



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

Contenido Revista Academia & Derecho -RA&D- N° 20:

La nature publique du contractant de l'administration en tant qu'exception aux règles de publicité et de mise en concurrence dans un contrat public: un regard sur le droit français et le droit colombien

Validez del secreto profesional médico en los elementos probatorios dentro del proceso penal

Una descripción aproximada de la estructura del derecho al ambiente sano en el ordenamiento jurídico colombiano

La historia laboral y el acceso al derecho pensional: el caso de los funcionarios públicos en Colombia

Límites de la discrecionalidad técnica en el otorgamiento de licencias Ambientales

Control de convencionalidad de la reparación integral en las decisiones del Consejo de Estado Colombiano

Memoria y verdad histórica en genocidio político de los militantes de la Unión Patriótica en Colombia

Política de salud ocupacional para la creación de una cultura de la prevención de seguridad y la salud en el trabajo en las instituciones prestadoras de servicios de salud

Percepciones fiscales de los contribuyentes a la luz de las Teorías de las Relaciones Tributarias

Victimización y garantismo de los sujetos activos (FARC) en la Jurisdicción Especial para la Paz

Revista Academia & Derecho	Publicación Semestral	ISSN: 2215-8944 E-ISSN: 2539-4983	Año 11 N° 20 2020	Enero - Junio	Pág. 378	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)

Índice Bibliográfico Nacional -IBN Publindex- Categoría C, Colciencias, Colombia. (Enero 01 de 2020-Diciembre 31 de 2020)



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)

Índice Bibliográfico Nacional -IBN Publindex- Categoría C, Colciencias, Colombia. (Enero 01 de 2020-Diciembre 31 de 2020)



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

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR

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

EDITORA

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

COMITÉ EDITORIAL

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

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

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

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

COMITÉ CIENTÍFICO

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

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

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

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

NÉSTOR PEDRO 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

EDITORIAL..... 11

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..... 17

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 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

ANDREA ESTHER RINCÓN JAIMES

Validez del secreto profesional médico en los elementos probatorios dentro del proceso penal 49

Validity of the medical professional secret in the evidentiary elements within the criminal process

Validade do sigilo profissional médico nos elementos probatórios do processo penal
Validité du secret professionnel médical dans les éléments probants dans le cadre du processus penal

FRANKLYN FAJARDO SANDOVAL

WILLIAM ARLEY RENGIFO VARONA

SEBASTIAN PORTILLA PARRA

Una descripción aproximada de la estructura del derecho al ambiente sano en el ordenamiento jurídico colombiano..... 89

An approximate description of the structure of the right to a healthy environment in the Colombian legal system

Uma descrição aproximada da estrutura do direito a um meio ambiente saudável no sistema jurídico colombiano

Une description approximative de la structure du droit à un environnement sain dans le système juridique colombien

OTONIEL BURGOS CLAROS

La historia laboral y el acceso al derecho pensional: el caso de los funcionarios públicos en Colombia 127

Labor history and access to pension law: the case of public officials in Colombia

História do trabalho e acesso ao direito previdenciário: o caso de funcionários públicos na Colômbia

Histoire du travail et accès au droit des retraites : le cas des agents publics en Colombie

NATHALY GARCÍA DAGER

Límites de la discrecionalidad técnica en el otorgamiento de licencias ambientales..... 155

Limits of technical discretion in granting environmental licenses

Limites da discricionariedade técnica na concessão de licenças ambientais

Limites de la discrétion technique dans l'octroi des licences environnementales

MARÍA DEL ROSARIO SANTOS DE AGUIRRE

DANIEL FABIÁN TORRES BAYONA

Control de convencionalidad de la reparación integral en las decisiones del Consejo de Estado colombiano..... 193

Control of the conventionality of comprehensive repairation in the decisions of the Colombian Council of State

Controle da convencionalidade da reparação integral nas decisões do Conselho de Estado da Colômbia

Contrôle de la conventionnalité de la réparation globale dans les décisions du Conseil d'État colombien

JESÚS EDUARDO SANABRIA MOYANO
LINA MARÍA BEDOYA CERQUERA

Memoria y verdad histórica en genocidio político de los militantes de la unión patriótica en Colombia 229

Memory and historical truth in the political genocide of the military of the patriotic union in Colombia

Memória e verdade histórica no genocídio político dos militares da união patriótica na Colômbia

Mémoire et vérité historique dans le génocide politique des militaires de l'union patriotique en Colombie

JAIME ALBERTO GÓMEZ MONTAÑEZ

Política de salud ocupacional para la creación de una cultura de la prevención de seguridad y la salud en el trabajo en las instituciones prestadoras de servicios de salud..... 261

Occupational health policy for the creation of a culture of prevention of safety and health at work in institutions that provide health services

Política de saúde ocupacional para a criação de uma cultura de prevenção de segurança e saúde no trabalho nas instituições prestadoras de serviços de saúde

Occupational health policy for the creation of a culture of prevention of safety and health at work in institutions that provide health services

HUGO HERNÁNDEZ PALMA
SILVANA BOTERO QUINTERO
JUANNYS CHIQUILLO RODELO

Percepciones fiscales de los contribuyentes a la luz de las teorías de las relaciones tributarias..... 287

Tax perceptions of taxpayers in light of theories of tax relationships

Percepções fiscais dos contribuintes à luz das teorias das relações fiscais

Perceptions fiscales des contribuables à la lumière des théories des relations fiscales

MARÍA ALEJANDRA MORA MUÑOZ

JOSÉ LUIS VILLARREAL

Victimización y garantismo a los sujetos activos (FARC) en la jurisdicción especial para la paz..... 319

Victimization and guarantees to active subjects (FARC) in the special jurisdiction for peace

Vitimização e garantias aos sujeitos ativos (FARC) na jurisdição especial para a paz

Victimisation et garanties aux sujets actifs (FARC) dans la juridiction spéciale pour la paix

DANIELA ALEXANDRA PUERTO GUTIÉRREZ

LEONEL ANTONIO OLVERA PÉREZ

ÍNDICE DE AUTORES 365



EDITORIAL

MICHELLE ANDREA NATHALIE CALDERÓN ORTEGA

Academia & Derecho lleva a sus lectores artículos de los más variados temas, muestra de las preocupaciones y debates propios de la época y que, son objeto de análisis, revisión y validación por pares y expertos.

Los artículos, cuidadosamente examinados y ajustados, contienen investigaciones, reflexiones y discusiones sobre asuntos del Derecho actual y de la enseñanza del derecho. Desde su creación, la revista ofrece un diálogo transversal con el Derecho, la filosofía, la política y la justicia, es un espacio para la revisión de la legislación vigente, para cuestionar los paradigmas y proponer otras lecturas y otras maneras de resolver los problemas que convocan a la ciencia y la academia; un lugar para converger y para formular nuevas preguntas y considerar otras formas de ser y pensar el derecho.

Con este número de Academia & Derecho, cumplimos diez años llevando a nuestros lectores artículos de investigación de la más alta calidad académica. Como puede apreciarse en la consulta de las ediciones previas, mucho hemos cambiado en estos últimos años, pero nuestra voluntad de seguir aportando a la generación de nuevo conocimiento y de brindar un espacio para la reflexión y la deliberación académica y científica, permanece intacta a pesar de los obstáculos impuestos por los sistemas que deprecian el valor de las investigaciones cualitativas y reducen, con sus extremadas exigencias, el número de publicaciones indexadas en materia de ciencias sociales.

Nuestra revista ha crecido paulatinamente y ha superado, con disciplina y determinación, las barreras impuestas por los sistemas de indexación nacional que, con sus exorbitantes requerimientos, imposibilitan la continuidad de muchas publicaciones académicas. A pesar de los obstáculos, superamos con éxito los

diferentes procesos de indexación a los que nos sometimos. En la convocatoria del año 2013 nos indexamos en categoría C; en la convocatoria del año 2014, logramos clasificarnos en categoría B, e incluso, en la convocatoria 768 (2016-2017), donde cambiaron las políticas de medición de revistas y en la que el 55% de las revistas nacionales salieron de la clasificación, logramos permanecer como revista indexada y, a pesar de los cada vez más difíciles estándares de medición, en la convocatoria 830 de Colciencias, nos categorizamos en C.

Nosotros, quienes participamos del proceso editorial, hacemos paso por paso lo necesario para superar las barreras y cumplir con los requerimientos de calidad para la indexación de nuestra revista. Lo hacemos con compromiso, rigor y calidad científica, respetuosos de las normas y de la ética. Vamos paso a paso, porque sabemos que las grandes obras no son el esfuerzo de un día, sino de las pequeñas acciones que hacemos todos los días.

Nuestra invitación a no cejar en su empeño se dirige a todos aquellos que, con honestidad y responsabilidad, asumen la tarea de investigar la realidad desde el derecho y otras disciplinas de las ciencias sociales y humanas. Nosotros acompañaremos su esfuerzo por encima de los rigores positivistas y continuaremos siendo un espacio para la discusión y la reflexión libre, heterogénea y plural.

En esta editorial, en conmemoración de estos diez años de *Academia & Derecho*, recordaremos algunos de los artículos que publicamos. La selección no contiene un orden de prelación y, es una remisión a algunos de esos textos que, en las ediciones de los últimos años, ofrecen particulares lecturas a los problemas que son objeto de estudio en las distintas ramas del derecho.

Participe de la discusión entre los principios y valores, entre el derecho y la moral, la revista dedicó un espacio para pensar la justicia y su relación con los casos difíciles, en el artículo “aplicación de la teoría desobediencia civil y la objeción de conciencia de Rawls” (Muñoz López, 2015). De igual manera, en esa lucha por la defensa de los derechos humanos, la protección a los más vulnerables y el reconocimiento de la igualdad como un derecho constitucionalmente protegido, en la revista No. 13 el artículo “igualdad, derechos y garantías de las parejas del mismo sexo: análisis descriptivo de las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional colombiana” (Carrillo Velásquez, 2015), dedica sus páginas a la igualdad en las parejas del mismo sexo, sus derechos, obligaciones y garantías; profundizando en la situación fáctica y jurídica de estas parejas, el marco normativo y jurisprudencial que protege sus derechos fundamentales

y constitucionales, así como los criterios hermenéuticos y argumentativos empleados por la Corte Constitucional en las decisiones jurisprudenciales sobre la materia.

Así mismo, la revista No. 13 habilita un lugar para la educación y el personal docente, en el artículo “La política pública de educación en Colombia: gestión del personal docente y reformas educativas globales en el caso colombiano” (Flórez López, 2016). El texto revisa el régimen especial de carrera docente en Colombia; teniendo como base las reformas educativas de alto contenido gerencial que inciden en la gestión del personal docente y, reflexiona sobre la política pública en relación con la carrera docente, tanto en un contexto nacional como desde el trasfondo latinoamericano.

En la Revista No. 11, el artículo “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” (Rincón Angarita, 2015), analiza la responsabilidad penal de los menores combatientes que son reclutados de forma ilícita y, quienes, en el marco del conflicto armado interno, pueden convertirse en victimarios al participar de las hostilidades. Al respecto, el autor pone en contexto cómo los derechos de los menores en su condición de víctimas-victimarios, pueden entrar en colisión con los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral.

En materia hermenéutica y de derecho penal, el artículo “La jurisdicción ordinaria y la indeterminación restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia” (García Vargas & Pérez Fuentes, 2015), presenta un problema coyuntural en la jurisdicción ordinaria, en relación con la apatía de los jueces de apartarse del precedente o construir subreglas jurisprudenciales, por el temor de incurrir en el delito de prevaricato, situación que afecta al constitucionalmente pregonado derecho viviente y limita el ejercicio hermenéutico y argumentativo de los jueces a una aplicación exegética de las normas que, en algunos casos, es insuficiente para la solución de las controversias judiciales o que, aplicadas de forma exegética y legalista, conducen a resultados injustos o contrarios a los principios y valores constitucionales.

Otros temas del derecho penal son explorados en artículos como: “La resocialización del individuo como función de la pena” (Sanguino Cuellar & Baene Angarita, 2016), en que, a partir de un ejercicio arqueológico desde la propuesta foucaultiana, se explora la función resocializadora de la pena y cuestiona el

papel de la pena privativa de la libertad en el ordenamiento jurídico colombiano; por otro lado, en el artículo “Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional” (Benavides Vanegas, 2016), el autor, a partir de la noción de autoría y de la participación, analiza tres formas de atribución de responsabilidad en el derecho penal internacional.

El Derecho comercial tiene también un espacio en nuestras páginas, sobre el tema destaca el artículo “Aplicación de los principios de contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia” (Cárdenas Caycedo, 2016), cuyo autor expone aspectos generales de la contratación electrónica, los principios que lo regulan, su aplicación en bitcoins, el desarrollo jurisprudencial sobre la materia, así como las condiciones para su exigencia y eficacia en materia procesal.

El Derecho disciplinario encuentra también exponente en el artículo “Reflexiones sobre los criterios aplicados para determinar la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias en el derecho disciplinario colombiano” (Ovalles Rodríguez, 2015). En el precitado texto, el autor analiza la clasificación de las faltas disciplinarias en la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) y, destaca la discrecionalidad que dicha norma deja al investigador disciplinario al momento de determinar la levedad o gravedad de una falta disciplinaria. Para el autor, la falta de claridad en las normas sobre los criterios para determinar si una falta es leve o grave, deja dicha labor en la subjetividad del investigador disciplinario, afectando la garantía de legalidad y de seguridad jurídica en materia disciplinaria. Para analizar el problema, el autor discute los criterios que fundamentan la tipificación de las faltas disciplinarias en el derecho colombiano.

El derecho constitucional y ambiental encuentran voz en artículos como “Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India” (Agudelo Ibáñez, 2015), que estudia el control constitucional de las reformas a la Constitución Política y su incidencia en países como la India, Italia y Alemania, a partir del análisis de la rigidez constitucional, las cláusulas pétreas, los principios y valores constitucionales, así como los límites materiales al poder de reforma. Así mismo, aparece representado en artículos como “El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales una garantía para la protección del medio ambiente” (Cuesta Hinestroza, Nupan Mosquera, Ramírez Moreno, & Palacios Lozano, 2016), “La restitución de tierras consagrada en la Ley 1448 de 2011 a la luz de la teoría neoconstitucional” (Arévalo Perdomo &

Sotomayor Espitia, 2016) y “Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes: ¿existe una respuesta desde la justicia correctiva?” (Reyes Garcés, Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes: ¿existe una respuesta desde la justicia correctiva?, 2014).

Todos estos artículos ofrecen a los lectores propuestas originales y de rigurosa validez científica, por ello, extendemos a nuestros lectores la invitación a pasarse por los números anteriores de nuestra revista y leer o volver a leer todos esos textos que encontraron su voz en los diversos números de *Academia & Derecho*. Nosotros, seguiremos trabajando para llevar hasta ustedes artículos de la más alta calidad académica.

