de reproducción humana asistida conceptualiza las técnicas. Según su artículo 1, “a tales efectos se entiende por técnicas de reproducción humana asistida al conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo” (Ley 19167, 2013). Es Argentina uno de los países donde se han producido múltiples y significativos avances legislativos en materia de técnicas de reproducción humana asistida. La Ley 26.862 de 2013 de Reproducción Médicamente Asistida y su Decreto 953 de 2013, en su artículo 2, “entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas en esta ley, las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones” (Ley 26 862, 2013).

Perú es otro de los países de América del Sur que ha aprobado la aplicación de estas técnicas y aunque no tienen regulación jurídica, existe un Proyecto de Ley que regula las técnicas de reproducción humana asistida de 2001. En su artículo 14 las define como las realizadas con asistencia médica prescindiendo del acto coital de la pareja beneficiaria para procrear un ser humano, que será reputado hijo biológico de la citada pareja.

En Chile el Reglamento del Libro IX del Código Sanitario, aprobado en 1983, permite la donación de espermios u óvulos en el artículo 17. Por otra parte, el Ministerio de Salud el 28 de junio de 1985 por Resolución exenta No 1.072 dictó una directiva ministerial en la que se establecen normas aplicables a la fertilización *in vitro* y la transferencia embrionaria (Corral Talciani, 1992, pág. 444).

En Bolivia, a pesar de que no existe una legislación que regule la aplicación de las técnicas, se está trabajando en la realización de un proyecto para suplir las

lagunas jurídicas que surgen como resultado del progreso de la ciencia. Países como Brasil, Ecuador, Venezuela, Paraguay, Chile, Surinam, y Guyana no poseen una legislación específica en esta materia, pero se apoyan en disposiciones legales que regulan materias complementarias y generan unos lineamientos legales básicos para proceder con esta práctica.

2. Clases de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

A partir del criterio de varios autores pueden ser numerosas las causas de esterilidad en la pareja. En la mujer, puede estar provocada por trastornos hormonales, defectos en los ovarios, las trompas de Falopio o el útero, endometriosis: el endometrio es la mucosa que reviste el útero, a veces esa mucosa se encuentra fuera del útero generando problemas para la reproducción, por causas congénitas: como anomalías cromosómicas, entre otras. En el hombre puede ser causada por una disfunción a nivel testicular, contaminación bacteriana del semen, por causas congénitas, por esterilidad inmunológica pues en algunos casos es posible que haya una reacción inmunológica contra los propios espermatozoides, causada por la existencia de una brecha en el tracto del aparato reproductivo masculino, la cual pudo surgir por una vasectomía, biopsia testicular u otras causas desconocidas de infertilidad. Con el propósito de que estas causas no desemboquen en una irremediable imposibilidad de reproducción, surgen diversas clases de reproducción humana asistida (Brugo-Olmedo, S., Chillik C, & Kopelman, S., 2003), (León García, M. & Ruipérez, V., 2012), (Guahon, S, Iovanna, M, & Somer, M, 2006).

Como resultado de los grandes avances y transformaciones de la ciencia, en los momentos actuales son varias las soluciones adoptadas para enfrentar la infertilidad, bien sea femenina o masculina. Las más usuales son la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*.

Según Bernal Camargo (2009) la inseminación artificial puede ser homóloga, cuando se utilizan gametos de la pareja, o heteróloga, cuando los gametos utilizados proceden de un donante. En esta última el procedimiento habitual es a través de bancos de espermias o la inseminación combinada donde se unen (puede ser por bajo conteo de espermias) el semen de la pareja con el de un donante, así el padre se sentirá como tal aun cuando no lo sea.

La inseminación artificial consiste en la introducción de los espermatozoides mediante un catéter en la vagina de la mujer. A continuación, la llegada de los espermatozoides hasta el óvulo y la fecundación se efectúan de modo idéntico a lo que sucede en el proceso fisiológico normal (Santamaría Solís, 2000, pág. 39).

Por su parte, Awad Cucalón y de Narváez Cano (2001), entienden que la inseminación artificial puede definirse como el acto médico consistente en la introducción

del espermatozoide al órgano genital femenino por procedimientos distintos al coito, con el propósito de la fecundación.

La inseminación artificial, a nuestra consideración, es un procedimiento médico realizado en el útero de la mujer, introduciendo los espermatozoides en el momento exactamente calculado, para lograr la fecundación. Los objetivos principales de esta técnica son asegurar la existencia de óvulos disponibles, así como acercar los espermatozoides al óvulo en el aparato genital femenino para mejorar e incrementar el potencial de fertilidad de los espermatozoides. La principal diferencia de esta técnica con la fecundación *in vitro* es que en la primera la fecundación se produce dentro del útero femenino y en la segunda la concepción proviene de un procedimiento científico extracorpóreo.

La fecundación *in vitro* es otro de estos procedimientos y de acuerdo a Silva (2012), consiste en la fecundación por medio de espermatozoide humano fresco, recogido *in vitro*, y luego colocado en la vagina. Autoras como Awad Cucalón y de Narváez Cano (2001), la definen como la modalidad de reproducción asistida en la cual la unión del gameto femenino y masculino se realiza en condiciones extracorpóreas. La fecundación en esta técnica se lleva a cabo en un laboratorio en un tubo de ensayo o crisol, y el óvulo fecundado es implantado luego en el útero de la mujer para continuar la gestación.

Según los estudios realizados por Arévalo Vargas & Pineda Rubiano (2013), aunque hace más de 20 años que nació el primer bebé mediante la aplicación de esta tecnología, solamente entre el 15% al 20% de los ciclos de tratamiento iniciados con esta técnica conducen a un embarazo en curso.

La fecundación *in vitro* es la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el status embrionario siendo transferido al útero de su madre antes del decimocuarto día a contar desde la fecundación, y descontando el tiempo que pudo estar crioconservado (Cárcaba Fernández, 1995, pág. 137).

Es nuestra opinión, que la fecundación *in vitro* es realizada por medio de operaciones científicas extracorpóreas, para extraer el ovocito femenino y fecundarlo con los espermatozoides obtenidos previamente del hombre. Si ocurre la fecundación y se desarrollan embriones, estos son transferidos de preferencia al útero y en algunos casos a las trompas de Falopio con el objeto de que continúen su multiplicación y desarrollo, hasta adquirir la capacidad de implantarse en el endometrio.

En Uruguay la Ley No 19.167, (2013), sobre las técnicas de reproducción humana asistida, admite en su artículo 1 como clases de técnicas “la inducción a la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática, el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, la

transferencia intratubárica de gametos. Incluye además la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en la situación excepcional prevista en el artículo 25” (Ley 19167, 2013).

En Perú el Proyecto de Ley que regula las técnicas de reproducción humana asistida, (2001), en su artículo 14 relaciona las clases que son admitidas y entre ellas se encuentran la inseminación artificial de la mujer con semen de su marido o de un cedente y la fecundación extracorpórea. Esta última a su vez presenta variantes como la transferencia intratubárica de gametos a las trompas de Falopio, la fertilización de óvulos femeninos humanos *in vitro* o en probeta, con transferencia embrionaria y la inyección intracitoplasmática de espermatozoide.

Argentina en la Ley 26.862, (2013), en su artículo 2 establece que quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones y en su Decreto 956 de 2013 el artículo 2 define como técnicas de baja complejidad a la estimulación ovárica controlada, el desencadenamiento de la ovulación y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o de un donante. Entiende por técnica de alta complejidad a la fecundación *in vitro*, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos (Germán Zurriarán, 2011).

La repercusión a todos los niveles de la sociedad sobre la investigación biomédica, en torno al comienzo y desarrollo de la vida humana y a las posibilidades de intervención sobre esos procesos, como sucede en lo referente a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, ha hecho que surjan múltiples interrogantes. Dichas preocupaciones están referidas a la valoración ética y moral de las actividades de los médicos y científicos en el campo de la reproducción humana, así como las repercusiones psicológicas que puedan ocasionarse tanto a la pareja como al hijo.

3. Repercusiones éticas, morales y psicológicas

Las sociedades han evolucionado aceleradamente debido a los avances científico técnicos alcanzados, y, debido a ese ritmo tan vertiginoso de la ciencia, en determinados momentos no han podido adaptarse a ellos, ni han podido tampoco responder a las nuevas realidades que ha creado la tecnología como es el caso que nos ocupa, de las técnicas de reproducción asistida.

Así el reto de los cambios socioculturales que se suscitan debe ser enfrentado constantemente por los científicos, como, por ejemplo: la donación del material genético, los vientres de alquiler, la limitación de la edad reproductiva, la clonación

humana, entre otros, su definición y aplicación son interpretados de diferentes maneras por los habitantes de cada sociedad, donde influyen factores sociales, religiosos, morales, éticos, psicológicos y legales (Antequera Jurado, R, Moreno-Rosset, C., Jenaro Río C., & Ávila Espada, A, 2008, pág. 169).

El efecto que causa la infertilidad repercute profundamente no solo en el cuerpo y en la mente, sino que, también abarca distintas áreas del funcionamiento del individuo, ya sea tanto individual, de pareja o social. Los tratamientos de reproducción asistida implican un proceso tanto físico como psíquico, pero no todas las pacientes tienen los recursos apropiados para adaptarse a esta nueva situación.

Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces, a partir del momento en que se logró la posibilidad de satisfacer el deseo de la pareja estéril de reproducirse, se crearon nuevos dilemas éticos y morales.

Primeramente, se encuentra el anonimato absoluto del donante de gametos, que es necesario analizar desde diferentes puntos de vista. El primero atiende al interés del donante, pues no conviene que el niño pueda conocer su origen biológico para que no haya desviación afectiva ni influencia del donante sobre él. Se teme, además, que si no se guarda el anonimato disminuyan las donaciones de gametos ante el riesgo de que se pueda conocer la identidad del donante o donantes que desean permanecer en el incógnito.

En segundo, lugar desde un punto de vista moral, constituye un límite al conocimiento del niño procreado de sus orígenes genéticos, anonimato que representará un papel determinante en el normal desarrollo psicológico del niño. Por supuesto que el anonimato del donante debe estar asegurado para evitar demandas futuras por paternidad, como también para proteger al vástago y a sus padres sociales (Sánchez Arísti, 2010). La eventualidad de que el niño llegue a conocer su identidad genética podría derivar en conflictos, menores, sin dudas, de los que se presentan cuando se trata de hijos adoptivos, que carecen de vínculo genético.

La donación de un gameto incluye la entrega del propio patrimonio genético según Rozas Vial (1989), por lo que la protección de la identidad del donante durante todas las etapas del proceso basado en el secreto profesional debe mediar entre médico y paciente; así como antes de practicar cualquier procedimiento médico, el paciente debe ser informado acerca de él, con el fin de obtener su consentimiento.

Este requisito de carácter ético y legal adquiere especial vigencia en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. La utilización de gametos extraconyugales obliga, con mayor razón al consentimiento informado de la pareja, sin él no puede continuar el proceso, pese a que el fin buscado es bueno; el médico

que lo practica sin cumplir ese requisito queda expuesto a una sanción legal y moral (Banda Vergara, 1998).

En el orden ético, otra de las inquietudes es la posibilidad de crear en un laboratorio un ser humano influyendo en sus peculiaridades que lo definirán como individuo, preseleccionando sus características genéticas, determinando el sexo o las particularidades del niño. Esta técnica ha sido interpretada por el sector religioso, según la Santa Biblia como una ofensa del hombre, procurando ser Dios al incidir en el proceso reproductivo que otorga la vida (Santa Biblia, 750).

El carácter amoral de la procreación artificial ha sido señalado debido a la intervención de un tercero, en este caso el médico, en lo que se considera una de las relaciones más íntimas que puede suscitarse entre seres humanos, convirtiendo a los padres en simples generadores de células sexuales, sobre todo si estas provienen de un donante. La intervención de una tercera o cuarta persona en la fecundación ha conllevado a señalar que este nuevo ser humano no proviene de un suceso natural, ni del amor de ambos padres.

La instrucción *Donum Vitae* de la Congregación para la doctrina de la fe del vaticano (1991) establece que será ilícita la fecundación *in vitro* homóloga debido a que en esta interviene un tercero ajeno a la unión conyugal, menoscabando el sentido sagrado del matrimonio y la perfección propia que adquiere el ser humano fruto del amor conyugal de la pareja. Usurpando el investigador el lugar de Dios, haciéndose amo y señor del destino ajeno al determinar qué preembrión deberá vivir. Según Vásquez Lepe (1999, pp. 1000-1008) la *Donum Vitae* enjuicia negativamente las técnicas de reproducción humana asistida por no originarse de la naturaleza, sino de un procedimiento artificial, ajeno al amor de la pareja y el concepto sagrado del matrimonio.

Cuando la pareja acepta, esta es rechazada francamente por la moral católica, dice la Iglesia que la fecundación artificial heteróloga es contraria a la unidad del matrimonio, a la dignidad de esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio. El recurso a los gametos de una tercera persona, para disponer del espermatozoide o del óvulo, constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos, una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad (García, Elizarrri Basterra, & Rubio, 1987, pág. 15).

La manipulación embrionaria es otra de las consecuencias de las técnicas de reproducción humana asistida, pues a pesar de ser necesaria para que se produzca la fertilización no conlleva en todos los casos al desarrollo exitoso de una vida humana, pues al nacer un niño producto de estas técnicas mueren numerosos embriones que contenían el material genético para desarrollar la vida.

Pueden ser varias las consecuencias éticas y morales negativas de las técnicas de reproducción asistida, sin embargo, no ensombrecen los resultados positivos que han simbolizado para varias parejas al encontrarse imposibilitadas de concebir de forma natural y han formado una anhelada familia a través de alguna de estas prácticas.

La infertilidad implica una deficiencia que no compromete la integridad física del individuo ni pone en riesgo su vida, pero provoca un fuerte impacto negativo sobre su psiquis generando alteraciones emocionales fundamentales como: niveles elevados de ansiedad, estrés, frustraciones, fluctuaciones en su autoestima, entre otros (Pérez Duarte, 1990).

Cuando una pareja se enfrenta con la realidad de la infertilidad o la esterilidad pueden suceder dos cosas. En el mejor de los casos y tratándose de parejas sólidas, maduras y funcionales, la pareja se dispone a buscar alternativas de solución y no permiten que la situación quebrante las bases de su relación. Otra posibilidad, y desafortunadamente la más frecuente, surge en la pareja una serie de emociones relacionadas con la expectativa de ambos respecto de la posibilidad de tener un proyecto de vida con una familia (Antequera Jurado, R, Moreno-Rosset, C. , Jenaro Río C., & Ávila Espada, Á, 2008, pág. 169), (Calero, J. L. & Santana F, 2006, pág. 3), (Moreno, A. & Guerra Díaz D, 2007, pág. 12).

El temor al rechazo de su pareja es una actitud que surge en muchas ocasiones por la creencia de que se es menos hombre o menos mujer por la situación de infertilidad o esterilidad. En ese sentido se pueden generar ideas de temor al abandono o al rechazo, lo que a su vez puede generar un ambiente defensivo u hostil en la relación.

La pareja al comprender que no pueden tener un hijo naturalmente y después de una improductiva y, a veces larga búsqueda del mismo empieza a transitar la crisis de la infertilidad. Esta crisis produce una desorganización interna que genera diferentes estados que, ante la presión social de tener hijos y la propia exigencia, se origina un caos interno que es imposible de controlar, dado que hay una ruptura de una situación de equilibrio y surge la necesidad de establecer un orden o un cambio que no se logra.

En los matrimonios o parejas con estos problemas se pueden escuchar frases tales como: No tenemos un hijo por mi culpa, Dios me castigó o ¿Por qué me pasa esto a mí? que aluden a intensos sentimientos de culpas y reproche, inciden notablemente en la disminución de la autoestima. Pueden producirse conflictos serios en relación a su autoimagen y fuertes sentimientos de desvalorización y autocritica negativa, con fluctuaciones y sensación de vulnerabilidad y desamparo (Gracia, 1988).

Es importante tener en cuenta, que algunas veces, como lo menciona Girolami (2006, pág. 41) las fluctuaciones emocionales son generadas por influencia de la medicación, especialmente las hormonales, como así también elevados montos de

ansiedad y estrés afectan la actividad del eje hipotálamo-hipofisiario-adrenal con una disminución sobre la función reproductora.

La función de un psicólogo, dentro de un equipo de reproducción asistida debe ser principalmente preventiva, para facilitar el aprendizaje de estrategias adaptativas que sirvan como recursos de afrontamientos efectivos para que los ayuden a transitar ese momento. Es importante tener en cuenta que el cuerpo y la mente interactúan permanentemente tanto en la salud como en la enfermedad y en el deseo de tener un hijo, la mente juega un papel importante.

4. Status jurídico del embrión

“El embrión humano es la fusión de dos células altamente especializadas, extraordinariamente dotadas, estructuradas y programadas, llamadas gametos: el óvulo y el espermatozoide. Esta fusión se lleva a cabo durante el proceso de fecundación” (García Fernández D. , 2011, pág. 46). El embrión humano está caracterizado por una nueva y exclusiva estructura informativa que comienza a actuar como una unidad individual. Se puede afirmar que el embrión es la forma más joven de un ser humano.

El profesor Lejeune (1993), catedrático de Genética de la Universidad de la Sorbona, afirma que existe un ser humano desde el momento mismo de la fecundación, desde el instante en que a la célula femenina le llega toda la información que se contiene en el espermatozoide. Aseverando el criterio anterior García Fernández (2009), considera que se es ser humano desde la concepción hasta la muerte.

En este mismo sentido, el Consejo de Europa estableció que la ciencia y el sentido común prueban que la vida humana comienza en el acto de la concepción y que en este mismo momento están presentes en potencia todas las propiedades biológicas y genéticas del ser humano (García Fernández D. , 2011, pág. 46).

El embrión humano es una realidad biológica que representa el inicio de la vida humana, con su propia carga genética que lo distingue como un ser único e irreplicable. No existe transformación esencial por el cual el cigoto, embrión o feto se convierta en algo que no fue desde el momento de su concepción, por tanto, se es ser humano desde la concepción hasta la muerte.

El embrión emerge como ser humano desde la unión del óvulo materno con el espermatozoide. Este pertenece a la misma especie que sus progenitores y está dotado de una constitución genética humana que programa su estructura fisiológica y psicológica, lograda a través del desarrollo continuo de disímiles de genes impresos en el material genético del cigoto (Rodríguez Yunta, 2001, págs. 252-253).

Rojina Villegas (1996), establece que el embrión tiene personalidad antes de nacer, para ciertas consecuencias de derecho, como son: capacidad para heredar, para recibir legados y donaciones. Y para ser heredero, legatario o donatario se requiere tener personalidad jurídica ya que por tales calidades se adquieren derechos patrimoniales. Se pudiera decir que el *nasciturus* está representado por sus padres, pero esta representación descansa en la existencia del representado, de manera que se admite que el embrión humano es persona y que tiene una capacidad mínima para considerarlo sujeto de derechos.

Es de vital importancia a la hora de reconocer su protección jurídica establecer si puede ser considerado como un futuro ser humano distinto de su madre, dotado de un contenido genético propio y característico. Según Zapata Larraín (1988), el embrión es considerado persona al estar dotado de un patrimonio genético distinto al de sus progenitores que lo individualizan y define, creando un nuevo ser, posición que es reconocida por la iglesia católica, otorgándole la condición de ser humano desde el momento de la fecundación.

El término persona se refiere al sujeto capaz de derechos y obligaciones, determinar el momento exacto en que se adquiere esta condición, ha sido objeto de estudio del Derecho Civil. El Código Civil cubano de 1988, regula en su artículo 24 que “la personalidad comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte” (Ley 59, 1987). Un breve análisis del mencionado artículo podría llevar a la conclusión desacertada de que el Código Civil se afilia a la teoría del nacimiento, pero, al interpretar el artículo 25 del mismo, el cual establece que el concebido se tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables a condición de que nazca vivo, se aprecia que se acoge a la teoría ecléctica. El Código Civil cubano de 1988 somete al *nasciturus* a la *conditio iuris* de nacer vivo, posición que niega otorgarle la condición de persona al embrión humano.

A consideración de Valdés Díaz (2013), la condición humana del embrión no conduce necesariamente al reconocimiento del mismo como persona desde el punto de vista jurídico. Deja establecido que la palabra *nasciturus* o concebido y no nacido hace alusión al ente humano producto de la concepción, en el período comprendido desde la fecundación hasta su separación del útero materno, incluyendo la fase embrionaria, como el período fetal.

El sistema legal peruano regula en el artículo número 1 de su Código Civil de 1984, que “la vida humana comienza con la concepción, siendo sujeto de derechos para todo cuanto le favorece, condicionando la atribución de derechos patrimoniales a que nazca vivo” (Código Civil - Decreto Legislativo N° 295, 1984). Esta posición protege su dignidad, integridad física y derecho a la vida, al cerrar firmemente la posibilidad de manipulación e investigación genética con el embrión.

El sistema legal paraguayo en el artículo 28 del Código Civil de 1987, reconoce que desde su concepción tiene capacidad de derecho para adquirir bienes por donación, herencia o legado con la condición de que nazca con vida, aunque fuera por instantes después de estar separado del seno materno (Ley 1183, 1985).

El Derecho, razón de ser de la persona, debe reconocer a todo ser humano, desde la concepción, el estatus jurídico de persona, prescindiendo de las cualidades y características genéticas, físicas y/o intelectuales particulares. Si la vida humana no se protege desde sus comienzos y en todas sus fases de desarrollo, se socava el fundamento de todo derecho (Federico Blasi, 2009, pág. 15).

Son muy variadas las opiniones sobre el estatus jurídico del embrión, de su reconocimiento como persona y por ende como sujeto de derecho, es perceptible la necesidad que reviste la elaboración de un cuerpo legislativo que regule su manipulación. Con independencia de la consideración jurídica que le sea atribuida, éste representa el inicio de la vida humana, por lo que merece la protección y respeto a su integridad, la cual puede verse afectada mediante la manipulación y crioconservación de células pronúcleos.

5. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Cuba

En Cuba no existe una legislación específica que regule la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, pero a pesar de ello hace varios años se ha llevado a cabo esta práctica que permite que muchas parejas que sufren de infertilidad puedan lograr tan anhelado sueño de ser padres. Debido a esta situación resultó necesario la creación del Programa Nacional de Atención a la Pareja Infértil, el cual ha sido modificado en varias ocasiones desde el 2007 hasta el 2012.

Este programa contiene reglamentos, guías y otros documentos aprobados para el funcionamiento de la red en la atención a la pareja infértil en el Sistema Nacional de Salud. Además tiene como objetivo fundamental, normar y protocolizar los procesos y actividades que se vinculan con la atención médica a la infertilidad en el Sistema de Salud Pública Cubano.

Los servicios de reproducción asistida en el Sistema Nacional de Salud están organizados en varios niveles. El primero de ellos es el Nivel Municipal en el que se brinda la atención primaria de salud, en cada municipio del país existe una consulta de infertilidad, que es insertada dentro del Servicio de Planificación Familiar de uno de los policlínicos a la que acudirán las parejas infértiles procedentes de todos los consultorios médicos de su territorio, donde se realizan varios exámenes de primera línea, un examen psicológico, entre otros.

El Nivel Provincial, es el segundo nivel de atención, cada provincia del país contará con un servicio de reproducción humana asistida en centros de baja tecnología, ubicado en un Hospital Gineco-obstétrico o General. En el mismo se dará continuidad a las parejas remitidas del Nivel Primario de Salud, que incluye el resumen de historia clínica y ambos miembros continuarán recibiendo atención en este orden, de manera general o individualizada de ser necesaria.

La Comisión Territorial es la encargada de determinar la conducta posterior a estos pacientes, que pueden ser remitidos a los Centros de Baja Tecnología con condiciones mejoradas o a la Comisión Nacional¹²² para su evaluación integral. Como parte de las estrategias para mantener la vitalidad y funcionamiento del programa fueron creados tres Centros de Baja Tecnología Mejorada (RABTM). En la región occidental, específicamente en Ciudad Habana se creó el Centro de RABTM Hospital G.O. “Ramón González Coro”. En el centro del país se creó en Cienfuegos el Centro de RABTM Hospital general “Gustavo Aldereguía” y en Holguín el Centro de RABTM Hospital General “Vladimir I. Lenin” (Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba, 2012, pág. 8).

Las Comisiones Territoriales están constituidas por varios profesionales de la salud. Entre ellos se encuentran un Ginecólogo que será el jefe de la Comisión, un especialista en Urología, un Psiquiatra o Psicólogo y un especialista en Endocrinología o Medicina Interna con entrenamiento en Endocrinología. Además, mantienen colaboración mediante convenios de trabajo con otras especialidades como Inmunólogos, Genetistas, entre otros.

El programa abarca también una serie de protocolos encaminados a la atención en cada uno de los niveles mencionados anteriormente, de igual forma indica acciones específicas para la prevención de la infertilidad, ya sea masculina o femenina. Contiene una serie de mecanismos en los cuales el equipo multidisciplinario tratante de la pareja se guía para llevar a cabo la aplicación de las técnicas desde su comienzo y así lograr el objetivo que se propone la pareja al iniciar estos procedimientos.

El artículo 6 del citado documento, establece que las técnicas se realizarán a las parejas que han dado su consentimiento de forma expresa y por escrito, a través de un proceso activo de elección informada que contenga aspectos dentro de los cuales no se incluyen los legales. Dispone además en su artículo 8 que “la crioconservación de gametos, dentro de las que entra la fecundación *post mortem*, estará sujeta al estricto cumplimiento de los términos firmados en un contrato establecido a estos fines” (Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba, 2012, pág. 9). Por tanto, el Programa de Salud debe incluir la autorización o consentimiento mediante escritura pública notarial, debido a que actualmente solo reconoce la relación médico paciente, obviando todas las consecuencias legales que puede traer aparejado.

A pesar, que la creación del Programa Nacional de Atención a la Pareja Infértil ha servido de guía para los profesionales que llevan a cabo cada día la tarea de ayudar a las parejas infértiles a tener sus hijos no suple todas las lagunas en el orden jurídico que existen en este momento en Cuba como resultado de la aplicación de estas técnicas. Es necesario la implementación de una ley que contemple todos los vacíos legislativos resultantes de la práctica de estos novedosos procedimientos que con el desarrollo de la ciencia y la tecnología en un futuro puedan surgir.

Resultados de investigación:

La investigación permitió establecer pautas doctrinales para el estudio de las técnicas de reproducción humana asistida a través de la recolección de un material bibliográfico actualizado desde el punto de vista doctrinal y legislativo que brinde una amplia panorámica sobre el tratamiento que se le brinda, desde el punto de vista jurídico, a las técnicas de reproducción humana asistida.

Más aún permitió aportar propuestas normativas de *lege ferenda* que demostraron la necesidad de la aprobación de una norma jurídica de carácter especial que regule lo relativo a las implicaciones principales de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico cubano, para la realización de esta propuesta se estableció un estudio teórico y normativo de las normas cubanas, en aras de que lo propuesto no contravenga en sentido alguno lo legislado.

Propuesta Normativa de Lege Ferenda- Aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico cubano.

Capítulo I

Disposiciones Generales

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación

1.1 Esta ley tiene por objeto regular la aplicación de las técnicas de reproducciones humanas asistidas acreditadas científicamente y clínicamente indicadas, así como la regulación jurídica de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y embriones humanos crioconservados en la República de Cuba.

1.2 Las técnicas de reproducción humana asistida se realizarán cuando otros tratamientos de infertilidad hayan fallado o no exista otra posibilidad de tratamiento, y sólo cuando hubiera probabilidad de éxito y no existan riesgos notables que pudiesen afectar negativamente la salud y bienestar de la madre y del futuro niño o niña.

1.3 Se prohíbe:

- a) La clonación en seres humanos con fines reproductivos.
- b) La transferencia de un embrión humano al útero de cualquier otra especie o viceversa.
- c) La fecundación de un gameto humano con los de otra especie con fines reproductivos.

Artículo 2. De la Reproducción Humana Asistida

2.1. A los efectos de esta ley se entenderá por técnica de reproducción humana asistida al conjunto de procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos realizados con asistencia médica con el objetivo de procrear un ser humano prescindiendo del acto coital de la pareja.

2.2. Estos procedimientos se clasifican en:

- a) Inseminación artificial: consiste en introducir en el interior del tracto reproductor femenino los espermatozoides, para acortar la distancia que deben recorrer éstos hasta llegar al ovocito.
- b) Fecundación *in vitro*: consiste en la extracción del ovocito femenino para fecundarlo con los espermatozoides obtenidos previamente del hombre. Si ocurre la fecundación y se desarrollan embriones, estos son transferidos de preferencia al útero.
- c) La microinyección intracitoplasmática: consiste en la inyección de un solo espermatozoide dentro del ovocito, permite que el espermatozoide pueda ser introducido dentro del óvulo con ayuda de unos finos microcapilares haciendo que fecunde.