Hemos trabajado orgullosamente para ustedes estos diez años, porque la educación, la cultura y la academia construyen puentes y caminos necesarios en cualquier tiempo, y aún más en aquellos que deben vencer obstáculos y murallas sociales. Muchas, muchas gracias.

Bajo la anterior reflexión, se publica la Revista *Academia & Derecho -RA&D* en su edición N° 20, correspondiente al período enero-junio del año 2020, con la seguridad de presentar artículos que plantearán una discusión crítica con serios fundamentos en cada uno de sus ámbitos.

Finalmente, recordamos a nuestros futuros postulantes y autores que todos los artículos postulados a nuestra revista deben seguir las orientaciones de la guía de autores que pueden consultar en el siguiente enlace: <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/about/submissions#authorGuidelines>

REFERENCIAS

- Agudelo Ibáñez, S. J. (2015). Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India. *Academia & Derecho*, 6(11), 123-154.
- 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. *Academia & Derecho*, 7(13), 91-118.
- Benavides Vanegas, F. S. (2016). Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional. *Academia & Derecho*, 7(13), 237-264.
- Cárdenas Caycedo, O. A. (2016). Contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia. *Academia & Derecho*, 7(13), 265-308.

- Carrillo Velásquez, A. (2015). Igualdad, derechos y garantías de las parejas del mismo sexo: análisis descriptivo de las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional colombiana. *Academia & Derecho*, 7(13), 119-142.
- Cuesta Hinestroza, L., Nupan Mosquera, M., Ramírez Moreno, S., & Palacios Lozano, L. (2016). El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales: ¿una garantía para la protección del medio ambiente? *Academia & Derecho*, 7(12), 53-86.
- Flórez López, J. R. (2016). La política pública de educación en Colombia: gestión del personal docente y reformas educativas globales en el caso colombiano. *Academia & Derecho*, 7(13), 309-332.
- 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. *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. *Academia & Derecho*, 6(10), 273-314.
- Ovalles Rodríguez, F. (2015). Reflexiones sobre los criterios aplicados para determinar la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias, en el derecho disciplinario colombiano. *Academia & Derecho*, 6(11), 227-258.
- Reyes Garcés, H. M. (2014). Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes: ¿existe una respuesta desde la justicia correctiva? *Academia & Derecho*, 5(9), 51-82.
- 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. *Academia & Derecho*, 6(11), 297-334.
- Sanguino Cuellar, K. D., & Baene Angarita, E. M. (2016). La resocialización del individuo como función de la pena. *Academia & Derecho*, 7(12).

La nature publique du contractant de l'administration en tant qu'exception aux règles de publicité et de mise en concurrence dans un contrat public: un regard sur le droit français et le droit colombien*

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
Traducción al francés: Enero de 2020.

Andrea Esther Rincón Jaimes***

Para citar este artículo / To cite this article

Rincón Jaimes, A. E. (2020). La nature publique du contractant de l'administration en tant qu'exception aux règles de publicité et de mise en concurrence dans un contrat public: un regard sur le droit français et le droit colombien. *Revista Academia & Derecho*, 11(20), 17-48.

* Cet article a été rédigé à partir du mémoire "Le contrat de quasi-régie en France et le contrat interadministratif en Colombie: une analyse de droit comparé" présenté pour le Master II en Droit, Economie, Gestion, Mention Droit public, spécialité Marchés publics et partenariats public-privé, Université de Poitiers

** 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. Magister en contratación estatal y asociaciones público-privadas de la Université de Poitiers de Francia. Correo electrónico: andreaes.1013@gmail.com.

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 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 econômicos, 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 pesquisa. - Metodologie. - Plan de redação. - 1. Lorsque le contractant administratif est également un sujet de droit public. 1.1 Les relations inter-administratives en Colombie. 1.2 La possibilité de la candidature d'une personne publique à un contrat de la commande publique en France. 2. Conséquences de l'identification d'un contrat entre des sujets de droit public contre les règles de la publicité et de la concurrence. 2.1 Le contrat inter-administratif comme cause de contractualisation directe. 2.1.1. Le «traitement préférentiel» accordé aux entités étatiques dans le cadre d'un contrat d'État. 2.1.2. Le contrat inter-administratif: une exception aux appels d'offres publics mais pas au statut des marchés publics. 2.2 La qualité de personne publique du contractant n'est pas synonyme d'exception aux règles de publicité et de concurrence. 2.2.1.

Personnes à caractère public: un opérateur économique comme les autres. 2.2.2.
Contrats conclus dans le domaine public à titre d'exception aux règles de publicité
et de concurrence. - Conclusions - Références.

Introduction

Les contrats d'État en Colombie sont définis comme tous les actes juridiques générateurs d'obligations conclus par les personnes publiques pour lesquels l'administration dispose de certaines procédures de passation permettant d'attribuer le contrat au contractant présentant l'offre la plus favorable. (Ley 80, 1993) (Ley 1150, 2007)¹. Bien que dans la plupart des cas il est possible d'imaginer que la partie du cocontractant est constituée par une personne privée ne relevant pas de l'administration publique, ce qui est certain c'est que la loi colombienne permet la participation des personnes publiques à l'attribution des contrats publics. (Santofimio Gamboa, 2017, p. 255)². De la même manière, en France la conclusion des contrats publics est soumise aux procédures de passation et aux règles de publicité et de mise en concurrence de manière générale. Les contrats soumis à ces règles sont appelés contrats de la commande publique, dans lesquels les parties sont intégrées par un pouvoir adjudicateur et par un opérateur économique en tant que cocontractant, ce dernier peut être aussi une personne publique (Code de la commande publique, 2018)³.

Les contrats d'État conclus entre personnes publiques sont qualifiés d'interadministratifs en Colombie et constituent une exception d'entente directe, ils ont connu d'une prolifération importante souvent accompagnée de cas de corruption (Guacaneme Pineda & Avendaño Castro, 2015), attirant ainsi l'attention du Conseil d'État et des organismes de contrôle (Concepto 2092, 2012). D'un autre

¹ L'article 32 de la loi 80 de 1993 dispose: «Les contrats d'État sont tous les actes juridiques conclus par les entités visées dans le présent statut produisant des obligations, ils peuvent être prévus dans le droit privé ou dans des dispositions spéciales, ils peuvent aussi résulter de l'exercice de l'autonomie de la volonté, ainsi que ceux qui à titre d'exemple sont définies ci-dessous(...)».De la même façon, l'article 2 de la loi 1150 de 2007 souligne: «Le choix du contractant sera effectué conformément aux procédures des passation tels que la licitation publique, la sélection abrégée, le concours au mérite et l'entente directe (...)».

² L'auteur exprime cette possibilité en indiquant que les actions et les omissions liées à l'exercice de la fonction administrative peuvent également avoir pour destinataire des organes et des organismes publics ou des personnes de droit public, comme cela arrive souvent dans les relations interadministratives, où il est possible d'identifier un sujet public dominant qui prend des décisions en relation avec un autre de la même nature, lequel doit obéir et s'y conformer.

³ Selon l'article L2 du code de la Commande Publique, « sont des contrats de la commande publique 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 ».

côté, le droit français n'est pas favorable à la possibilité d'une procédure de sélection spéciale à ce type de relation juridique, de cette manière, le Conseil d'Etat maîtrise le sujet en traitant les questions liées à la candidature d'une personne publique à un contrat de commande publique. (Société Armor SNC, 2014). Il est important de souligner que le contrat interadministratif et le contrat de commande publique dans lequel le cocontractant est une personne publique, constituent des vrais contrats créateurs d'obligations avec un caractère onéreux d'importance économique pour le cocontractant, ces caractéristiques les différencient des simples conventions interadministratives (Consejo de Estado, Sala Plena contenciosa administrativa, Sección tercera, 2017), ou de la coopération public ou public en droit français, dans laquelle deux opérateurs économiques établissent une coopération (Llorens & Soler-Couteaux, 2011)⁴ qui obéit à des considérations d'intérêt public, excluant ainsi tout intérêt économique (Levain & Prats-Denoix, 2015)⁵.

Bien qu'actuellement le droit français, conformément aux principes du droit européen, n'accorde pas de traitement préférentiel aux contrats entre personnes publiques contre les règles de publicité et de concurrence, comme l'explique Bertrand Dacosta, à une époque ne pas très lointaine les relations contractuelles entre personnes publiques n'étaient pas soumises au code des marchés publics (Dacosta, 2015), ce qui permettait de contracter directement. Ainsi, tous les contrats qui sont des marchés publics ou de manière générale des contrats de la commande publique sont soumises à ces règles de publicité et de mise en concurrence, même si le contractant est une personne publique (Dreyfus, Actualité des contrats entre personnes publiques, 2000)⁶. Cependant, actuellement la loi autorise l'exclusion de certains contrats entre l'administration et des entités à participation publique majoritaire ou à participation publique totale. Ces contrats sont appelés in house

⁴ Pour l'auteur « (...)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 Par rapport aux considérations d'intérêt public, (...)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 la coopération qui irait au-delà du simple remboursement des frais encourus au titre de la coopération (...).

⁶ Pour l'auteur, « 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.

ou de quasi-régie, dans lesquels la transparence n'est pas absolue et la différence dans le traitement peut être justifiée par des situations objectives (De Grove-Valdeyron, 2017). Contrairement à la France, en Colombie l'exclusion des contrats interadministratifs des règles de publicité et de mise en concurrence est motivée par un critère purement organique, une idée qui sera expliquée tout au long de cet article.

À partir de ces éléments, il convient de se demander dans quelle mesure un contrat d'État en Colombie et un contrat de commande publié en France, dans lequel les parties s'identifient comme des personnes publiques, constituent une exception aux règles de publicité et de mise en concurrence? Bien que dans un premier temps dans les deux pays le cocontractant de l'Administration peut être une personne publique; en France, contrairement à la Colombie, l'exclusion des règles de publicité et de mise en concurrence ne peut en aucun cas avoir un fondement purement organique, et des principes tels que la libre administration des personnes publiques trouveront leur expression dans le contrat de quasi-régie, lequel constitue une exception aux règles en matière de publicité et de mise en concurrence, mais à partir des circonstances objectives ne cherchant pas à léser le marché.

C'est ainsi que dans un premier temps il sera étudié la possibilité des personnes publiques d'être cocontractants de l'administration tant dans un contrat d'État comme dans un contrat de la commande publique (I), puis, il convient de visualiser les conséquences en matière de publicité et de mise en concurrence à partir de l'identification d'une personne publique en tant que candidat au contrat(II).

1. Le cas où le cocontractant de l'administration est également une personne publique.

1.1 Les relations interadministratives en Colombie.

Le contrat d'État est identifié en Colombie par la présence d'au moins une entité de l'article 2 de la loi 80 (Ley 80, 1993). Lorsque le cocontractant est également une personne publique, le contrat est identifié comme interadministratif. Ainsi, Jorge Enrique Santos définit le contrat interadministratif comme celui conclu entre des personnes publiques avec la capacité d'avoir des relations interadministratives, il souligne aussi que dans ce type de contrat il est possible d'identifier un acheteur public et un cocontractant, ce dernier est de nature publique mais il a aussi des intérêts dans le marché :

(...) 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, p. 11).

La loi 80 de 1993 présente initialement dans son article 2 une liste spécifique des sujets de droit qui adoptent le caractère d'entités étatiques, parmi lequel il est trouvé la nation, les départements, les communes, les sociétés d'économie mixte, entre autres:

(...) 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).

De la même façon, cet article 2 de la loi 80 de 1993 consacre qu'il peut exister d'autres types d'entités étatiques, telles que les entités décentralisées indirectes; également, d'autres personnes morales à participation publique majoritaire peuvent être considérées comme des entités étatiques, quelle que soit la dénomination qu'elles adoptent et quel que soit leur ordre ou leur niveau.

Quant aux conditions nécessaires pour conclure des contrats interadministratifs, la Chambre de consultation du Conseil d'État explique que dans un premier temps la loi 80 de 1993 n'avait pas conditionné la conclusion de ces contrats:

(...) 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 (Concepto 2092, 2012)⁷.

Dans cette même décision le Conseil d'État précise que les contrats interadministratifs ont suscité des inquiétudes du fait de leur emploi pour échapper aux procédures de sélection objectives de la loi 80. De cette manière, souvent le cocontractant dans ce type de contrat n'a pas les capacités nécessaires pour exécuter le contrat et ainsi satisfaire les besoins de la personne publique.

La loi 1150 est une réponse aux inquiétudes suscitées par la conclusion de contrats interadministratifs. Pour éviter de passer de forme directe des marchés qui ne répondent pas aux besoins de l'administration, l'article 2 pose une première condition: pour conclure un contrat interadministratif les obligations qui en

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).

découlent doivent être en relation directe avec l'objet du cocontractant, cet objet peut être précisé soit dans la loi, soit dans les règlements de l'entité. (Ley 1150, 2007). C'est-à-dire, l'activité de l'entité doit être dirigé à accomplir les objectifs de l'État. Pour Augusto Ramón Chávez Marín,

(...) 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, p. 147)⁸.

Ainsi, l'objet du cocontractant doit être en relation avec les obligations découlant du contrat. Si l'objet de l'entité n'a pas relation avec les obligations découlant du contrat, elle ne pourra pas répondre aux besoins de l'administration.

Pour le Conseil d'État loi 1474 de 2011, laquelle a modifié la loi 1150 de 2007, a maintenu cette obligation. Pour l'haute juridiction la condition de l'existence d'une relation directe est liée à l'obligation générale des personnes publiques en Colombie de vérifier que la partie contractante, soit publique ou privée, aie la capacité juridique de conclure le contrat. Autrement dit, que l'exécution du contrat soit liée à l'objet de l'entité (Concepto 2092, 2012).

D'autre part, le contrat interadministratif pose une deuxième condition aux entités étatiques autorisées à conclure ce type de contrat (Troncoso Mojica, 2015). Dans un premier temps toute entité visée à l'article 2 de la loi 80 de 1993 peut conclure des contrats interadministratifs, néanmoins l'article 2 de la loi 1150 a modifié la loi 80 de 1993 et maintenant il est interdit la conclusion sous le modèle d'interadministratif de certains contrats par certaines entités. (Ley 1150, 2007).

De cette manière, les contrats de travaux, de fournitures, de fiducie et de fiducie publique ne peuvent pas être attribués de manière directe lorsque les établissements d'enseignement supérieur participent du procès en tant que cocontractants (Flórez López, 2016). Si ces types d'entités souhaitent passer ces marchés, elles doivent recourir à la licitation publique ou à la procédure abrégée. (Ley 1150, 2007). Le cas des universités publiques est l'un des plus polémiques, souvent il a été indiqué que ces entités pouvaient exécuter des tâches qui n'étaient pas propres à leurs fonctions, échappant ainsi aux procédures de passation (Santos Rodríguez, 2009). Cependant, la loi 1474 de 2011 a ajouté une nouvelle liste de contrats et des entités qui ne peuvent pas passer des contrats interadministratifs.