Artículo 3. Usuarios

3.1. Podrán ser usuarios de las técnicas reguladas en esta ley:

- a) Toda mujer mayor de 18 años, con plena capacidad de obrar según el artículo 29, inciso a, del Código Civil cubano, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa, con independencia de su estado civil y orientación sexual.
- b) Las parejas unidas en matrimonio formalizado y las unidas sin formalización, que se comprometan con el proceder para lograr la fertilidad y cumplan con los requisitos de maternidad y paternidad responsables, según lo establecido en el Código de Familia.

3.2. Si la mujer estuviera casada o unida sin formalización, se precisará además el consentimiento de su marido o pareja, que debe reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.

Artículo 4. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas

4.1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia.

4.2. Serán evaluados todos los casos por un equipo multidisciplinario, partiendo de un enfoque integral (biológico, psicológico y social), y determinando aquellos que presenten condiciones que potencialmente puedan invalidar su capacidad para asumir el proceso de la reproducción asistida y la maternidad o paternidad responsables.

4.3. La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas en que se lleve a cabo su aplicación.

4.4. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria y dicha pretensión deberá atenderse.

Artículo 5. Donación y contratos de donación

5.1. La donación de gametos y/o embriones para la reproducción asistida debe ser voluntaria y previo consentimiento notificado de forma expresa y por escrito, a través de un proceso activo de elección informada.

5.2. Los donantes deberán tener más de 18 años de edad, buen estado de salud física, psíquica y plena capacidad de obrar.

5.3. La donación de gametos se llevará a cabo mediante un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.

5.4. En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen solo podrá realizarse por el equipo multidisciplinario que aplica la técnica. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los Bancos de Gametos.

5.5. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información de los donantes siempre que no incluya su identidad, solo excepcionalmente en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo se podrá revelar la identidad del donante.

5.6. La revelación de la identidad del donante en ningún supuesto implica determinación legal de la filiación, por tanto, no conllevará a demandas de filiación, reconocimiento de paternidad, demandas de alimentos, ni proceso de naturaleza similar.

Artículo 6. Gestación por sustitución

6.1. Será nulo el contrato por el que se pacte la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

6.2. La filiación de los hijos nacidos de gestación por sustitución no será determinada por el parto, debido a que la condición de madre gestora no siempre coincide con madre biológica, analizándose cada supuesto por parte del tribunal competente.

6.3. Es posible la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

6.4. Con excepción a lo dispuesto en los apartados anteriores, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, podrá acordar con otra mujer de forma gratuita la implantación y gestación el embrión propio. La incapacidad deberá ser diagnosticada por el equipo tratante el cual deberá elevar un informe a la Comisión Nacional para su conocimiento, la que evaluará si dicha situación cumple las condiciones establecidas.

6.5. En el caso previsto como excepción en el artículo 6.4 de la presente ley, la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la gestación por sustitución.

Artículo 7. Filiación

7.1. Ni la mujer progeneradora, ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con semen de donante, podrán impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de la fecundación.

7.2. Podrá determinarse legalmente la filiación con el marido fallecido cuando el material reproductor de este se halle en el útero de la mujer en la fecha de su muerte, o cuando el óvulo esté fertilizado en la probeta para luego ser transferido al útero materno.

7.3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento en escritura pública o testamento, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer.

7.4. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el apartado anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

Artículo 8. Crioconservación de gametos

8.1. Cuando una persona, autorice la crioconservación de gametos para su propio uso futuro, estará sujeta al estricto cumplimiento de los términos firmados en un contrato establecido a estos fines.

8.2. Los gametos no serán almacenados por un período superior al que se estime que pueda ocasionar deterioro de los mismos y riesgos para la descendencia, el cual será especificado en dicho contrato.

Artículo 9. Investigación con gametos

9.1. La investigación con gametos no transferidos está permitida si:

- a) La madre y el padre han dado su consentimiento.
- b) El Comité de Ética de Investigación ha aprobado la investigación.

9.2. Los gametos podrán ser utilizados de manera independientes con fines de investigación solamente si el estudio se encaminase a descartar una enfermedad seria o anomalía en el futuro hijo y si las condiciones a) y b) mencionadas en el apartado anterior se cumplieren.

9.3. Los gametos utilizados en investigación o experimentación no podrán utilizarse para su transferencia a la mujer ni para originar preembriones con fines de procreación.

Artículo 10. Clínicas de reproducción asistida y equipos multidisciplinarios

10.1. Se considera clínicas de reproducción asistida a los establecimientos habilitados para la realización de las técnicas, así como los bancos de recepción, conservación y distribución del material genético humano. En todos los casos estarán regidos por las leyes especiales de Salud Pública y sometidos al control del Ministerio de Salud Pública.

10.2. Los equipos multidisciplinarios que trabajen en los establecimientos que se refiere el apartado anterior están conformados por cuatro profesionales de la salud:

- a) Un Ginecólogo que será el Jefe de la Comisión.
- b) Un especialista en Urología que esté capacitado en Andrología.
- c) Un Psiquiatra o Psicólogo.

d) Un especialista en Endocrinología o Medicina Interna con entrenamiento en Endocrinología.
10.3. Los equipos multidisciplinarios están obligados a llevar una historia clínica con todas las referencias exigibles sobre los cedentes y usuarios de estas técnicas, así como los consentimientos firmados para la realización de las mismas o para la cesión del material genético.

Artículo 11. Asuntos éticos:

11.1. Los Principios de Ética Médica y el Código de Ética de los Trabajadores de la Ciencia en Cuba son de obligatorio cumplimiento para todos los profesionales que laboren en los Centros y Servicios de Reproducción Asistida.

11.2. La formulación de cargos contra otros colegas debe hacerse de buena fe y sólo inspirada en el celo por el mantenimiento de la probidad y honor profesional. A los efectos de su consideración, toda denuncia debe ser concreta y basarse en un hecho punible, desde el punto de vista moral o legal.

11.3. Los pacientes y las personas que legalmente puedan representarlos podrán también formular cargos contra profesionales que violen las regulaciones éticas y/o legales relacionadas con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

11.4. La violación de los principios y normas éticas establecidos en este documento debe ser conocida por el colectivo de trabajo donde el infractor desempeña su actividad científica, y en ese marco será analizada por el Comité de Ética de Investigación para dictaminar la gravedad de la falta cometida, lo que permitirá a la Institución y a la Sociedad Científica a la que pertenece tomar las medidas establecidas que permitan la corrección de la trasgresión.

Artículo 12 Consecuencias legales del incumplimiento de lo dispuesto

12.1. En caso de que exista una violación de lo dispuesto en la presente ley se procederá a exigir la responsabilidad penal correspondiente.

12.2. La sanción penal no eximirá al infractor del cumplimiento de la responsabilidad civil, si esta procede de acuerdo a lo establecido en el Código Civil cubano.

Fuente: Construcción propia. Propuesta de las autoras – resultado de la investigación.

Conclusiones

Las técnicas de reproducción humana asistida surgieron como consecuencia de los avances científicos médicos, consistiendo en la manipulación de los gametos y embriones a través de diversos procedimientos con la finalidad de permitir la maternidad o paternidad a personas que de otro modo no pueden hacerlo. La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida ha conllevado a análisis teológicos, morales, éticos, psicológicos y jurídicos, sobre sus efectos y repercusiones.

El reconocimiento del embrión como persona y sujeto de derecho ha polemizado la consideración jurídica que le es atribuida y la protección y respeto a su integridad, mediante la prohibición de la manipulación y crioconservación de células pronúcleos.

Constituye una necesidad imperiosa en el ordenamiento jurídico cubano, la implementación de una ley especial que brinde un tratamiento adecuado sobre la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, a fin de iluminar

la oscuridad jurídica en la que se encuentran para prevenir las consecuencias éticas, morales, psicológicas y legales que su evolución pudiera ocasionar.

El reconocimiento jurídico de los preceptos legales propuestos implicaría la inclusión de presupuestos normativos que reconozcan como delito en el Código Penal cubano el incumplimiento de lo dispuesto en esta ley especial.

Referencias

- Antequera Jurado, R, Moreno-Rosset, C. , Jenaro Río C., & Ávila Espada, Á. (2008). Principales trastornos psicológicos asociados a la infertilidad. *Revista Papeles del Psicólogo*, 29(2), 167-175. Obtenido de <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1583.pdf>
- Arévalo Vargas, A. , & Pineda Rubiano, J. P. . (2013). Una nueva perspectiva para las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia. (*Tesis de postgrado*). Bogotá D.C, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Obtenido de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/15353/ArevaloVargasAngela2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Awad Cucalón, M. I, & de Narváez Cano, M. . (2001). Aspectos jurídicos en las técnicas de reproducción asistida humana en Colombia. (*Tesis de Pregrado*). Bogotá D.C, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Obtenido de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis02.pdf>
- Banda Vergara, A. (1998). Dignidad de la persona y reproducción humana asistida. *Revista de Derecho Valdivia*, 9(1), 7-42. Obtenido de http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200001&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- Bernal Camargo, D. (2009). Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Maternidad Subrogada y Derecho de Familia. *Revista Republicana*(6), 15-30. Obtenido de <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/06/1-TECNICAS-DE-DIANA.pdf>
- Brugo-Olmedo, S., Chillik C, & Kopelman, S. . (2003). Definición y causas de la infertilidad. *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, 54(4), 227-248. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v54n4/v54n4a03.pdf>
- Calero, J. L. , & Santana F. (2006). La infertilidad como evento de frustración personal. Reflexiones de un grupo de varones de parejas infértiles. *Revista Cubana de Endocrinología*, 17(1), 1-14. Obtenido de <http://scielo.sld.cu/pdf/end/v17n1/end02106.pdf>
- Canessa Vilcahuamán, R. H. (2008). Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana. (*Tesis de postgrado*).

- Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Obtenido de <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/192>
- Cárcaba Fernández, M. (1995). *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana* (1 ed.). Barcelona, España: Editorial José María Bosch.
- Castán Tobeñas, J. (1942). *Derecho Civil Español, Común y Foral* (9 ed.). Madrid, España: Instituto Editorial Reus, S.A. Obtenido de https://www.editorialreus.es/static/pdf/primeraspaginas_9788429018325_Derechocivilforal_castan.pdf
- Código Civil - Decreto Legislativo N° 295. (24 de junio de 1984). Congreso de la República. Lima, Perú: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Obtenido de <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf>
- Colectivo de autores. (2007). *Temas de Medicina Legal para estudiantes de Derecho* (1 ed.). La Habana, Cuba: Editorial Poligráfica Universitaria Félix Varela.
- Congregación para la Doctrina de la Fe. (1991). *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Ediciones Paulianas. Obtenido de <https://www.bioeticaweb.com/instrucciasn-sobre-el-respeto-de-la-vida-humana-naciente-y-la-dignidad-de-la-procreaciasn-donumvitae-22-feb-1987/>
- Corral Talciani, H. (1992). Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 19(3), 439-460. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649707.pdf>
- De la Iglesia Monje, M. I. (2011). Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 725, 1668-1678. Obtenido de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/gestacion-ordenamiento-nacidos-extranjero-318163955>
- Federico Blasi, G. (2009). ¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario. *Revista Persona, Derecho y Libertad*, 95-120. Obtenido de <http://circulodoxa.org/documentos/Cual%20es%20el%20estatus%20juridico%20del%20embrion%20humano.pdf>
- García Fernández, D. (2009). El embrión humano o nasciturus como sujeto de derechos. *Revista USCS*, 17, 92. Obtenido de http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/886/738
- García Fernández, D. (2011). Protección jurídica del embrión humano. *Revista Etbio*, 1(1), 44-46. Obtenido de https://nanopdf.com/download/proteccion-juridica-del-embrion-humano_pdf
- García, M., Elizarrri Basterra, F., & Rubio, M. (1987). *El Don de la vida, Ética de la procreación de la vida*. Madrid, España: Editorial PS.

- García-Moreno Marchán, R. (2010). Diagnostico de infertilidad. estudio de la pareja infértil. *Revista Médica Clínica Las Condes*, 21(3), 363-367. doi:DOI: 10.1016/S0716-8640(10)70546-0
- Germán Zurriarain, R. (2011). Técnicas de Reproducción Humana Asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el Derecho Comparado. *Revista Cuadernos Bioéticos*, 22(75), 201-214. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87519895005>
- Girolami, M. (2006). Influencia de los aspectos psicológicos en un tratamiento de reproducción asistida. *Revista Samer*(6), 39-42. Obtenido de [samer.org.ar: http://www.samer.org.ar/revista/numeros/2006/n1/6_influencia_psicologica.pdf](http://www.samer.org.ar/revista/numeros/2006/n1/6_influencia_psicologica.pdf)
- Gracia, D. (1988). *Procreación humana asistida, aspectos técnicos, éticos y legales* (11 ed.). Madrid, España: Editorial Universidad Pontificia.
- Guahon, S, Iovanna, M, & Somer, M. (2006). *Reproducción humana asistida: una perspectiva biojurídica*. Recuperado el 3 de 4 de 2019, de <http://ar.vlex.com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/vid/reproduccion-asistida-perspectiva-biojuridica-26542439>.
- Guzmán Ávalos, A. (2001). *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modo de filiación* (1 ed.). Xalapa, México: Editorial UV.
- Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, 24, 76-91. doi:Doi: <https://doi.org/10.1344/rbd2012.24.7610>
- Lejeune, J. (1993). *¿Qué es el embrión humano?* (1 ed.). Madrid, España: Ediciones Rialp.
- León García, M. , & Ruipérez, V. (2012). Aplicaciones de ayuno acordeón en infertilidad. *Revista Medicina Naturalista*, 6(2), 41-45. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3974432>
- Ley 1183. (18 de diciembre de 1985). Congreso de la Nación Paraguaya. *Código Civil de Paraguay*. Asunción, Paraguay. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay.pdf
- Ley 19167. (22 de noviembre de 2013). Asamblea General de la República Oriental del Uruguay. *Regulación de las técnicas de reproducción humana asistida*. Montevideo, Uruguay. Obtenido de <http://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3691970.htm>
- Ley 26 862. (25 de junio de 2013). Congreso de la República. *Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida*. Buenos Aires, Argentina. Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>
- Ley 59. (16 de julio de 1987). Asamblea Nacional del Poder Popular. *Código Civil de la República de Cuba*. La Habana, Cuba. Obtenido de <http://www.informatica-juridica.com/codigo/codigo-civil-de-cuba-ley-no-59/>

- Loyarte, D., & Rotonda, A. (1995). *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*. Buenos Aires, Argentina: Editorial De Palma.
- Martínez Calcerrada, L. (1989). *La nueva inseminación artificial. Estudio de la Ley de 22 de noviembre 1988* (1 ed.). España: Derecho Tecnológico.
- Matallín Evangelio, P. (7 de febrero de 2017). *Las técnicas de reproducción asistida en la sociedad actual*. Recuperado el 15 de 6 de 2019, de diarioinformacion.com: <http://www.diarioinformacion.com/vida-y-estilo/salud/2017/02/04/tecnicas-reproduccion-asistida-sociedad-actual/1856642.html>
- Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba. (2012). *Programa Nacional de Atención a la Pareja Infértil*. Cuba.
- Monroy, J. P. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. *Revista Verba Iuris*(30), 135-150. doi:<https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.30.2162>
- Montes de Oca Milán, K. (2009). Implicaciones ético-legales de la aplicación de la fertilización in vitro y transferencia embrionaria. Cuba: Universidad de La Habana.
- Moreno, A., & Guerra Díaz D. (2007). Procesos emocionales en paciente sometidos a las técnicas de reproducción asistida. En G. d. Psicología, *Guías de evaluación, consejo, apoyo e intervención* (págs. 11-18). Madrid, España: Sociedad Española de Fertilidad. Obtenido de <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/psico/guia1.PDF>
- Pérez Duarte, A. E. (1990). *Derecho de Familia*. México D.F, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Proyecto de Ley. (2001). *Regulación de las técnicas de reproducción humana asistida de 2001 en Perú*. Recuperado el 3 de 6 de 2019, de <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/C0E57568E22D461F05256D25005D9FED?opendocument>
- Rivera, J. C. (2004). *Instituciones de Derecho Civil: Parte General* (6 ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot.
- Rodríguez Corría, R. (2002). Las técnicas de reproducción asistida. Un reto moral y jurídico. *XXII Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Cuba.
- Rodríguez Yunta, E. (2001). Derechos del cigoto desde una perspectiva biológica y metafísica. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 28(2), 263-270. Obtenido de https://www.jstor.org/stable/41613182?seq=1#page_scan_tab_contents
- Rojina Villegas, R. (1996). *Derecho Civil Mexicano*. México D.F, México: Porrúa.
- Rozas Vial, F. (1989). Problemas jurídicos y morales que plantean la inseminación artificial y la fecundación in vitro. *Revista Chilena de Derecho*, 16(3), 725-751. Obtenido de <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/16994/000304616.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Sánchez Arísti, R. (2010). La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos. *Revista Humanitas Humanidades Médicas*(49), 1-38. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6709461>
- Santa Biblia. (750). *Libro primero de Moisés: Génesis 1:27* (1 ed.). Oriente Medio: Edición original en hebreo.
- Santamaría Solís, L. (2000). Técnicas de Reproducción Asistida, Aspectos Bioéticos. *Cuadernos de bioética*(1), 37-47. Obtenido de <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Silva, H. (2012). *Fecundación Artificial. Problemas médico-legales y penales* (1 ed.). Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Obtenido de <https://doctrina.vlex.cl/vid/fecundacion-artificial-legales-penales-367247454>
- Sociedad Española de Fertilidad. (2012). *Saber más sobre Fertilidad y Reproducción Asistida*. Recuperado el 3 de 9 de 2018, de serfertilidad.net: https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf
- Tarasco Michel, M, & Bach, J. M. . (2002). *Reproducción Asistida* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Ediciones internacionales universitaria.
- Valdés Díaz, C. C. (2013). *Comentarios al Código Civil cubano* (1 ed.). La Habana, Cuba: Editorial Félix Varela Universitaria.
- Varsi Rospigliosi, E. (1995). *Derecho Genético, Principios Generales* (1 ed.). Lima, Perú: Editora Normas Legales. Obtenido de <http://repositorio.ulima.edu.pe/handle/ulima/5085>
- Vásquez Lepe, M. Á. (1999). ¿Es la manipulación genética de embriones un atentado contra nuestra constitución? *Revista Chilena de Derecho Privado*, 26(4), 967-1039. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650046>
- Zapata Larraín, P. (1988). Persona y embrión humano. Nuevos retos legales y su solución en el Derecho Chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 15, 379. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649582.pdf>

Jesús Alexander Pinillos Villamizar - Agustín Ochoa Torres
Gloria Milena Nariño Vila - Marle Yanedt Arévalo Botello

Características y análisis del recaudo del impuesto de industria y comercio vigencia 2017 en Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario, Norte de Santander, Colombia*

Characteristics and analysis of the collection of the industry and
commerce tax in force 2017 in Cúcuta, Los Patios and Villa del Rosario,
Norte de Santander, Colombia

Recibido: Diciembre 10 de 2018 - Evaluado: Febrero 06 de 2019 - Aceptado: Marzo 16 de 2019

Jesús Alexander Pinillos Villamizar**
Agustín Ochoa Torres***
Gloria Milena Nariño Vila****
Marle Yanedt Arévalo Botello*****

-
- * Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto resultado del proyecto de investigación denominado “Análisis del recaudo del impuesto de industria y comercio vigencia 2017 en Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario, Norte de Santander, Colombia”, y del proyecto de investigación Derecho tributario, procedimiento y régimen sancionatorio, realizado al interior de Grupo de Investigación.
- ** Contador Público, egresado de la Universidad Libre de Colombia Seccional Cúcuta (2013), Especialista en Tributaria de la Universidad Libre de Colombia Seccional Cúcuta (2014), Especialista en Gerencia Financiera de la Universidad Libre de Colombia Seccional Cúcuta (2015), Magister en Tributación y Política Fiscal de la Universidad de Medellín (2018). Estudiante especialización en Revisoría Fiscal Universidad Libre de Colombia Seccional Cúcuta (2019). Investigador, docente universitario y asesor contable, tributario y financiero. Miembro del grupo de investigación Competitividad y Sostenibilidad para el Desarrollo de la Universidad Libre seccional Cúcuta.
Correo electrónico de contacto: alexander.pinillosv@unilibre.edu.co.
- *** Contador Público (Universidad Francisco de Paula Santander), Magister en Gerencia de Empresas Mención Finanzas (Universidad Nacional y Experimental del Táchira). Doctorando en Contabilidad y Finanzas Corporativas (Universidad de Valencia - España). Jefe de Área Profesional del Programa de Contaduría Pública de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Docente Investigador Universidad Libre Seccional Cúcuta, Grupo de investigación Competitividad y Sostenibilidad para el Desarrollo. Correo electrónico de contacto: agustin.ochoa@unilibre.edu.co. Contador Público (Universidad Francisco de Paula Santander), Magister en Gerencia de Empresas Mención Finanzas (Universidad Nacional y Experimental del Táchira). Doctorando en Contabilidad y Finanzas Corporativas (Universidad de Valencia - España). Jefe de Área Profesional del Programa de Contaduría Pública de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Docente Investigador Universidad Libre Seccional Cúcuta, Grupo de investigación Competitividad y Sostenibilidad para el Desarrollo.
Correo electrónico de contacto: agustin.ochoa@unilibre.edu.co.
- **** Contador público de la Universidad Inca de Colombia, estudiante de especialización en tributaria de la Universidad Libre – Seccional Cúcuta.
- ***** Contador público de la Universidad Libre – Seccional Cúcuta, Especialista en Revisoría Fiscal y Contraloría de la Uniremington, Estudiante de la especialización en tributaria de la Universidad Libre – Seccional Cúcuta.

Para citar este artículo / To cite this article

Pinillos Villamizar, J. A., Ochoa Torres, A., Nariño Vila, G. M. & Arévalo Botello, M. Y. (2019) Características y análisis del recaudo del impuesto de industria y comercio vigencia 2017 en Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario, Norte de Santander, Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 10(19), 261-288.

Resumen: Este trabajo tuvo por objeto el análisis del recaudo y caracterización del impuesto de Industria y Comercio y del mecanismo de recaudo acelerado en los municipios de Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario (Norte de Santander), durante la vigencia fiscal 2017. La metodología se basó en un tipo de investigación descriptiva-documental con enfoque cuantitativo, conformada por la revisión bibliográfica, el análisis de las características de la normatividad demostró que la aplicación del impuesto es similar en los tres municipios, ya que se definen con claridad los elementos del gravamen y parte de la realización directa o indirecta de cualquier actividad económica. De igual forma se identificaron políticas de recaudo similares en lo relacionado con descuentos por pronto pago, amnistías y cobro coactivo, hallando también diferencias en cuanto al uso de estrategias de comunicación con la comunidad, lo cual ha favorecido el pago del tributo y la recuperación de la cartera morosa. Por último, se propusieron estrategias que permitirán mejorar el recaudo del impuesto de industria y comercio en estos municipios.

Palabras clave: Finanzas Municipales, Tributación, Impuesto de Industria y Comercio, Recaudo anticipado.

Abstract: The purpose of this work was to analyze the collection and characterization of the Industry and Commerce tax and the accelerated collection mechanism in the municipalities of Cúcuta, Los Patios and Villa del Rosario (North of Santander), during 2017. The methodology is based on a descriptive-documentary research with a quantitative approach, made up of the bibliographic review, the analysis of the normativity characteristics showed that the application of the tax is similar in the three municipalities, since the elements of the assessment are clearly defined and part of the direct or indirect realization of any economic activity. Similarly, similar collection policies were identified regarding discounts for prompt payment, amnesties and coercive collection, also finding differences in the use of communication strategies with the community, which has facilitate the payment of the tax and the recovery of defaulters. Finally, strategies were proposed to improve the collection of industry and commerce tax in these municipalities.

Key words: Municipal Finance, Taxation, Industry and Commerce Tax, Early Collection.

Resumo: O objetivo deste trabalho foi analisar a recolha e caracterização do imposto sobre a indústria e o comércio e o mecanismo de recolha acelerada nos municípios de Cúcuta, Los Patios e Villa del Rosario (Norte de Santander), durante o ano fiscal de 2017. A metodologia foi baseada em um tipo de pesquisa descritivo-documentário com uma

abordagem quantitativa, em conformidade com a revisão bibliográfica, a análise das características dos regulamentos mostrou que a aplicação do imposto é semelhante nos três municípios, uma vez que os elementos do imposto são claramente definidos e parte do desempenho direto ou indireto de qualquer atividade econômica. Da mesma forma, foram identificadas políticas de cobrança semelhantes em relação aos descontos para pagamento antecipado, anistias e cobrança coerciva, encontrando também diferenças no uso de estratégias de comunicação com a comunidade, o que tem favorecido o pagamento do imposto e a recuperação da carteira inadimplente. Finalmente, foram propostas estratégias para melhorar a cobrança de impostos sobre a indústria e o comércio nestes municípios.

Palavras chave: Finanzas Municipais, Fiscalidade, Indústria e Comércio Fiscal, Cobrança antecipada.

Résumé: Le but de cet article était d'analyser la collecte et la caractérisation de l'impôt de l'industrie et du commerce et le mécanisme de collecte accélérée dans les municipalités de Cúcuta, Los Patios et Villa del Rosario (Norte de Santander), pendant l'année fiscale 2017. La méthodologie était basée sur un type de recherche descriptive-documentaire avec une approche quantitative, conforme à la revue bibliographique, l'analyse des caractéristiques de la réglementation a montré que l'application de la taxe est similaire dans les trois municipalités, puisque les éléments de la taxe sont clairement définis et font partie de la performance directe ou indirecte d'une activité économique. De même, des politiques de recouvrement similaires ont été identifiées en ce qui concerne les escomptes pour paiement anticipé, les amnisties et le recouvrement coercitif, ainsi que des différences dans l'utilisation des stratégies de communication avec la communauté, ce qui a favorisé le paiement de l'impôt et le recouvrement du portefeuille en souffrance. Enfin, des stratégies ont été proposées pour améliorer la perception des taxes industrielles et commerciales dans ces municipalités.

Mots-clés: Finances municipales, Fiscalité, Impôt sur l'industrie et le commerce, Recouvrement anticipé.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Esquema de resolución - 1. El impuesto de industria y comercio en los municipios de Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario. 2. Principales políticas implementadas para mejorar el recaudo del impuesto de industria y comercio (ICA). 3. Resultados obtenidos en el recaudo del impuesto. 3.1 Recaudo del impuesto de Industria y comercio y el mecanismo anticipado del impuesto (Reteica) en el municipio de Villa del Rosario vigencia 2014 al 2017. 3.2. Recaudo del impuesto de Industria y comercio y el mecanismo anticipado del impuesto (Reteica) en el municipio de Los Patios vigencia 2014 al 2017 3.3 Recaudo del impuesto de Industria y comercio y el mecanismo anticipado del impuesto (Reteica) en el municipio de Cúcuta vigencia 2014 al 2017. - Conclusiones. Referencias.

Introducción

Con el origen de los impuestos indirectos, se constituyen los primeros lineamientos del impuesto de industria y comercio. Es así como los impuestos indirectos recaían sobre una industria o actividad determinada, o sobre el intercambio de mercancías entre España y América, entre ésta y la metrópoli, o al interior de las colonias (Lara Alfonso & Rodríguez Hernández, 2006).

Por su parte la descentralización en Colombia se diseñó, entre otras razones, como una herramienta que buscó fortalecer a los entes territoriales para responder a los retos y demandas de la ciudadanía por más y mejores servicios de una manera eficiente y equitativa (Zapata, Acosta, & Gonzalez, 2001).

A nivel teórico se han identificado algunos posibles efectos de la descentralización, y en particular de los sistemas de transferencias de recursos del gobierno central hacia los gobiernos locales. Estos pueden servir como marco de referencia para evaluar el resultado del proceso de descentralización de un país, particularmente el efecto de las transferencias sobre la generación de ingresos tributarios en los entes locales (Cadena, 2002).

De acuerdo a lo anterior se afirma que las entidades territoriales en Colombia afrontan diversos problemas de financiamiento que les impiden cumplir con sus diferentes obligaciones y responsabilidades a nivel social, producto de la gran dependencia de la mayoría de los municipios y departamentos en las transferencias del nivel central, a pesar de la descentralización, motivo por el cual la tributación es una fuente importante de ingresos que vale la pena revisar a la luz de obtener mayores recursos (Cubides Duran, 2018).