⁸ Désormais la réforme identifie le contrat interadministratif comme un accord des volontés dans lequel une entité preste un service, fournit un bien ou exécute des travaux pour une autre entité en contrepartie d'un prix ou son équivalent.

En concordance avec la loi 1774, il y a une nouvelle liste de contrats exclus de la modalité des contrats interadministratifs: les contrats de travaux, contrats de fourniture, contrats de prestation de services d'évaluation conformément aux normes ou réglementations techniques, la fiducie et la fiducie publique. Également, il y a une nouvelle liste d'entités ne pouvant pas conclure ces contrats: les établissements d'enseignement supérieur publics, les sociétés d'économie mixte à participation majoritaire de l'État, les personnes morales à but non lucratif constituées par l'association des personnes publiques, et les fédérations d'entités territoriales. (Ley 1474, 2011). Ces entités ne peuvent pas conclure les contrats énumérés dans la figure du contrat interadministratif, devant ainsi se soumettre à la modalité de licitation publique ou à la procédure de passation de marché abrégée.

Quant à la sous-traitance des contrats interadministratifs, la loi 1150, dans son article 2 dispose que même si le régime applicable au cocontractant n'est pas la loi 80, l'exécution de ces contrats sera en tous cas régie par la loi 80 de 1993 (Ley 1150, 2007). Augusto Chávez Marín l'exprime comme suit:

(...) 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, p. 155)

De même, cette même loi établit que ni le contractant ni le sous-traitant peuvent conclure de contrats avec des personnes ayant déjà participé à la préparation d'études ou des projets ayant un lien direct avec l'objet du contrat principal. C'est-à-dire, des personnes ayant déjà une connaissance ponctuelle du contrat (Ley 1150, 2007).

Compte tenu de ce contexte, en Colombie la conclusion d'un contrat soumis en principe aux règles de la publicité et de mise en concurrence et dont le cocontractant relève du droit public, est tellement différente de la logique suivie par la législation française, dans laquelle, comme sera expliqué dans le présent travaux, le cocontractant public devra se présenter à l'attribution du contrat comme un opérateur économique et ne bénéficiera pas d'une procédure de passation particulière.

1.2 La candidature d'une personne publique à l'attribution d'un contrat de commande publique en France.

Comme il a été souligné, en France la candidature d'une personne publique à l'attribution d'un contrat de la commande publique n'implique pas le recours à une procédure de passation particulière à partir de la nature du candidat. Toutefois, pour ces cas où le candidat au contrat est une personne publique le juge a énoncé une série de principes et de règles à prendre en compte lors de l'étude de cette question. Il faut d'abord étudier la position adoptée par le droit européen, puis se concentrer sur le droit français.

Dans un premier temps la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne permet la candidature d'une personne publique à une procédure *d'appel d'offres*. C'est le cas de l'arrêt *Azienda Ospedaliero-Universitaria contre Data Medical Service srl*, Dans laquelle le Conseil d'Etat italien met l'accent sur une interrogation préliminaire et pose deux questions à la Cour de justice de l'Union européenne (*Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi*, 2014). Le professeur Ann-Lawrence Durviaux explique que la première question est liée à la compatibilité entre le droit italien et le droit européen d'une loi excluant les établissements publics hospitaliers (personnes de droit public) de la participation aux procédures de passation des contrats. La deuxième question concerne la compatibilité avec le droit européen d'une loi permettant aux entités publiques, qui bénéficient des ressources publiques, de participer à l'attribution de contrats publics, sans que des mesures correctrices en évitant des effets de distorsion de la concurrence soient prévues (Durviaux, 2015, p. 387).

La Cour de Justice a répondu de la manière suivante: pour ce qui concerne la première question, elle précise que, conformément à l'article , c) de la directive 92/50 / CEE, il n'est pas compatible avec le droit européen le fait d'exclure les établissements publics hospitaliers des procédures de passation des marchés publics. Toutefois, il est nécessaire que l'établissement soit autorisé à exercer ses activités sur le marché conformément à ses objectifs institutionnels et réglementaires. S'agissant de la deuxième question, la Cour évoque également la directive 92/50 / EE, et de manière particulière les principes généraux de libre concurrence, de non-discrimination et de proportionnalité, lesquels font partie du fondement de cette dernière directive. Ensuite, la Cour précise que le droit européen ne s'oppose pas à une législation nationale permettant à un établissement public de présenter une offre à laquelle aucune concurrence ne peut faire face, grâce au financement public dont bénéficie l'établissement. D'autre part, le pouvoir adjudicateur pourra prendre en compte l'existence de ce financement public par rapport à sa capacité à

rejeter l'offre, dans le cadre d'une analyse de l'offre anormalement basse (Didriche, 2015, p. 206).

Ainsi, il convient de retenir que le droit européen autorise les personnes publiques à participer à l'attribution de contrats soumis aux règles de la publicité et de mise en concurrence. Comme l'explique Ann-Lawrence Durviaux, la question a été statué par la Cour à plusieurs reprises. (Durviaux, 2015). Par exemple, dans l'arrêt *CoNISMa* de la Cour de Justice (CoNISMa, 2009), le juge explique qu'un groupement d'universités et d'administrations publiques (une personne publique), lequel ne poursuit pas un intérêt lucratif, qui n'a pas de structure organisationnelle en tant que société et qui n'est pas régulièrement présent sur le marché, peut être qualifié d'opérateur économique. En concordance avec l'article 1 de la directive 2004/18 / CE, cette notion concerne la capacité d'un candidat à assurer l'exécution d'un contrat, directement ou par voie de sous-traitance. La qualification d'opérateur économique n'est pas liée au statut de droit privé ou de droit public de l'entité, ni à sa présence sur le marché, ni même à son mode de financement (Durviaux, 2011, p. 432). Par conséquent, un sujet de droit public peut se trouver en concurrence sur le marché comme une personne de droit privé et peut bien sûr participer à l'attribution de contrats publics.

Concernant le droit français, le Conseil d'Etat a développé la question de la candidature des personnes publiques à l'attribution des contrats de la commande publique:

Pour analyser ce sujet, Bertrand Dacosta commence par citer deux décisions comme suit: d'abord, l'arrêt *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* de 2002, dans laquelle le Conseil d'État souligne que le principe de la liberté de commerce et de l'industrie ne s'oppose pas à la participation d'un établissement public en tant que candidat à l'attribution d'un contrat de délégation de service public, lequel a été proposé par une collectivité territoriale (*Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, 2000). D'autre part, dans la décision *Société Jean Louis Bernanrd Consultants* du 2012, la Cour a précisé qu'aucun texte ou principe n'interdit à une personne publique la candidature à l'attribution d'un contrat de la commande publique ou d'une délégation de service public, à partir de sa nature publique (*Société Jean Louis Bernard Consultants*, 2012). Également, pour que les exigences d'égal accès aux marchés publics et le principe de libre concurrence soient respectés, il faut que le prix proposé par l'établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte de l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat (Cárdenas Caycedo, 2016). A partir de ces éléments, pour déterminer le prix proposé en tant que candidat au contrat, l'établissement public ne doit pas se bénéficier d'un avantage découlant des ressources ou des moyens dont il dispose

dans le cadre de la mission de service public dont il a la charge. Finalement, si nécessaire, cette personne publique doit être en mesure de justifier cette situation par ses documents comptables ou par tout autre moyen d'information approprié (Dacosta, 2015, p. 57)⁹.

En prenant en compte ce contexte, on peut constater que la législation se montre favorable à la candidature des personnes publiques à l'attribution de marchés publics, tant que les principes comme la libre concurrence soient respectés et que ce fait puisse se corroborer.

D'un autre côté, en France s'est posé la question de savoir si l'existence d'un intérêt public local était nécessaire pour qu'une personne publique, telle qu'un département, puisse être candidate à l'attribution d'un marché public.

Dans un premier temps, dans l'arrêt Département de l'Aisne de 2009 le Conseil d'État a déclaré qu'un département pouvait être candidat à un marché public proposé par un autre département, sans que l'intérêt public local soit nécessaire. (Département de l'Aisne, 2009). De cette manière, il est expliqué que dans cas spécifique la question concerne la candidature du département au contrat et non de la prise en charge d'une activité économique. (Pastor, 2009, p. 1402). Néanmoins, ce sujet a été évoqué encore fois en 2014 grâce à la décision de la Société ARMOUR SNC, dans cette décision, le Conseil d'État souligne que les collectivités territoriales ou leurs établissements publics peuvent être candidats à l'attribution d'un contrat public si sa candidature répond à un intérêt public local:

(...) 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

⁹ Concernant Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, le Conseil d'État a souligné « 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 ».

Par rapport à l'arrêt société Jean-Louis Bernard Consultants, « 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 ».

publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public (Société Armor SNC, 2014)¹⁰.

D'autre part, il y a un intérêt public local lorsque la candidature du département:

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 mission¹¹.

À propos de ce paragraphe de l'arrêt, Erwan Royer explique que le contrat de commande publique doit constituer le complément ou ce qui est accessoire, ce qui s'inscrit dans la continuité temporaire ou matérielle d'un service déjà existant. De même, la décision a un sens économique puisque le but de la candidature doit être d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier (Royer, 2015, p. 158).

De la même façon, cet arrêt renforce l'idée qu'une fois la candidature de la collectivité territoriale est admise, celle-ci doit respecter la concurrence sur le marché, tel qu'il a été prévu par la jurisprudence Jean-Louis Bernard Consultants en 2012. De cette façon le juge non seulement vérifiera que l'intervention de cette personne publique n'atteint pas aux règles en matière de concurrence, mais il faut qu'il existe un intérêt public local (Dreyfus, 2016, p. 139).

Une situation qui peut expliquer la demande de l'intérêt public local est la multiplication des interventions des personnes publiques dans la sphère économique. La condition d'intérêt public local peut être qualifiée de critère «...potentiellement réducteur- et non plus simplement en tant que notion fonctionnelle»¹².

Compte tenu de ces éléments, il est possible de constater que la législation française, contrairement à la législation colombienne, ne prévoit pas de procédure de passation spécifique pour les cas où le cocontractant est une personne publique. S'agissant des collectivités territoriales ou de l'un de ses établissements publics, ce candidat doit participer comme tout particulier, mais aussi il faut qu'il existe un intérêt public local. Finalement, il doit respecter les règles en matière de concurrence.

¹⁰ Voir le commentaire de Pastor, J. M. Candidature d'une collectivité territoriale à un contrat de commande publique. AJDA, Dalloz. 2015, 7.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

2. La portée attachée à l'identification d'un contrat entre personnes publiques: situation en matière de publicité et de mise en concurrence.

2.1 Le contrat interadministratif en tant qu'exception à la licitation publique.

a. Le «traitement préférentiel» accordé aux entités étatiques dans le cadre d'un contrat d'État.

Selon la loi colombienne les contrats entre entités d'État doivent être passés sous la modalité de sélection directe. (Decreto 1082, 2015)¹³. De cette manière, il semble que le critère organique justifie l'existence du contrat interadministratif. À cet égard, la Cour suprême de justice a déclaré:

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)¹⁴.

Autrement dit, la nature publique des parties est le critère permettant un traitement particulier duquel profitent ces entités, lesquelles ne doivent pas se soumettre à la licitation publique comme les autres concurrents.

D'autre part, le contrat interadministratif est un accord duquel découlent des obligations, il est comme tout autre contrat d'État. De ce fait, il existe un vrai contrat et non pas des simples accords de l'Administration. C'est ainsi comme le Conseil des d'État a réitéré dans sa jurisprudence:

(...)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

¹³ Décret 1082, article 2.2.1.2.1.4.4.

¹⁴ Pour la Cour colombienne la caractéristique d'interadministratif d'un accord ou d'un contrat découle de la qualité des parties, c'est-à-dire que les deux doivent être de nature publique. Dans ce cas le système juridique colombien est fondé sur un traitement distinctif qui exclut ces personnes publiques de la nécessité de recourir à la licitation publique.

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 (Sentencia de reparación directa, 2017)¹⁵.

Alors il convient d'étudier d'où vient le besoin de cette exception à la licitation publique; dit autrement, qu'est-ce qui motive que les contrats entre entités publiques soient conclus de forme directe?

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 competencia, 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, p. 241)¹⁶.

A partir de ce texte il convient de remarquer, d'une part, que les contrats passés de forme directe répondent au besoin d'accélérer la conclusion du contrat, au temps que les principes régissant la loi 80 sont respectés. Cependant, il existe une autre réalité qui ne peut pas être ignorée, laquelle montre que les contrats passés de forme directe limitent la publicité et la mise en concurrence.

Par rapport à l'utilité du contrat interadministratif, il convient de retenir 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

¹⁵ L'haute juridiction considère logique cette interprétation puisque la loi 80 de 1993 est une loi applicable aux contrats d'État et non à tous les types de relations interadministratives ou intersubjectives. Pour identifier l'existence d'un contrat il faut que l'accord génère des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose.

¹⁶ Pour ces auteurs, d'une part, les contrats directs accélèrent la conclusion de l'accord entre parties, mais limitent libre concurrence, principe qui permet la confrontation ouverte des propositions pour obtenir le choix le plus favorable. D'autre part, la modalité de sélection directe est aussi une procédure de passation guidée par les principes de sélection objective, mais avec de publicité limitée ou partielle.

funcional(...) » (Araújo Oñate, Barrantes Venegas , Betancur Escobar, Castro Cuenca, & Alvarez Rojas, 2011, p. 255)¹⁷.

Autrement dit, les conditions permettant la conclusion d'un contrat interadministratif sont destinées à éviter les cas de corruption et ils cherchent l'adéquat exécution de l'objet du contrat.

S'agissant du droit français, il a été souligné qu'une procédure particulière n'était pas prévue pour la conclusion de contrats entre personnes publiques, cette situation peut être expliquée par le fait qu'il est inconcevable d'octroyer l'exclusion des règles de publicité et de mise en concurrence au seul motif que le contractant est de nature publique (Eckert, Contrats entre personnes publiques et droit de la concurrence, 2013, p. 849); Comme il sera expliqué au long de ce travail, un tel cas peut transgresser des principes comme la non-discrimination et l'égalité de traitement.

Un rapport de l'OCDE sur les marchés publics en Colombie indique qu'environ 60% des contrats sont conclus de manière directe, une situation qui attire particulièrement l'attention du fait que la règle générale est la licitation publique; Pour cette raison, le rapport rappelle des diverses recommandations formulées par cette organisation, dont il est souligné que les exceptions à la licitation publique doivent être limitées, prédéfinies et contenir une justification appropriée (OECD, 2016, pp. 67-72).

Concernant la constitutionnalité des contrats passés de forme directe sous la causale d'interadministratif, il a été demandé à la Cour constitutionnelle d'examiner le paragraphe de l'article 2 de la loi 80 de 1993, le demandant a soutenu que cet article violait l'article 13 de la Constitution politique:

(...)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-040/00, 2000)¹⁸.

¹⁷ Sa correcte et appropriée utilisation permet aux entités publiques d'obtenir des biens et des services de manière efficace, par des entités spécialisées dans la fourniture de ces besoins

¹⁸ Le demandant explique comment l'exception qui conduit à la conclusion des contrats interadministratifs par des coopératives et des associations formées par des entités territoriales, a conduit à la méconnaissance

Sur ce point, la Cour a déclaré qu'elle ne pouvait pas se prononcer sur les prétentions du demandant, puisque celles-ci devant faire référence au contenu de la norme dans l'abstrait, et non à son développement ou à son application. La Cour n'a pas trouvé une motivation suffisante dans son argumentation, car pour cette modalité de sélection régissent les principes des contrats publics, lesquelles garantissent l'égalité des chances. De même, la Cour exprime sa connaissance des mauvaises pratiques en matière de contrats interadministratifs, en précisant 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-040/00, 2000)¹⁹.

Cependant, elle souligne que « l'action publique d'inconstitutionnalité n'est pas le mécanisme approprié pour lutter contre ces pratiques » (Sentencia C-040/00, 2000). Ce paragraphe de l'article 2 de la loi 80 a été dérogé par l'article 32 de la loi 1150 de 2007.

b. Le contrat interadministratif: une exception à la licitation publique mais pas au statut des contrats de l'administration publique.

Bien que les contrats passés de forme directe constituent une exception à la licitation publique, cela ne signifie pas pour autant qu'ils constituent une exception aux principes du statut général des contrats de l'administration publique. Ce type de contrat reste une modalité de sélection soumise à certains principes. À plusieurs reprises, le Conseil d'État colombien s'est prononcé sur l'obligation de respecter certaines exigences et procédures spécifiques. (Sentencia 17767, 2011)

Pour le Conseil d'Etat, de manière générale les modalités de sélection du cocontractant sont soumises aux principes régissant l'activité contractuelle de l'Etat:

(...)Queda entonces claramente establecido que tanto la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos

du principe de sélection objective du cocontractant. Pour lui, cette pratique résultait contraire au principe d'égalité.

¹⁹ La Cour reconnaît les effets dévastateurs de la corruption dans les marchés publics.

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 15324, 2007)²⁰.

Alors, si la personne publique est dans l'un des cas dans lesquels la passation directe peut être utilisée; Comme c'est le cas des contrats interadministratifs, elle est tenue de respecter les postulats qui viennent d'être cités.

Concernant la question du respect des principes légaux et constitutionnels dans la modalité de passation directe, le Conseil d'État a développé dans sa jurisprudence une analyse qui attire particulièrement l'attention, puisque même si l'haute juridiction reconnaît le respect obligatoire des principes dans toutes les modalités de sélection du contractant, il souligne que les principes ne s'appliquent pas de manière identique dans chaque modalité:

(...) 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 37044, 2011)²¹.

Ce texte est apporté par le Conseil d'Etat à l'occasion d'un recours en annulation contre le décret 2474 de 2008, lequel aux termes de l'article 82 permettait aux acheteurs publics de contracter directement et sans qu'il soit nécessaire d'obtenir plusieurs offres (Decreto 2474, 2008). Pour le Conseil d'État, il est admissible que dans les contrats passés de forme directe la «force naturelle» des principes soit réduite. Également, l'haute juridiction fait une comparaison avec la licitation publique:

²⁰ Pour le Conseil d'État tant la licitation publique comme les contrats passés de forme directe, sont des modalités de sélection du cocontractant prévues dans la loi en matière des contrats, lesquelles sont régies par les principes qui dirigent l'activité contractuelle publique.

²¹ Pour le Conseil d'État, dans toutes les modalités de passation régissent les principes des marchés publics et même ceux de la fonction administrative (art. 209 CP.). Néanmoins, cela ne signifie pas qu'ils le font toujours à l'identique, puisqu'ils ont une portée différente dans la licitation publique que dans la sélection abrégée, et encore plus que dans la passation directe. Ils sont appliqués d'une manière nuancée: plus la modalité de sélection est simple, moins les principes applicables à ces procédures sont intenses.

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 posibilidad²².

Récemment dans une décision de 2018, le Conseil d'Etat a précisé que dans les contrats passés de forme directe la pluralité des offres n'est pas nécessaire, puisqu'ils existent des fondements permettant la limitation de la libre concurrence:

(..)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 50222, 2018)²³.

(..) 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 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 ello²⁴.

Étant donné que dans la passation directe des marchés il est possible d'omettre la comparaison des offres ou l'invitation à les présenter, des autres aspects comme la préparation du cahier des charges et des études préalables au contrat vont résulter très importants. Ils vont permettre à l'entité de faire une comparaison et de choisir l'offre la plus favorable. Le Conseil d'Etat a expliqué cette idée comme suit:

²² Selon l'affaire 37044 2011 du Conseil d'État, Il est légitime que dans ce cas la force naturelle des principes diminue, mais cela ne signifie pas qu'ils disparaissent, car ils continuent à agir sous une forme réduite, en s'adaptant aux circonstances différentes de celles de la licitation publique. D'autre part, la publicité n'agit pas de la même façon.

²³ Le juge conclue que d'une part la restriction trouve son fondement sur le caractère relatif et restrictif du principe de libre concurrence, et d'autre part sur la libre configuration normative du législateur, laquelle est fondée sur des considérations qu'il estime raisonnables et proportionnelles, en fonction de la finalité de chaque modalité de sélection

²⁴ De la même façon, dans cette affaire 50222, le Conseil d'État expose qu'il a été admis que la sélection objective fondée sur l'offre la plus favorable ne dépendait pas uniquement de la comparaison d'offres, mais aussi des autres méthodes garantissant que le choix soit en concordance avec les critères légaux..

(...) 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 (Fallo 36805, 2015).

De même, à propos d'un contrat interadministratif conclu sans la définition préalable des critères de sélection, la Cour suprême de justice a souligné:

(...) 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)²⁵.

D'ailleurs, la loi colombienne pose certaines particularités pour les contrats interadministratifs, lesquelles il convient de souligner:

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 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)²⁶.

²⁵ Pour la Cour l'obligation de sélection objective avait été méconnue à l'occasion d'un accord interadministratif, puisque aucun processus n'avait pas été mis en œuvre pour garantir la concurrence

²⁶ Parmi les obligations régissant la passation des contrats interadministratifs, il est possible d'identifier: la publication d'un acte administratif dans lequel le contrat direct est justifié. Le décret 1082 de 2015 indique une liste des informations devant figurer dans l'acte: l'administration doit indiquer le motif de la célébration du contrat, en particulier, doit faire référence à l'une des causes permettant d'employer cette modalité. Ensuite, le document doit indiquer l'objet du contrat, les moyens financiers, les moyens

2.2 La nature publique du contractant n'est pas synonyme d'exception aux règles de publicité et de mise en concurrence.

a. Les personnes publiques: un opérateur économique comme un autre.

Comme il a été indiqué précédemment, le droit français ne prévoit pas une procédure particulière du fait de la nature publique du candidat au contrat. Cette idée a son origine dans les principes fondamentaux de la commande publique, lesquels sont consacrés dans le droit européen et dans le droit français, ces principes ont connu un important développement qui mérite une étude approfondie qui ne sera pas abordée au présent travail²⁷. D'autre part, le caractère impératif de la concurrence dans les marchés publics et la notion d'opérateur économique ont pour conséquence que les personnes publiques soient identifiées comme un autre opérateur économique dans le marché.

Comme il a été souligné, la notion d'opérateur économique est liée à la capacité d'un candidat à assurer l'exécution d'un contrat, quels que soient des aspects tels que sa nature, sa présence sur le marché, etc. Par conséquent, les sujets de droit public peuvent participer à l'attribution de marchés publics comme toute personne privée ayant la qualité d'opérateur économique. Cependant, cette notion d'opérateur économique justifie également l'idée qu'aucun opérateur devrait se bénéficier d'un traitement préférentiel face à l'exclusion des règles de publicité et de mise en concurrence.

Comme l'indique le professeur Hélène Hoepffner, la notion d'opérateur économique a été introduite dans le code français des marchés publics du 2006, qui prenait en compte la notion de directive 2004/18 dans son article 1 (Hoepffner, 2016, p. 115). Actuellement la directive 2014/24 / UE fait référence à cette notion comme suit au considérant 14:

Il convient de préciser que la notion d'«opérateur économique» devrait s'interpréter au sens large, de manière à inclure toute personne ou entité qui offre la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché, quelle que soit la forme juridique sous laquelle elle a choisi d'opérer. Dès lors, les sociétés, les succursales, les filiales, les associations, les sociétés coopératives, les

pour consulter les cahiers des charges et les autres documents du contrat. Enfin, la loi présente quelques exceptions à cette obligation de justifier le contrat, comme c'est le cas des contrats de services professionnels et les interadministratifs conclus par le ministère des Finances et du Crédit public avec la Banque de la République.

²⁷ Consulter Llorens, F. Principe de transparence et contrats publics. En Contrats et Marchés publics n° 1, Revues juridiques Lexis 360. 2004, chron. 1.

sociétés anonymes, les universités, qu'elles soient publiques ou privées, ainsi que d'autres formes d'entités que les personnes physiques, devraient toutes relever de la notion d'opérateur économique, qu'il s'agisse ou non de «personnes morales» en toutes circonstances (Directive 2014/24/UE, 2014).

Par ailleurs, le nouveau code de la commande publique présente également une définition d'opérateur économique, regroupant dans cette notion les personnes physiques ou morales, publiques ou privées, avec ou sans personnalité morale, et qui offrent sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation d'un service (Code de la commande publique, 2018).

Tant la Directive dans son article 1, numéral 2, que le code dans son article L111-1, précisent que les marchés publics sont conclus entre pouvoirs adjudicateurs / entités adjudicatrices et opérateurs économiques. Ils sont donc soumis aux principes de la commande publique, ce qui ne permet pas que certains opérateurs économiques soient favorisés.

Il est important de considérer que ces principes sont appliqués même en l'absence d'un texte indiquant avec précision leur caractère contraignant, cette idée est évoquée à propos de la jurisprudence *Telaustria* (*Telaustria*, 2000) (*Delaunay*, 2018, p. 23), laquelle a été utilisée par la doctrine pour défendre ce point de vue. Comme l'explique le professeur Laurent Richer (*Richer & Lichère, Droit des contrats Administratifs*, 2016, p. 441), Dans cet affaire la Cour a mis l'accent sur un contrat qui n'était pas soumis à l'ordonnance; La Cour statue que même dans ce cas le contrat n'échappe pas aux règles fondamentales du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ni au principe de non-discrimination. Plus précisément, un point de l'arrêt indique:

(...) 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 «.

Pour comprendre l'origine et les implications des principes fondamentaux de la commande publique, il est impératif de prendre en compte les principes d'égalité et de transparence, lesquels jouent un rôle fondamental à partir des obligations qu'ils imposent. Pour cette analyse, l'auteur Mathias Amilhat développe la distinction et l'implication de ces deux principes dans son fascicule sur les marchés publics et les principes fondamentaux (*Amilhat*, 2015).

Concernant les règles de publicité et de mise en concurrence, Gabriel Eckert explique qu'elles visent à garantir le bon fonctionnement du marché, en prenant en compte que les intérêts des personnes publiques ne sont pas économiques (Eckert, 2013, p. 849)²⁸. Par ailleurs, les procédures de passation “tendent alors à imposer aux personnes publiques et, plus largement, aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices de ne pas fausser la concurrence”, Pour l'auteur, celle-ci est la raison pour laquelle il existe un rapprochement approfondi du champ d'application du principe de concurrence au travers de la promotion de principes tels que la transparence des procédures, cette idée permet de conclure que la qualité de personne publique du cocontractant ne justifie pas une exception aux règles de publicité et de mise en concurrence²⁹.

Compte tenu de ce contexte, il convient de se demander s'il existe la possibilité d'exclure les contrats entre personnes publiques de l'application des règles de publicité et de mise en concurrence. Dans le droit français et européen il est possible grâce aux contrats “*in house*” ou “*quasi-régie*”, lesquels doivent accomplir avec certaines conditions afin de respecter les principes en matière de publicité et de mise en concurrence.

b. Les contrats conclus dans la sphère publique en tant qu'exception aux règles de publicité et de mise en concurrence.

Bien que le contrat *in house* a eu son origine dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, tant le législateur européen que le législateur français ont procédé à sa codification. Ainsi, dans le droit européen l'on trouve les directives sur la conclusion des marchés publics (Directive 2014/24/UE, 2014) et sur l'attribution des contrats de concession, ils exposent les diverses conditions pour la conclusion du contrat *in house*. De même, le code de la commande publique envisage cette possibilité sous le nom de quasi-régie dans ses articles L2511-1 al L2511-5 (Code de la commande publique, 2018)³⁰.

²⁸ Pour expliquer cette idée l'auteur mentionne l'affaire C-470/99 *Universale-Bau AG c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH* Cour de Justice de l'Union européenne, commentaire T. Gliozzo, en AJDA. 2003, 623.

²⁹ Ibid page 849.

³⁰ Code 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(...) ».

Comme dans les autres contrats de la commande publique, les parties sont composées d'un pouvoir adjudicateur / entité adjudicatrice et d'un opérateur économique (entité contrôlée). Toutefois, contrairement à un autre marché public, le contractant dans un contrat de quasi-régie doit avoir une certaine dépendance vis-à-vis du pouvoir adjudicateur avec lequel il passe le contrat. Pour le professeur Laurent Richer, la dépendance du contractant est à la fois administrative et économique, "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 & Lichère, *Droit des contrats Administratifs*, 2016, p. 388). Tout d'abord, il est nécessaire de préserver cette dépendance.

Pour l'existence du contrat de quasi-régie il convient d'examiner les critères suivants: le contrôle analogue, la participation de capitaux privés et les activités exercées par l'entité contrôlée.