Las finanzas nacionales en sus diversas dimensiones territoriales están sustentadas principalmente en el recaudo de tributos, por ello, se hallan en el ordenamiento jurídico impuestos del orden nacional y territorial, los cuales gravan por citar algunas, las ganancias, la riqueza, el consumo, la propiedad y el desarrollo de actividades industriales, comerciales y de servicios. Para esto, se definen políticas fiscales y se desarrollan diversas estrategias que le permiten al Estado mejorar los niveles de recaudo y cubrir un mayor número de contribuyentes, observando siempre los principios de equidad y justicia; esto, con la intención de no hacer más gravosas las cargas a los que efectivamente contribuyen, ya sea con aumento en tarifas, las disminuciones en las bases gravables o la creación de nuevos impuestos (Barragan Linares, 2007).

Por ende, los impuestos son uno de los instrumentos de mayor importancia con el que cuenta el Estado para promover el desarrollo económico, sobre todo porque a través de éstos se puede influir en los niveles de asignación del ingreso

entre la población, ya sea mediante un determinado nivel de tributación entre los distintos estratos o, a través del gasto (Martínez Rojas, Díaz Sierra, & Villasmil Molero, 2017).

De igual forma y de acuerdo con Pinillos (2018) es importante remarcar que un sistema tributario eficiente le puede aportar grandes soluciones a la problemática de la obtención de recursos del estado, sin embargo, se debe contar con una buena política de distribución del ingreso, de tal forma que se llegue a los sectores con más necesidades.

Al respecto, Stiglitz (1988) indica que el nivel de tributación puede generar desigualdad entre las regiones y municipios, aunque también anima a las personas a desplazarse de un lugar a otro para eludir el impuesto sobre los ingresos. Por su parte Niño (2006), Gutiérrez, Rodríguez & Castro (2000) y Gutiérrez & Guzmán (2000), concuerdan en que los impuestos tienen una incidencia sobre la movilidad de las personas, pero para Musgrave & Musgrave (1992) también afecta a las empresas por los precios de los productos.

A pesar de esto, los entes territoriales deben consolidar una política fiscal eficiente para garantizar mayor autonomía presupuestal, gobernabilidad y para el desarrollo de las políticas públicas. Sin embargo, esta situación se choca con la realidad puesto que las cifras del recaudo han estado por debajo de las expectativas, lo que ha llevado a las administraciones municipales a plantear diferentes estrategias para fomentar el pago oportuno y el pago del tributo. El Banco de la República (citado por Iregui, (2010)) ha determinado que los recaudos de impuestos “pueden verse afectados por una serie de factores económicos, políticos, geográficos e institucionales” (Banco de la República de Colombia, 2006, pág. 1), mientras que Villavecer (2012) indica que la falta de pago por parte de los sujetos pasivos del impuesto se debe a la falta de credibilidad en los políticos de turno, por las diferencias partidistas, la violencia, la falta de interés por los mismos gobiernos municipales, las relaciones entre los gobernantes y grupos armados ilegales o con narcotraficantes y la corrupción.

Al observar la estructura financiera del Municipio de Cúcuta y de los municipios del área metropolitana como son Los Patios y Villa del Rosario, se evidencia que dentro de las fuentes de financiación más representativas se encuentra el recaudo del impuesto de Industria y Comercio y su complementario de avisos y tableros, el cual está constituido por el ejercicio o realización directa o indirecta de cualquier actividad industrial, comercial o de servicios, incluidas en el sector financiero en la jurisdicción de cada municipio, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmueble determinado, con establecimientos de comercio o sin ellos.

Es este sentido, en el presupuesto de ingresos del municipio de Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario se evidencia la dependencia de recursos del gobierno central e igualmente, que el recaudo de ingresos propios está por debajo de su potencial. Sin lugar a duda es esta una situación grave para las finanzas públicas de estos municipios, lo cual origina menor eficacia en el recaudo por los recursos que deben invertir cobrar los impuestos del territorio. A pesar de que desde el año 2013 se han adoptado estrategias para contrarrestar la evasión del impuesto de industria y comercio por medio de la alianza con la Cámara de Comercio de Cúcuta, se han logrado compartir bases de datos e identificar omisos en ICA, pero lograr el cumplimiento de los deberes formales de declaración y pago del impuesto es demorado y requiere esfuerzos institucionales para lograr la meta total.

Pese a que en los últimos años se ha aumentado el recaudo y en el año 2017 se registraron las metas más altas de recaudo de impuestos de industria y comercio en 4 años (ver tabla 2, 3 y 4), persiste la incultura de pago en la ciudad (La Opinión, 2017), por lo que se han tenido que implementar estrategias adicionales para lograr mayores niveles de recaudo, otorgando amnistías en el cobro de intereses de mora y aplicando los procesos de embargo para que los contribuyentes se pongan al día con sus responsabilidades.

Adicional a lo anterior es importante contemplar que el cierre de la frontera se ha mitigado el impacto negativo que sobre la economía local genera fenómenos como el contrabando (de combustibles, productos alimenticios y de aseo, entre otros), sin embargo, los individuos que lo tenían como principal fuente de ingresos, han entrado a engrosar las filas de desempleo (desocupación), obligándose a buscar otras alternativas que les permita el sostenimiento propio y el de sus núcleos familiares (Ochoa Torres & Pinillos Villamizar, 2018).

Todo lo anteriormente expuesto, conlleva a realizar un análisis del comportamiento del mecanismo de recaudo del impuesto de industria y comercio en Cúcuta y en los municipios de Los Patios y Villa del Rosario durante la vigencia 2017, que permita establecer la eficacia de las acciones que se han tomado para mejorar el cobro del impuesto en cada municipio. Teniendo claro que el Estado se encuentra en la tarea permanente de obtener recursos para el desarrollo de sus funciones, siendo notable también el hecho de que en aras de aumentar el recaudo se sacrifican los principios tributarios asociados a la equidad y la progresividad (Pinillos, 2018).

Problema jurídico

¿Cuál es la estructura del impuesto de industria y comercio en los municipios de Villa del Rosario, Los Patios y Cúcuta, así como el comportamiento de su recaudo?

Metodología

Para el desarrollo del presente trabajo se utilizó una metodología cuantitativa con tipo de investigación descriptiva-documental, en virtud de la relación entre las cifras de recaudo tributario con la normatividad y las acciones que se han aplicado para el cobro del impuesto de industria y comercio. La muestra del estudio estuvo conformada por la información de cifras presupuestadas y recaudadas en impuesto de industria y comercio y del mecanismo de recaudo anticipado en las vigencias del año 2014, 2015, 2016 y 2017 de los municipios de Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario.

En consecuencia, se describieron las características del impuesto en los tres municipios señalados, se identificaron las principales políticas implementadas durante los últimos 4 años para mejorar el recaudo y finalmente, se establecieron estrategias que permitan mejorar el recaudo del impuesto de industria y comercio desde las acciones que toman las Secretarías de Hacienda municipal.

Esquema de resolución

1. El impuesto de industria y comercio en los municipios de Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario

El presupuesto municipal tiene tres funciones básicas: a) Proyectar los ingresos y rentas a percibir durante la vigencia fiscal y autorizar los respectivos gastos e inversiones; b) Cumplir con una porción, atendiendo criterios de prioridad, de los programas y proyectos contenidos en el Plan de Desarrollo, y c) Alcanzar objetivos financieros, que no son otra cosa que adecuar el comportamiento real de los ingresos a las proyecciones contenidas en el Plan de Desarrollo (Herrera Robles, 2003).

De la misma manera el impuesto de Industria y Comercio es el gravamen establecido sobre las actividades industriales, comerciales y de servicios, a favor del municipio, la liquidación privada se genera por el ejercicio o realización directa o indirecta de cualquier actividad comercial establecida en el código de comercio, ya sea que se cumpla de forma permanente u ocasional, en inmueble determinado, con establecimiento de comercio o sin él (Gomez & Rojas Parra, 2016).

Para ello es necesario enmarcar que el desarrollo de los territorios y de las ciudades está asociado, entre otros variables, a la capacidad de financiar de manera autónoma, en un escenario de descentralización fiscal, las inversiones que apalancan el crecimiento local (Valencia Ramos & Mackenzie Torres, 2018).

El impuesto de Industria y Comercio durante el tiempo ha pasado por una continua evolución normativa, en el que las autoridades municipales han establecido gravámenes sobre determinadas actividades y posteriormente regulaciones complementarias hasta llegar a la fecha a lo que es el impuesto que grava los ingresos que perciben las personas naturales y jurídicas por el desarrollo de actividades comerciales, industriales y de servicios ubicadas dentro de las respectivas jurisdicciones municipales (Guerrero Ragua & Pulido Villamizar, 2017).

Concretamente El Impuesto de Industria y Comercio, comprende los Impuestos de Industria y Comercio, y su complementario el Impuesto de Avisos y Tableros, autorizados por la Ley 97 de 1913, la Ley 14 de 1983 y el Decreto Ley 1333 de 1986 (Acuerdo 040, 2010).

Cabe anotar que la facultad que tienen los municipios, en cabeza de sus alcaldes, de presentar proyectos de Acuerdo y el de los gobernadores de presentar proyectos de Ordenanzas, para ser aprobados por el Concejo Municipal y las Asambleas Departamentales son inconstitucionales si, en dicho acto, se tiene por objeto crear o modificar un impuesto del orden nacional sin ninguna ley que los faculte para ello (Mindiola Perez & Cardenas Ramirez, 2012).

Al ser un impuesto que grava diferentes actividades comerciales e industriales, también genera la necesidad de emprender a nivel municipal campañas educativas en relación al tributo y sus aspectos más importantes, como hecho generador, tarifa, base gravable, declaración, sanciones, exenciones, beneficios, entre otros. De la misma forma, es importante que el municipio establezca mecanismos eficaces de fiscalización y control sobre las declaraciones tributarias (Farfan Rodriguez & Mosquera Restrepo, 2015).

Para García, Rojas & Gómez (2013) el impuesto de industria y comercio se caracteriza por:

- Grava la actividad productora;
- El obligado al pago del tributo no recibe contraprestación directa por parte del Estado;
- La base gravable del impuesto son los ingresos brutos (no admite minoraciones estructurales);
- Es un impuesto de período; y
- Es considerado un impuesto plurifásico en razón a que afecta varios ciclos económicos involucrados en el proceso de producción, distribución y prestación de servicios.

A través de un marco general comparativo que incluye las características y componentes normativos del impuesto de industria y comercio en los municipios de Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario teniendo en cuenta la normatividad vigente, siendo el Acuerdo 040 de 2010 por el cual se adopta el estatuto tributario en el municipio de Cúcuta, el acuerdo 022 de 2012 del estatuto de rentas del municipio de Los Patios y el Acuerdo 025 de 2013 que también establece el régimen tributario del municipio de Villa del Rosario.

Tabla 1. Características y componentes normativos del impuesto de industria y comercio en los municipios de Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario

Variable analizada	El impuesto de industria y comercio en Cúcuta	El impuesto de industria y comercio en Los Patios	El impuesto de industria y comercio en Villa del Rosario
Ubicación dentro del Estatuto de Rentas Municipal	Capítulo II. Impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros.	Capítulo II. Impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros.	Capítulo II. Impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros.
Elementos del impuesto – Sujeto Activo	Sujeto activo: Se define con claridad que es el municipio a través de la Secretaría de Hacienda que tiene las facultades de administración, recaudo y control, entre otras.	Sujeto activo: Se define que es el Municipio de Los Patios, quien tiene las facultades de administración, recaudo y control, entre otras.	Sujeto activo: Se define que es el municipio de Villa del Rosario, sobre el cual recaen las facultades de administración, recaudo y control, entre otras.
Elementos del impuesto – Sujeto Pasivo	Son los responsables del impuesto, ya sean personas naturales, jurídicas, sociedades de hecho y similares, e inclusive define con claridad los casos de consorcios y uniones temporales.	Identifica como responsables del impuesto a las personas naturales, jurídicas, sociedades de hecho, además de sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, con la excepción de la Ley 14 de 1983.	Son las personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho que realizan el hecho generador, pero incluye las empresas de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, con excepción de las contempladas en la Ley 14 de 1983.
Elementos del impuesto – Hecho Generador	Recae sobre las actividades industriales, comerciales y de servicios, ya sea que se realicen directa o indirectamente, de forma permanente u ocasional. Periodo de causación: A partir de la generación del primer ingreso gravable por periodos anuales o fraccio Characteristics and analysis of the collection of the industry and commerce tax in force 2017 in Cúcuta, Los Patios and Villa del Rosario, Norte de Santander, Colombia nes mensuales.	También define que corresponde a las actividades industriales, comerciales y de servicios, ya sea de forma directa o indirectamente, permanente u ocasional, pero con o sin establecimiento de comercio.	La responsabilidad del impuesto recae sobre quien realice actividades industriales, comerciales y de servicios, de forma directa o indirectamente, de forma permanente u ocasional, con o sin establecimiento de comercio.

Variable analizada	El impuesto de industria y comercio en Cúcuta	El impuesto de industria y comercio en Los Patios	El impuesto de industria y comercio en Villa del Rosario
Elementos del impuesto – Periodo de causación	<p>Año base periodo gravable: En el que se generan los ingresos y se declaran en el siguiente.</p> <p>Base gravable: Se liquida sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año anterior.</p>	<p>Periodo de causación: A partir de la generación del primer ingreso gravable por periodos anuales o fracciones mensuales. Año base periodo gravable: Es el año en que se generan los ingresos gravables y se declaran en el año siguiente.</p>	<p>Periodo de causación: Se genera con la primera venta de productos o servicios hasta que se terminen las actividades. Año base: Es el año en que se generan los ingresos gravables y se declaran en el siguiente año.</p>
Elementos del impuesto - Base gravable	<p>Se especifica que a nivel industrial el gravamen se paga en el municipio donde se tenga la fábrica con base en los ingresos brutos de la comercialización de los productos.</p> <p>Los contribuyentes que generan ingresos fuera del municipio podrán descontar esos ingresos de la base gravable siempre y cuando paguen dicho impuesto en el respectivo municipio.</p>	<p>No hace una definición específica del tipo de empresas que deben pagar el impuesto en el municipio cuando tienen ingresos en otros municipios, pero dentro del artículo 46 se explica que estas empresas deberán descontar estos ingresos de la base gravable, pero deben demostrar su pago en cada municipio. También exige que se debe presentar una relación de ingresos por ciudades.</p>	<p>En este municipio tampoco se hace una aclaración sobre la base gravable en casos donde se tienen sedes en diferentes municipios, pero en el artículo 53 aclara que en estos casos se debe descontar los ingresos fuera del municipio y demostrar el pago en cada ente. También exige que en caso de varias sedes y sucursales se presente la relación de ingresos por ciudades.</p>
Elementos del impuesto - Tarifas	<p>En el artículo 58 se define el milaje fijo que se aplica a la base gravable, según la actividad del contribuyente. Se cuenta con una tabla bastante detallada de actividades.</p>	<p>En el artículo 68 se establece que es un porcentaje fijo que se aplica a la base gravable y se estipula en una tabla según la actividad del contribuyente. La tabla de actividades no es muy extensa o detallada.</p>	<p>En el artículo 83 se define la tabla con el milaje fijo que se aplica a la base gravable según el código de la actividad del contribuyente. Se cuenta con una tabla extensa y alto nivel de detalle de las actividades.</p> <p>De manera excepcional, se establece un régimen simplificado de cuota fija para las actividades de venta de víveres y tiendas mixtas, salones de belleza, montallantas y café Internet con una tarifa de 5 UVT.</p>
Actividades	<p>Desde el artículo 33 al 38 se especifican lo que se entiende por actividad industrial, comercial y de servicios, además que aclara cuando se tienen actividades en varios municipios o cuando hay concurrencia de actividades.</p>	<p>Desde el artículo 39 al 43 se definen las actividades de índole industrial, comercial y de servicios, aunque se especifican las de naturaleza artesanal. No se cuenta con una diferenciación para las actividades financieras, ya que se incluyen dentro de las de servicios.</p> <p>También el artículo 46 y 47 explican los casos en que existan actividades en varios municipios o cuando hay concurrencia de actividades.</p>	<p>Desde el artículo 46 al 50 se definen las actividades industriales, comerciales y de servicios. En la de servicios también se incluyen las financieras y diferencian las artesanales como las relacionadas a labores manuales y des automatizadas.</p> <p>En los artículos 53 y 54 se estipulan las condiciones en que los contribuyentes deben registrar actividades en varios municipios o cuando tienen concurrencia de actividades en un mismo establecimiento.</p>

Variable analizada	El impuesto de industria y comercio en Cúcuta	El impuesto de industria y comercio en Los Patios	El impuesto de industria y comercio en Villa del Rosario
Beneficios e incentivos tributarios	<p>Aunque no aplica para la vigencia fiscal 2017, el Acuerdo 025 de 2018 estableció un régimen de tributación simple preferencial para el pequeño comercio que cumpla entre otros requisitos con ser persona natural, con ingresos brutos inferiores a 1.500 UVT y que tenga máximo 1 empleado.</p> <p>El acuerdo 02 de 2016 definió un descuento tributario del 15% para quienes presenten declaración privada y pago del impuesto antes del último día hábil del mes de abril y del 8% antes del último día hábil de mayo.</p> <p>En el acuerdo 050 de 2016 de modifica el estatuto de rentas y se define que la fecha límite de pago es el último día del mes de mayo sin especificación de descuentos por pronto pago.</p> <p>En el Acuerdo 017 de mayo de 2014 se establecen beneficios tributarios para nuevas empresas que generen empleos: 0% del impuesto el primer año, 25% el segundo año, 50% el tercer y cuarto año, 75% el quinto año y el 100% del sexto año en adelante.</p>	<p>Acuerdo 015 de 04 de septiembre de 2014 modificó el artículo 73 y estableció que cuando se presente la declaración y pago del impuesto dentro de los 6 primeros meses del año se otorga un descuento el 10% sobre el valor del impuesto a pagar.</p> <p>También se mencionan exenciones a empresas nuevas que generen empleos, lo cual esta entre 2 y 5 años, con tarifas entre el 40% a 60%.</p>	<p>Los contribuyentes que se encuentren sin deudas con la Secretaría de Hacienda pueden acceder a un descuento del 15% por pronto pago.</p> <p>Si el pago se hace entre el 1 y el 31 de marzo el descuento es del 10%.</p> <p>Se cuenta con otros beneficios tributarios para las empresas nuevas que generen empleos durante 10 años: Durante los 3 primeros años el 50%, los dos años siguientes el 30% y los últimos 5 años el 10%.</p> <p>Algunos descuentos dependen del monto de los activos de las empresas.</p>
Anticipos del impuesto	<p>Los contribuyentes deben pagar a título de anticipo el 40% del valor del impuesto dentro de la declaración.</p> <p>Igualmente podrán descontar el valor del anticipo del año anterior y el valor retenido en la fuente y el saldo a favor.</p>	<p>Se establece que los contribuyentes del impuesto deben liquidar y pagar 40% del valor del impuesto como anticipo dentro del impuesto respectivo.</p> <p>Los contribuyentes podrán restar de la declaración el valor del anticipo del año anterior y el valor retenido en la fuente y el saldo a favor.</p>	<p>Al igual que los otros municipios, los contribuyentes deben hacer un pago anticipado por el 40% del valor del impuesto. Este valor de anticipo del año anterior se podrá descontar del valor a pagar, junto con el monto de retención en la fuente y el saldo a favor.</p>

Variable analizada	El impuesto de industria y comercio en Cúcuta	El impuesto de industria y comercio en Los Patios	El impuesto de industria y comercio en Villa del Rosario
Cruces de información	La Secretaría de Hacienda puede hacer cruces de información con la DIAN en materia impuesto de renta y sobre las ventas para cotejar información de los contribuyentes.	También se encuentra establecido que la Secretaría de Hacienda municipal puede hacer cruces de información con la DIAN sobre los registros de impuestos de los contribuyentes para comparar cifras de liquidación.	En este municipio se cuenta con los mismos mecanismos para hacer cruces de información con la DIAN en cuanto a los datos de los contribuyentes y el registro de ventas.
Impuesto de avisos y tableros	Se estipula el impuesto por la colocación de avisos y tableros que identifiquen o promuevan la actividad comercial. La base gravable es el total del impuesto de industria y comercio y la tarifa es del 15%.	Se fija el impuesto por la colocación de avisos y tableros que se emplean como propaganda e identificación de la actividad. La base gravable es el 100% del impuesto de industria y comercio y la tarifa es del 15%.	Se determina el pago del impuesto por la colocación de avisos y tableros como publicidad e identificación de la actividad, con una base gravable del total del impuesto de industria y comercio y una tarifa del 15%.
Impuesto para promover la actividad bomberil	Se estipula el impuesto para promover la prevención y control de incendios dentro de la ciudad. El valor es una sobretasa del 5% sobre el impuesto de industria y comercio.	Dentro del estatuto de rentas no se menciona la base gravable o tarifa que se aplica para la liquidación del impuesto bomberil.	En este caso tampoco se define dentro del estatuto de rentas la base gravable o tarifa que se debe aplicar para la liquidación del impuesto bomberil.
Sistema de recaudo anticipado	El artículo 90 establece el sistema de retención del Impuesto de Industria y Comercio y de Avisos y Tableros, para acelerar el recaudo del impuesto. Aplicación: Se practica en el momento de un pago o abono en cuenta a personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho. Base gravable de retención: Es sobre el 100% del valor del pago o abono en cuenta en operaciones que sobrepasen los 25 salarios mínimos legales diarios en adquisición de bienes y 10 salarios mínimos legales diarios adquisición de servicios gravados.	El artículo 102 estipula que el sistema de recaudo anticipado se basa en la retención en la fuente del impuesto de industria y comercio. Aplicación: Define que opera cuando se adquieren bienes y servicios gravados con el impuesto de industria y comercio. Base gravable de retención: Se efectúa sobre el valor total de los pagos o abonos en cuenta que constituyen ingreso tributario de impuesto de industria y comercio, pero se excluye el IVA facturado. Tarifa: Corresponde a la tarifa del impuesto de industria y comercio de la actividad que desarrolle el responsable del impuesto.	El artículo 118 establece el sistema de retención en la fuente sobre el impuesto de industria y comercio, como mecanismo de recaudo anticipado. Aplicación: Se aplica cuando se adquieren bienes y servicios que están sujetos al impuesto de industria y comercio. Base gravable de retención: Se efectúa sobre el valor total de los pagos o abonos a cuenta que están susceptibles del pago de impuesto de industria y comercio, excluyendo el IVA que se ha facturado. Tarifa: Aplican las mismas tarifas del impuesto de industria y comercio de cada actividad que realiza el responsable del impuesto.

Variable analizada	El impuesto de industria y comercio en Cúcuta	El impuesto de industria y comercio en Los Patios	El impuesto de industria y comercio en Villa del Rosario
	<p>Tarifa: Equivale a la tarifa del impuesto que corresponde a la actividad, ya sea industrial, comercial o de servicios del responsable del impuesto.</p> <p>Normas: Las retenciones se podrán descontar del impuesto a cargo del contribuyente en la declaración privada del mismo período gravable. La operación económica se debe realizar dentro del municipio.</p> <p>Las retenciones se declaran bimestralmente.</p> <p>Cada seis meses los retenedores reportan en formato digital a Hacienda la información RETEICA.</p>	<p>Normas: Permite aplicar los descuentos al valor total del impuesto antes de deducir el monto de las retenciones.</p> <p>No explica que la operación económica se debe realizar dentro del municipio.</p> <p>Los retenedores deberán suministrar la información necesaria sobre identificación y ubicación del retenido, actividad económica, base gravable, tarifa aplicada e impuesto retenido.</p>	<p>Normas: Permite aplicar los descuentos al valor total del impuesto antes de deducir el monto de las retenciones.</p> <p>Tampoco se aclara que la operación económica entre retenedor y retenido se debe realizar dentro del municipio.</p> <p>Al igual que los otros municipios analizados, los retenedores deberán entregar la información necesaria sobre la operación económica (empresa a quien se aplica la retención, ubicación, actividad, base gravable y tarifa aplicada).</p>

Fuente: Elaboración propia a partir de los Estatutos de Rentas.

2. Principales políticas implementadas para mejorar el recaudo del impuesto de industria y comercio (ICA)

El Gobierno como agente económico debe contar con un volumen de ingresos importante y el recaudo es la manera en que se garantiza que se cuente con recursos para atender los intereses de la sociedad.

El mecanismo más utilizado es la tributación que se aplica a los hogares y empresas, pero la eficiencia en el recaudo es un aspecto que está determinado por diferentes elementos, entre los que se cuenta el costo que tiene para el gobierno lograr el cobro de estos impuestos, como la resistencia que se encuentra en los contribuyentes para pagarlo o para asumir las sanciones por el no pago (Banco de la República de Colombia, 2006).

A nivel municipal, el recaudo de impuestos tiene la misma dinámica en lo relacionado con el cobro, dependiendo de la cultura de pago de los contribuyentes, la situación económica, la normatividad tributaria que se tenga establecida y desde luego, por las políticas que se implementan por el ente territorial para incentivar la inscripción, el registro y el pago.

De esta manera, se cuenta con políticas administrativas basadas en descuentos, sanciones y el cobro coactivo, así como otros mecanismos más pedagógicos que se pueden utilizar para invitar a la ciudadanía a que cumplan con su deber tributario.

Haciendo una revisión de las diferentes acciones que se han tomados en los municipios de Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario, se identificaron las siguientes políticas que normalmente se emplean para mejorar el recaudo.

Figura 1. Políticas aplicadas para mejorar el recaudo



Fuente: Elaboración propia

Acciones de control: En los tres municipios señalados se han venido adelantando acciones de control por medio de inspección a los establecimientos de comercio para verificar que se encuentren debidamente inscritos en la Secretaría de Hacienda. Igualmente, se han desarrollado convenios con la Cámara de Comercio para cruzar bases de datos y verificar que los negocios que están en funcionamiento se encuentren inscritos y registrados en el municipio.

Acciones para el recaudo: En las acciones para el recaudo, se utiliza normalmente en cada municipio los descuentos por pronto pago en la declaración privada y pago

del impuesto de industria y comercio antes de fechas específicas. En Cúcuta la fecha límite de pago es el último día hábil del mes de mayo con un descuento del 8%, pero si se cancela antes del último día hábil del mes de abril es del 15%. En Los Patios el descuento es del 10% cuando se cancela dentro de los 6 primeros meses del año, y en Villa del Rosario el descuento es del 15% siempre y cuando el pago se realice antes del 31 de marzo.

En los diferentes municipios analizados se cuenta con un módulo en la página web institucional para ofrecer información general sobre los contribuyentes y recomendaciones para el registro y pago de los impuestos. En la Página Web de Cúcuta se cuenta con un sistema virtual para que los contribuyentes hagan su declaración en línea de forma fácil, donde puede generar el borrador y la declaración definitiva del impuesto, de manera que permite la impresión del formulario y que pueda hacer el pago de este en los puntos autorizados. Las redes sociales no se utilizan para difundir información específica sobre el pago del impuesto de industria y comercio.

Acciones para cobro de cartera: Dentro de las primeras acciones para el cobro de cartera de los municipios se utilizan amnistías y condiciones especiales para el pago de impuestos de industria y comercio, con la finalidad de otorgan descuentos en el cobro de los intereses moratorios. En Cúcuta el Acuerdo 001 de 2017 establece que los contribuyentes que son responsables de sanciones tributarias, inclusive con resolución o acto administrativo y que se encuentren en mora por obligaciones correspondientes a períodos gravables al año 2014 o anteriores, pueden solicitar descuentos en el pago de intereses entre el 20% y el 60%, dependiendo de la prontitud del pago.

En el municipio de Los Patios el Acuerdo 06 de 2016 permite otorgar amnistía tributaria en el pago de intereses moratorios de las obligaciones pendientes en el impuesto de industria y comercio causados hasta el 31 de diciembre de 2015, en vista a las dificultades generadas con la coyuntura económica del cierre fronterizo. Los descuentos están entre el 50% y el 95% dependiendo de la fecha en que se haga el pago, del estrato socioeconómico y de la ubicación del establecimiento de comercio, ya sea en zona rural o urbana.

Cuando se agotan los plazos de pago y no se utilizan los mecanismos de amnistías, los municipios emplean el procedimiento administrativo de cobro coactivo, que es un procedimiento que le permite a Hacienda Municipal hacer efectivo el recaudo de las deudas fiscales que tiene a su favor por medio de sus propias dependencias sin que se deba recurrir a una intervención judicial. En este caso, los municipios realizan la notificación al contribuyente de las deudas pendientes, se

hace la liquidación oficial, se hace la citación de mandamiento de pago, se espera que se ejecute el mandamiento de pago y en caso de requerirse, se utiliza el embargo como lograr el recaudo de las deudas.

Acciones de sensibilización: La Alcaldía de Cúcuta ha empleado algunas acciones de comunicación puntuales, tales como avisos informativos en la página web para recordar a los visitantes sus obligaciones tributarias y se cuenta en la plataforma YouTube con un video informativo para fomentar la comprensión del procedimiento que deben hacer los contribuyentes para el cálculo, liquidación y pago del impuesto URL: <https://www.youtube.com/watch?v=N9WA32OxXXk> (Cúcuta, 2018).

En el municipio de Los Patios se cuenta con acciones más encaminadas a concientizar a la comunidad para que hagan la inscripción, el registro y el pago de los impuestos; para esto se utiliza la publicidad radial, visual y el perifoneo en los diferentes barrios que lo conforman. En el municipio de Villa del Rosario se cuenta con la Oficina de Prensa y Protocolo que promueve el uso de las redes sociales para comunicar a los contribuyentes sobre el pago del impuesto y los descuentos que ofrece la Alcaldía por la cancelación oportuna.

3. Resultados obtenidos en el recaudo del impuesto

Definitivamente, las variables económicas que denotan el ciclo y la estructura económica contribuyen a delimitar el potencial recaudatorio de un país, estado o municipio. Sin embargo, el enfoque no logra explicar por qué unidades territoriales con características económicas similares generan niveles de recaudación distintos (Gutiérrez & Moreno Jaimés, 2015).

No obstante, el efecto de los tributos sobre la competitividad es uno de los temas de mayor discusión. Desde el punto de vista lógico es claro que los impuestos no deberían tener un impacto negativo sobre la productividad y la competitividad (González & Corredor, 2016).

A través de las Secretaría de Hacienda de cada municipio se obtuvieron las cifras relacionadas al recaudo del impuesto de industria y comercio, incluyendo los montos por recaudo acelerado durante la vigencia 2017. De acuerdo con la investigación hecha en el municipio de Cúcuta, Villa de Rosario y Los Patios, se pudo consolidar la siguiente información.

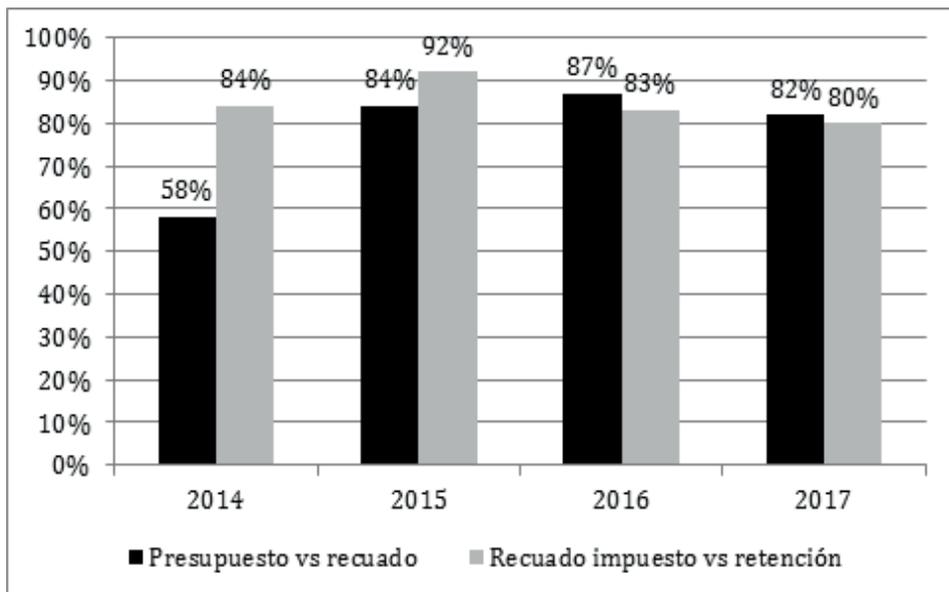
3.1 Recaudo del impuesto de Industria y comercio y el mecanismo anticipado del impuesto (Reteica) en el municipio de Villa del Rosario vigencia 2014 al 2017.

Tabla 2. Resumen del impuesto de industria y comercio municipio de Villa del Rosario

Vigencia	Presupuesto definitivo	Recaudo anual	Presupuesto vs recaudo%	Retención por industria y comercio	Recaudo impuesto vs retención
2014	\$2,861,904,595	\$1,649,777,061	58%	\$1,379,681,661	84%
2015	\$2,545,033,829	\$2,127,847,000	84%	\$1,959,007,000	92%
2016	\$3,392,265,990	\$2,951,579,590	87%	\$2,440,846,400	83%
2017	\$3,681,320,211	\$3.038.124.096	82%	\$2,446,256,900	80%

Fuente: Secretaría de hacienda Villa del Rosario

Figura 2. Comparativo del recaudo impuesto de industria y comercio municipio de Villa del Rosario



Fuente: Datos Secretaría de Hacienda municipio de Villa del Rosario.

De acuerdo con la figura 2 en el municipio de Villa del Rosario el recaudo para la vigencia 2017 no fue lo esperado, ya que se recaudó apenas el 82% de lo presupuesto, siendo este el más bajo en los últimos tres años. De forma similar ocurrió con el mecanismo anticipado del impuesto el Reteica que presentó un recaudo del 80% de impuesto de Industria y Comercio, siendo también el más bajo desde el año 2014.

Esta situación responde a los cambios que se han presentado en la distribución de las actividades a las que se dedican los habitantes de este municipio, tratando de buscar la cara amable a la situación que se vive por el cierre fronterizo con el vecino país de Venezuela. Se cerraron algunas empresas, pero se fortaleció el comercio de viveres, que de alguna manera ha mantenido activa la economía del municipio de Villa del Rosario.

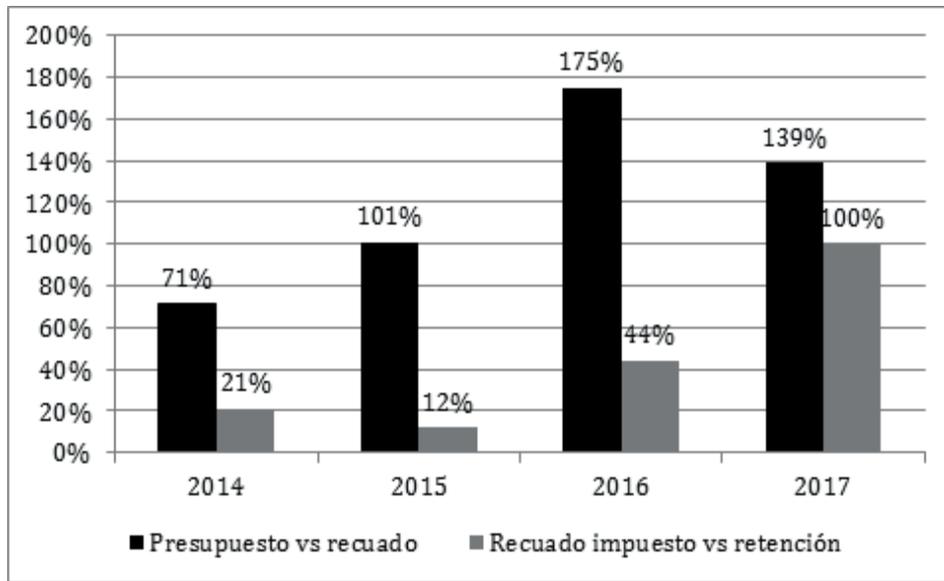
3.2. Recaudo del impuesto de Industria y comercio y el mecanismo anticipado del impuesto (Reteica) en el municipio de Los Patios vigencia 2014 al 2017

Tabla 3. Resumen del impuesto de industria y comercio municipio Los Patios

Vigencia	Presupuesto definitivo	Recaudo anual	Presupuesto vs recaudo%	Retención por industria y comercio	Recaudo impuesto vs retención
2014	\$3,014,935,384	\$2,130,146,642	71%	\$451,734,763	21%
2015	\$2,308,178,879	\$2,336,001,968	101%	\$278,749,260	12%
2016	\$2,319,991,440	\$4,070,373,360	175%	\$1,771,425,997	44%
2017	\$2,092,338,900	\$2,918,360,818	139%	\$2,905,625,735	100%

Fuente: Secretaría de hacienda Los Patios – Norte de Santander

Figura 3. Comparativo del recaudo impuesto de industria y comercio municipio de Los Patios



Fuente: Secretaría de Hacienda municipio de Los Patios.

En la figura 3 se observa que el recaudo del impuesto de industria y comercio en el municipio de Los Patios fue alto, ya que superó las expectativas al ubicarse en el 139% en relación con lo presupuestado inicialmente, lo cual fue coherente con los datos registrados desde el año 2015 donde fue del 101% y en el 2016 fue del 175%. Es importante aclarar que los datos del presupuesto inicial que reportó la Secretaría de Hacienda de Los Patios no fueron ajustados, por lo que el cumplimiento del presupuesto supera el 100% (incluye multas e intereses moratorios). En la eficacia del recaudo del mecanismo acelerado del impuesto (Reteica) también fue exitoso, con el cumplimiento del 100%, siendo una cifra superior a la registrada en los años anteriores, siendo en el año 2014 con el 21%, en 2015 el 12% y en 2016 el 44%.

Esta situación responde por un lado al Acuerdo 006 de 2016 como estrategia de recaudo, lo cual permitió a los contribuyentes aprovechar la amnistía tributaria y por otro lado, a las acciones que se han implementado para sensibilizar a la comunidad para el pago de impuestos por diferentes medios escritos, radiales y perifoneo, que sumados a los anteriores dieron como resultado un recaudo efectivo y exitoso, que benefician considerablemente las finanzas del municipio.

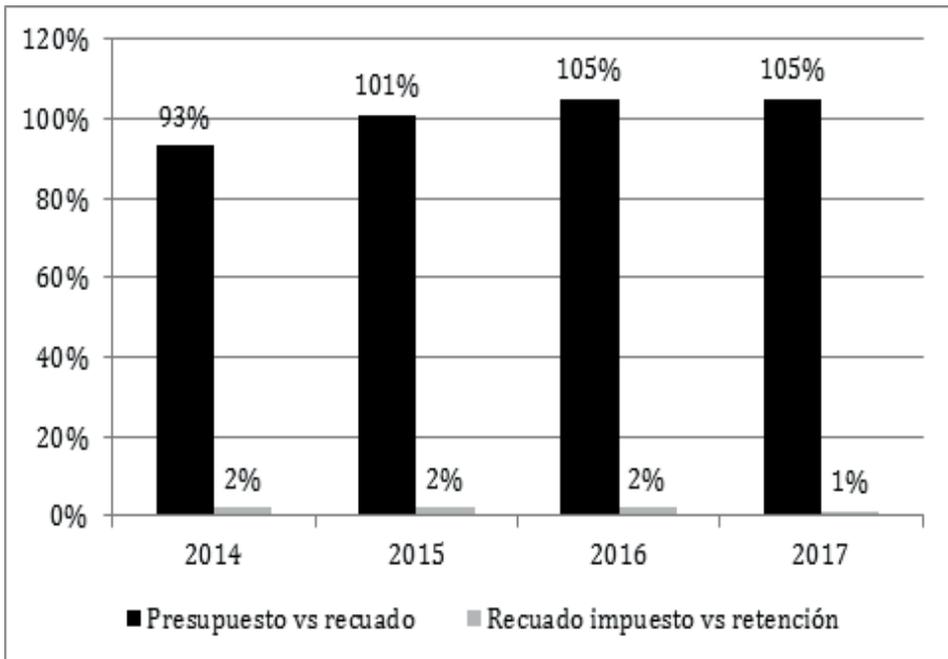
3.3 Recaudo del impuesto de Industria y comercio y el mecanismo anticipado del impuesto (Reteica) en el municipio de Cúcuta vigencia 2014 al 2017

Tabla 4. Resumen del impuesto de industria y comercio municipio de San José Cúcuta

Vigencia	Presupuesto definitivo	Recaudo anual	Presupuesto Vs recaudo %	Retención Por industria y comercio	Recaudo Impuesto vs retención
2014	\$33,725,896,104	\$31,489,439,476	93%	\$ 779,188,130	2%
2015	\$34,574,846,808	\$34,884,787,486	101%	\$ 718,067,179	2%
2016	\$37,256,334,442	\$39,013,186,738	105%	\$ 814,931,258	2%
2017	\$43,563,315,495	\$45,660,302,690	105%	\$ 627,754,001	1%

Fuente: Contaduría Cúcuta – Norte de Santander

Figura 4. Comparativo del recaudo impuesto de industria y comercio municipio de San José de Cúcuta



Fuente: Datos Secretaría de Hacienda del municipio de Cúcuta

En la figura 4 se evidencia que en el municipio de Cúcuta se recaudó en el año 2017 el 105% del presupuesto establecido por concepto de impuesto de industria y comercio, siendo una cifra similar a la registrada en los años anteriores, donde fue el 93% en el 2014, 101% en 2015 y 105% en 2016. Se debe mencionar que los datos del presupuesto inicial que reportó la Secretaría de Hacienda de Cúcuta tampoco fueron ajustados, haciendo que el cumplimiento del presupuesto supere el 100% (incluye multas e intereses moratorios). A pesar de esto, se observó baja eficacia en el recaudo del mecanismo acelerado del impuesto (Reteica) que apenas alcanzó el 1%, mientras que en el año 2016 y 2015 fue del 2% y en el año 2014 fue del 2%.

Esta situación responde a las acciones que ha implementado la Alcaldía al mejorar la plataforma virtual que permite a los contribuyentes hacer la declaración de forma virtual a través de la Página Web, como también de los descuentos que se han ofrecido a los morosos, tal como lo estableció el Acuerdo 001 de 2017, lo cual fue una estrategia efectiva para mejorar la situación financiera del municipio. En el caso del Reteica, se determinó que el bajo porcentaje de recaudo responde a que en el proceso de contabilización de datos al sistema se carga el ingreso al impuesto como tal y no a la cuenta de la retención, haciendo que en el ejercicio comparativo no se observe el cumplimiento esperado.

3.4 Estrategias recomendadas para el mejoramiento del recaudo acelerado del impuesto de industria y comercio

En un país democrático y con limitada autonomía regional, el Estado, en materia de finanzas públicas locales, se preocupa por la capacidad que tienen las entidades territoriales de autofinanciarse, dada su dependencia a las transferencias del Gobierno Nacional Central (GNC), (Gonzales H & Rodriguez V, 2009).

La constitución política de Colombia de 1991, plantea en su artículo 287 la descentralización o autonomía de los entes territoriales, en donde gozan de autoridad para: gobernarse por autoridades propias, ejercer competencias correspondientes, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios y participar en las rentas nacionales; lo que posibilita que los municipios incrementen sus erarios y así contribuir a un mayor crecimiento local sin depender en su mayor parte del gobierno nacional (Valencia Hurtado & Vasquez Mesa, 2017).

Para proponer las estrategias de control fiscal para la recaudación tributaria municipal es necesario tener en cuenta que la fiscalización en forma general constituye el mecanismo que crea la ley para hacer efectiva la recaudación del tributo por medio de este sistema se tiene un control y supervisión (Rodriguez & Vargas, 2015), adicionando que el impuesto territorial ya es la principal fuente de recursos propios de los municipios (Razmilic, 2014).

Teniendo en cuenta las principales características del impuesto de industria y comercio en los municipios de Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario, como también la eficacia de las políticas que se han implementado para mejorar el recaudo del impuesto de industria y comercio (ICA) y el recaudo acelerado, se definió una serie de estrategias que permitirán fortalecer las acciones que se han tomado hasta el momento y que mejorarán el cobro de estos tributos.

Las estrategias consisten en fortalecer la labor administrativa de las Secretarías de Hacienda de cada municipio, implementar mejores herramientas tecnológicas para interactuar de forma virtual con el contribuyente, fomentar la cultura de tributación en la comunidad en general como una medida de largo plazo y la adopción de las medidas normativas que se tomaron a partir de la Ley de financiamiento 1943 de 2018 sobre el régimen de tributación simple para personas naturales que promueve la formalización empresarial (ver tabla 5).

Tabla 5. Estrategias para mejorar el recaudo del impuesto de industria y comercio en los municipios de Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario

Estrategia	Acciones	Resultado esperado
Fortalecimiento administrativo	Aumentar la planta de personal.	Contar con mayor capacidad operativa para ejecutar las acciones de cobro coactivo, las peticiones de los ciudadanos y para el control e inspección a los establecimientos de comercio para que estén inscritos y registrados en Hacienda Municipal.
	Mantener los descuentos tributarios por pronto pago.	Potenciar el uso de los estímulos económicos para que los contribuyentes hagan pago oportuno del impuesto.
	Fortalecer el proceso de cobro coactivo para el recaudo de cartera.	Agilizar el procedimiento administrativo de cobro a favor del municipio para recaudar los impuestos que se encuentran en mora en el menor tiempo posible.
	Definir una línea de atención directa para resolver dudas, quejas y reclamaciones de los contribuyentes.	Establecer una canal de comunicación directo entre el ciudadano y las Secretarías de Hacienda municipales que permita atender las consultas, quejas y reclamaciones, al igual que asesoramiento sobre los procedimientos a seguir para el pago de los impuestos.
Fortalecimiento tecnológico	Mejorar la plataforma Web para hacer trámites de inscripción, registro, declaraciones y pagos de impuestos.	Facilitar el procedimiento que deben hacer los contribuyentes para el diligenciamiento de la declaración y pago del impuesto municipal.

Estrategia	Acciones	Resultado esperado
	Potenciar el uso de las redes sociales para informar a la comunidad sobre los temas de interés tributario.	Mantener informada a la ciudadanía y en especial a los contribuyentes sobre fechas de pago, descuentos y sanciones relacionadas con el impuesto de industria y comercio.
Fomento de la cultura de tributación	Desarrollar campañas de seguimiento y control directamente con los establecimientos para su formalización y pago de impuestos.	Fomentar en la ciudadanía la responsabilidad de registrar formalmente en la Secretaría de Hacienda los establecimientos de comercio desde que inician actividades.
	Desarrollar campañas educativas con la ciudadanía para fomentar la conciencia tributaria.	Mejorar la comprensión que tienen los ciudadanos sobre la importancia de pagar los impuestos para la ejecución de obras y programas sociales.
	Implementar un programa de formación de contribuyentes.	Capacitar a los contribuyentes sobre tarifas, fechas, descuentos, pagos, sanciones, recaudo anticipado y sobre el uso de la plataforma Web para hacer la declaración del impuesto.
Implementación del régimen de tributación simple para personas naturales (Ley de financiamiento 2018)	Definir los procedimientos para el reporte, declaración y pago de impuestos bajo el sistema de tributación simple de la Ley 1943 de 2018.	Informar a la comunidad de forma didáctica sobre la unificación del pago de impuestos por el sistema simplificado que es opcional para personas naturales.

Fuente: Elaboración propia

Conclusiones

La aplicación del impuesto de industria y comercio se encuentra estipulado en el Estatuto Tributario o Estatuto de Rentas municipales, en los tres municipios analizados cuenta con características similares en su estructura y los elementos del impuesto, la base gravable, la discriminación de las tarifas, los beneficios e incentivos tributarios, los anticipos del impuesto que deben pagar los contribuyentes, el impuesto de avisos y tableros y el sistema de recaudo anticipado.

En el caso de Los Patios y Villa del Rosario, no tiene en cuenta de manera específica la existencia de actividades artesanales para que integraran la base gravable, las cuales tratan de labores manuales y des automatizadas del pequeño

comercio. A manera excepcional, en el Estatuto de Rentas de Villa del Rosario se cuenta se cuenta con un régimen simplificado que estableció una cuota fija para las actividades de pequeño comercio, como son tiendas, venta de víveres, salones de belleza, montallantas y café Internet; similar a lo reglamentado en Cúcuta con el Acuerdo 025 de 2018 para adoptar un régimen de tributación simple preferencial para pequeños contribuyentes que tengan ingresos brutos inferiores a 1.500 UVT, máximo 1 empleado y que sean persona natural.

En la normatividad tributaria de la ciudad de Cúcuta se encuentra mejor especificada la condición de las empresas de tipo industrial que deben pagar el impuesto en el municipio donde tenga instalada la fábrica y que deben tomar como base gravable los ingresos brutos de la comercialización de los productos, lo que permite mayor claridad para los contribuyentes al momento de hacer el descuento de esos ingresos obtenidos y el reporte a los demás municipios.

Se demostró que la eficacia en el cobro del impuesto de industria y comercio debe estar acompañado de diferentes políticas de recaudo para implementar mecanismos de control, para estimular el recaudo del impuesto y para hacer el cobro de cartera. Las amnistías y los descuentos en los intereses moratorios para los deudores del impuesto han resultado una estrategia importante para mejorar los ingresos por concepto del impuesto municipal.

En el municipio de Los Patios además del cobro coactivo y el uso de descuentos por pronto pago se han implementado estrategias comunicativas con la comunidad (medios escritos, visuales y perifoneo), lo que permitió hacer un recaudo en el año 2017 del 139% sobre lo presupuestado, mientras que en el municipio de Cúcuta fue del 105%, siendo un resultado diferente a lo obtenido en Villa del Rosario que no aplica estrategias de comunicativas y tampoco cuenta con ayudas tecnológicas importantes en la página web para facilitar el recaudo del impuesto.

Como resultado de la investigación se determinó que para mejorar el recaudo del impuesto de industria y comercio en los municipios de Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario es necesario implementar estrategias que orienten a las Secretarías de Hacienda municipales en el fortalecimiento administrativo, tecnológico, pedagógico y en la simplificación de los trámites para los contribuyentes.

La implementación de las estrategias propuestas permitirá que se aumente el recaudo municipal por concepto de impuestos locales, cuyos recursos les permitirá a las entidades territoriales tener mayor autonomía presupuestal, gobernabilidad y desarrollo de sus políticas, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales que tienen con los ciudadanos y para promover el crecimiento socioeconómico de la ciudad.

Referencias

- Acuerdo 001. (08 de febrero de 2017). Corporación Concejo Municipal San José de Cúcuta. *Por medio de la cual se adopta una condición especial para el pago de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones, en el municipio de san jose de cucuta*. Cúcuta, Colombia. Obtenido de https://cucutanortedesantander.micolombiadigital.gov.co/sites/cucutanortedesantander/content/files/000068/3382_acuerdo001de08febde2017.pdf
- Acuerdo 015. (04 de septiembre de 2012). Corporación Concejo Municipal de Los Patios. *Por medio del cual se modifica el artículo 311-73 del acuerdo 022 de 19 de diciembre de 2012*. Los Patios, Colombia. Obtenido de <http://www.lospatios-nortedesantander.gov.co/NuestraAlcaldia/Informacin%20Documental%20Concejo/Acuerdo%20Municipal%20N%C2%B0%20015%20del%202014.pdf>
- Acuerdo 017. (15 de mayo de 2014). Corporación Concejo Municipal San José de Cúcuta. *Por medio de la cual se modifica el estatuto tributario para el municipio de san jose de cucuta*. Cúcuta, Colombia. Obtenido de https://cucutanortedesantander.micolombiadigital.gov.co/sites/cucutanortedesantander/content/files/000004/198_acuerdono017del15demayode2014.pdf
- Acuerdo 022. (14 de diciembre de 2012). Corporación Concejo Municipal de Los Patios. *Por medio del cual se adopta el estatuto de rentas para el municipio de los patios*. Los Patios, Colombia. Obtenido de <http://www.lospatios-nortedesantander.gov.co/Transparencia/Normatividad/Acuerdo%20N%C2%BA%20022%20de%202012.pdf>
- Acuerdo 025. (12 de diciembre de 2013). Corporación Concejo Municipal de Villa Rosario. *Por medio del cual se expide el nuevo estatuto de rentas del municipio de villa rosario, norte de santander*. Villa Rosario, Colombia. Obtenido de https://villadelrosarionortedesantander.micolombiadigital.gov.co/sites/villadelrosarionortedesantander/content/files/000104/5154_acuerdo025de2013c.pdf
- Acuerdo 025. (28 de diciembre de 2018). Corporación Concejo Municipal San José de Cúcuta. *Por medio del cual se adoptan modificaciones parciales a las normas tributarias del municipio de San Jose de Cucuta*. Cúcuta, Colombia. Obtenido de https://cucutanortedesantander.micolombiadigital.gov.co/sites/cucutanortedesantander/content/files/000460/22978_acuerdo-025-diciembre-282018.pdf
- Acuerdo 040. (29 de diciembre de 2010). Corporación Concejo Municipal San José de Cúcuta. *Por medio del cual se adopta el estatuto tributario para el municipio de san jose de cucuta*. Cúcuta, Colombia. Obtenido de https://cucutanortedesantander.micolombiadigital.gov.co/sites/cucutanortedesantander/content/files/000108/5385_estatuto-tributario--vigente-2016.pdf
- Banco de la República de Colombia. (2006). *El papel del gobierno y la política fiscal* (3 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Banco de la República. Obtenido de https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/guia3_el_papel_del_gobierno.pdf
- Barragan Linares, H. (2007). *Filosofía Moderna* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Santo Tomás.

- Cadena, X. (2002). ¿La descentralización empereza? Efecto de las transferencias sobre los ingresos tributarios municipales en Colombia. *Revista Desarrollo y Sociedad*(50), 67-108. doi:<https://doi.org/10.13043/dys.50.2>
- Cubides Duran, E. (2018). Simplificación tributaria territorial en Colombia. *Revista de Derecho Fiscal*(12), 171-218. doi:<https://doi.org/10.18601/16926722.n12.08>
- Cúcuta, A. d. (Dirección). (2018). *Instructivo de Pago Industria y Comercio* [Película]. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=N9WA32OxXXk>
- Farfan Rodriguez, J., & Mosquera Restrepo, Y. (2015). Propuesta metodológica para aumentar el recaudo tributario en el municipio de Quibdó. *Revista Contaduría Universidad de Antioquia*(66), 81-112. Obtenido de <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/cont/article/viewFile/26128/20779406>
- Fernandez, C. (10 de marzo de 2006). Tributación y Crecimiento Económico a nivel local - Caso de Bogotá. (*Trabajo de pregrado*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad de Los Andes. Obtenido de <http://biblioteca.uniandes.edu.co/acepto61.php?id=00006439>
- García, X., Rojas Ortiz, J., & Gomez Gomez, H. (2 de marzo de 2013). Aspectos tributarios del sector salud en el impuesto de industria y comercio, avisos y tableros. (*trabajo de posgrado*). Bogotá D.C, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Obtenido de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/14923/GarciaRojasXiomaraAlejandra2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gomez, J., & Rojas Parra, N. (15 de noviembre de 2016). Impacto en las finanzas del municipio de caicedonia valle del cauca de la cartera morosa del impuesto de industria y comercio durante la vigencia fiscal 2013-2015. (*Trabajo de pregrado*). Caicedonia, Colombia: Universidad del Valle. Obtenido de <http://bibliotecadigital.univalle.edu.co:8080/bitstream/10893/12573/1/0586388.pdf>
- Gonzales H, J., & Rodriguez V, A. (2009). Medellín: una evaluación del comportamiento de las finanzas públicas municipales, 2000-2006. *Revista Perfil de Coyuntura Económica*(13), 165-197. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/pece/n13/n13a7.pdf>
- González, J., & Corredor, F. (2016). La reforma tributaria en Colombia no es estructural, ni integral ni progresiva. *Revista de Economía Institucional*, 18(34), 173-200. Obtenido de <https://doi.org/10.18601/01245996.v18n34.11>
- Guerrero Ragua, R., & Pulido Villamizar, L. (2017). Identificación elementos sustanciales del impuesto de industria y comercio de acuerdo a la dinámica socioeconómica de pampalona 2016. *Revista Digital de Semilleros de Investigación REDSI*, 1(1), 27-33. Obtenido de http://ojs.unipampalona.edu.co/ojs_viceinves/index.php/SEMINSVE/article/download/2902/1541
- Gutierrez, J., & Guzman, C. (2000). Evolución y estado de las finanzas públicas de Bogotá en la década de los noventa y perspectivas. *Revista Estudios de Economía y Ciudad*(14), 1-34. Obtenido de http://www.shd.gov.co/shd/sites/default/files/documentos/estudio14_dee.pdf
- Gutierrez, J., Rodriguez González, C., & Castro Torres, J. (2000). Ajuste Fiscal y Sistema de Transferencias: Serias repercusiones de un análisis incompleto. *Revista Estudios*

- de Economía y Ciudad*(9), 1-32. Obtenido de http://www.shd.gov.co/shd/sites/default/files/documentos/estudio09_dee.pdf
- Gutiérrez, M., & Moreno Jaimes, C. (2015). La recaudación del impuesto predial en México: un análisis de sus determinantes económicos en el período 1969-2010. *Revista Mexicana de Ciencias Política y Sociales*, 60(225), 45-78. Obtenido de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmcpys/article/view/51788>
- Herrera Robles, A. (2003). Régimen presupuestal de los municipios en Colombia. *Revista de Derecho*(19), 19-51. Obtenido de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2971/2048>
- Iregui B, A., Melo B, L., & Ramos F, J. (2010). El impuesto predial en Colombia: factores explicativos del recaudo. *Revista de Economía del Rosario*, 8(1), 25-58. Obtenido de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/economia/article/view/1027>
- La Opinión. (2 de junio de 2017). Cúcuta Reportó un recuado historico de impuestos. *La opinión*. Obtenido de <https://www.laopinion.com.co/cucuta/cucuta-reporto-un-recaudo-historico-de-impuestos-134428#OP>
- Lara Alfonso, L., & Rodriguez Hernandez, S. (15 de Noviembre de 2006). Analisis Evolutivo del impuesto de industria y comercio para Bogota en la decada del noventa y su influencia sobre las empresas dedicadas al comercio al por mayor de productos medicinales y farmaceuticos. (*Trabajo de pregrado*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad de la Salle. Obtenido de https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1425&context=contaduria_publica
- Ley 14. (06 de julio de 1983). Congreso de la República. *Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 36.288 a los 6 días del mes de julio de 1983. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=267>
- Martínez Rojas, J., Díaz Sierra, J., & Villasmil Molero, M. (2017). La naturaleza del impuesto de avisos y tableros como impuesto que grava otro impuesto. *Revista Academia & Derecho*, 14(8), 335-354. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/download/1497/1099/>
- Mindiola Perez, G., & Cardenas Ramirez, E. (10 de abril de 2012). Factores que inciden en la evasión del impuesto de industria y comercio por parte de los comerciantes del municipio de Ocaña. (*Trabajo de pregrado*). Ocaña, Colombia: Universidad Francisco de Paula Santander. Obtenido de <http://repositorio.ufpso.edu.co:8080/dspaceufpso/bitstream/123456789/233/1/25190.pdf>
- Musgrave, R., & Musgrave, P. (1992). *Hacienda Pública: Teórica y aplicada* (5 ed.). Madrid, España: Editorial McGraw Hill.
- Ochoa Torres, A., & Pinillos Villamizar, J. (2018). Encadenamiento a través de una unidad productiva solidaria para la promoción, comercialización y distribución de una marca con identidad regional conformada por productos de industrias regionales.