Le contrôle analogue en tant que critère impératif pour l'identification du contrat de quasi-régie, il est trouvé à l'article L2511-1 du code de la commande publique, qui souligne que le pouvoir adjudicateur doit exercer sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services (Code de la commande publique, 2018). De la même façon, cet article indique que pour que le contrôle analogue existe il est nécessaire que le pouvoir adjudicateur exerce une influence déterminante sur l'entité contrôlée, cette influence se traduisant à la fois dans les objectifs stratégiques et dans les décisions importantes prises par la personne morale. Lauren Richer explique que cette condition «maintient une approche subjective, sans doute inévitable» (Richer & Lichère, *Droit des contrats Administratifs*, 2016, p. 389). Également, le contrôle analogue peut être exercé conjointement, c'est-à-dire, plusieurs pouvoirs adjudicateurs peuvent l'exercer sur une personne morale à condition que tous les pouvoirs adjudicateurs soient associés à l'entité, même si leur participation est faible (ASEMFO contre Transformación Agraria SA, 2007).

Par rapport à la participation de capital privé dans la personne morale contrôlée, les affaires Stadt Halle et CONAME ont tout d'abord prévu l'exclusion de tout forme de capital privé dans la personne morale contrôlée³¹. Néanmoins, les directives européennes et la loi en droit français ont déterminé la possibilité de participation privée dans certaines circonstances. De cette forme, la jurisprudence européenne a connu d'une atténuation considérable. La présence de capitaux privés dans une personne morale concluant le contrat de quasi-régie n'est plus nécessairement une

³¹ Dans un premier temps il a été consacré par l'affaire C-26/03 Stadt Halle du 11 janvier 2005, ensuite l'affaire No. C-231/03 CONAME v. Commune di Cingia de Botti du 21 juillet 2005 l'a confirmé.

situation qui exclut l'attribution. En principe, l'entité contrôlée ne doit pas comporter de participation directe de capitaux privés, c'est-à-dire que la participation qui ne soit pas directe est admise sous certaines conditions: la participation est sans capacité de contrôle ou de blocage, cette forme de participation doit être requise par la loi, et elle ne doit pas exercer une influence décisive sur la personne contrôlée (Code de la commande publique, 2018)³².

Également, la loi en matière des marchés publics indique que pour l'existence du contrat de quasi-régie il est nécessaire que «La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées soit par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle» (Code de la commande publique, 2018)³³. Comme l'a exprimé la Direction des affaires juridiques, pour considérer que le cocontractant est tellement lié au pouvoir adjudicateur, il faut que les prestations de la personne morale soient du bénéfice exclusif du pouvoir adjudicateur (Direction des Affaires Juridiques, 2016, p. 3). L'idée est que les prestations de la personne morale contrôlée soient comparables à ceux auxquels le pouvoir adjudicateur aurait accès s'il avait eu recours à ses propres ressources. De ce fait, l'entité serait entièrement dédiée aux besoins des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent. Par conséquent, le 20% restant de son activité peut être exercé sur le marché.

Une fois que le contrat remplit les conditions établies, il ne sera pas soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence. Pour expliquer la logique du contrat de quasi-régie, des auteurs tels que Laurent Richer ont fait référence au principe de transparence et au principe de libre administration des personnes publiques. Ainsi, pour cet auteur dans un premier temps l'objectif des directives européennes était l'ouverture du marché interne, de ce fait, la concurrence avait une place primordiale et même d'autres objectifs tels que la lutte contre la corruption ou le bon usage des deniers publics avaient une place secondaire. Cependant, ajoute l'auteur, la nouvelle directive introduit un changement très important puisque «c'est la fin du tout concurrentiel», Actuellement des objectifs tels que la liberté du choix des personnes publiques se situent au même niveau du développement du marché, à savoir « 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).

Bien qu'il puisse y avoir une «relativisation» d'objectifs tels que l'ouverture à la concurrence, le contrat de quasi-régie est présenté comme une exception reposant

³² Code de la *commande publique*, article L2511-1, 3.

³³ Condition posée par l'article L2511-1, 2, du code de la commande publique.

sur des circonstances objectives, compte tenu de l'impossibilité d'instaurer un traitement préférentiel à partir d'un critère purement organique.

Conclusions

Tant en Colombie qu'en France l'ordre juridique admet la participation des personnes publiques aux différentes procédures de passation. Cependant, il est évident que le droit colombien va plus loin et accorde un traitement préférentiel à ces sujets de droit public, en leur permettant de conclure des contrats de manière directe sous le modèle du contrat interadministratif.

C'est la nature publique du cocontractant ce que permet la passation du contrat de manière directe en Colombie. De cette manière, sa conclusion est soumise à deux exigences: Dans un premier temps il est nécessaire l'existence d'une relation directe entre les obligations découlant du contrat et l'objet de l'entité chargée de l'exécution. D'autre part, que l'entité et le contrat visé ne se trouvent pas dans l'une des causes interdisant la passation des contrats interadministratifs, cette interdiction est établie afin de lutter contre les divers cas de corruptions, ces derniers sont très fréquents dans ce type de contrat.

Contrairement à Colombie, le droit français ne permet pas la conclusion directe des contrats dans les relations interadministratives, cette situation était possible avant, mais actuellement et grâce à l'influence du droit européen, les personnes publiques incarnent la notion d'opérateur économique, pourtant ils agissent sur le marché comme un autre personne privé. En France, seulement les circonstances objectives et dûment justifiées permettent d'exclure les règles de publicité et de mise en concurrence. De ce fait, il n'existe pas un fondement pour exclure ces règles dans les contrats entre personnes publiques.

Le contrat de quasi-régie ou contrat in house est l'un des cas permettant la passation de contrats de manière directe entre certaines personnes publiques, ce contrat présente une série d'exigences visant à ne pas affecter le marché et à concilier les principes de liberté d'organisation des personnes publiques et la libre concurrence.

En prenant en compte le cas français, il est possible de se demander si la passation directe des contrats interadministratifs garantit réellement que la concurrence sur le marché ne soit pas affectée, ou que la sélection objective du contractant n'est pas transgressée. Également, il pourrait se discuter le développement d'un concept d'opérateur économique en Colombie comme celui du droit européen, ceci afin d'améliorer l'égalité des candidats aux marchés publics et de renforcer la concurrence sur le marché.

Referencias

- 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., & Álvarez 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. Puissochet. 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>
- Cárdenas Caycedo, O. A. (2016). Aplicación de los principios de contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia. *Academia & Derecho*, 7(13), 265-308. Récupéré sur <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/130/187>
- 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.tplgfr2ls_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.fr/documentation/Document?id=R-FDA/CHRON/2015/0029&ctxt=0_YSR0MT1hIGNhbmRpZGF0dXJlIGQnd-W5lIGNvbGx1Y3Rpdml0w6kgdGVycml0b3JpYWxlIMOGIGwnYXR0cmliXRpb24gZCdlbiBjb250cmF0IGRIIGNvbW1hbmRlIHBIYmxpcXVlwdkJKG5UZ-Xh0ZTI
- De Grove-Valdeyron, N. (2017). La transposition du « in house » et de la « coopération public-public » : de nouvelles opportunités pour les collectivités publiques. Revista du marche commun et de l'Union Européenne, 524-533. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=R-MC/CHRON/2017/0424&ctxt=0_YSR0MT1MYSB0cmFuc3Bvc2l0aW9uIGRIIMKrlGluIGhvdXNIIMK7IGV0IGRIIGxhIMKrlGNvb3DDqXJhdGlvbiBwd-WJsaWMtcHVibGJlIMK7IDogZGUGbm91dmVsbGVzIG9wcG9ydHVuaXT-DqXPCp2Qk
- 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>
- 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/documentation/Document?id=AJCT/JURIS/2015/0192&ctxt=0_YSR0MT1hIENKVUUGcHLDqWNpc2UgK-MOPz2FsZW1lbnQpIGx1cyBjb25kaXRpb25zIGRIIGxhIGNhbmRpZGF0dXJlIGQndW5lIHBlcnNvbml0b3JpYWxlIMOGIHVzZSBwcm9jw6lk-dXJlIGRIIGI
- 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_YSR0MT1MZXMgY29udHJhdHMgZW50cmUgcGVyc29ubmVzIHBIYmxpcXVlcyA6IGFjdHVhbGl0w6kganVyaXNwcnVkaW50aWVsbG90LmF0cyBlbnRyZSBwZXJz-b25uZXMgcHVibGlxdWVzwqdkJG5UZXh0ZTI9NkIxMjFGQ0LCp3QkczA9R-jlBNjUzQTDCp3gkc2Y9cGFnZS1yZWNoZXJjaGU=&ct
- 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_YSR0MT1BY3R1YWxpdmOpIGRlcyBjb250cmF0cyBlbnRyZSBwZXJz-b25uZXMgcHVibGlxdWVzwqdkJG5UZXh0ZTI9NkIxMjFGQ0LCp3QkczA9R-jlBNjUzQTDCp3gkc2Y9cGFnZS1yZWNoZXJjaGU=&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_YSR0MT1MYSBub3Rpb24gZCdvcmOpcmF0ZXVvIMOpY29ub2lpcXVIIEFubiBMXYdyZW5jZcKnZCRuVGV4dGUyPTZCMTIxRkNCwqd0JHMwPUY5QTY1M0Ewwqd4JHNmPXBhZ2UtmVjaGVyY2hl&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_YSR0MT1MJ2ltcG9zc2liaWxpdmOpIGQnZXhjbHVyZSB1biBvcmdhbmllz-bWUgZGUgZHJvaXQgcHVibGljIEFubiBMXYdyZW5jZcKnZCRuVGV4dGUyPTZCMTIxRkNCwqd0JHMwPUY5QTY1M0Ewwqd4J
- 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_YSR0MT1Db250cmF0cyBlbnRyZSBwZXJz-b25uZXMgcHVibGlxdWVzIGV0IGRyY2I0IGR-

- IIGxhIGNvbmN1cnJlbnNlwqdkJG5UZXh0ZTI9NkIxMjFGQ0LCp3Qkc-zA9RjIBNjUzQTDCp3gkc2Y9cGFnZS1
- Flórez López, J. R. (2016). La política pública de educación en Colombia: gestión del personal docente y reformas educativas globales en el caso colombiano. *Academia & Derecho*, 7(13), 309-332. Recuperé sur <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/131/188>
- Guacaneme Pineda, R. E., & Avendaño Castro, W. R. (2015). El concepto de globalización en la jurisprudencia colombiana (2000-2014). Análisis jurisprudencial en tres cortes colombianas: Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado. *Academia & Derecho*, 6(11), 155-182.
- 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. Recuperé sur https://www.lexis360-fr.ressources.univ-poitiers.fr/Document/marche_public_les_relations_in_house_a_laune_des_nouvelles_directives_europeennes_etude/6rCBZiQ91XpF71t_yk7_o0QRY7H-Vn2tNiKisSLdZFE1?data=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_/NGcMIRU9W3S0eUzkeQfaWvCFTneFr5g7T4Cybh6SEKs1?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/10.1787/9789264264244-en>

- 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. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=AJDA/JURIS/2009/0809&ctxt=0_YSR0MT1VbiBkw6lwYXJ0ZW11-bnQgcGV1dCBzZSBwb3J0ZXIgcY2FuZGkYXQgw6AgdW4gbWFyY2jDqSBxd-WkgydleMOPy3V0ZSBob3JzIGRIIHNVbiB0ZXJyaXRvaXJlWqdkJG5UZxh0ZTI9NkIxMjF
- Richer, L. (2015). La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014. Contrats et marchés publics No. (2)(2). Récupéré 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. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=AJCT/CHRON/2015/0115&ctxt=0_YSR0MT1MJ2ludMOpcOqdCBwd-WJsaWMgbG9jYWwgOiB1bmUgcHLDqWNpc2lvbiB1dGlsZSBwb3VyI-GwnYWNjw6hzIGRlcyBjb2xsZWN0aXZpdMOpcyB0ZXJyaXRvcmlhbGVzI-MOgIGxhwqdkJG5UZxh
- 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. Récupéré 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). Récupéré 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). Récupéré sur <http://www.consejodeestado.gov.co/búsquedas/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). Récupéré 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). Récupéré 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). Récupéré 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). Récupéré 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° 35563. Récupéré sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT00029998350&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>
- Troncoso Mojica, J. A. (2015). El precedente judicial y el principio de legalidad penal en la contratación pública colombiana. *Academia & Derecho*, 6(10), 91-118.

Validez del secreto profesional médico en los elementos probatorios dentro del proceso penal*

Validity of the medical professional secret in the probatory elements within the criminal process

Recibido: Julio 25 de 2019 - Evaluado: Octubre 11 de 2019 - Aceptado: Noviembre 20 de 2019

Franklyn Fajardo Sandoval**
William Arley Rengifo Varona***
Sebastian Portilla Parra****

Para citar este artículo / To cite this article

Fajardo Sandoval, F. F., Rengifo Varona, W. A., & Portilla Parra, S. (2020). Validez del secreto profesional médico en los elementos probatorios dentro del proceso penal. *Revista Academia & Derecho*, 11(20), 49-88.

* Artículo de investigación inédito, resultado de la labor investigativa por parte de los autores dentro del grupo de investigación “Derecho Médico, Derechos Humanos y Bioética” de la Universidad del Cauca, en el marco del proyecto de investigación “*EL SECRETO PROFESIONAL. Análisis desde el derecho procesal y las garantías constitucionales*”, con ID 4700 en la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad del Cauca, con el apoyo del semillero de investigación “*Observatorio de bioética, bioderecho y derechos humanos*” y el apoyo de la estudiante-semillero Carolina Vallejo.

** Abogado de la Universidad del Cauca. Docente Investigador del Departamento de Derecho Penal de la misma *alma mater*. Doctor (e) en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1478-5497>. Correo electrónico: fajardofs@unicauca.edu.co.

*** Abogado de la Universidad del Cauca. Docente del Departamento de Derecho Penal de la misma *alma mater*. Magister en justicia y tutela de los derechos con énfasis en ciencias penales y criminológicas, Universidad Externado de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4905-4598>. Correo electrónico: williamrengifo.warv@gmail.com.

**** Egresado en Derecho de la Universidad del Cauca. Estudiante extranjero Universidad Carlos III de Madrid. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4865-3898>. Correo electrónico: Sebasspor@unicauca.edu.co.

Resumen: El secreto profesional médico, por regla general, tiene vigencia y validez como una obligación en cabeza del galeno, protegiendo la intimidad y confidencialidad que rodea la relación sanitaria, por lo cual, es el paciente el único con la capacidad de renunciar al mismo, inclusive dentro de proceso penal.

Sin embargo, también se encuentran excepciones a su vigencia, que deben ser evaluadas a la luz de una interpretación sistémica y teológica del ordenamiento jurídico colombiano, para tener bases suficientes al momento de defender los derechos fundamentales del paciente procesado, sin embargo, es escasa la información referente a la vinculación del secreto en contextos diferentes al ámbito sanitario.