- Revista Espacios*, 39(14), 6-26. Obtenido de <https://www.revistaespacios.com/a18v39n14/18391406.html>
- Pinillos Villamizar, J. (2017). Origen y evolución del gravamen a los movimientos financieros. *Revista Gestión y Desarrollo Libre*, 2(3), 138-148. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/gestionnyd/article/view/249/245>
- Pinillos, V. (2018). Cambio de enfoque en la determinación del impuesto de renta para personas naturales en Colombia a partir de la Ley 1819 de 2016. *Revista Espacios*, 39(18), 30-38. Obtenido de <https://www.revistaespacios.com/a18v39n18/a18v39n18p30.pdf>
- Pinzón, J. (2015). Análisis del comportamiento del impuesto ICA en el presupuesto del Distrito Capital (1996 - 2005). *Revista Facultad de Ciencias Economías*, 23(2), 191-202. doi:<https://doi.org/10.18359/rfce.1616>
- Razmilic, S. (2014). *Impuesto territorial y financiamiento municipal*. Santiago de Chile: Editorial CEP. Obtenido de https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304100937/PPP_004_SRazmilic.pdf
- Rodriguez, E., & Vargas, W. (2015). Estrategias de control fiscal para la recaudación tributaria de un órgano municipal. *Revista Negotium*, 11(31), 3-23. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/782/78241171002.pdf>
- Stiglitz, J. (1988). *Economía del Sector Público* (3 ed.). Barcelona: Editorial Antoni Bosch.
- Valencia Hurtado, J., & Vasquez Mesa, J. (28 de diciembre de 2017). Diseño de una propuesta de actualización a la política fiscal para el impuesto de industria y comercio con la finalidad de promover un mayor recaudo del impuesto. (*Trabajo de pregrado*). Caicedonia, Colombia: Universidad del Valle. Obtenido de <http://45.5.164.20:8080/bitstream/10893/12516/1/0586422.pdf>
- Valencia Ramos, J., & Mackenzie Torres, T. (15 de octubre de 2018). Determinantes del recaudo del impuesto predial e industria y comercio en los municipios de palestina, Neira y Chinchiná, Caldas en el periodo 2008 – 2015. (*Trabajo de posgrado*). Manizales, Colombia: Universidad Autónoma de Manizales. Obtenido de http://repositorio.autonoma.edu.co/jspui/bitstream/11182/670/1/Determinantes_recaudo_impuesto_predial_industria_comercio_.pdf
- Villavecer, J. (2012). Tierra e impuestos: la política detrás del impuesto rural. *Revista Fascículos*(9), 5-12. Obtenido de <https://www.urosario.edu.co/Universidad-Ciencia-Desarrollo/ur/Fasciculos-Anteriores/Tomo-VII-2012/Tierra-impuestos/>
- Zapata, J., Acosta, O., & Gonzalez, A. (20 de Noviembre de 2001). Evaluación de la descentralización municipal en Colombia ¿Se consolidó la sostenibilidad fiscal de los municipios colombianos durante los años noventa? Bogotá D.C, Colombia: Dirección de Desarrollo Territorial del DNP. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Econmicos/165.pdf>

Institucionalidad del cambio climático. Estudio comparado de España y Colombia*

Institutional structure of Climate Change. A comparative study between Spain and Colombia.

Recibido: abril 14 de 2019 - Evaluado: mayo 17 de 2019 - Aceptado: junio 14 del 2019

Luis Felipe Guzmán Jiménez**
Diana Geraldine Quevedo Niño***

Para citar este artículo / To cite this article

Guzmán Jiménez, L. F., & Quevedo Niño, D. G. (2019). Institucionalidad del cambio climático. Estudio comparado de España y Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 10 (19), 289-334.

Resumen: Los países signatarios de los instrumentos internacionales que hacen parte del marco jurídica internacional del cambio climático han creado regímenes jurídicos nacionales encaminados al cumplimiento de los compromisos asumidos, los cuales requieren el diseño de una organización administrativa que permita la articulación de las entidades nacionales, regionales y locales involucradas en la mitigación y adaptación al cambio climático para el logro de una gobernanza climática. El diseño de esta institucionalidad implica tener en cuenta las necesidades de cada país, las funciones y obligaciones de las distintas entidades del Estado y la evolución del régimen jurídico del

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación de tipología artículo resultado de un proceso de investigación, se encuentra vinculado al proyecto Retos y Compromisos de Colombia frente al cambio climático del Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia.

** Abogado y magíster en Derecho con énfasis en Derecho de los Recursos Naturales de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Candidato a doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España. Docente e investigador del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Autor de artículos y libros de investigación, columnista y consultor independiente.
Correo electrónico: luis.guzman@uexternado.edu.co

*** Abogada de la Universidad Externado de Colombia y candidata a magíster en Derecho del Estado con énfasis en Derecho de los Recursos Naturales de la misma casa de estudios. Becaria de la Universidad Externado de Colombia para cursar los estudios de Maestría. Actualmente es asistente de investigación y miembro del grupo de investigación del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia.
Correo electrónico: diana.quevedo@uexternado.edu.co

cambio climático, de tal manera que se garantice el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Teniendo en cuenta lo anterior, se realiza un estudio del proceso de construcción y consolidación de la organización administrativa establecida en España y Colombia en materia de cambio climático y de las estrategias definidas para la articulación de las entidades públicas con el fin de garantizar la adecuada gestión del cambio climático de acuerdo con su régimen jurídico.

Palabras clave: Cambio climático, institucionalidad, gobernanza, mitigación, adaptación.

Abstract: The parties of the international agreements of the international legal framework of climate change have created national regulations to comply the international commitments. It requires an institutional structure that allows the articulation of all the national, regional and local public entities involved in the climate change mitigation and adaptation to achieve climate governance. The design of that institutionalism must take into account the needs of each country, the functions and commitments of the government entities and the evolution of the legal regime of climate change, in a way which guarantees ensure compliance with the international commitments. For that reason, this article studies the process of construction and consolidation of the administrative structure established in Spain and Colombia in the field of climate change and of the strategies designed to articulate public entities in order to ensure the adequate governance of climate change according to its legal regime.

Key words: Climate change, institutional structure, governance, mitigation, adaptation.

Resumo: Os países signatários dos instrumentos internacionais que fazem parte do arcabouço jurídico internacional das mudanças climáticas criaram regimes jurídicos nacionais que visam cumprir os compromissos assumidos, que exigem a criação de uma organização administrativa que permita a articulação de políticas nacionais, regionais e nacionais. local envolvido na mitigação e adaptação às mudanças climáticas para alcançar a governança climática. O desenho dessa estrutura institucional implica levar em consideração as necessidades de cada país, as funções e obrigações das diferentes entidades estatais e a evolução do regime jurídico das mudanças climáticas, de modo a garantir o cumprimento das obrigações internacionais. Além disso, foi realizado um estudo sobre o processo de construção e consolidação da organização administrativa estabelecida na Espanha e na Colômbia nos casos de mudanças climáticas e sobre as estratégias definidas para a articulação de entidades públicas, a fim de garantir uma gestão adequada. mudanças climáticas de acordo com seu regime legal.

Palavras chave: Mudança climática, institucionalidade, governança, mitigação, adaptação.

Résumé: Les pays signataires des instruments internationaux qui font partie du cadre juridique international du changement climatique ont créé des régimes juridiques nationaux visant à remplir les engagements pris, qui nécessitent la conception d'une organisation administrative qui permet l'articulation des niveaux national, régional et local impliqué dans l'atténuation et l'adaptation au changement climatique pour réaliser la gouvernance climatique. La conception de ce cadre institutionnel implique la prise en compte des besoins de chaque pays, des fonctions et obligations des différentes entités étatiques et de l'évolution du régime juridique du changement climatique, de manière à garantir le respect

des obligations internationales. Compte tenu de ce qui précède, une étude est menée sur le processus de construction et de consolidation de l'organisation administrative établie en Espagne et en Colombie en matière de changement climatique et sur les stratégies définies pour l'articulation des entités publiques afin de contrôler une bonne gestion du changement climatique selon son régime juridique.

Mots-clés: Changement climatique, institutionnalité, gouvernance, atténuation, adaptation.

SUMARIO: Introducción. Problema de investigación. Metodología. 1. Marco jurídico internacional del cambio climático. 2. Políticas y estrategias de mitigación y adaptación en España y Colombia. 2.1 Régimen jurídico español. 2.1.1 Unión Europea. 2.1.2 España. 2.2 Régimen jurídico colombiano. 2.2.1 Documentos de política pública. 2.2.2 Planes y estrategias nacionales. 2.2.3 Documentos de cumplimiento. 3. Institucionalidad del cambio climático. 3.1 Unión Europea. 3.2 España. 3.2.1 Consejo Nacional del Clima. 3.2.2 Comisión de coordinación de política para el cambio climático. 3.2.3 Comisión interministerial para el cambio climático. 3.2.4 Oficina española de cambio climático. 3.2.5 Entidades con funciones de gestión del cambio climático. 3.3. Colombia. 3.3.1 Sisclima. 3.3.1.1. Comisión Intersectorial de cambio climático. 3.3.1.2. Nodos regionales de cambio climático. 3.3.1.3. Consejo Nacional de cambio climático. 3.3.2. Dirección de cambio climático y gestión del riesgo del MADS. 3.3.3. Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres. 3.3.4. Entidades territoriales. 3.3.5. Autoridades ambientales. 3.3.6. IDEAM. 3.3.7. Instancias sectoriales relacionadas con el cambio climático. 3.3.8. Mesa REDD+. 3.3.9. Comité Intersectorial para el Control de la Deforestación y Gestión Integral para la Protección de los Bosques Naturales. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

El cambio climático es uno de los principales problemas que aquejan a la humanidad debido a los efectos medioambientales que genera. Este responde al incremento de los gases de efecto invernadero, resultantes de las actividades humanas « (Antal, 2004); (IPCC, 2013)», lo cual nos pone de presente una premisa: si no se toman medidas drásticas desde hoy, será más difícil y costoso adaptarse a estos efectos en el futuro –si fuese posible la adaptación– « (IPCC, 2013); (Stern, 2007)». Estamos frente a uno de los temas más abordados por las ciencias naturales como sociales, y diferentes ramas del conocimiento, con importantes estudios frente a la mitigación, adaptación y financiación del cambio climático, todo desde la esfera internacional.

Pese a la relevancia del cambio climático, es escaso el trabajo doctrinal que se ha dedicado a estudiar la organización administrativa que diseñan e implementan los países signatarios de los instrumentos del marco jurídico internacional del

cambio climático¹, y el nivel de eficacia de estos. Lo cual es central para el cumplimiento y monitoreo de los compromisos internacionales. En especial en Estados Democráticos como el colombiano², que han ratificado compromisos nacionales e internacionales en materia de cambio climático y para la protección de los recursos naturales.

Entonces, los países tienen una gran responsabilidad histórica para diseñar no solo los planes, programas y acciones de conformidad con los compromisos asumidos en los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del régimen internacional del cambio climático, en especial, el Acuerdo de París, sino la creación de una organización administrativa que sea permanente en su actuación de manera que se garantice la adecuada y eficiente aplicación del régimen nacional. Además, esto permite darle continuidad y seguimiento a los diversos acuerdos que han suscrito cada uno de los países, cumplir las metas fijadas de mitigación y adaptación y asumir compromisos más ambiciosos en sus Contribuciones Nacionales Determinadas y que se conviertan en un eje articulador de la acción administrativa en todos los ámbitos de la Administración.

La estructura y diseño de la organización administrativa para la gobernanza del cambio climático es una decisión libre y soberana de cada uno de los Estados. La cual debe incluir órganos del orden nacional como territorial y órganos colegiados que permitan la integración y colaboración de las entidades públicas vinculadas a los sectores administrativos más relevantes para la mitigación y adaptación al cambio climático y que, respondan a las necesidades y responsabilidades de cada país. Por lo tanto, se considera necesario no solo la creación de entidades e instancias sectoriales o territoriales sino la búsqueda de articulación de todas las entidades del nivel central, regional y local, lo que permitirá que se implementen de manera adecuada las políticas, estrategias y acciones de cambio climático determinadas por cada país conforme a sus compromisos internacionales.

Teniendo en cuenta lo anterior, se ha considerado oportuno hacer un análisis a la institucionalidad del cambio climático. No se hace referencia a los órganos creados en los instrumentos internacionales para soportar las diferentes Conferencias de las

¹ (Organización de las Naciones Unidas, 1992), (Organización de las Naciones Unidas, 1997) y (Organización de las Naciones Unidas, 2015)

² Colombia es un Estado social de Derecho con una larga historia marcada por el conflicto armado interno, en el que, muchas de las luchas y reclamos sociales, tuvieron origen en la protección de los recursos naturales y en la creación de estrategias y políticas públicas para la prevención y mitigación de efectos nocivos sobre la naturaleza y el cambio climático. De ahí la importancia y responsabilidad en materia del cambio climático para un Estado como el colombiano (Arboleda Ramírez, 2014).

Partes y las negociaciones internacionales, sino a la organización administrativa de cada país para afrontar sus compromisos internacionales y compatibilizarlos con sus necesidades regionales y locales.

Por lo tanto, se ha priorizado el estudio en dos ordenamientos jurídicos España y Colombia³, que son disímiles en las negociaciones internacionales de cambio climático, para analizar el nivel de eficacia de la organización en cada uno de ellos y las consecuencias frente a los compromisos internacionales. En ese sentido, el objetivo de esta investigación es identificar el régimen jurídico del cambio climático que se ha desarrollado en España y Colombia a partir de los compromisos internacionales asumidos y en desarrollo de estos la institucionalidad creada por cada país con el propósito de hacer efectivo el régimen jurídico y las obligaciones en la materia.

El presente artículo se divide en tres partes. La primera está destinada a un análisis del marco internacional del cambio climático con especial énfasis en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992 (en adelante CMNUCC), el Protocolo de Kioto de 1997 (en adelante PK) y el Acuerdo de París de 2015 (en adelante AP), no será un estudio detallado de los mismos sino se ha considerado necesario discernir en torno a unas bases internacionales para los Estados en el diseño de su institucionalidad para el cambio climático. La segunda parte será un análisis de las políticas y avances en materia de mitigación y adaptación al cambio climático en España (lógicamente acudiendo también a los avances en la Unión Europea) y Colombia, con especial énfasis en los documentos de política pública y los documentos de cumplimiento. Y finalmente, la tercera parte será el análisis de la institucionalidad del cambio climático en España y Colombia, desde su creación y desarrollo hasta su articulación y consolidación encaminadas a construir una gobernanza del cambio climático.

Problema de investigación

¿Cuál es el régimen jurídico aplicable a la organización administrativa en materia de cambio climático en España y Colombia para el cumplimiento de los compromisos internacionales de mitigación y adaptación?

³ En la actualidad política del país y en el marco del posconflicto, los asuntos sobre el cambio climático y la protección recursos naturales, tienen una gran relevancia (Niño López, 2016). Las políticas públicas y avances en materia de mitigación y adaptación al cambio climático son fundamentales para la transformación y el progreso social, los cuales son solo posibles desde una articulación en la institucionalidad y las estrategias de gobernanza.

Metodología

La metodología empleada para el desarrollo de la investigación fue inductiva. Se estudió la normatividad sobre cambio climático en España y Colombia para determinar cuáles han sido los avances en el cumplimiento de las obligaciones internacionales y la eficacia de la organización administrativa creada en cada país. El objetivo central fue hacer un estudio de la organización administrativa en el nivel nacional como territorial y de las estrategias para su articulación y el análisis del proceso de construcción y consolidación para garantizar la adecuada gestión del cambio climático en cada país. Para ello, se realizó un estudio detallado de la normativa expedida durante los últimos veinte años por cada país en relación con el tema objeto de estudio para identificar los principales avances y las distintas entidades involucradas en la gestión del cambio climático, los procesos de construcción de la estructura administrativa y los desafíos que esta representa para el logro de los fines de adaptación y mitigación.

Esquema de resolución del problema jurídico

Para lograr responder al problema jurídico se deberá: (i) revisar el régimen jurídico internacional del cambio climático, los objetivos de los instrumentos internacionales en la materia y las instituciones creadas para el cumplimiento de los objetivos de cada tratado; (ii) identificar el régimen legal del cambio climático en España y Colombia, así como las políticas estrategias, mecanismos y acciones de mitigación de cambio climático y los documentos de cumplimiento según lo establecido por el derecho internacional; y (iii) analizar la estructura administrativa que la Unión Europea, España y Colombia han determinado para la ejecución e implementación del régimen jurídico nacional del cambio climático.

Plan de redacción

1. Marco Jurídico Internacional del Cambio Climático

Desde el punto de vista normativo, este régimen hace parte del Derecho internacional del medio ambiente⁴, caracterizado por tener un desarrollo normativo

⁴ Dentro de los rasgos característicos del Derecho Internacional del medio ambiente se destacan las siguientes: funcionalidad (se refiere a su naturaleza funcional y en un derecho tuitivo que busca “establecer mecanismos de reglamentación, administración gestión de los recursos ambientales conforme a pautas jurídicas ecológicamente aceptable”), multidimensionalidad (el derecho internacional responde a las

ambiental altamente orientado al *soft law*, la cual se evidencia en mayor o menor medida en la «base jurídica del cambio climático», compuesta por tres tratados internacionales más en esta materia: la CMNUCC (1992)⁵, el PK (1997)⁶ y el AP (2015)⁷.

La CMNUCC se adoptó en la Sede de las Naciones Unidas de Nueva York, se publicó para su firma en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en Río de Janeiro. El objetivo es “la estabilización de las concentraciones de gases efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático”⁸ (CMNUCC, 1992, artículo 2). La Convención representa el primer acuerdo internacional ambiental vinculante sobre el clima, su contenido normativo es predominantemente de *soft law* y aunque se establecen algunas obligaciones concretas para las partes contratantes⁹, “[...] el texto es un ir y venir de disposiciones con lenguaje genérico, impreciso, vago o relativizado. Lo cual es entendible pues el instrumento fue adoptado como convención marco” (Nava Escudero, 2016, pág. 102).

La CMNUCC (1992) creó una institucionalidad con el fin de garantizar el logro de los objetivos de la Convención y asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados, que se concreta en los siguientes órganos: la Conferencia de las Partes (en adelante - COP), que es el órgano supremo encargado de adoptar las decisiones necesarias para la aplicación de la Convención; la Secretaría, con funciones administrativas y de apoyo a la COP; el Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico, el cual proporciona información y asesoramiento sobre los temas científicos y tecnológicos, a la COP y demás órganos; y, el Órgano Subsidiario de Ejecución, que es el encargado de realizar el seguimiento y evaluación del cumplimiento efectivo de la Convención.

exigencias políticas, económicas, sociales, científicas, tecnológicas y ecológicas), la participación de actores no estatales y la importancia del *soft law* (Juste Ruíz & Castillo Daudí, 2014, pág. 36).

⁵ Dicho instrumento internacional fue firmado el 9 de mayo de 1992 y entró en vigor el 21 de marzo de 1994.

⁶ El cual fue firmado por parte de los Estados el 11 de diciembre de 1997 y su entrada en vigor inicio 16 de febrero de 2005.

⁷ Dicho Acuerdo fue firmado el 12 de diciembre de 2015 y su entrada en vigencia fue el 4 de noviembre de 2016.

⁸ Este objetivo no ha sido la base de las negociaciones en los últimos años, las cuales se han centrado en establecer un límite para la temperatura global y no en la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero (IPCC, 2013), aunque la temperatura global depende de los gases efecto invernadero concentrados en la atmósfera.

⁹ Para una excelente discusión sobre la idoneidad moral de la CMNUCC, *vid.* (Garvey, 2008, págs. 114-120).

De otro lado, la adopción del PK tuvo lugar en la COP 3 en la ciudad de Kioto en 1997¹⁰. Se estableció la meta de “[...] reducir el total de sus emisiones de esos gases a un nivel inferior en no menos de 5% al de 1990 en el período de compromiso comprendido entre el año 2008 y el 2012” (PK, 1997), a cargo de los países del Anexo I, lo que se convierte en una obligación internacional vinculante. En la 18ª reunión de la COP, celebrada en Doha de 2012, se acuerda un segundo período de cumplimiento del PK (Enmienda de Doha, 2012), que garantizase que los Estados no quedarán libres de cualquier obligación internacional en lo que atañe a la reducción de sus emisiones de GEI¹¹.

El PK también incluyó disposiciones encaminadas a establecer la institucionalidad necesaria para su cumplimiento: la Reunión de las Partes del Protocolo, que se desarrollará en el marco de las COP para examinar la aplicación del PK y adoptar las decisiones necesarias para su aplicación eficaz; la Secretaría General del Protocolo, que será ejercida por la Secretaría General de la CMNUCC; los equipos de expertos, que examinarán el cumplimiento de los compromisos de las Partes del Anexo I a partir de una evaluación técnica de la aplicación del PK por cada Parte; y la Junta Directiva del Mecanismo para un Desarrollo Limpio¹², que supervisará los proyectos impulsados por los Estados Parte (PK, 1997).

Por último, el AP fue adoptado en la COP 21 en París, en diciembre del 2015. El objetivo del Acuerdo es reforzar la respuesta mundial al cambio climático y en

¹⁰ En opinión de Campins Eritja (1999) es errado resaltar la COP 3 como histórica, pues en su visión la más importante es la COP 4 celebrada en Buenos Aires (Argentina) donde se adoptó el Plan de Acción de Buenos Aires con el objetivo de avanzar la futura entrada en vigor del Protocolo y las partes se habían comprometido a desarrollar algunos aspectos esenciales: “articulación de los mecanismos de ejecución conjunta, el diseño de un sistema de comercialización de permisos de emisión y el establecimiento del mecanismo de desarrollo limpio”.

¹¹ En opinión de Salinas Alcega (2017) esta fue una medida ineficaz debido a dos razones. La primera, sigue existiendo un buen número de Estados exentos del esfuerzo de reducción de emisiones Gases Efecto Invernadero (en adelante-GEI), entre ellos todos los países en desarrollo, los que como se verá más tarde se integran algunos de los principales emisores del GEI. Pero es que además la modificación de la postura de algunos de los Estados que en el Protocolo sí habían asumido cargas en ese sentido reducía todavía más el alcance de lo establecido en la citada Enmienda. Y en segundo lugar, el resultado es que los compromisos recogidos alcanzan apenas el 15% del total de emisiones de GEI, convirtiendo esta Enmienda en un instrumento más ineficaz que el propio Protocolo de Kioto ya que la participación en aquélla no sólo no mejoraba la de éste sino que la empeoraba, lo que permite prever un agravamiento de la situación en cuanto a la evolución del problema, acentuando la ya apuntada urgencia en cuanto a la adopción de un nuevo texto.

¹² El Mecanismo de Desarrollo Limpio se estableció en el artículo 12 del PK, con el objetivo de contribuir al desarrollo sostenible en los países en desarrollo y lograr que los países industrializados logren una implementación costo-efectiva de las medidas adoptadas para cumplir los compromisos de mitigación en el marco de la CMNUCC (IPCC, 2015).

concreto, mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5°C con respecto a los niveles preindustriales, aumentar la capacidad de adaptación y promover un desarrollo con bajas emisiones de GEI (AP, 2015, artículo 2).

El AP (2015) repite lo que ha ocurrido en el régimen climático cuando se adoptó la CMNUCC (1992) y el PK (1997): se trata de un instrumento de *hard law* con un alto contenido de normas de *soft law* (Nava Escudero, 2016). Esta reincidencia jurídico-ambiental-climática se ha expresado de maneras diversas en el texto aprobado: algunas de obvia inserción y otras como resultado de una negociación, para que los Estados participantes lograran un acuerdo vinculante y pudieran responder así a las demandas formuladas por diversos actores de la comunidad internacional.

Una de las críticas que más ha llamado la atención -tanto en el ámbito científico como en el ámbito del Derecho ambiental- es aquella que señala que en lugar de que se establecieran contribuciones obligatorias de reducción de emisiones (es decir, metas cuantificadas), se debían plasmar enunciados basados en promesas voluntarias a través de las llamadas Contribuciones Determinadas a nivel Nacional¹³ (en inglés, NDC¹⁴) (Salinas Alcega, 2017). Por ello, se considera que el AP modifica la estructura tradicional de las obligaciones de mitigación toda vez que son los propios Estados quienes se auto-imponen las metas de reducción de emisiones de GEI a través de las NDC, eliminando así la exención de la obligación de reducción de emisiones de los países en desarrollo y estableciendo un nuevo esquema de cooperación universal (Salinas Alcega, 2017).

En relación con la institucionalidad creada en el AP, se establecieron los siguientes órganos: la Reunión de las Partes del AP, que se desarrollará bajo la COP, la cual adoptará las decisiones necesarias para el logro del objetivo del AP y también realizará cada 5 años, desde el año 2023, un balance mundial de los avances en el cumplimiento de los objetivos de manera global y facilitadora; la Secretaría General del AP, que será ejercida por la Secretaría General de la CMNUCC; y un órgano

¹³ Desde el punto de vista jurídico, no debe objetivarse como bueno o malo ni como correcto o incorrecto el uso del Derecho «suave» en el formato convencional del régimen climático. Simplemente ha sido una herramienta a la cual han acudido reiteradamente los Estados desde hace tiempo para enfrentar uno de los fenómenos más graves que afecta a la humanidad (Nava Escudero, 2016).

¹⁴ Los INDC son un *soft structure*, término acuñado por el profesor Jorge E. Viñuales, director del Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance de la Universidad de Cambridge, Inglaterra. Para más detalles sobre las NDC desde su perspectiva, “the Paris Climate Agreement: An Initial Examination (Part II of III)”.

de cumplimiento establecido en el artículo 15, que consiste en un mecanismo de aplicación de poca eficacia debido a que el comité encargado de esta tarea estará compuesto por expertos y tendrá un carácter facilitador, funcionando de manera “transparente, no contenciosa y no punitiva” (AP, 2015).

2. Políticas y estrategias de mitigación y adaptación en España y Colombia

Los instrumentos internacionales en materia de cambio climático y las obligaciones asumidas por cada Estado parte en los tres tratados mencionados en el acápite anterior fueron la base para que cada país desarrollara internamente un régimen jurídico del cambio climático, el cual incluye un conjunto de normas encaminadas al cumplimiento de dichas obligaciones y que se concreta en políticas, medidas, estrategias, programas, proyectos, planes o acciones de adaptación y mitigación.

2.1. Régimen jurídico español

Para presentar el marco jurídico en España es necesario *a priori* presentar el régimen europeo del cambio climático pues este asunto es una competencia compartida entre la Unión Europea (en adelante- UE) y sus Estados miembros. El calentamiento global ha estado presente en la agenda europea desde 1986, es decir, fue pionera en empezar a poner esta problemática como prioritaria. En este proceso determinó una hoja de ruta la cual se fijó en la Comunicación 656 final, del 16 de enero con el nombre “El problema de efecto invernadero y la Comunidad” y la Resolución 189/C, de 21 de junio de 1989. Queda claro que el cambio climático fue abordado como cuestión común que afectaría a toda la humanidad fue en el nivel comunitario, no obstante estas manifestaciones, acciones y medidas tempranas dieron resultados muy específicos (Mehling, 2009)¹⁵.

2.1.1. Unión Europea

Desde la década de los noventa, la UE ha adoptado medidas internas para afrontar esta problemática global. Dicha preocupación se refrenda con el proceso

¹⁵ Para profundizar sobre la actuación temprana de la Unión Europea sobre el cambio climático, *vid.* « (Pernas García, 2002); (Anderson & Skinner, 2005); (Sarasibar Iriarte, 2006, pág. 67)».

de ratificación del PK por la UE el 30 de mayo de 2002¹⁶, que vincula a todos los Estados miembros y supone el decidido compromiso de la UE por coordinar el cumplimiento de los objetivos fijados en Kioto, de conformidad con el sexto Programa de Acción Comunitaria en materia de Medio Ambiente de la década de 2000 a 2010 (Decisión 1600/2002/CE, 2002), y se materializa con la Decisión 2002/358 del Consejo de la UE (Decisión 2002/358/CE, 2002).

En esta Decisión se establece que la UE compuesta (en ese momento) por 15 Estados debe cumplir de forma conjunta el compromiso cuantificado de reducción de emisiones de GEI que, de acuerdo con el PK, se traduce en una reducción en un 8% de sus emisiones respecto las de 1990 para el periodo 2008-2012¹⁷ (Decisión 2002/358/CE, 2002). Esta fue una decisión estratégica por parte de la UE, que se puede considerar es acorde con el siguiente objetivo de integración y de política de la UE en materia de medio ambiente: “el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a luchar contra el cambio climático¹⁸” «artículo 191, (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 1957)»

Para iniciar la lucha contra el cambio climático como objetivo central se acordaron las contribuciones de cada país por parte de los representantes los países y quedó plasmado en el Consejo de Medio Ambiente de 16 y 17 de junio de 1998 (este acuerdo es conocido como el *Burden Sharing Agreement*) el cual se incorpora como Anexo II a la citada Decisión del Consejo sobre el cual se ratifica el Protocolo de Kioto¹⁹ (Decisión 2002/358/CE, 2002).

¹⁶ Lógicamente, antes de esta actuación de ratificar el PK existen actuaciones de gran importancia al interior de la UE, como la Resolución del Parlamento de 12 de septiembre de 1986, donde se sugiere la adopción de medidas para lograr una reducción de las emisiones de dióxido de carbono, entre otras muy importantes sobre las cuales no profundizaremos, para consultarlas, *vid.* (Sarasíbar Iriarte, 2006, pág. 68).

¹⁷ Los niveles asignados de reducción de emisiones para los miembros de la UE se reunieron en tres grupos: (1) Ocho de los países más contaminantes (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Holanda, Italia, Luxemburgo y Reino Unido) quienes debían reducir sus emisiones. (2) Cinco de los países europeos, con tasas de emisión *per capita* de GEI por debajo de la media comunitaria (Portugal, Grecia, Irlanda, Suecia y España), quienes debían contribuir el esfuerzo común limitando su incremento previsto inicialmente. (3) Los otros dos países europeos (Francia y Finlandia) debían mantener sus emisiones al mismo nivel que en 1990.

¹⁸ Por su parte Lozano Cutanda (2010) afirma que esta decisión de ratificar en conjunto otorga un poco de flexibilidad para el cumplimiento, en el entendido que podrán hacer una distribución de la carga entre los Estados en funciones de las circunstancias particulares de cada uno.

¹⁹ Esta es una manifestación de justicia climática a nivel de la Unión Europea, cuando un Estado miembro de la UE no cumple su parte en el compromiso global, podrá declararse su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea y podría ser condenado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Vid.* (Lozano Cutanda, 2010).

El cambio climático al interior de la UE se ha asociado con la seguridad energética, este último catalogado como prioritario para la economía, pero a este proceso le hicieron reparos y adaptaciones ambientales, los cuales se evidencian en algunos textos preparados por ésta. Así, se destaca el Libro Blanco de la Comisión: una política energética para la Unión Europea de 1995 el cual fijó como asuntos prioritarios tres objetivos centrales: la seguridad del abastecimiento, la competitividad, y la sostenibilidad o protección ambiental (Comisión de las Comunidades Europeas, 1995). Después vendría el Libro Verde de la Comisión de 2001: Estrategia europea para una energía sostenible, y luego el Libro Verde de la Comisión de 8 de marzo de 2006: Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura (Comisión de las Comunidades Europeas, 2006). En 2007 se produjo un renovado impulso y orientación a la política energética y se hicieron dos Comunicaciones por parte de la Comisión: “Una política energética para Europa” y “Como limitar el calentamiento mundial a 2°C. Medidas necesarias para el 2020 y después” (Comisión de las Comunidades Europeas, 2007).

Todos los esfuerzos se materializan en el Programa Europeo sobre el Cambio Climático, este ha adoptado innumerables estrategias, planes y programas, así como diversas medidas legislativas dirigidas a combatir el cambio climático (Mehling, 2009), especialmente en los sectores que se consideran esenciales para reducir las emisiones de CO₂: la energía, los transportes y la industria. Estos esfuerzos por parte de la UE y los países miembros es considerada “[...] la más intensa vinculación a los Estados europeos para que se adopten las medidas pertinentes, legislativas y ejecutivas” (Esteve Pardo, 2008, pág. 229).

Este desarrollo comunitario evidencia que la UE está en la vanguardia de la lucha medioambiental, es conocido como “Paquete de medidas de la UE sobre cambio climático y energía”, del cual se espera la consecución de importantes metas en 2020 (Lozano Cutanda, 2010). Se puede afirmar que la UE y sus Estados miembros han actuado como locomotora de la actuación internacional contra el cambio climático, quienes han jugado un papel esencial en los desarrollos de la CMNUU, PK y AP, en algunos casos se ha hablado de una «implementación precoz» de medidas e instrumentos para el cumplimiento de los compromisos de reducción de emisiones asumidas²⁰.

El Programa Europeo sobre el cambio climático actual es la Estrategia Europa 2020, donde combatir el cambio climático es uno de los cinco grandes temas de la amplia estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible

²⁰ Para profundizar sobre el cambio climático en la Unión Europea, específicamente el presente y el futuro de los mercados de emisiones, *vid.* « (Mehling, 2009); (Sanz Rubiales & Aníbarro Pérez, 2014)».

e integrador. Sus objetivos específicos, de aquí a 2020, son: la reducción en un 20 % de las emisiones de GEI, la procedencia del 20 % de la energía de fuentes renovables y la mejora en un 20 % de la eficiencia energética. Los dos primeros objetivos se llevaron a la práctica mediante un paquete de medidas sobre clima y energía de la legislación vinculante en junio de 2009. Una de las piedras angulares del marco es el objetivo vinculante de reducir, de aquí a 2030, las emisiones de gases de efecto invernadero de la UE en al menos un 40 % respecto a los niveles de 1990. El principal instrumento para alcanzar este objetivo será un sistema de comercio de derechos de emisión de la UE reformado que funcione adecuadamente (Comisión Europea, 2010).

Dentro de este paquete europeo se destacan algunas Directivas, que son *hard law* al interior de la UE. Dos grupos de directivas, por un lado, las enfocadas en el mercado de emisiones como es el caso de la Directiva 2003/87, de 13 de octubre, el cual regula el comercio de derechos de emisión (mecanismo de flexibilidad más desarrollado en la actualidad); y por otro lado, las Directivas relacionadas con la eficiencia y ahorro energético como medidas frente al cambio climático, como se relaciona a continuación:

TABLA 1.

Asunto	Directiva	Contenido
Eficiencia energética	Directiva 2006/32 CE del PE y del Consejo, de 5 de abril de 2006	Sobre eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos
	Directiva 2002/91 CE del PE y del Consejo, 16 de diciembre de 2002	Sobre la eficiencia energética de los edificios
	Directiva 2004/8 CE del PE y del Consejo, 11 de febrero de 2004	Sobre la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía
	Directiva 2010/31/UE del PE y del Consejo, del 19 de mayo del 2010	Relativa a la eficiencia energética de los edificios (refundición)
	Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003	Por la cual se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad
	Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 15 de enero de 2008	Relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, en cuanto al control de las emisiones y la mejora de la eficiencia energética de los sectores incluidos en el sistema.
	Directiva 2001/77 CE del PE y del Consejo, de 27 de septiembre del 2001	Sobre la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes renovables en el mercado interior de la electricidad
Directiva 2003/30 CE del PE y del Consejo, 8 de mayo del 2003	Relativa al fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte	

Fuente: Elaboración propia.

En este trabajo también se destacan documentos de *soft law* que se refieren a las Comunicaciones de la Comisión: Comunicación de la Comisión, de 10 de enero 2007 “Programa de trabajo de la energía renovable. Las energías renovables en el siglo XXI: construcción de un futuro más sostenible”; Comunicación de la Comisión, de 7 de diciembre de 2005, “Plan de acción sobre la biomasa”; y Comunicación de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, “Estrategia de la UE para los biocarburantes”; Comunicación de la Comisión, de 10 de enero de 2007, “Hacia un plan estratégico europeo de tecnología energética”; Comunicación de la Comisión, de 11 de abril del 2007, “El Plan de acción para la eficiencia energética”; Comunicación de la Comisión, de 13 de noviembre del 2008, “eficiencia energética: alcanzar el objetivo del 20%”.

2.1.2 España.

Pasando al escenario de España, este país se ubica dentro de los países europeos con tasas de emisión *per cápita* de GEI por debajo de la media comunitaria, quienes debían contribuir el esfuerzo común limitando su incremento previsto inicialmente, lo mismo que Portugal, Grecia, Irlanda y Suecia. Dentro del inventario de GEI viene presentando un crecimiento de un 21,0% respecto al año base 1990. El CO₂ es el gas predominante, seguido de metano y óxido nitroso, en este caso las emisiones provienen: “[...] destacan las emisiones de gases de efecto invernadero del sector del procesado de la energía, le siguen en orden de importancia los de agricultura, procesos industriales, tratamiento y eliminación de residuos y, finalmente, el sector de uso de disolventes” (Ministerio para la Transición Ecológica, 2019).

De otro lado, el comercio de derechos de emisión²¹ compuesto por el siguiente conjunto normativo de diversa escala, así: Ley sobre el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (Ley 1, 2005); Real Decreto por el cual se regula el comercio de derechos de emisión de gases efecto invernadero (Real Decreto-ley 5/2004, 2004); Real Decreto por el cual se aprueba el Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión, 2005-2007 (Real Decreto 1866/2004, 2004); Real Decreto por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (Real Decreto 413/2014, 2014); y Real Decreto por el que se regula la concesión directa de subvenciones del Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE-6) (Real Decreto 525/2014, 2014), el Plan Nacional de Asignación de los

²¹ Un análisis sobre las consecuencias del protocolo de Kioto, y lo que se esperaba por parte de las empresas en España con todos los instrumentos de mercado y regulación, *vid.* (Hernández Álvarez & Río González, 2007).

Derechos de Emisión para los periodos comprendidos entre los años 2005-2007 y 2008-2012, el Plan de Fomento de las Energías Renovables (2000-2010), el Plan de energías renovables (2005-2010) y la estrategia española frente al cambio climático, materializada en los Planes Energéticos Alternativos ENERGÍA 2005 y ENERGÍA 2010, y en la Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia Horizonte 2012.

Y a la fecha se han presentado seis comunicaciones oficiales a la COP en el marco del CMNUCC. Estos documentos técnicos y científicos han sido vitales para delimitar una hoja de ruta en materia de cambio climático.

TABLA 2.

Categoría	Título
Comunicaciones de cambio climático Comunicaciones de cambio climático	Primera Comunicación Nacional ante la CMNUCC de 1994.
	Segunda Comunicación Nacional ante la CMNUCC de 1998.
	Tercera Comunicación Nacional ante la CMNUCC de 2002.
	Cuarta Comunicación Nacional ante la CMNUCC de 2006.
	Quinta Comunicación Nacional ante la CMNUCC de 2009.
	Sexta Comunicación Nacional ante la CMNUCC de 2013.

Fuente: Elaboración propia.

2.2. Régimen jurídico colombiano

El análisis del régimen jurídico colombiano del cambio climático parte del marco normativo, por lo que para facilitar su estudio consideramos necesario plasmar de forma gráfica y didáctica las distintas categorías que hemos considerado dentro del ordenamiento jurídico de Colombia en cuanto al cambio climático.

TABLA 3.

Categoría	Título
Ley	Ley 164 de 1994 (Por medio de la cual se aprueba la “Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992).
	Ley 629 de 2000 (Por medio de la cual se aprueba el “Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, hecho en Kioto el 11 de diciembre de 1997).
	Ley 1523 del 2012 (Por la cual se adopta la Política Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones).

	Ley 1665 de 2013 (Por medio de la cual se aprueba el ‘Estatuto de la Agencia Internacional de Energías Renovables (IRENA)’, hecho en Bonn, Alemania, el 25 de enero de 2009).
	Ley 1715 del 2014 (Por medio de la cual se regula la integración de las energías renovables no convencionales al sistema energético nacional).
	Ley 1819 de 2016 (Por la cual se crea el Impuesto Nacional al Carbono en el artículo 221 y siguientes).
	Ley 1844 de 2017 (Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de París” adoptado el 12 de diciembre de 2015, en París).
	Ley 1931 de 2018 (Por la cual se establecen directrices para la gestión del cambio climático).
Reglamentos	Decreto 298 de 2016 (Por el cual se establece la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Cambio climático y se dictan otras disposiciones).
	Decreto 926 de 2017 (sobre la No Causación al Impuesto Nacional al Carbono, que reglamenta los Artículos 221 y 222 de la Ley 1819 de 2016).
	Decreto 1257 de 2017 (Por el cual se crea la Comisión Intersectorial para el Control de la Deforestación y la Gestión Integral para la Protección de Bosques Naturales y se toman otras determinaciones).
	Decreto 1655 de 2017 (Por medio del cual Por medio del cual se adiciona al Libro 2, parte 2, Título 8, Capítulo 9 del Decreto 1076 de 2015, cinco nuevas secciones en el sentido de establecer la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Información Forestal, el Inventario Forestal Nacional y el Sistema de Monitoreo de Bosques y Carbono que hacen parte del Sistema de Información Ambiental para Colombia, y se dictan otras disposiciones).
	Resolución 1447 de 2018 (Por la cual se reglamenta el Sistema de Monitoreo, Reporte y Verificación de las acciones de mitigación a nivel nacional de que trata el artículo 175 de la ley 1753 de 2015, y se dictan otras disposiciones)

Fuente: Elaboración propia.

A nivel legal, el cambio climático ha generado la aprobación de tres grupos de iniciativas. Primero, las iniciativas aprobatorias de los instrumentos internacionales en materia de cambio climático «CMNUCC (Ley 164, 1994), PK (Ley 629, 2000) y AP (Ley 1844, 2017)» que implican la incorporación de dicho instrumento al ordenamiento jurídico nacional; segundo, las iniciativas de mitigación «Ley regulatoria de las energías renovables en la matriz energética (Ley 1715, 2014)» y adaptación «Ley de gestión y atención de desastres (Ley 1523, 2012)» al cambio climático; y tercero, la Ley que establece el marco bajo el cual se gestiona el cambio climático en Colombia, por lo que determina las directrices para la mitigación, la adaptación, la transición hacia una economía sustentable y un desarrollo bajo en carbono (Ley 1931, 2018).

La Ley que gestiona el cambio climático en Colombia constituye un avance legal significativo para el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado colombiano así como para la efectiva y correcta implementación de las políticas impulsadas por el gobierno desde el año 2010, puesto que además de definir

los instrumentos de planeación mediante los cuales se desarrollarán las políticas de cambio climático – Planes Integrales de Gestión del Cambio Climático Sectoriales y Territoriales–, regula el Sistema Nacional de Cambio Climático (en adelante SISCLIMA), determina las competencias de las entidades estatales en la materia y define los Sistemas de Información de Cambio Climático. La incorporación legal de los instrumentos descritos implicó que las entidades nacionales, regionales y territoriales tengan obligaciones legales en la materia, cuyo cumplimiento podrá ser exigido por los particulares (Ley 1931, 2018).

Asimismo, define los instrumentos económicos y financieros para la gestión del cambio climático, entre los que se resalta el Programa Nacional de Cupos Transables de Emisión de Gases Efecto Invernadero, el cual busca concretar las metas de mitigación sectoriales definidas por el Estado acordadas por la CICC (Ley 1931, 2018). Esta estrategia está vinculada al impuesto nacional al carbono y al Registro Nacional de Reducción de Emisiones de GEI (Renare), por lo que se prevé que impulse que el sector privado implemente las acciones de mitigación definidas por el Estado.

De esta manera, actualmente la legislación fija los criterios y principales mecanismos para la implementación y desarrollo de las políticas, planes y estrategias de mitigación y adaptación en el país, lo que será la base para el cumplimiento de las metas internacionales establecidas en la Contribución Nacionalmente Determinada.

A nivel reglamentario, el desarrollo normativo ha sido escaso y se ha preocupado especialmente por la creación de instituciones, instrumentos de planificación, organización de los sistemas de información y la regulación de algunos instrumentos financieros que permitan la gestión del cambio climático. En este punto, el Decreto más significativo es el referente a la organización administrativa (creación y determinación de competencias del SISCLIMA), que representa la «modernización» del Estado colombiano para enfrentar las problemáticas asociadas al cambio climático.

Pasando al estudio de los medios que permiten la materialización de este marco jurídico, a continuación, se analizan los instrumentos de política pública que hacen parte de la regulación del cambio climático en el país, los cuales se han agrupado en dos categorías: documentos de política pública–que se concretan en estrategias nacionales de acción– y los documentos de cumplimiento.

2.2.1 Documentos de política pública.

Los documentos de política pública han sido diseñados o propuestos por el MADS como ente rector de política pública en materia ambiental (art. 5, Ley 99 de

1993) con el apoyo de la institucionalidad que sirve como apoyo científico y técnico y muchas veces financiadas bajo los esquemas de cooperación internacional. En este grupo se encuentran los siguientes:

TABLA 4.

Categoría	Título	Asuntos relevantes
Documentos de Política Pública	CONPES 3242 de 2003 ²² (Estrategia institucional para la venta de servicios ambientales de mitigación del cambio climático).	Este documento busca promover la participación competitiva de Colombia en el mercado de reducciones verificadas de emisiones GEI mediante el establecimiento de un marco institucional nacional (CONPES 3242, 2003).
	CONPES 3700 de 2011 (Estrategia Institucional para la Articulación de Políticas y Acciones en Materia de Cambio Climático en Colombia).	Este documento de política pública responde a la necesidad de generar institucionalidad para la gestión del cambio climático “con el fin de generar una gestión compartida y coordinada, y la información pertinente y oportuna que permita una adecuada toma de decisiones” (CONPES 3700, 2011).
	Política Nacional de Cambio Climático de 2017.	Este documento es el más reciente en políticas públicas en materia de cambio climático, y su eje central es el desarrollo de la Nueva Economía del Clima, para lo cual establece líneas estratégicas y líneas instrumentales que constituyen los pilares para el logro de una gestión del cambio climático (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017a).
	CONPES 3947 de 2018. Estrategias de actuación y coordinación para reducir las afectaciones ante la eventual ocurrencia de un fenómeno de variabilidad climática: El niño 2018-2019.	Este documento pretende prevenir y reducir los impactos y afectaciones sociales, económicas y ambientales de una eventual ocurrencia del fenómeno del niño entre 2018 y 2019 (CONPES 3947, 2018).

Fuente: Elaboración propia.

2.2.2 Planes y estrategias nacionales

Las políticas públicas se desarrollan a través de estrategias nacionales que son los mecanismos formulados por el MADS para la puesta en marcha del marco normativo y de los compromisos internacionales que ha adquirido el país en el marco de la CMNUCC. A continuación, se describen las estrategias:

²² Hoy se discute mucho por parte de la doctrina si estos documentos son fuentes del Derecho Administrativo. En nuestra opinión estos documentos son de naturaleza coordinadora o consultiva, pues no responden a una relación de jerarquía de fuentes del Derecho administrativo, y lo que buscan es fijar unas bases para la formulación de políticas públicas en materia de bienestar social. Para profundizar sobre esto vid. (Medina González, 2016).

TABLA 5.

Categoría	Título	Asuntos relevantes
Estrategias Nacionales	Estrategia Colombiana de Desarrollo Bajo en Carbono	Esta estrategia es el desarrollo de todas las políticas públicas enmarcadas en los Documentos <i>ut supra</i> y consiste en la planeación del desarrollo bajo en carbono a corto, mediano y largo plazo mediante “alternativas sectoriales de desarrollo bajo en carbono, mediante estudios de costos de reducción de emisiones y del trabajo en mesas con expertos sectoriales” (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2011).
	Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático de 2012.	El objetivo de este documento de política pública es reducir el riesgo y los impactos socio-económicos y ambientales asociados al cambio climático en Colombia. Para el cumplimiento del objetivo se proponen cuatro insumos: conocimiento de los riesgos potenciales y los impactos actuales, aprovechamiento de las oportunidades asociadas al cambio climático, incorporación del cambio climático en la planificación sectorial y territorial, y la priorización, implementación y evaluación de las medidas de adaptación encaminadas a disminuir la vulnerabilidad (Departamento Nacional de Planeación, 2012).
	Acciones Nacionalmente Apropiadas de Mitigación	Estas son medidas para la reducción de emisiones de las actividades económicas de los diferentes sectores. Estos programas involucran a actores públicos y privados en la mitigación y establecen mecanismos de monitoreo, reporte y verificación concretos. A la fecha se han implementado cerca de 17, las cuales se encuentran en proceso de formulación y algunas en fase de implementación.
	Planes Integrales de Gestión del Cambio Climático (Sectoriales y Territoriales).	La Ley 1931 de 2018, en desarrollo de la Política Nacional de Cambio Climático, estableció que los instrumentos para la gestión del cambio climático son los Planes Integrales de Gestión del Cambio Climático en dos modalidades: sectoriales, a cargo de los Ministerios que hacen parte del SISCLIMA ² , y territoriales, a cargo de las autoridades departamentales y ambientales regionales. En estos planes, se identificarán, evaluarán y orientarán las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático. Estos instrumentos de planificación se construyen con base en los Planes Sectoriales de Adaptación y los Planes de Acción Sectorial de mitigación (Ley 1931, 2018).
	Estrategia Nacional de Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación (ENREDD+)	ENREDD+ es la Estrategia Nacional de Reducción de las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación forestal; y la función de la conservación, la gestión sostenible de los bosques y el aumento de las reservas forestales de carbono. En Colombia, esta estrategia se denominó <i>Bosques Territorios de Vida. Estrategia Integral de Control a la Deforestación y Gestión de los Bosques</i> y fue expedida en el año 2017 (MADS & IDEAM, 2017).

²³ Hasta el momento, únicamente el Ministerio de Minas y Energía ha cumplido con lo establecido en la Ley 1931 de 2018 al expedir la Resolución 40807 de 2018, que adopta el Plan de Gestión Integral del Cambio Climático del sector minero-energético.

Estrategia de Protección Financiera ante desastres naturales	Esta estrategia tiene el objetivo de lograr estabilidad macroeconómica y equilibrio fiscal mejorando la capacidad del Gobierno de Colombia para responder ante la ocurrencia de desastres y reducir la vulnerabilidad fiscal que se podría presentar como consecuencia de la materialización del riesgo por la ocurrencia de un desastre natural.
Estrategia Nacional de Financiamiento Climático	El documento fue expedido en el año 2017, en desarrollo de la Política Nacional de Cambio Climático, con el propósito de identificar las acciones, orientaciones y lineamientos para movilizar los recursos necesarios para el logro de los objetivos definidos en la Política (Programa de Alistamiento para el Fondo Verde del Clima, 2017).
Estrategia Nacional de Educación, Formación y Sensibilización de Públicos sobre Cambio Climático.	Esta estrategia, formulada en el año 2010, busca “establecer directrices para la implementación de programas y proyectos que promuevan el acceso a la información, la conciencia pública, la capacitación, la educación, la investigación y la participación, para contribuir en la creación de capacidades a nivel local, regional y nacional en el tema de cambio climático” (IDEAM, 2010).

Fuente: Elaboración propia.

2.2.3 Documentos de cumplimiento.

Los documentos de cumplimiento son aquellos que se elaboran en desarrollo de las obligaciones asumidas en el marco de la CMNUCC. Estos hacen referencia a las Comunicaciones Nacionales y a los Informes bienales de actualización, que son documentos técnicos y científicos, que a su vez incorporan los avances en las políticas, estrategias y acciones del país en materia de mitigación y adaptación al cambio climático.

TABLA 6.

Categoría	Título
Comunicaciones Nacionales de cambio climático	Primera Comunicación Nacional ante la CMNUCC de 2001 (Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales [IDEAM], Ministerio del Medio Ambiente, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], 2001)
	Segunda Comunicación Nacional ante la CMNUCC de 2010 (Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales [IDEAM] ; Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial [MAVDT], Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo [PNUD] & GEF, 2010).
	Tercera Comunicación Nacional ante la CMNUCC de 2017 (Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales [IDEAM], Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible [MADS], Departamento Nacional de Planeación [DNP] & Cancillería, 2017).
Informes Bienales de Actualización	Primer Informe bienal de actualización de 2015.
	Segundo Informe bienal de actualización de 2018.

Fuente: Elaboración propia.

3. Institucionalidad del cambio climático

3.1. Unión Europea

La UE ha diseñado institucionalidad específica para abordar las problemáticas del cambio climático, dentro de las cuales se mencionan en particular: (1) El Parlamento Europeo con la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria. (2) El Consejo de la Unión Europea con sus comisiones de Medio Ambiente; asuntos Económicos y Financieros. (3) La Comisión Europea con su programa Acción por el clima, (4) El Comité Económico y Social Europeo con la sección de Agricultura, Desarrollo Rural y Medio Ambiente, (5) El Comité de las Regiones con la Comisión de Medio Ambiente, Cambio Climático y Energía (ENVE), (6) La Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA) y Empresa Común Clean Sky 2.

En particular se destacan por parte de Parejo Navajas (2015) dos órganos, en primer lugar, la Dirección General de Acción contra el Clima establecida en febrero del 2010 y se encarga de dirigir las negociaciones internacionales sobre el clima, ayuda a la UE a hacer frente a las consecuencias del cambio climático, a cumplir con los objetivos marcados para el año 2020, así como desarrollar y poner en marcha el régimen comunitario del derecho de emisiones de GEI; y en segundo lugar, la Agencia Europea de Medio Ambiente, que es el principal organismo público europeo dedicado a suministrar información oportuna, específica, relevante y fiable (la Agencia está regulada por el Reglamento CCE 1210/1990, de 7 de mayo).

3.2. España

La organización administrativa destinada por el Estado español para afrontar las problemáticas del cambio climático es múltiple y ha sido objeto de un diseño administrativo amplio y moderno, que se ha mantenido a lo largo del tiempo y que ha permitido la consistencia de las políticas y normatividad aplicable en materia de cambio climático en el país.