Así las cosas, el presente tiene como objetivo general delimitar de manera sucinta y suficiente las consecuencias y características del secreto profesional médico dentro del proceso penal, con especial énfasis en cuando se obtienen elementos materiales probatorios en su perjuicio, permitiendo que surja la contraposición del deber general de colaborar con la buena administración de justicia frente a la confidencialidad-privacidad que ampara. Se aborda su estudio a través del análisis de literatura relevante a nivel nacional, para establecer un estado del arte que permita conocer la situación ontológica y deontológica del aspecto bajo estudio.

En suma, no existe claridad sobre la extensión de esta figura en el caso de personal sanitario considerado no profesional, mucho menos cuando se le cita a proceso penal, sobre lo cual la literatura científica es nimia, y abre las puertas para que la resolución jurídica en este tipo de casos responda a la discrecionalidad del operador judicial, junto a la incertidumbre del personal sanitario, tanto en el juicio penal como en el ejercicio de sus labores, frente a lo cual, el presente se propone brindar luces.

Palabras clave: Cláusula de Exclusión - Deber - Derechos fundamentales – Interpretación teleológica - Secreto médico - Prueba ilícita – Proceso penal – Personal Sanitario.

Abstract: The medical professional secret, as a rule, has validity as an obligation in the head of the doctor, protecting the privacy and confidentiality that surrounds the health relationship, therefore, the patient is the only one with the ability to give it up, including within criminal proceedings.

However, they are also determined to be valid, which must be evaluated in the light of a systemic and theological interpretation of the Colombian legal system, to have bases affected when defending the fundamental rights of the processed patient, however, the information regarding the linking of secrecy in different contexts to the health field.

Thus, the present objective is to define in a succinct and sufficient way the consequences and characteristics of medical professional secrecy within the criminal process, with special emphasis on when material evidence is found in its damage, that the contraposition of the general duty arises to collaborate with the good administration of justice against the confidentiality-privacy that it protects. His study is approached through the analysis of relevant literature at the national level, to establish a state of art that allows to know the ontological and deontological situation of the aspect under study.

In sum, there is no clarity about the extension of this figure in the case of health personnel considered non-professional, much less when they are cited a criminal proceeding, about what the scientific literature is scarce, and opens the doors for the legal resolution. In this type of case, it responds to the discretion of the judicial operator, together with the uncertainty of the health personnel, both in the criminal trial and in the exercise of its laboratories, in the face of which, the present proposes to provide lights.

Key words: Exclusion Clause - Duty - Fundamental Rights – Teleological interpretation - Medical Professional Secrecy - Illicit competition - Criminal Proceedings – health staff

Resumo: O segredo do profissional médico, por via de regra, tem validade como obrigação na cabeça do médico, protegendo a privacidade e a confidencialidade que envolvem a relação de saúde, portanto, o paciente é o único com capacidade de desistir, inclusive dentro procedimentos criminais.

No entanto, eles também são determinados como válidos, que devem ser avaliados à luz de uma interpretação sistêmica e teológica do sistema jurídico colombiano, para ter bases afetadas na defesa dos direitos fundamentais do paciente processado; no entanto, as informações relativas à vinculação sigilo em diferentes contextos para o campo da saúde.

Assim, o presente objetivo é definir de maneira sucinta e suficiente as conseqüências e características do sigilo profissional médico no processo criminal, com ênfase especial quando evidências materiais são encontradas em seus danos, que a contraposição do dever geral surge para colaborar com a boa administração da justiça contra a confidencialidade-privacidade que ela protege. Seu estudo é abordado através da análise de literatura relevante em nível nacional, para estabelecer um estado da arte que permita conhecer a situação ontológica e deontológica do aspecto em estudo.

Em suma, não há clareza sobre a extensão desse número no caso de pessoal de saúde considerado não profissional, muito menos quando são citados processos criminais, sobre o que a literatura científica é escassa e abre as portas para a resolução legal nesse tipo de caso, responde à discricção do operador judicial, juntamente com a incerteza do pessoal de saúde, tanto no julgamento criminal quanto no exercício de seus laboratórios, em face do qual, o presente se propõe fornecer luzes.

Palavras-chave: Cláusula de exclusão - Dever - Direitos fundamentais - Interpretação teleológica - Segredo médico - Evidência ilegal - Processo penal - Pessoal de saúde.

Résumé : Le secret professionnel médical, en règle générale, a la validité d'une obligation dans la tête du médecin, protégeant la vie privée et la confidentialité qui entoure la relation de santé, par conséquent, le patient est le seul à pouvoir l'abandonner, y compris dans procédure pénale.

Cependant, ils sont également jugés valables, qui doivent être évalués à la lumière d'une interprétation systémique et théologique du système juridique colombien, pour avoir des bases affectées lors de la défense des droits fondamentaux du patient traité, cependant, les informations concernant le lien du secret dans différents contextes au domaine de la santé.

Ainsi, l'objectif actuel est de définir de manière succincte et suffisante les conséquences et les caractéristiques du secret professionnel médical dans le cadre de la procédure pénale, en mettant particulièrement l'accent sur le moment où des preuves matérielles se trouvent dans son préjudice, que la contravention à l'obligation générale naît de collaborer avec la bonne administration de la justice contre la confidentialité-vie privée qu'elle protège. Son étude est abordée à travers l'analyse de la littérature pertinente au niveau national, pour établir un état de l'art qui permet de connaître la situation ontologique et déontologique de l'aspect étudié.

En somme, il n'y a pas de clarté sur l'extension de ce chiffre dans le cas des personnels de santé considérés comme non professionnels, encore moins lorsqu'ils sont cités dans une procédure pénale, sur ce que la littérature scientifique est rare, et ouvre les portes de la résolution juridique. Dans ce type de cas, il répond à la discrétion de l'opérateur judiciaire, ainsi qu'à l'incertitude du personnel de santé, tant dans le procès pénal que dans l'exercice de ses laboratoires, face auxquels, le présent propose de fournir des éclairages.

Mots-clés: Clause d'exclusion - Obligation - Droits fondamentaux - Interprétation téléologique - Secret médical - Preuve illégale - Procédure pénale - Personnel de santé.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Plan de redacción. - 1. Obligación de personal sanitario de colaborar con la administración de justicia en el proceso penal. 2. Obligación de personal sanitario, en relación al secreto médico y el proceso penal. 3. Caso de los auxiliares de enfermería, y labores similares. a. Caso especial de los estudiantes de medicina. 4. Aplicación del secreto médico dentro del proceso penal. 5. Medios de prueba obtenidos en perjuicio del secreto médico. 6. Excepciones a la prevalencia del secreto en el proceso penal colombiano. Conclusiones. Referencias

Introducción

El secreto profesional médico (sigilo/secreto médico, de ahora en adelante) tuvo su nacimiento en la antigua Grecia con Hipócrates y el juramento hipocrático, que desde antaño ha guiado la actuación ética de los profesionales de la salud, y, como reseña Patiño Restrepo (2005, pág. 63), refiere que "Todo lo que viere o escuchare en el ejercicio de mi profesión, o fuera de ésta, en relación con la vida de los hombres, si ello no debe ser divulgado jamás, lo mantendré en silencio, teniendo tales cosas por secretas".

El sigilo, en su condición de deber para el galeno y derecho del paciente (Sentencia C-062, 1998), acarrea amplias consecuencias en los diferentes niveles y esferas de la relación médico-paciente, se presenta como el prisma que sostiene la confianza entre ambas partes, y cimienta la seguridad de salvaguarda y respeto al fuero íntimo del sujeto pasivo frente a un tercero quien le atiende en sus necesidades

sanitarias, y, por otro lado, permite el idóneo y transparente ejercicio de la profesión para el galeno.

En el ordenamiento jurídico colombiano, esta figura se desarrolló a partir de 1981 (Ley 23, 1981), y posteriormente se consagró a manera de enunciado formal en diferentes códigos deontológicos¹ de profesiones sanitarias, que se han desarrollado en virtud del artículo 74 constitucional (Constitución Política de Colombia, 1991) que consagra esta figura en calidad inviolable, y las únicas causas legítimas para omitir su cumplimiento se plasmaron en el artículo 38 de citada ley (Ley 23, 1981).

A pesar de no existir una definición clara y coetánea a nivel legislativo, el texto acude a la doctrina e interpreta el secreto médico como Sebastián Portilla Parra;

El derecho fundamental, por conexidad, que obliga al profesional de la salud a salvaguardar del conocimiento de terceros toda información del paciente, o relacionada, que llegase a adquirir en razón a su profesión, independientemente de la fuente que haya emanado, obligándose hasta después de la muerte del paciente, o finalización de la relación sanitaria, como señala el juramento hipocrático. (Portilla Parra, 2019, pág. 363).

El ordenamiento jurídico colombiano, como consecuencia de la escasa regulación que ha recibido el secreto médico, da cabida a diferentes interpretaciones y recepciones en su aplicación y figura, generando una zona gris y nebulosa alrededor del tema, que llega al punto de que muchos profesiones de la medicina, e incluso abogados en ejercicio, desconocen su objetivo y cimientos básicos, en beneficio de vacíos e interpretaciones disímiles en relación con su validez, contenido y aplicación tanto en casos generales como excepcionales (Fajardo, 2012), cuando el sigilo se dirige de manera principal a proteger el “yo individual” del paciente frente a la injerencia arbitraria de terceros (Sentencia C-264, 1996).

Citada protección se ve menoscabada de manera directa por la confusión que suscita la aplicación de la figura, en contravía de los derechos que penden de su respeto, y en esta línea, los profesionales de la salud y del derecho deben comprender que la obligación no radica exclusivamente en cabeza del galeno, sino en todo el personal sanitario, respecto a la información que llegasen a conocer del paciente, o relacionada, que no puede ser comunicada a terceros (Sentencia Casación 3006, 2015).

¹ Véase; Ley 23 de 1981 (Ley de ética médica); Ley 911 de 2004 (Ley de ética en la profesión de enfermería); Ley 528 de 1999 (Ley de ética en la profesión de enfermería); Ley 35 de 1985 (Ley Sobre ética del odontólogo); entre otros.

En esta línea, el presente considera como personal sanitario a toda persona que labora dentro de un centro asistencial, consultorio médico o recintos afines, que, en razón a sus labores, tiene la posibilidad de acceder o conocer información del paciente, sin importar su calidad de profesional o no, pues la característica sustancial es la prestación de un servicio personalísimo, donde interviene la confianza e intimidad del paciente con este grupo (Fajardo, 2012), que se configura como su característica esencial.

La obligación del secreto médico es extensiva tanto a profesionales, técnicos y auxiliares de la salud, y aunque en razón a la extensión del texto no es posible profundizar en todos los casos, es pertinente estudiar lo referente a los auxiliares de enfermería, junto a una breve reseña sobre los estudiantes de medicina, con el objetivo de dilucidar el deber ser respecto a la validez de la figura en comento en ese tipo de casos, y la protección de la información y datos del paciente, claro está, a la luz del servicio sanitario y el proceso penal.

La fragilidad en la validez del secreto médico se refleja también en el proceso penal, específicamente cuando una parte pretende que el juez decrete o acepte el ingreso al proceso de una prueba en perjuicio de esta figura, momento en el cual entran en colisión dos deberes del personal sanitario, por un lado, su obligación como particulares de rendir testimonio, denunciar actos típicos, etc., y, por otro, el de resguardar el sigilo a favor del paciente, por tanto, ante el escaso desarrollo del tópico, nacen los cimientos del presente trabajo.

El proceso penal en Colombia responde a un formato acusatorio, que emanó de Grecia, continuo en la época de apogeo de Roma y en el derecho germánico, para resurgir en tiempos actuales con el esplendor de las ciudades italianas (Cadena Lozano & Herrera Calderón, 2006), con unas características de índole garantista en beneficio del indiciado², otorgando prevalencia sustancial a los derechos del debido proceso, defensa, juez natural, celeridad, entre otros derechos y principios (Benavides Vanegas, 2016).

Lo anterior, constituye uno de los cimientos básicos de los Estados democráticos actuales, les exhorta a desarrollar normas sustanciales y procesales con mayores garantías (Ferrajoli, 2006), para que el procesado pueda acudir a todas las herramientas de defensa, y su juicio respete postulados constitucionales, convencionales y legales, conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

² Denominación que muta dependiendo de la etapa en la que se encuentre el proceso penal, pero para el presente se adoptara la denominación “indiciado” o “procesado”.

En relación con el proceso penal colombiano, diferentes autores han deprecado una amplia y detallada literatura sobre el mismo (Urbano Martínez, 2013), donde para el caso bajo estudio puede destacarse Saray Botero (2017, pág. 9), quien señala que dentro del proceso penal se acentúa la garantía de los derechos fundamentales del inculpado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia.

En relación al sigilo en el proceso penal, el ingreso de elementos probatorios que revelen información del paciente tutelada por el secreto generalmente es declarada ilícita cuando proviene del médico (Sentencia Casación 3006, 2015), excepto si es el paciente quien solicita su incorporación al proceso, pues es el titular del derecho disponible, sin embargo, cuando quien revela la información es un auxiliar de las ciencias médicas la situación toma mayor complejidad, porque el ordenamiento jurídico colombiano no les considera profesionales, por ende, *prima facie* no deben respetar el sigilo, así, la legislación colombiana omite que el personal sanitario también tiene acceso a información privilegiada del paciente.

Otra resolución posible, que responde a la tesis principal del escrito, es la exclusión de toda prueba que se pretenda hacer valer dentro de proceso penal en perjuicio del secreto médico, bajo el entendido que debe ser respetado por la integralidad de miembros de la comunidad sanitaria, pues el paciente no responde o brinda información solo al profesional de la salud, todo lo contrario, debe acceder a los requerimientos y/o solicitudes de aquella, por ende, desde una interpretación teleológica, la manera idónea de salvaguardar el fuero interno del paciente es extender la vinculatoriedad de resguardar el sigilo a toda la comunidad sanitaria dentro del proceso penal.

Lo anterior, en beneficio de los derechos fundamentales que ampara el sigilo, junto al debido proceso, que representa el compendio de garantías que sujetan las actuaciones de las autoridades para proteger los derechos e intereses de las personas (Sentencia C-248, 2013), y debe ser respetado en todo contexto (Sentencia C-463, 2014), por ende, la prueba que sea obtenida en perjuicio del debido proceso (en afronta de sigilo), se considera ilícita y es nula de pleno derecho (Sentencia T-906, 2008), por tanto, su estudio se debe omitir dentro del proceso penal en virtud de la cláusula de exclusión (Ley 599, 2000).