3.2.1 Consejo Nacional del Clima.

El primero dentro de esta institucionalidad es el Consejo Nacional del Clima; este data desde 1992, empezó estando adscrito al Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente (ya disuelto), y tiene como objetivo la elaboración del Programa Nacional del Clima y el asesoramiento permanente al

Gobierno sobre la política referente al cambio climático y sobre las estrategias de respuesta²⁴. Su reglamentación se encuentra en el Real Decreto 415/2014, de 6 de junio, el cual regula toda la composición y funciones del Consejo Nacional del Clima como órgano colegiado interministerial que está adscrito al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente a través de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente, es decir, es el foro institucional de participación de todas las Administraciones públicas, así como de las organizaciones y entidades representativas de intereses sociales y ambientales en la elaboración y seguimiento de las políticas sobre cambio climático promovidas por el Estado (Real Decreto 415/2014, 2014).

3.2.2 Comisión de Coordinación de Políticas del Cambio Climático.

La segunda entidad es la Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático, creada por la Ley 1/2005, de 9 de marzo como órgano de coordinación y colaboración entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas para la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión y el cumplimiento de las obligaciones internacionales y comunitarias de información inherentes a éste (Ley 1, 2005). La presidencia de esta comisión le corresponde al Secretario de Estado de Medio Ambiente (Real Decreto 1823/2011, 2011) y está integrado por diecisiete vocales, en representación de la Administración General del Estado, un vocal designado por cada Comunidad Autónoma, un vocal designado por cada una de las ciudades de Ceuta y Melilla y un vocal en representación de las entidades locales.

3.2.3 Comisión Interministerial para el Cambio Climático.

La tercera es la Comisión Interministerial para el Cambio Climático, que fue creada por el Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, adscrita al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, y está presidida por el Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. La Comisión está integrada por los vocales, con rango de Secretario de Estado o Subsecretario que se designen en representación de las carteras ministeriales (Real Decreto 1866/2004, 2004).

²⁴ Este ha tenido varias reglamentaciones desde su creación, entre las que se destacan: el Real Decreto 177/1998, de 16 de febrero y el Real Decreto 1188/2001, de 2 de noviembre.

3.2.4 Oficina española de Cambio Climático.

La cuarta entidad es la Oficina Española de Cambio Climático creada por el Real Decreto 376/2001, de 6 de abril. Éste es un órgano colegiado para desarrollar las políticas relacionadas con cambio climático²⁵ y está adscrita a la secretaría de Estado de Medio Ambiente y es la entidad que formula la política nacional de cambio climático, de conformidad con la normativa internacional y de la Unión Europea en la materia, así como la normativa y desarrollar los instrumentos de planificación y administrativos, cumpliendo con todas las funciones asignadas en el desarrollo de la CMNUCC (Real Decreto 376/2001, 2001). Esta es sin duda la institución más importante diseñada por el Derecho de organización español para asumir los retos del cambio climático, lo curioso es que no incluye ninguna función relacionada con la interacción con el Poder Judicial ni mucho menos expresamente funciones de justicia climática.

3.2.5 Entidades con funciones de gestión del cambio climático.

Y finalmente, en materia de estructura administrativa existen tres entidades que cumplen funciones relacionadas con la gestión del cambio climático en España, son: la Secretaria del Estado de Energía²⁶, la Comisión Nacional de la Energía²⁷ (Ley 34, 1998) y el Fondo de Carbono²⁸ (Ley 2, 2011) y en el nivel autonómico, la organización administrativa responde a la distribución competencial, especialmente en materia de medio ambiente (art. 148.1.9 CE y art. 25.2.f. Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora del régimen local, para los municipios). En este nivel se tienen funciones fundamentalmente de gestión en función de sus competencias, pero la complejidad está dada por la transversalidad de la materia²⁹.

²⁵ El marco jurídico de esta entidad está determinado por el Real Decreto 1000/2003, de 25 de julio, Real Decreto 1477/2004 de 18 de junio, Real Decreto 1334/2006 de 21 de noviembre, Real Decreto 895/2017 de 6 de octubre.

²⁶ Este es un órgano superior del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital que se encarga de ejercer competencias relativas a la política energética y de recursos minerales, donde se ocupan de abordar algunas problemáticas asociadas al cambio climático.

²⁷ Ente regulador de los sistemas energéticos, creado por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos y desarrollado por el Decreto Real 1339/1999, de 31 de julio.

²⁸ Este ha sido creado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo con el objetivo de reorientar la actividad económica hacia modelos bajos en carbono al tiempo que se contribuye al cumplimiento de los objetivos internacionales asumidos por España en materia de reducción de emisiones de GEI promoviendo actuaciones de ámbito nacional (Ley 2, 2011).

²⁹ La doctrina y legislación española se ha concentrado en analizar la problemática de las energías renovables, vid. (Alenza García & Sarasíbar Iriarte, 2007).

3.2.6 Colombia

En Colombia, el desarrollo de la institucionalidad en materia de cambio climático es relativamente reciente, inició en el año 2010, momento en el que se empezó a impulsar el diseño de las políticas y estrategias de mitigación y adaptación. La evolución de la institucionalidad ha estado marcada por los mandatos de los Planes Nacionales de Desarrollo y por la expedición de las políticas públicas y planes nacionales de cambio climático.

3.3. Falta

3.3.1 SISCLIMA

El SISCLIMA se creó en el Decreto 298 de 2016, en desarrollo de las recomendaciones del CONPES 3700 de 2011, con el objetivo de

[...] coordinar, articular, formular, hacer seguimiento y evaluar las políticas, normas, estrategias, planes, programas, proyectos, acciones y medidas en materia de adaptación al cambio climático y mitigación de gases efecto invernadero, cuyo carácter intersectorial y transversal implica la necesaria participación y corresponsabilidad de las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de las entidades privadas y entidades sin ánimo de lucro (Decreto 298, 2016).

La definición de este objetivo era necesario para empezar a diseñar una estructura administrativa en materia climática, en razón a que la organización de un Sistema en el que se involucran a las principales entidades administrativas cuyas actividades tienen un impacto en la mitigación y adaptación permite mejorar la organización de las normas, políticas, planes, acciones y recursos dirigidos a enfrentar esta problemática.

El SISCLIMA prevé su actuación a través de tres órganos a saber: la Comisión Intersectorial de Cambio Climático (en adelante-CICC), los Nodos Regionales de Cambio Climático y el Consejo Nacional de Cambio Climático (en adelante-CNCC) (Decreto 298, 2016).

Entre los fines específicos se encuentran la coordinación de las instancias del orden nacional, regional, local e internacional³⁰, la articulación de los planes,

³⁰ La existencia de varios sistemas relacionados con el desarrollo sostenible como el Sistema Nacional Ambiental, el SISCLIMA, el Sistema Nacional de Innovación Agropecuaria y el Sistema Nacional de Competitividad, Ciencia, Tecnología e Innovación, “complejiza la implementación de las políticas públicas y dificulta establecer acuerdos que permitan tener una visión a largo plazo”. Esta situación ha implicado

estrategias e iniciativas de cambio climático, la promoción de medidas de adaptación y mitigación³¹, el apoyo a la reducción de la vulnerabilidad de la población más afectada por el cambio climático y el fomento de la participación ciudadana (Decreto 298, 2016). En este último punto, se debe resaltar que la participación ciudadana implica la publicación de las reuniones y decisiones adoptadas por la CICC y los Nodos regionales, no obstante, hasta el momento, esta información no es pública y la ciudadanía no tiene conocimiento de las decisiones relevantes que toman estas instancias para la implementación de las acciones de adaptación y mitigación en el país. Al respecto, es necesario precisar que, esta participación ciudadana se relaciona con una condición particular de ciudadanía que “plantea la existencia de un sujeto con criterio, capaz de interferir en la vida pública del Estado y visionar la existencia de un bien general más allá del simple bienestar individual, esto es un ciudadano como sujeto político” (Clavijo Cáceres & Agudelo Ibáñez, 2014, pág. 187).

3.3.1.1. Comisión intersectorial de cambio climático.

La CICC es un cuerpo colegiado encargado de la coordinación y orientación de la implementación de la Política Nacional de Cambio Climático a nivel nacional³². La comisión estará integrada por representantes del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio del Interior, Ministerio de Hacienda, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Transporte, Ministerio de Relaciones Exteriores y Departamento de Planeación Nacional (Decreto 298, 2016). La Ley sobre gestión del cambio climático adiciona

el desgaste de las entidades públicas, así como la poca efectividad de los instrumentos de desarrollo sostenible y de la implementación las políticas públicas (CONPES 3934, 2018).

En materia de cambio climático, el IDEAM, PNUD, MADS, DNP y CANCELLERÍA (2016) señalan que la existencia del SINA, el SISCLIMA y el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, en ocasiones lleva a que no exista coordinación entre la actuación de los tres sistemas y a que se dificulte la implementación de las medidas de adaptación y mitigación sectoriales y territoriales.

³¹ Otras entidades relevantes para las acciones de mitigación y adaptación al cambio climático son las agencias y cooperantes nacionales e internacionales, las cuales contribuyen a la financiación y gestión de estas acciones, el acceso a tecnología y el fortalecimiento de capacidades. En este grupo encontramos “la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia (APC), Findeter, Finagro, Bancoldex, Fondo Adaptación y Fondos Ambientales (Fondo Acción, Fondo Biocomercio Colombia, Patrimonio Natural, Ecofondo), las agencias de cooperación internacional para el desarrollo, la banca multilateral, las convenciones y fondos internacionales” (IDEAM, 2018, pág. 65).

³² La CICC busca dar respuesta a las deficiencias encontradas en la coordinación y fortalecimiento institucional para la implementación de los mecanismos necesarios para lograr un crecimiento verde (IDEAM, 2016); y es por ello, que se espera que esta instancia intersectorial permita orientar las políticas de cambio climático a través de un equilibrio entre los intereses de todos los sectores involucrados.

representantes del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres³³ y Fondo Adaptación (Ley 1931, 2018).

A pesar de que esta entidad de alto nivel ejecutivo es clave para la toma de decisiones, se observa que la norma no tuvo en cuenta asuntos muy importantes para abordar la problemática del cambio climático; no incluye la problemática de los desplazados climáticos como asunto, actores, competencia o fines del SISCLIMA. Asimismo, se cuestiona la no inclusión de los institutos de investigación del país que son las entidades administrativas que tienen el conocimiento científico de las problemáticas ambientales (*rectius* por lo menos debió estar presente el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (en adelante IDEAM), autoridad encargada de la elaboración de las comunicaciones nacionales oficiales a la CMNUCC).

En desarrollo de los mandatos establecidos en el Decreto 298 (2016), en la primera reunión de la CICC, se expidió el Acuerdo 001 de 2016, mediante el cual se organizaron los siguientes cuatro comités necesarios para el cumplimiento de sus funciones: Comité de Gestión Financiera, Comité de Asuntos Internacionales, Comité Técnico y Comité de Información Técnica y Científica para el Cambio Climático (Comité de Gestión Financiera del SISCLIMA, 2017). Este último suple la ausencia de los Institutos de Investigación que hacen parte del SINA en la composición de la CICC pues su secretaría técnica está a cargo del IDEAM y su función es coordinar las acciones de producción y gestión de información técnica y científica para la toma de decisiones en materia de cambio climático.

3.3.1.2. Nodos regionales de cambio climático.

Los nodos regionales de cambio climático son las entidades encargadas de la coordinación del SISCLIMA a nivel regional con el fin de lograr la coordinación entre el nivel central y territorial (Decreto 298, 2016). De esta manera, se busca que las políticas, estrategias, planes, programas, proyectos y acciones de mitigación y adaptación se articulen a los procesos de planificación y ordenamiento territorial y gestión integral del riesgo.

Este marco reglamentario en el artículo 10 les otorga una autonomía para el desarrollo de sus competencias fijándose como labor primordial establecer su

³³ El parágrafo 3 del artículo 7º (Decreto 298, 2016) había determinado que un representante de la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres sería invitado permanente de la CICC. No obstante, dada la relevancia de esta entidad para la adaptación al cambio climático de país conforme a las funciones que le ha otorgado el ordenamiento jurídico colombiano, la Ley 1931 (2018) hizo bien en incluirla como miembro permanente de la Comisión.

reglamento operativo y plan de acción para un período de cuatro años el que se tendrá en cuenta las necesidades de adaptación y mitigación de cada uno de los territorios (Decreto 298, 2016).

Hasta aquí parece que existe una voluntad del Estado central por articular sus acciones, programas y proyectos con las regiones, pues la norma crea nueve nodos regionales de cambio climático distribuidos entre los 32 departamentos y se establece una competencia habilitante para conformar más nodos regionales, si se estima necesario (Decreto 298, 2016). No obstante, no se fijan procedimientos de concertación o mecanismos de colaboración entre el nivel central y el territorial, entonces se repiten los «fracasos» del modelo de distribución de competencias, tampoco se establecen competencias en materia de recursos para el sostenimiento y actuación de esta institucionalidad regional.

3.3.1.3. Consejo Nacional de Cambio Climático.

El Consejo Nacional de Cambio Climático - CNCC fue creado por la Ley de gestión del cambio climático con el objetivo de establecer un órgano permanente de consulta de la CICC que le hiciera recomendaciones previo a la toma de decisiones, de tal manera que tuviera conocimiento de la visión y opinión de los gremios, las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones internacionales de apoyo y cooperación al desarrollo, las comisiones quintas del Congreso de la República y la academia, por lo que el CNCC está integrado por representantes de cada uno de estos actores que se elegirán por periodos de cuatro años (Ley 1931, 2018).

3.3.2. Dirección de Cambio Climático y Gestión del Riesgo del MADS.

De acuerdo con el Decreto 1682 de 2017, la Dirección de Cambio Climático y Gestión del Riesgo³⁴ tiene a su cargo las funciones relacionadas con los elementos técnicos para la elaboración de políticas y programas y de las acciones de los sectores público y privado en materia de mitigación y adaptación, proyectos para el desarrollo bajo en carbono, mercados internacionales de carbono regulado y voluntario, recursos de cooperación para acciones de mitigación y adaptación, estrategias de

³⁴ Al interior del Ministerio de Ambiente, en el año 2002 se creó una oficina encargada de promover y evaluar los proyectos del Mecanismo de Desarrollo Limpio del país, denominada Oficina Colombiana para la Mitigación del Cambio Climático. Esta oficina se disolvió mediante Resolución 340 de 2005 y se creó el Grupo de Mitigación del Cambio Climático dentro del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, instancia con funciones relacionadas con la definición de políticas de cambio climático (IDEAM, 2016).

reducción de emisiones por deforestación y degradación de los bosques, estudios para cuantificar costos de las actividades de mitigación y adaptación, criterios y lineamientos para prevenir el riesgo ecológico, atención, prevención y atención de desastres ambientales, entre otros riesgos (Decreto 1682, 2017).

Entonces, la Dirección de Cambio Climático y Gestión del Riesgo cumple con funciones de apoyo, orientación, diseño, asesoría, preparación y acompañamiento en materia de mitigación y adaptación al cambio climático, por lo que no cumple funciones decisorias sino que su actividad se circunscribe al desarrollo de herramientas e instrumentos técnicos y financieros encaminados al logro de las metas nacionales, lo que permite al Ministerio contar con la información necesaria para la toma de decisiones e implementación de las políticas, planes, estrategias, proyectos y acciones.

3.3.3. Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.

La Ley 1523 de 2012 adoptó la Política Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y estableció el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres con el propósito de contribuir a la sostenibilidad, seguridad territorial, a la garantía de los derechos e intereses colectivos, al mejoramiento de la calidad de vida de las personas y al desarrollo sostenible (Ley 1523, 2012).

El artículo 15 (Ley 1523, 2012) determina que el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres estará integrado por las siguientes instancias de orientación y coordinación para la implementación y ejecución de acciones de gestión del riesgo³⁵:

- ⇒ Consejo Nacional para la Gestión del Riesgo. Es la instancia encargada de orientar el sistema, aprobar las políticas y el plan nacional de gestión del riesgo y ejercer el seguimiento, evaluación y control del sistema y de los resultados de las políticas en la materia.
- ⇒ Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres. Esta entidad fue creada por el Presidente de la República mediante Decreto-Ley en el año 2011 con el objetivo de dirigir la implementación de la gestión del riesgo de desastres en el país (Decreto-Ley 4147, 2011).

³⁵ Para la FAO (2009), la existencia de instituciones de gestión del riesgo “es fundamental, aunque no suficiente para asegurar que los sistemas de GRD sean funcionales y operacionales”, puesto que el cumplimiento de las responsabilidades de las entidades sectoriales en materia de mitigación y adaptación del riesgo es necesario para la adecuada gestión del riesgo. Así las cosas, la creación de múltiples instancias en el marco del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo no garantiza el logro de los objetivos de las políticas, planes, programas y proyectos.

- ⇒ Comités Nacionales para la Gestión del Riesgo. La Ley creó tres instancias nacionales para la gestión de los tres componentes de la gestión del riesgo: Comité Nacional para el Conocimiento del Riesgo, Comité Nacional para la Reducción del Riesgo y Comité Nacional para el Manejo de Desastres.
- ⇒ Consejos Departamentales, distritales y municipales para la gestión del riesgo.

Entonces, el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo está integrado por múltiples entidades e instancias fundamentales para garantizar la coordinación y articulación de las políticas, programas, planes y proyectos que lo integran, lo que refleja la relevancia de la problemática de la vulnerabilidad del cambio climático en el país. Por ello, Arbeláez (2016) afirma que la Ley 1523 de 2012 “procura un correcto desarrollo de los parámetros de gobernabilidad y gobernanza” en la gestión del riesgo, considerando que se asignan responsabilidades específicas a los organismos y estructuras de orden nacional y territorial y que se definen procesos y protocolos para que las entidades territoriales se preparen de manera adecuada en sinergia con las estructuras sociales.

3.3.4. Entidades territoriales.

La Ley sobre gestión del cambio climático impuso a las autoridades departamentales la función de formular y realizar el seguimiento de los Planes Integrales de Gestión del Cambio Climático Territoriales de manera conjunta con las autoridades ambientales regionales y el deber de incorporar la gestión del cambio climático en sus planes de desarrollo. Los departamentos también deben implementar las medidas de mitigación en materia de transporte e infraestructura, desarrollo agropecuario, energía, vivienda y saneamiento básico y comercio, industria y turismo de acuerdo con los lineamientos de los Ministerios del SISCLIMA (Ley 1931, 2018).

Por su parte, las autoridades municipales y distritales, según la Ley 1931 de 2018, deben tener en cuenta la gestión del cambio climático en la formulación de los planes de desarrollo y planes de ordenamiento territorial con base en los Planes de Gestión Integral del Cambio Climático Sectoriales y Territoriales³⁶. Asimismo,

³⁶ Para la formulación de los Planes Integrales de Gestión del Cambio Climático, algunos departamentos han creado Comités Interinstitucionales Departamentales de Cambio Climático, como instancias de reunión de varios actores para la toma de decisiones con el objetivo de garantizar que el Plan que se adopte responda a la realidad territorial y permita a los diversos actores el cumplimiento de las metas (IDEAM, PNUD, MADS, DNP & CANCELLERÍA, 2017).

deberán implementar las medidas de mitigación definidas en los Planes Integrales de Gestión del Cambio Climático Territoriales (Ley 1931, 2018).

En materia de gestión del riesgo, la Ley determina que las autoridades departamentales, distritales y municipales deberán formular un plan de gestión del riesgo de desastres y una estrategia para la respuesta a emergencias en su jurisdicción de acuerdo con los planes y estrategias nacionales (Ley 1523, 2012).

Entonces, la normatividad ha desarrollado con detalle las funciones de las entidades territoriales en la gestión integral del cambio climático, determinando incluso los mecanismos y procedimientos que deberán llevar a cabo para el cumplimiento de las metas de mitigación y adaptación a nivel territorial, lo que permite que las autoridades locales y regionales tengan claridad respecto a los fines y medios con los que cuentan para el logro de los objetivos locales en materia de cambio climático, lo cual reviste de gran importancia teniendo en cuenta que las entidades territoriales son las encargadas de implementar a nivel local las políticas y programas nacionales con el fin de atender las necesidades de los ciudadanos y apoyar sus medios de vida.

3.3.5. Autoridades ambientales.

La Ley sobre gestión del cambio climático, en su artículo 10° define que las autoridades ambientales regionales tendrán la función de elaborar e implementar los Planes Integrales de Gestión del Cambio Climático Territoriales con las autoridades departamentales y, cuando aplique, con Parques Nacionales Naturales de Colombia, implementar los programas y proyectos de mitigación y adaptación al cambio climático de acuerdo con su jurisdicción e integrar en los instrumentos de planificación ambiental las acciones prioritarias en materia de cambio climático según las directrices del MADS (Ley 1931, 2018).

En materia de gestión del riesgo, la Ley estableció que las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible deben apoyar a las entidades territoriales en la realización de estudios necesarios para el conocimiento y reducción del riesgo y además, deberán integrar los resultados en los planes de ordenamiento de cuencas, de gestión ambiental, de ordenamiento territorial y de desarrollo (Ley 1523, 2012).

Lo anterior demuestra que las autoridades ambientales – a excepción del MADS – no tienen un papel preponderante en la formulación, ejecución, implementación y seguimiento de los programas, planes, proyectos y acciones de mitigación y adaptación al cambio climático, lo que guarda coherencia con el enfoque sectorial y territorial que se ha definido para esta materia en razón a que son las autoridades

sectoriales y las autoridades territoriales quienes tienen las facultades y funciones necesarias para impulsar los cambios en las actividades económicas a nivel local e implementar con las comunidades y los diversos actores locales las acciones para enfrentar el cambio climático en el país.

3.3.6. IDEAM.

El IDEAM, de acuerdo con el artículo 15 (Decreto 291, 2004), es la entidad encargada de coordinar la elaboración de las Comunicaciones Nacionales ante la CMNUCC y de recolectar y generar la información sobre la contaminación y degradación del medio ambiente por emisiones, incluyendo la emisión de gases efecto invernadero.

El Decreto 1655 de 2017, compilado en el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente (Decreto 1076, 2015), también le otorgó al IDEAM la función de establecer, crear, administrar y coordinar el Sistema Nacional de Información Forestal (SNIF), el Inventario Forestal Nacional (IFN) y el Sistema de Monitoreo de Bosques y Carbono (SMBYC), los cuales integran el componente de generación de información de la Estrategia Nacional REDD+ “Bosques Territorios de Vida”, la principal estrategia del país encaminada a la mitigación y adaptación del sector forestal al cambio climático. En este sentido, el IDEAM deberá diseñar mecanismos para articular la información generada por las autoridades ambientales en materia de “monitoreo de la superficie y cambios del bosque, alertas tempranas de deforestación, reservas de carbono y causas y agentes de la deforestación” (Decreto 1076, 2015).

De igual forma, el IDEAM es la entidad encargada de administrar el Sistema de Monitoreo, Reporte y Verificación (MRV) de acciones de mitigación a nivel nacional, el cual busca la gestión de la información del cambio climático necesaria para la toma de decisiones de los actores involucrados en la Política Nacional de Cambio Climático (Resolución 1447, 2018). Esta función es de especial relevancia considerando las falencias que se han identificado en la gestión de información por parte de las autoridades ambientales, lo que impide que todos los funcionarios de todas las entidades involucradas tengan acceso a la información nacional, regional y local actualizada para la toma de decisiones en la materia³⁷.

³⁷ La información acerca del cambio climático en el país ha sido manejada por cada actor de manera individual, por lo que paralelo al diseño de las políticas, estrategias y normatividad en la materia, se ha impulsado la construcción de sistemas de información requeridos para la generación y análisis de datos necesarios para la toma de decisiones sobre el cambio climático, en razón a la necesidad de una articulación interinstitucional para la producción y análisis de la información básica para la construcción

3.3.7. Instancias sectoriales relacionadas con el cambio climático.

Los sectores Transporte y Agricultura han sufrido graves afectaciones y pérdidas por los fenómenos climáticos extremos que han ocurrido en Colombia en los últimos años, razón por la cual, han impulsado la creación de instancias administrativas con funciones dirigidas a aumentar la resiliencia del sector a estos eventos y disminuir su vulnerabilidad al cambio climático.

Primero, el Ministerio de Transporte creó el Comité Sectorial para la Gestión del Riesgo de Desastres con el propósito de establecer una instancia encargada de realizar la planeación, seguimiento, coordinación y articulación de todas las acciones, mecanismos y procesos dirigidos al conocimiento, reducción del riesgo y manejo de desastres y cambio climático en el sector, especialmente en los planes y proyectos de infraestructura de transporte (Resolución 4998, 2016).

Segundo, el Instituto Nacional de Vías creó el Comité de Gestión del Riesgo y Adaptación al Cambio Climático como una instancia asesora permanente que a su vez funcione como un espacio de coordinación intersectorial e interinstitucional de acciones en materia de conocimiento en gestión del riesgo y cambio climático (Resolución 04806, 2015).

Y tercero, la Ley que crea el Sistema Nacional de Innovación Agropecuaria, en el artículo 8 creó el Consejo Superior del Sistema como el organismo asesor del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el cual deberá tener en cuenta el cambio climático para el diseño de las políticas públicas de mitigación de riesgos al innovar³⁸ (Ley 1876, 2017).

En materia de riesgos agropecuarios³⁹, se creó la Comisión Nacional de Crédito Agropecuario, que tiene entre sus funciones, establecer los lineamientos de política de manejo de riesgos agropecuarios, para lo cual deberá considerar el desarrollo de instrumentos para la gestión de riesgos climáticos «artículo 2, (Decreto 2371, 2015)». De igual forma, se crearon las Mesas Técnicas Agroclimáticas Regionales,

e implementación de las acciones definidas en estos instrumentos. Para ello, se han diseñado sistemas para recopilar la información de actores sectoriales (ministerios, unidades técnicas, agremiaciones, etc.), entidades nacionales (DANE, IGAC, etc.), entidades territoriales, los institutos y centros de investigación públicos y privados y las Corporaciones Autónomas Regionales (IDEAM, PNUD, MADS, DNP & CANCELLERÍA, 2017).

³⁸ El cambio climático es una de las principales problemáticas agropecuarias de la Economía Campesina, Familiar y Comunitaria, debido a los impactos económicos, ambientales y sociales que este fenómeno conlleva, incluyendo la disminución de ingresos derivados de los sistemas agroalimentarios (Resolución 000464, 2017). Por esta razón, las instancias y entidades vinculadas al sector agropecuario deberán cumplir sus funciones teniendo en cuenta el criterio climático para garantizar una solución sostenible a las problemáticas del sector.

³⁹ Los riesgos agropecuarios más relevantes en términos de frecuencia e impacto son los generados por eventos climáticos extremos (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, 2018), razón por la cual, son estos riesgos en los que se debe focalizar la política para la gestión integral de los riesgos agropecuarios.

cuya función es generar recomendaciones sobre las acciones a tomar en la actividad agrícola de acuerdo con las predicciones estacionales (FINAGRO, 2018).

3.3.8. Mesa REDD+.

En el marco del proceso de preparación para la formulación de la Estrategia Nacional REDD+, iniciado en el año 2010, se creó la Mesa REDD+ como una plataforma de participación de los actores clave en la construcción e implementación de las acciones encaminadas al control de la deforestación y gestión de los bosques (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017b).

La Mesa Nacional REDD+ se estableció con el propósito de crear un espacio para contribuir a la ejecución y desarrollo de planes y acciones tempranas de REDD+ en el que las comunidades pudieran participar, y de esta manera lograr garantizar sus derechos, promover el manejo sostenible de los bosques y la generación y distribución de beneficios (IDEAM, 2016).

3.3.9. Comité Intersectorial para el Control de la Deforestación y Gestión Integral para la Protección de los Bosques Naturales.

El Gobierno creó el Comité Intersectorial para el Control de la Deforestación y Gestión Integral para la Protección de los Bosques Naturales (Decreto 1257, 2017) en el marco de las acciones para el logro de las metas de la Estrategia Nacional REDD+, por lo que sus funciones están dirigidas a coordinar las acciones de articulación institucional entre el sector público, comunidad y sociedad civil, para el diseño y orientación de estrategias, acciones y medidas encaminadas al control de la deforestación y la gestión de los bosques naturales en el país.