La cláusula de exclusión otorga la facultad al juzgador de omitir el estudio de un medio probatorio que vulnere de manera ostensible los derechos del procesado, en profundidad, es un juicio de ponderación que tiene como protagonistas el respeto de los derechos fundamentales del procesado ante el eficaz ejercicio de la acción penal, donde obtiene un valor primigenio el primer factor, en beneficio del debido proceso y garantías judiciales del procesado (Sanabria Villamizar, 2014), ya que transgrede

sus derechos, o supera las cargas que el mismo debiere soportar durante el proceso, en palabras de la Corte Constitucional, la figura en comento tiene como finalidad;

Disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso (...) garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cubija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita. (Sentencia SU-159, 2002)

En ese contexto, la investigación analiza el secreto médico como obligación de toda la comunidad sanitaria, y sus implicaciones en el proceso penal con relación al debido proceso, derecho de defensa y prueba ilícita, con énfasis en la prueba que se obtiene a través de la vulneración del sigilo, la cual debe ser omitida dentro del proceso a partir de la cláusula de exclusión. Lo anterior, infortunada no encuentra un desarrollo idóneo en el ordenamiento jurídico colombiano, a pesar de ser un debate de relevancia constitucional (Saray Botero, 2017), que involucra su desarrollo con la dignidad, autonomía, intimidad, buena administración de justicia, entre otros, por ende, exhorta a su protección y validez, que puede materializarse a través de la cláusula de exclusión (Muñoz López, 2015).

Problema de investigación

¿Es valida la exclusión de elementos probatorios obtenidos en detrimento del secreto profesional médico en un proceso penal, inclusive, diferenciando cuando su revelación la hace el galeno o auxiliar de enfermería?

Metodología

El artículo de investigación responde a una metodología de tipo cualitativo, con enfoque descriptivo, a través del análisis de literatura relevante, realizando una exploración del tema central a través de la técnica documental bibliográfica y el estudio de casos referentes al universo de investigación, con el objetivo de determinar sus componentes y llegar a describir las relaciones entre los mismos para crear un estado del arte sobre el problema de investigación, y así, comprobar la asociación entre variables de manera lógica y ordenada (Quivy, 2006), para en una fase posterior, decodificar y categorizar la información mediante el Software Atlas.Ti que nos permita finalizar con la obtención de resultados y conclusiones.

Ello, con los objetivos de, en primer lugar, demostrar que el secreto médico tiene plena vigencia en todos los integrantes del personal sanitario, por ende, quien atiende al paciente en el ámbito sanitario debe respetar esta figura. Por otro lado, esta obligación se hace extensiva a todo proceso penal, donde la prueba obtenida en su detrimento debe ser excluida. Por último, que los estudios y desarrollos sobre el tema resultan exiguos, razón por la cual, su estudio debe ser abordado de manera más profunda por la doctrina y jurisprudencia.

Esquema de resolución de problema de investigación

El presente, en un primer momento, aborda las obligaciones del personal sanitario como particulares, en relación al proceso penal, para continuar con el estudio de las obligaciones del mismo personal a título de profesionales, en relación al secreto médico y el proceso penal. En ese contexto, aterriza al caso de los auxiliares de enfermería y labores similares, para continuar con un estudio superficial del caso de los estudiantes de medicina. En un cuarto momento, analiza la aplicación del secreto en el proceso penal, para continuar con el debido proceder frente a los medios de prueba obtenidos en perjuicio del secreto, y posteriormente reconocer la existencia de excepciones a la regla de prevalencia del secreto médico frente al deber de colaborar con la administración de justicia en el proceso penal, así las cosas, finaliza expresando las conclusiones.

1. Obligación del personal sanitario de colaborar con la administración de justicia en el proceso penal

El presente acápite expone la obligación de todo individuo al interior del Estado colombiano de colaborar con la justicia, como principio-deber ampliamente decantado por la Corte Constitucional (Sentencia C-086, 2016) que rige por regla general, con determinadas excepciones. Entonces, *prima facie*, es dable deducir que al personal sanitario le es aplicable este deber, donde podría colisionar con el sigilo, razón que motiva su estudio.

El principio-deber de colaborar con la administración de justicia se desarrolla en una plataforma multinivel, con una dimensión jurídica y otra moral (Sentencia C-442, 2002) para toda persona sujeta a la jurisdicción del Estado colombiano, con fundamento en el artículo 95, numeral 7° superior (Constitución Política de Colombia, 1991), que si bien es una obligación de medio (Sentencia C-442, 2002), debe ser asumida con la mayor diligencia y probidad por el particular.

Este mandato exhorta de manera imperativa a todo individuo a coadyuvar, de manera directa o indirecta, con la administración de justicia cuando se le requiera por los funcionarios o empleados judiciales en cualquier proceso (Sentencia C-459, 2004), otorgar documentos, información, datos o demás que el sistema judicial requiera, y el individuo tenga en su poder, a menos que sea sujeto de reserva o le ocasione un perjuicio grave (Sentencia C-776, 2001), al respecto, las obligaciones que de él nacen responden a un extenso número, de imposible estudio en el presente, por ende, las líneas siguiente se limitan al análisis del deber de; 1) denunciar todo hecho típico del que se tenga conocimiento, y, 2) rendir testimonio cuando se le requiera.

El Código de Procedimiento Penal (C.P.P., de ahora en adelante) en su artículo 67 (Ley 906, 2004) establece la responsabilidad de toda persona referente a denunciar los delitos de los que tenga conocimiento, en consonancia al artículo 441 del código penal (Ley 599, 2000), que tipifica la omisión de denuncia, en razón a su carácter de carga pública (Sentencia C-067, 1996), consecuencia directa del principio de solidaridad consagrado en el artículo 92 superior (Constitución Política de Colombia, 1991). Así las cosas, el deber de denuncia responde a un mandato de interés general, para el mantenimiento del statu quo y la expectativa social legítima de que los procesos judiciales se surtan oportunamente (Sentencia C-652, 1997).

El mismo C.P.P., en su art. 68 (Ley 906, 2004), consagra una serie de excepciones al deber reseñado, donde incluye el caso del secreto profesional, luego entonces, el galeno no se encuentra obligado a denunciar, en razón al compromiso de sigilo adquirido con su paciente. Sin embargo, nace la duda respecto a los miembros de la comunidad sanitaria que no cuentan con el rotulo de profesionales, como los auxiliares de enfermería, quienes, a partir de una interpretación literal, no se encontrarían vinculados a preservar el secreto, por ende, a partir de lo dicho, es dable deducir que en ellos prevalece la obligación de denuncia.

Por su parte, la obligación de rendir testimonio responde al principio de igualdad de cargas entre los asociados, que debe cumplir toda persona que sea citada a una actuación procesal (Sentencia C-118, 2006), y en caso de faltar a la verdad, u omitir información, se configuraría el tipo penal de falso testimonio, dado que todo lo manifestado por el testigo se presume verdadero (Sentencia C-616, 1997).

Para el cumplimiento de mencionado deber, el juez tiene la potestad de expedir a la Policía, o cualquier otra autoridad, orden para la aprehensión y conducción del testigo a la sede de la audiencia, y en caso de ser llevado ante su despacho y manifestar renuencia a declarar, podrá ordenar su arresto hasta por veinticuatro (24) horas, que en caso de finalizar y continuar en la misma posición, permite que el juez

le inicie proceso por tal actuación, conforme al artículo 384 (Ley 906, 2004), con el objetivo de velar por la buena administración de justicia, aunado a la igualdad de cargas, debido proceso y acceso a la administración de justicia, que recaen en interés general (Cortés Albornoz, 2015).

El artículo 385 (Ley 906, 2004) expone las excepciones a esta obligación, que consagra en su literal b) y c) lo referente al secreto médico, que no puede ser violentado, sin embargo, al igual que en el deber de declarar, la excepción se limite al médico tratante, en perjuicio de la información que han conocido los auxiliares o miembros no profesionales del personal sanitario.

En conclusión, se constata la existencia y vigencia de la obligación de todo individuo para colaborar con la buena administración de justicia, en especial el deber de denunciar los hechos típicos de los que se tenga conocimiento y concurrir/ declarar bajo la gravedad de juramento en el proceso penal que lo requiera, sin embargo, en ambos casos el legislador consagró excepción en beneficio del secreto médico, concretamente, a favor del médico tratante, omitiendo el caso de los demás miembros de la comunidad sanitaria que atienden al paciente con acceso directo a información privilegiada, punto donde el ordenamiento jurídico colombiano es ambiguo, y permite que este caso entre en un limbo, en razón a que, *prima facie*, no estarían obligados a respetar el sigilo, sin embargo, ello acarrea la vulneración de los derechos que ampara pluricitada institución.

2. Obligación del personal sanitario, en relación al secreto médico y el proceso penal.

A continuación, se estudian las obligaciones particulares en cabeza de los miembros del personal sanitario en relación al secreto médico al interior del proceso penal, en contraposición a la obligación general reseñada de rendir testimonio y denunciar los hechos punibles de los que tengan conocimiento, sin olvidar que citada figura obliga en primera instancia a quienes son considerados profesionales, excluyendo, a partir de una interpretación literal de la Ley 23 de 1981 (Ley 23, 1981) a los auxiliares, técnicos o intervinientes no profesionales como los estudiantes de medicina.

El secreto médico se presenta como un derecho fundamental en conexidad que debe ser respetado por todo profesional de la medicina (Fajardo, 2012), salvaguardando toda información del paciente, o relacionada, de la cual llegare a tener conocimiento, pues este último, en situación de vulnerabilidad por la incertidumbre respecto a su salud, se ve en la obligación de compartir información íntima, que debe ser leal y verdadera (Ablanedo Suárez, 2015).

El personal sanitario, al tutelar derechos como la dignidad humana, salud individual y pública de los individuos (De las Herras, 2005), ejerce una actividad de mayor interés social (Iglesias Díez, 2017), que se ve representada en la expectativa social e individual que cada persona deposita en su ejercicio, concatenada a la confidencialidad que permea la relación sanitaria (Herring, 2018) de manera necesaria para el desarrollo idóneo de sus labores. En esta línea, el secreto médico cumple una función primigenia en dicha relación al actuar como base de citada confianza e intimidad, encargado de tutelar todo tipo de comunicación e información (Auto Interlocutorio 642, 2017), que de ser inobservado tiene la capacidad de afectar las condiciones necesarias para el adecuado ejercicio de las labores médicas (Iglesias Díez, 2017), causando un perjuicio social, en palabras de la Corte Constitucional;

“En el secreto profesional descansa parte muy importante de la confianza que debe surgir y permanecer entre el profesional y su cliente a propósito de los asuntos objeto de su relación. Mal se podría asegurar el éxito de la gestión confiada a aquél si los temores de quien requiere sus servicios le impiden conocer en su integridad los pormenores de la situación en que se ocupa”. (Sentencia T-151, 1996)

En consonancia a la “moralidad de rol”, entendida como la actitud o desplegar que la sociedad espera de una profesión o papel público (Markovits, 2011), en este caso de la comunidad sanitaria, un amplio porcentaje social pretende una prestación profesional y confidencial del servicio, así no todo el personal sea considerado legalmente como tal (Fajardo, 2012), aunado a las obligaciones éticas, legales y morales que se les impone, en aras de una construcción positiva en la percepción social sobre la actividad desarrollada, que se encuentra como necesaria en el campo médico, donde claramente el paciente no desplegaría una conversación transparente respecto a su intimidad y necesidades de salud si pensare que la información brindada al personal sanitario será pública.

A partir de lo anterior, se refleja una de las mayores salvaguardas que el Estado y todo miembro del personal sanitario debe garantizar a derechos fundamentales del paciente como la intimidad, autonomía, privacidad, honra, dignidad, entre otros, que encuentran asidero en la parte más personal y propia del individuo (Fernández Muñoz, 2015), por tanto, la información protegida por el sigilo no puede ser exteriorizada, a menos de encontrar fundamento en el consentimiento del paciente, motivos legales o jurisprudenciales.

En este punto, toma especial relevancia el principio-derecho a la intimidad personal, definida por Romeo Casabona (Romeo Casabona, 2002) como las manifestaciones de la personalidad individual (o familiar) cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular o sobre las que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros, que constituye base fundamental de

la relación sanitaria, en cabeza de toda persona que acude a servicios médico (biomédicos, dado el caso) (Rendtorff, 2002), a través de un desarrollo cercano a la autonomía del paciente, que corresponde a su fuero interno al momento de exteriorizar información con el personal sanitario, razón por la cual la intimidad y autonomía deben ser respetadas de manera coetánea en la generalidad de casos (Valdés, 2011).

En virtud de lo anterior radica el nacimiento de las excepciones a las obligaciones consagradas en el acápite previo a través del sigilo, en beneficio de la relación de confianza e intimidad que debe existir en la relación sanitaria, a partir de una función de doble nacimiento, en primer momento, un derecho del paciente que puede ser invocado por él en cualquier caso, y también, el profesional puede alegarlo válidamente ante la autoridad o contexto que requiera o exija su revelación, con determinados límites.

En relación al proceso penal, como se dijo en precedencia, el secreto médico permite que el galeno no sea obligado a denunciar un ilícito del que tenga conocimiento en razón de su profesión o testifique en proceso penal sobre hechos ilícitos del que tiene conocimiento por la misma razón, no obstante, se extraña por parte del ordenamiento jurídico una norma o manifestación específica referente al carácter enunciativo o taxativo de las excepciones consagradas en los artículos 68 y 385 (Ley 906, 2004) para dicha obligación, puesto que, en caso de tener un rotulo taxativo, sería aceptable deducir que el sigilo se predica exclusivamente del galeno y profesiones enunciadas, excluyendo de manera injustificada a los demás miembros de la comunidad sanitaria, como psicólogos, odontólogos, enfermeros, auxiliares de enfermería, instrumentadores quirúrgicos, estudiantes de medicina, entre otros.

Aplicar la solución reseñada, a partir de una interpretación teleológica, posee la potencialidad de vulnerar el fuero interno del paciente, función última del secreto, pues la información privilegiada del paciente sería dejada en el limbo en caso de los miembros del personal sanitario diferentes al galeno, en perjuicio indirecto de derechos fundamentales que dependen de la valía del sigilo, y, en esta línea, la excepción consagrada en el C.P.P. respecto a la obligación de declarar en proceso penal y denunciar ilícito del que tenga conocimiento excluiría por su naturaleza a un amplio porcentaje de la comunidad sanitaria.

Es necesario incluir a todos los miembros del personal sanitario dentro de las labores obligadas a partir del secreto médico, las personas que tienen acceso a información del paciente dentro de la relación sanitaria responde a un número amplio, que no se reduce exclusivamente al galeno, y su carácter principal es proteger información privilegiada en labores ligadas a servicios personalísimos (Sentencia

C-301, 2012), como el caso de psicólogos, odontólogos, auxiliares de enfermería, instrumentadores quirúrgicos, estudiantes de medicina, etc. por ende, es permitido e ineludible ampliar el radio de acción y vinculatoriedad de la figura bajo estudio para todos los miembros del personal sanitario, superando lo establecido hasta el momento.