La Comisión tendrá el apoyo de tres instancias: i) la Secretaría Técnica, la cual contará con el soporte técnico especializado del IDEAM en su calidad de administrador del Sistema de Monitoreo de Bosques y Carbono; ii) la Subcomisión Técnica de Seguridad, en la que participan representantes del Ministerio de Defensa, la Dirección de Coordinación del Sistema Nacional Ambiental y Ordenamiento Territorial del MADS, las fuerzas militares y la Policía Nacional⁴⁰; iii) las Coordinaciones Regionales de Control a la Deforestación, con las que se

⁴⁰ La integración de esta subcomisión es resultado de las investigaciones realizadas por el IDEAM, que arrojan que uno de los principales problemas de la deforestación son las actividades ilegales, por lo que la participación del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional es fundamental para garantizar la efectividad de las acciones encaminadas a detener la deforestación (IDEAM, MADS & ONU-REDD, 2018).

pretende promover, acompañar y apoyar a nivel regional la implementación de las estrategias, planes, programas y proyectos de control de la deforestación (Decreto 1257, 2017).

En conclusión, en Colombia, las instituciones encargadas del diseño, formulación, implementación, ejecución y seguimiento de las acciones de mitigación y adaptación se han determinado por los diversos instrumentos expedidos para el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de cambio climático, por lo que se puede observar que la existencia de múltiples instituciones nacionales, sectoriales, regionales y locales dificulta los procesos de implementación de las políticas, planes y estrategias.

Frente a esta problemática, reconocida por el Gobierno Nacional⁴¹, en los últimos años se han buscado mecanismos de articulación y coordinación de las diferentes entidades – SISCLIMA y Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres – y la identificación clara y precisa de las funciones de cada entidad en relación con las actividades de mitigación y adaptación, especialmente a través de la Ley de gestión del cambio climático (Ley 1931, 2018). Estas iniciativas aún se encuentran en proceso de fortalecimiento y consolidación⁴², por lo que en los próximos años se verificará la efectividad de los mecanismos y disposiciones normativas que se han expedido para garantizar la articulada implementación de las políticas en materia de cambio climático en el país a nivel nacional, regional y local.

⁴¹ El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2017a) señaló que uno de los principales retos del país para la gestión del cambio climático era la “ausencia de un marco institucional concertado, apropiado y con funciones precisas para la gestión del cambio climático”, pues en el diagnóstico realizado encontró que existía poca claridad sobre las competencias de las diferentes entidades del Estado, nacionales, regionales y territoriales, para la gestión del cambio climático y que eso repercutía negativamente en la articulación de las acciones de mitigación y adaptación, por lo que se estableció la necesidad de revisar y fortalecer el diseño institucional del cambio climático. En ese sentido, la expedición de la Ley 1931 de 2018 fue un gran avance en la solución a esta problemática, teniendo en cuenta que define de manera precisa las competencias de las entidades nacionales, regionales y territoriales en esta materia y aclara los mecanismos de articulación y coordinación entre las distintas entidades.

⁴² En relación con la estructura institucional para la gestión del cambio climático, la conformación y operación del Sistema Nacional de Cambio Climático y las instancias de coordinación que lo integran, “deberá ajustarse conforme la gestión del cambio climático requiera la actualización de orientaciones, la participación de nuevas entidades, o un rol diferenciado de estas, así como la creación de nuevas instancias que permitan la participación amplia de nuevos actores no gubernamentales” (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017a, pág. 157). En ese sentido, todavía no se tiene claridad sobre la estructura e institucionalidad del cambio climático en el país y se prevé que puedan generarse varios cambios institucionales que impidan el desarrollo continuo y sin dilaciones de las disposiciones normativas y las políticas en la materia.

Conclusiones

El cambio climático es la mayor amenaza medioambiental a la que se enfrenta la humanidad y esta generación. Por ello, los países tienen una gran responsabilidad histórica para diseñar no solo los planes, programas y acciones sino la creación de organización administrativa que sea permanente en su actuación. Lo cual permite darle continuidad y seguimiento a los diversos acuerdos que han suscrito cada uno de los países y que se conviertan en un eje articulador de la acción administrativa en todos los ámbitos de la Administración.

Cada uno de los Estados es libre y soberano en el diseño de la organización administrativa sobre cambio climático, por lo que resaltamos que debe acudir a órganos del orden nacional como territorial, y a órganos colegiados que permitan la integración y colaboración de los sectores administrativos más relevantes para la mitigación y adaptación al cambio climático. Por lo tanto, se considera que es necesario no solo la creación de entidades y consejos interministeriales sino la búsqueda de articulación de todas las entidades del nivel central como territorial y órganos cuyos sectores tienen un alto impacto a la hora de medir los GEI, tales como agricultura, transporte, ciudades, e industria.

En España la institucionalidad para la gestión del cambio climático es producto de las disposiciones de la Unión Europea en esta materia, incluyendo las instituciones que se han creado para el desarrollo del régimen comunitario del derecho de emisiones de GEI y los órganos de información. Por su parte, España ha logrado consolidar una institucionalidad moderna que se ha mantenido por varios años, por lo que las siete entidades que se han creado han permitido una adecuada gestión de las acciones de mitigación y adaptación para el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos.

En Colombia, existen múltiples instituciones dirigidas a la gestión del cambio climático desde los distintos sectores del país y tanto en mitigación como adaptación, y aunque la CICC y los Nodos Regionales de Cambio Climático del SISCLIMA buscan articular todas las acciones de los sectores y las entidades territoriales, la realidad es que frente a la continua y permanente creación de instancias relacionadas con el cambio climático, su gestión y articulación se dificulta al no estar todas integradas al Sistema, lo que impide que tomen decisiones basándose en las directrices de la CICC. Por ello, se espera que en los próximos años esta institucionalidad se consolide con base en las disposiciones normativas de la Ley 1931 de 2018 que pretenden definir, articular y coordinar las entidades e instancias que se han creado en materia de cambio climático.

Se demostró que sobre el panorama de España y de Colombia en materia de institucionalidad de cambio climático los resultados son disímiles. El primero de ellos inició el diseño de organización administrativa como resultado de las acciones que impulsaron algunos países desarrollados desde la celebración de los tratados internacionales vinculantes, especialmente el Protocolo de Kioto, mediante el cual asumió metas de mitigación cuantificables al ser un país desarrollado, y que actualmente se encuentra consolidada y permite la adecuada implementación de las acciones de adaptación y mitigación. Por su parte, Colombia de forma tardía y precaria se encuentra en un proceso de consolidación de esa institucionalidad, la cual ha surgido por dos razones: i) los graves impactos ambientales, sociales y económicos generados por los fenómenos de la Niña y el Niño ocurridos entre 2010-2011, los cuales impulsaron la adopción de políticas, planes y estrategias para prevenir la ocurrencia de desastres, y ii) los compromisos asumidos por el país en el Acuerdo de París a través de su Contribución Nacionalmente Determinada, lo que ha impulsado que se formulen y adopten acciones articuladas encaminadas a su cumplimiento.

Referencias bibliográficas

- Alenza García, J., & Sarasíbar Iriarte, M. (2007). *Cambio climático y energías renovables* (1 ed.). Madrid, España: Thomson-Civitas.
- Anderson, J., & Skinner, I. (2005). The European Union's approach to reducing greenhouse gas emissions. *Journal for European Environmental & Planning Law*(39), 92-115. Obtenido de <https://www.teqs.net/Tyndall2005.pdf>
- Antal, E. (2004). *Cambio Climático. Desacuerdo entre Estados Unidos y Europa* (1 ed.). México D.F, México: Plaza y Valdés Editores.
- Arbeláez, E. (octubre de 2016). *Innova: boletín informativo del Instituto de Estudios del Ministerio Público*. Bogotá D.C: Procuraduría General de la Nación. Obtenido de <https://repositorio.gestiondelriesgo.gov.co/handle/20.500.11762/20730>
- Arboleda Ramírez, P. B. (Enero- Junio de 2014). Aproximación teórica al estudio de la violencia política en Colombia durante el siglo XX. *Academia & Derecho*, 5(8), 119-135. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/2485/1916>
- Bass, S., Ramasamy, S., Dey de Pryck, J., & Battista, F. (2009). *Análisis de Sistemas de Gestión del Riesgo de Desastres. Una Guía* (13 ed.). Roma, Italia: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. División de Medio Ambiente, Cambio Climático y Bioenergía. Obtenido de <http://www.fao.org/3/a-i0304s.pdf>
- Campins Eritja, M. (1999). La acción internacional para reducir los efectos del cambio climático: El Convenio Marco y el Protocolo de Kyoto. En AA.VV, *Anuario de Derecho Internacional* (págs. 71-115). Pamplona: Universidad de Navarra.

- Clavijo Cáceres, D., & Agudelo Ibáñez, S. J. (Julio - Diciembre de 2014). Despolitización de la ciudadanía: una mirada desde el proceso de exclusión en Colombia. *Academia & Derecho*, 5(9), 183-208. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/382/297>
- Comisión de las Comunidades Europeas. (1995). *Libro Blanco. Una política energética para la Unión Europea* (1 ed.). Bruselas, Francia: Comisión de las Comunidades Europeas.
- Comisión de las Comunidades Europeas. (2006). *Libro Verde. Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura* (1 ed.). Bruselas, Francia: Comisión de las Comunidades Europeas.
- Comisión de las Comunidades Europeas. (2007). *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones*. Bruselas: Comisión de las Comunidades Europeas. Obtenido de https://eeas.europa.eu/delegations/iraq/13611/comunicacion-de-la-comision-al-parlamento-europeo-al-consejo-al-comite-economico-y-social_es
- Comisión Europea. (3 de marzo de 2010). EUROPA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Bruselas, Francia: COM(2010) 2020 final. Comunicación de la Comisión. Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC2020>
- Comité de Gestión Financiera del SISCLIMA. (2017). *Esquema de Gerencia del Comité de Gestión Financiera - Borrador*. Bogotá D.C: Departamento Nacional de Planeación. Obtenido de https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3723/Repór_Septiembre_2018_Rojas_Zapata_Medell%C3%ADn.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- CONPES 3242. (25 de agosto de 2003). CONPES. *Estrategia Institucional para la venta de servicios ambientales de mitigación del cambio climático*. Bogotá D.C, Colombia: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial - MAVDT y Departamento Nacional de Planeación – DPA. Obtenido de http://www.minambiente.gov.co/images/normativa/conpes/2003/Conpes_3242_2003.pdf
- CONPES 3700. (14 de julio de 2011). CONPES. *Estrategia Institucional para la articulación de políticas y acciones en materia de cambio climático en Colombia*. Bogotá D.C, Colombia: Departamento Nacional de Planeación. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Económicos/3700.pdf>
- CONPES 3934. (10 de julio de 2018). CONPES. *Política de Crecimiento Verde*. Bogotá D.C.: Departamento Nacional de Planeación.
- CONPES 3947. (29 de octubre de 2018). CONPES. *Estrategias de actuación y coordinación para reducir las afectaciones ante la eventual ocurrencia de un fenómeno de variabilidad climática: El niño 2018-2019*. Bogotá D.C, Colombia: Departamento Nacional de Planeación. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Económicos/3947.pdf>

- Decisión 1600/2002/CE. (22 de julio de 2002). Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. *Por la que se establece el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente*. Bruselas, Francia: Diario Oficial N° L 242 de 10/09/2002 p. 0001 - 0015. Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32002D1600>
- Decisión 2002/358/CE. (25 de abril de 2002). Consejo de la Unión Europea. Decisión del Consejo, de 25 de abril de 2002, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjun. Luxemburgo, Gran Ducado de Luxemburgo: Diario Oficial n° L 130 de 15/05/2002 p. 0001 - 0003. Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32002D0358>
- Decreto 1076. (25 de mayo de 2015). El Presidente de la República de Colombia. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 49.523 del 26 de mayo de 2015. Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=62511>
- Decreto 1257. (25 de julio de 2017). El Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se crea la Comisión Intersectorial para el Control de la Deforestación y la Gestión Integral para la Protección de Bosques Naturales y se toman otras determinaciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 50305 del 25 de Julio de 2017. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=82775>
- Decreto 1682. (17 de octubre de 2017). El Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y se determinan las funciones de sus dependencias*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://www.minambiente.gov.co/images/normativa/app/decretos/9b-1682.pdf>
- Decreto 2371. (7 de diciembre de 2015). Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. *Por el cual se crean y modifican unas funciones de la Comisión Nacional de Crédito Agropecuario y se modifica el objeto y las competencias del Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (Finagro)*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 49.719 de 7 de diciembre de 2015. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2371_2015.html
- Decreto 291. (29 de enero de 2004). El Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se modifica la estructura del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, IDEAM, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Obtenido de <http://www.ideam.gov.co/documents/24024/36843/DECRETO+291+DE+2004.pdf/712b2e8b-6ad2-4da0-86de-e01c83767aa8>
- Decreto 298. (24 de febrero de 2016). El Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se establece la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Cambio Climático y se dictan otras disposiciones*". Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No 49.796 de 24 de febrero de 2016. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=68173>

- Decreto-Ley 4147. (3 de noviembre de 2011). El Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se crea la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, se establece su objeto y estructura*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/DECRETO%204147%20DEL%203%20DE%20NOVIEMBRE%20DE%202011.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación. (2012). *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático. ABD: Adaptación Bases Conceptuales. Marco conceptual y lineamientos*. Bogotá D.C: Departamento Nacional de Planeación. Obtenido de http://www.minambiente.gov.co/images/cambioclimatico/pdf/Plan_nacional_de_adaptacion/1_Plan_Nacional_de_Adaptaci%C3%B3n_al_Cambio_Clim%C3%A1tico.pdf
- Enmienda de Doha. (8 de diciembre de 2012). Reunión de las Partes del Protocolo de Kioto. Doha, Qatar: Decisión 1/CMP.8. Obtenido de <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2012/CN.718.2012-Eng.pdf>
- Esteve Pardo, J. (2008). *Derecho de Medio Ambiente* (2 ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- FINAGRO. (2 de febrero de 2018). *Gestión de Riesgos Agropecuarios*. Obtenido de FINAGRO: <https://www.finagro.com.co/productos-y-servicios/ISA/gestión-de-riesgos-agropecuarios>
- Garvey, J. (2008). *The Ethics of Climate Change. Right and Wrong in a Warming World* (1 ed.). Londres, Inglaterra: Continuum.
- Hernández Álvarez, F., & Río González, P. (2007). *El protocolo de Kioto y su impacto en las empresas españolas* (2 ed.). Madrid, España: Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Obtenido de http://libros.csic.es/download.php?id=240&pdf=products_pdfpreview
- IDEAM. (2010). *Estrategia Nacional de Educación, Formación y Sensibilización de Públicos sobre Cambio Climático*. Bogotá D.C: IDEAM, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial & PNUD. Obtenido de http://www.minambiente.gov.co/images/cambioclimatico/pdf/Estrategia_Nacional_de_Educacion_en_Cambio_Climatico_Estrategia_Nacional_de_Educacion_para_adjuntar_en_la_pagina_web.pdf
- IDEAM. (2016). *Tercera Comunicación Nacional de Cambio Climático. Políticas públicas y el cambio climático en Colombia: vulnerabilidad vs. adaptación*. Bogotá D.C: IDEAM, PNUD, MADS, DNP, CANCELLEERÍA Y OBSERVATORIO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA. Obtenido de <http://www.cambioclimatico.gov.co/3ra-comunicacion-cambio-climatico>
- IDEAM. (2018). *Segundo Informe Biental de Actualización de Colombia a la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático*. Bogotá D.C: IDEAM, PNUD, MADS, DNP, CANCELLEERÍA, FMAM. Obtenido de <http://www.cambioclimatico.gov.co/informe-biental-de-actualizacion>
- IDEAM, MADS & ONU-REDD. (2018). *Caracterización de las principales causas y agentes de la deforestación a nivel nacional período 2005-2015* (1 ed.). Bogotá D.C,

- Colombia: IDEAM & ONU-REDD. Obtenido de <https://www.unredd.net/documents/un-redd-partner-countries-181/latin-america-the-caribbean-334/colombia-706/16766-caracterizacion-de-las-principales-causas-y-agentes-de-la-deforestacion-a-nivel-nacional-periodo-2005-2015.html>
- IDEAM, PNUD, MADS, DNP & CANCELLERÍA. (2017). *Medios de Implementación de la CMNUCC en Colombia: Instrumentos de Política, Transferencia de Tecnología y Fortalecimiento de Capacidades. Tercera Comunicación Nacional de Cambio Climático*. Bogotá: IDEAM, PNUD, MADS, DNP, CANCELLERÍA, FMAM.
- Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales [IDEAM] ; Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial [MAVDT], Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo [PNUD] & GEF. (2010). *Segunda Comunicación Nacional de Colombia a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. Bogotá D.C: IDEAM, MAVDT, PNUD & GEF. Obtenido de http://www.minambiente.gov.co/images/cambioclimatico/pdf/Segunda_comunicacion/2_2%C2%AA_Comunicaci%C3%B3n_Resumen_Ejecutivo.pdf
- Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales [IDEAM], Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible [MADS], Departamento Nacional de Planeación [DNP] & Cancillería. (2017). *Tercera Comunicación Nacional de Colombia a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. Bogotá D.C: IDEAM, PNUD, MADS, DNP & Cancillería. Obtenido de http://documentacion.ideam.gov.co/openbiblio/bvirtual/023732/RESUMEN_EJECUTIVO_TCNC_COLOMBIA.pdf
- Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales [IDEAM], Ministerio del Medio Ambiente, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD]. (2001). *Primera Comunicación Nacional ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático [CMNUCC]*. Bogotá D.C: IDEAM, Ministerio de Medio Ambiente & PNUD. Obtenido de <http://www.ideam.gov.co/documents/40860/219937/primera-comunicacion--nacional/b99663bb-9023-47d1-b54a-41f74cca0ble>
- IPCC. (2013). *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- IPCC. (2015). *Cambio Climático 2014. Mitigación del Cambio Climático. Resumen para responsables de políticas y Resumen técnico. Contribución del Grupo de trabajo III al Quinto Informe del IPCC*. Ginebra: Cambridge University Press. Obtenido de https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/SYR_AR5_FINAL_full_es.pdf
- Juste Ruíz, J., & Castillo Daudí, M. (2014). *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea* (1 ed.). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Ley 1. (9 de marzo de 2005). Jefatura del Estado. *Por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero*. Madrid, España:

Referencia: BOE-A-2005-3941. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-3941-consolidado.pdf>

- Ley 1523. (24 de abril de 2012). Congreso de la República. *Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.411 de 24 de abril de 2012. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1523_2012.html
- Ley 164. (28 de octubre de 1994). Congreso de la República. *Por medio de la cual se aprueba la “Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 41.575, del 28 de octubre de 1994. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0164_1994.html
- Ley 1715. (13 de mayo de 2014). Congreso de la República. *Por medio de la cual se regula la integración de las energías renovables no convencionales al Sistema Energético Nacional*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 49.150 de 13 de mayo de 2014. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1715_2014.html
- Ley 1844. (14 de julio de 2017). Congreso de la República. *Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de París”, adoptado el 12 de diciembre de 2015, en París, Francia*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 50.294 de 14 de julio de 2017. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1844_2017.html
- Ley 1876. (29 de diciembre de 2017). Congreso de la República. *Por medio de la cual se crea el Sistema Nacional de Innovación Agropecuaria y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 50.461 de 29 de diciembre de 2017.
- Ley 1931. (27 de julio de 2018). Congreso de la República. *Por la cual se establecen directrices para la gestión del cambio climático*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 50.667 de 27 de julio de 2018. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87765>
- Ley 2. (4 de marzo de 2011). Jefatura del Estado. *Ley de Economía Sostenible*. Madrid, España: «BOE» núm. 55, de 05/03/2011. Obtenido de <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/03/04/2/con>
- Ley 34. (7 de octubre de 1998). Jefatura del Estado. *Ley del sector de hidrocarburos*. Madrid, España: «BOE» núm. 241, de 08/10/1998. Obtenido de <https://www.boe.es/eli/es/l/1998/10/07/34/con>
- Ley 629. (27 de diciembre de 2000). Congreso de la República. *Por medio de la cual se aprueba el “Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, hecho en Kyoto el 11 de diciembre de 1997*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 44.272, de 27 de diciembre de 2000. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0629_2000.html

- Lozano Cutanda, B. (2010). *Derecho Ambiental Administrativo* (1 ed.). Madrid, España: La Ley.
- MADS & IDEAM. (2017). *Estrategia Integral de Control a la Deforestación y Gestión de los Bosques - Bosques Territorios de Vida*. Bogotá D.C: MADS & IDEAM. Obtenido de https://redd.unfccc.int/files/eicdgb_bosques_territorios_de_vida_web.pdf
- Medina González, K. (15 de noviembre de 2016). La presencia del soft law en el Derecho Administrativo Colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia. (*Tesis de pregrado*). Bogotá D.C, Colombia: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Obtenido de <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/12524/Tesis%20FINAL%20FINAL%20Soft%20Law%20Corrector%20Estilo%20Para%20Publicar%20%28ORIGINAL%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Mehling, M. (2009). El cambio climático y la Unión Europea: entre ambición y realidad. . En AA.VV., *El cambio climático en el Derecho Internacional Comunitario* (págs. 133-163). Madrid: Fundación BBVA.
- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. (2018). *Estrategia de Política Pública para la Gestión Integral de Riesgos Agropecuarios en Colombia*. Bogotá D.C: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Obtenido de <https://www.minagricultura.gov.co/Documents/LIBRO%20ESTRATEGIA%20VERSION%20FINAL.pdf>
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2011). *Estrategia Colombiana de Desarrollo Bajo en Carbono*. Bogotá D.C: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Obtenido de http://www.minambiente.gov.co/images/cambioclimatico/pdf/Estrategia_Colombiana_de_Desarrollo_Bajo_en_Carbono/100713_cartilla_ebdb.pdf
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2017a). *Política Nacional de Cambio Climático*. Bogotá D.C: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Obtenido de http://www.minambiente.gov.co/images/cambioclimatico/pdf/Politica_Nacional_de_Cambio_Climatico_-_PNCC_/PNCC_Políticas_Publicas_LIBRO_Final_Web_01.pdf
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2017b). *Estrategia Integral de Control a la Deforestación y Gestión de los Bosques. Documento de Trabajo. Versión 1.0*. Bogotá D.C: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Obtenido de https://redd.unfccc.int/files/eicdgb_bosques_territorios_de_vida_web.pdf
- Ministerio para la Transición Ecológica. (7 de septiembre de 2019). *Ministerio para la Transición Ecológica*. Obtenido de Ministerio para la Transición Ecológica: <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/industria.aspx>
- Nava Escudero, C. (2016). Acuerdo de París. Predominio del soft law en el régimen climático. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado - Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 49(147), 99-135. doi:<https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2016.147.10641>

- Niño López, L. F. (2016). Justicia transicional: principios de Chicago comparados al proceso de paz en Colombia. *Academia & Derecho*, 7(13), 143-184. Obtenido de <https://revistas.unilivre.edu.co/index.php/academia/article/view/291/228>
- Organización de las Naciones Unidas. (9 de mayo de 1992). Cumbre para la Tierra. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. Nueva York, Estados Unidos: FCCC/INFORMAL/84/Rev.1. Obtenido de https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (11 de diciembre de 1997). Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. *Protocolo de Kioto*. Kioto, Japón: FCCC/INFORMAL/84. Obtenido de <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (12 de diciembre de 2015). Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. *Aprobación del Acuerdo de París*. París, Francia: FCCC/CP/2015/L.9. Obtenido de <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/109s.pdf>
- Parejo Navajas, T. (2015). Gobernar el cambio climático. En AA.VV., *El derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático* (págs. 57-79). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pernas García, J. (2002). Nacimiento, desarrollo y estado actual de la estrategia comunitaria frente al cambio climático. *Anuario de Facultade de Dereito da Universidad da Coruña*, 6, 553-584. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217693>
- Programa de Alistamiento para el Fondo Verde del Clima. (2017). *Estrategia Nacional de Financiamiento Climático*. Bogotá D.C: DNP, PNUD, ONU Ambiente & Fondo Acción. Obtenido de <https://mrv.dnp.gov.co/Publicaciones/Documents/ESTRATEGIA%20NACIONAL%20DE%20FINANCIAMIENTO%20CLIM%20C3%81TICO.pdf>
- Real Decreto 1823/2011. (21 de diciembre de 2011). Presidencia del Gobierno. *Por el que se reestructuran los departamentos ministeriales*. Madrid, España: «BOE» núm. 307, de 22 de diciembre de 2011. Obtenido de <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/12/21/1823>
- Real Decreto 1866/2004. (6 de septiembre de 2004). Ministerio de la Presidencia. *por el que se aprueba el Plan nacional de asignación de derechos de emisión, 2005-2007*. Madrid, España: «BOE» núm. 315, de 31/12/2011. Obtenido de <https://www.boe.es/eli/es/rd/2004/09/06/1866>
- Real Decreto 376/2001. (6 de abril de 2001). Ministerio de Administraciones Públicas. *Por el que se modifica el Real Decreto 1415/2000, de 21 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente*. Madrid: «BOE» núm. 84, de 7 de abril de 2001, páginas 13128 a 13129.
- Real Decreto 413/2014. (6 de junio de 2014). Ministerio de Industria, Energía y Turismo. *Por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de*

fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Madrid, España: Referencia: BOE-A-2014-6123. Obtenido de <https://www.boe.es/eli/es/rd/2014/06/06/413>

Real Decreto 415/2014. (6 de junio de 2014). Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. *Por el que se regula la composición y funciones del Consejo Nacional del Clima*. Madrid, España: BOE» núm. 167, de 10 de julio de 2014, páginas 54166 a 54169. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-7290>

Real Decreto 525/2014. (20 de junio de 2014). Ministerio de Industria, Energía y Turismo. *Por el que se regula la concesión directa de subvenciones del “Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE-6)”*. Madrid: Referencia: BOE-A-2014-6684.

Real Decreto-ley 5/2004. (27 de agosto de 2004). Jefatura del Estado. *Por el que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero*. Palma de Mallorca, España: Referencia: BOE-A-2004-15567. Obtenido de <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2004/08/27/5>

Resolución 000464. (29 de diciembre de 2017). Ministerio de Agricultura y Desarrollo. *Por la cual se adoptan los Lineamientos estratégicos de política pública para la Agricultura Campesina, Familiar y Comunitaria y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Resolución Ministerial 464 de 2017. Obtenido de <http://agriculturafamiliar.co/lineamientos-estrategicos-de-politica-publica-para-la-agricultura-campesina-familiar-y-comunitaria/>

Resolución 04806. (15 de julio de 2015). Instituto Nacional de Vías. *Por la cual se crea y conforma el comité de gestión de Riesgo y Adaptación al Cambio Climático-CGRCC*. Bogotá D.C, Colombia: Instituto Nacional de Vías. Obtenido de <https://www.invias.gov.co/index.php/servicios-al-ciudadano/normatividad/resoluciones-circulares-otros/3937-resolucion-4806-de-julio-15-de-2015/file>

Resolución 1447. (1 de agosto de 2018). Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Por la cual se reglamenta el sistema de monitoreo, reporte y verificación de las acciones de mitigación a nivel nacional de que trata el artículo 1753 de la Ley 1753 de 2015, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Obtenido de <http://www.minambiente.gov.co/images/normativa/app/resoluciones/98-RES%201447%20DE%202018.pdf>

Resolución 4998. (23 de noviembre de 2016). Ministerio de Transporte. *Por la cual se crea el Comité Sectorial para la Gestión del Riesgo de Desastre*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 50.072 de 29 de noviembre de 2016. Obtenido de <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/col162096.pdf>

Salinas Alcega, S. (2017). El esfuerzo de mitigación de emisiones en el marco del régimen internacional contra el cambio climático. Estado de la cuestión tras el Acuerdo de París. En AA.VV., *Retos y compromisos jurídicos de Colombia frente al cambio climático* (págs. 21-55). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Sanz Rubiales, Í., & Aníbarro Pérez, S. (2014). *Cambio climático y Unión Europea. Presente y futuro del mercado europeo de emisiones* (1 ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Sarasíbar Iriarte, M. (2006). *Régimen jurídico del Cambio Climático* (1 ed.). Valladolid, España: Lex Nova.
- Stern, N. (2007). *Informe Stern: La economía del cambio climático* (2 ed.). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (25 de marzo de 1957). Unión Europea. *Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2012/C 326/01*. Roma, Italia: Diario Oficial N° C 326 de 26/10/2012. Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>



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

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 18 - Enero/Junio, 2019

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 antitrámites 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). Neoguantarismo 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 equinociales 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 Ortíz, 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 refundación 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.

18

- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- Goyes Moreno, I. (2019). Marco jurídico para la autonomía económica de las mujeres en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 10(18), 165-206.
- 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.
- 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.
- Higuera Jiménez, D. M. (2019). Acción de Tutela contra providencias judiciales: elementos, condiciones y crítica. *Revista Academia & Derecho*, 10(18), 275-334.

-
- 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.
- 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), 365-387.

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