De ello surge la cuestión inmediata respecto a si el personal sanitario de un centro asistencial puede esgrimir o alegar válidamente el secreto a favor del paciente en caso de ser citado a proceso penal para declarar sobre un aspecto o hecho que ha conocido con ocasión de sus labores, excluyendo de ello al galeno, de quien, a partir del estudio precedente, resulta claro que su obligación principal responde a preservar el secreto médico.

Para iniciar, es pertinente estudiar el caso de las profesiones diferentes al médico tratante, como puede ser psicólogo, odontólogo y demás. Al respecto, es válido recordar que el secreto médico se hace extensivo a todo tipo de profesión con carácter personalísimo (Sentencia C-301, 2012), y aunque no existe una definición o enunciación expresa de las actividades de esta categoría en el ordenamiento jurídico colombiano, esta se deriva del derecho a la intimidad que permite exigir el respeto de su fuero interno, como resguardo de sus posesiones privadas, gustos, conductas y actitudes personalísimas que el individuo no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente intromisiones externas (Sentencia T-552, 1997), entonces, el carácter de personalísimo de una profesión se presume de aquellas que requieren injerencia en un espectro de la esfera privada del individuo (Sentencia T-708, 2008), lo cual responde a la situación fáctica de toda profesión sanitaria, que tiene acceso a historia clínica, datos personales, y demás del paciente, como condición *sine qua non* para la buena prestación del servicio de salud.

La obligación de salvaguardar el secreto trasciende a profesionales diferentes a los médicos, en casos como odontólogos, especialistas, fisioterapeutas, o cualquier otra profesión en las ciencias de la salud, en razón al carácter de servicios personalísimos y confianza de estas profesiones, es decir, las excepciones preceptuadas responden a una categoría enunciativa, de *numerus apertus* y no *clausus*, en beneficio de la protección del secreto por parte de todo profesional sanitario, que debe abstenerse de declarar en proceso judicial o denunciar actos típicos de su cliente, o, en caso contrario, dicho elemento probatorio puede ser desconocido a partir de la cláusula de exclusión, o la denuncia ilegal. En conclusión, la obligación de salvaguardar el secreto médico se hace extensiva a la integridad de profesiones sanitarias.

En respuesta a labores no profesionales, como el caso de los auxiliares de enfermería, estudiantes de medicina, entre otros, que no pueden ser considerados

profesionales, e inclusive se podría alegar contradicción semántica con el secreto profesional, se aborda a continuación, en razón a su especialidad y controversia.

3. Caso de los auxiliares de enfermería, y labores similares

El ordenamiento jurídico colombiano le impone la obligación al profesional de la salud de velar porque sus auxiliares guarden el secreto médico (Ley 23, 1981), no obstante, deja en claro que no es responsabilidad del galeno la violación que aquellos hagan de esta institución (Decreto Reglamentario 3380, 1981), sin brindar mayor información sobre el tema en específico, pues, si bien el secreto pareciera limitarse a los profesionales, existen aspectos teleológicos que son contrariados en caso de ser revelado el secreto por los auxiliares. Con fundamento en lo anterior, se procede a estudiar el caso del auxiliar de enfermería, que no cuenta con una consideración de profesional, pero tiene acceso a un amplio universo de información y datos del paciente en el servicio sanitario.

El decreto 3616 de 2005, en su artículo 3° (Decreto 3616, 2005), aborda a los auxiliares sanitarios³ como una educación no formal, excluyéndoles de un título profesional, en otras palabras, no son considerados profesionales dentro del ordenamiento jurídico colombiano, por ende, desde un ámbito semántico y práctico, es válido el nacimiento de interrogantes relativos a la vigencia, o no, del secreto profesional médico en estas labores, a pesar de que en su ejercicio pueden obtener datos personales del usuario provenientes de su historia clínica (Fernández lamelas, Álvarez Rodríguez, Ramiro Fernández, & Martínez de Santiago, 2008), permitiendo que, en este caso, la vigencia del secreto médico entre a una zona gris o de penumbras.

Es permitido recordar que el principal objeto y finalidad del secreto médico reside en el respeto y salvaguarda de la intimidad, privacidad, autonomía y dignidad del paciente (Ablanado Suárez, 2015), en representación del rol principal que ostenta el sujeto pasivo de la relación, no quien recibe la información, y es al momento de depositar o permitir el acceso a información íntima, cuando se refuerza la confianza inescindible que debe existir entre personal sanitario y usuario, eje central del sigilo, que debe ser garantizado a partir de una interpretación teleológica de este derecho.

La confianza en mención, no se limita a una dimensión individual, dado que también suele representarse como una confianza pública ante el personal sanitario

³ Entiéndase; Auxiliar en Salud Oral; Auxiliar en Salud Pública; Auxiliar en Enfermería; Auxiliar en Servicios Farmacéuticos; Auxiliar Administrativo en Salud.

(Sentencia C-067, 1996), que es fundamental para el acceso idóneo a sus servicios por parte de cada nicho social, junto a la aceptación y respeto social hacia los mismos. Así las cosas, el sigilo resguarda un interés general y particular, que no puede ser dejado en el olvido, ya que con su vulneración se ve sosegada la percepción social frente al profesional sanitario, desde una óptica consecuencialista, y a la víctima directa, el paciente, desde una perspectiva teleológica y deontológica (Portilla Parra, 2019).

En consonancia a lo anterior, es interesante la definición que brinda la Corte Constitucional de Colombia del secreto profesional, a saber;

La información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad. En este sentido, el secreto profesional es un derecho – deber del profesional, pues de verse compelido a revelar lo que conoce perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento. (Sentencia C-301, 2012)

La conjunción “o”, es alternativa, es decir, el sigilo se predica respecto de una profesión⁴ o de una actividad, este último amplía su espectro de obligatoriedad, y permite reafirmar que los miembros de la comunidad sanitaria no profesionales, incluidos los auxiliares de enfermería, también harían parte de aquellos que deberían guardar el secreto profesional.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala Penal ha dado luces claras sobre la debida manera de responder al conflicto bajo estudio, argumentando que el secreto médico se extiende y compromete tanto a los profesionales de la salud como a sus auxiliares (Sentencia Casación 14043, 2002), luego entonces, por lo menos dentro del proceso penal, esta figura abarca a un número amplio de funcionarios sanitarios, en protección de los derechos del procesado, así las cosas, constituye prueba ilícita⁵ la obtenida en perjuicio del sigilo, así emane de estos últimos, por tanto, dicho elemento probatorio no será de recibo dentro de proceso penal, en palabras de la Corte;

Como el mismo deber de secreto profesional se extiende y compromete a los auxiliares del servicio médico, conforme con el artículo 39 de la Ley 23 de 1981, resultan manifiestamente ilegales las declaraciones [...], tan caras al fundamento

⁴ En Colombia el grado de profesión se lo hace desde el punto de vista jurídico, no desde el punto de vista sociológico. En este sentido, la ley 749 de 2002 organiza el servicio público de educación superior en modalidades de formación técnica profesional y tecnológica, a partir de ella se consideran, según los requisitos de cada programa o disciplina científica, como profesionales, técnicos y tecnólogos.

⁵ Entendida como la que transgrede el debido proceso desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales.

de la imputación material de una conducta homicida a la procesada. (Sentencia Casación 9792, 2015)

En citada decisión, la Corte Suprema de Justicia acudió a la figura denominada exclusión de la prueba ilícita, a través de la cláusula de exclusión (Ley 599, 2000), no distinguió el fallador la situación entre profesional y auxiliar, en últimas, estudió su actuación en el mismo nivel de afectación del secreto y, por ende, decidió excluir de la actuación procesal los testimonios de los auxiliares, en aras de evitar la afectación de una garantía fundamental como el sigilo médico.

Este argumento ha sido continuado por el órgano vértice de la jurisdicción, reiterado en años como 2004 (Sentencia Casación 9792, 2004) y 2015 (Sentencia Casación 3006, 2015), argumentado que el secreto no constituye un privilegio o derecho en cabeza del galeno, todo lo contrario, es a favor del procesado (paciente), razón por la cual mantiene su vigencia aun cuando el profesional o auxiliar de la salud decide revelar el secreto en forma voluntaria (Sentencia Casación 3006, 2015), por ende, el paciente es el único facultado para disponer de esta garantía, y en caso de ser revelado sin causa legal o su consentimiento, toda prueba o recaudo probatorio efectuado sería ilícito, por ende, apartado del proceso a raíz de la cláusula de exclusión (Ley 599, 2000).

El secreto debe ser salvaguardado por todo el personal sanitario, inclusive aquellos que no son considerados profesionales, ya que han de ser depositarios de información relativa al paciente y su fuero interno, luego entonces, el ordenamiento jurídico exhorta a todos los intervinientes en la relación sanitaria hacia el respeto de citada prerrogativa y no difiere de lo señalado en la ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario, toda vez que el hecho de no hacer responsable al médico de la violación del sigilo por parte de sus auxiliares, en nada exime a aquellos del deber de guardar el secreto profesional.

Lo anterior, no es una cuestión aislada o *sui generis*, pues para ser integrado en el clausulado del artículo 385 del código penal (Ley 599, 2000) que consagra las excepciones a la obligación de rendir testimonio, ni siquiera es necesario ser profesional, como sucede en el caso de sacerdotes o clérigos, quienes tienen el deber de guardar el secreto profesional conforme a citada normativa, pues, aunque es sabido que la organización político-eclesiástica fue la que dio origen a lo que actualmente se denomina como “profesiones” (Spencer, 1900), desde el punto de vista positivista y legal, el sacerdocio no es una profesión, es un oficio o “profesión de fe”⁶.

⁶ Se debe aclarar que existe una clasificación dogmática respecto del tipo de secreto, se habla del institucional, el sacerdotal, el confiado y el profesional, que no puede profundizarse en el presente. Vid. Gisbert Calabuig JA. Medicina Legal y Toxicología (VI ed.). Barcelona: Masson; 2004.

Es decir, el “ser profesional” no es requisito *sine qua non* para determinar el deber de guardar el secreto médico, como sucede en el caso de los sacerdotes, se debe entender que de actividades como la de los auxiliares de enfermería, también predicen este deber, entre otras, por su cercanía al paciente, ya sea directa (secreto prometido o confiando) o indirecta (secreto natural), en respuesta a la prestación de un servicio personalísimo.

Para concluir, es menester hacer referencia a la definición del secreto médico citada en la introducción⁷, en lo que respecta al calificativo de “profesional”, debe entenderse como toda persona que realice labores sanitarias, o similares, que le permitan tener acceso a información del paciente, en aras de no restringir injustificadamente el alcance de la figura, permitiendo que la salvaguarda a la intimidad del paciente trascienda al profesional y vincule a todo el personal sanitario, en beneficio de sus derechos, inclusive, en el desarrollo de proceso penal como ha sido dicho por la Corte Suprema de Justicia.

a. Caso especial de los estudiantes de medicina

Aunque no es posible realizar un abordaje de manera íntegra por cuestiones de extensión del texto, el presente apartado encuentra su fundamento en la precaria atención que le ha brindado la doctrina y jurisprudencia al tema bajo estudio, los textos científicos relacionados son insuficientes, aunque el tema es meritorio de un estudio específico, razón que motiva su análisis de manera tangencial.

Los estudiantes de medicina, al igual que todas las personas involucradas en la atención médica, se encuentran vinculados por el sigilo médico a partir de una interpretación teleológica de esta figura, pues son personas que por sus actividades encuentran una importante fuente de información y cercanía en la prestación personalísima de los servicios de salud con el paciente, y, al igual que con los profesionales y auxiliares, deviene en necesario asegurar que la información y datos del paciente sean guardados con la mayor reserva y respeto del caso (Fernández Vázquez, 1999).

⁷ “El derecho fundamental, por conexidad, que obliga al profesional de la salud a salvaguardar del conocimiento de terceros toda información del paciente, o relacionada, que llegase a adquirir en razón a su profesión, independientemente de la fuente que haya emanado, obligándose hasta después de la muerte del paciente, o finalización de la relación sanitaria, como señala el juramento hipocrático”

Portilla Parra, S. (2019). El secreto profesional médico y las personas con discapacidad, en el ordenamiento jurídico colombiano. Revista Socio-Jurídico 21(2), 357-386. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7591>

De esta forma, el sigilo médico deberá mantenerse incólume en este tipo de casos, imponiendo el deber de respeto y cautela a los estudiantes de medicina en la práctica y ejercicio de sus estudios, pues debido a sus labores, en múltiples ocasiones logran conocer información amparada por el secreto, que podría llegar a ser revelada a terceros (Fajardo, 2012), afectando así el núcleo esencial de este derecho fundamental por conexidad.

La interpretación teleológica, bajo ese entender, no se reduce exclusivamente a los miembros de la comunidad sanitaria considerada no profesional, sino también a los estudiantes que no han perfeccionado sus conocimientos en pregrado de medicina, en razón a la protección de los derechos fundamentales del paciente, lo expresado, sería de recibo en el transcurso de cualquier proceso penal con el objetivo de evitar que en su desarrollo se vulnere la intimidad, dignidad o autonomía del procesado, en desarrollo de la importancia de salvaguardar la información del paciente, base fundante de la figura bajo estudio.

4. Aplicación del secreto médico dentro del proceso penal

El presente acápite unifica lo develado en precedencia, con el objetivo de sentar la tesis defendida por los autores, relativa a la vinculatoriedad y vigencia del secreto médico al interior del proceso penal, tanto en el caso del personal sanitario que es considerado profesional como el que no.

A través de un análisis sistémico y holístico del ordenamiento jurídico colombiano, en su integralidad relacional (Sentencia C-054, 2016) se permite entrever que en la generalidad de los casos el personal sanitario debe responder a la vigencia del secreto en el proceso penal, y su excepción corresponde a un número minoritario.

Desde la óptica de los considerados “profesionales de la salud”, como el médico tratante (Ley 23, 1981), enfermera (Ley 911, 2004), fisioterapeuta (Ley 528, 1999), y similares, el asunto no resulta complejo, toda vez que si relacionamos su régimen jurídico a través de una interpretación literal, con las disposiciones previstas en los artículos 29, 33 y 74 de la Carta Magna (Constitución Política de Colombia, 1991), se puede concluir que el deber de sigilo le asiste a toda persona que ejerce la profesión en las ciencias de la salud con acceso a información relacionada con el paciente para su respeto y salvaguarda dentro del proceso penal.

Lo anterior es aplicable a todo personal que preste servicios sanitarios con acceso a datos del paciente en virtud de sus labores, por tanto, se integran los profesionales, auxiliares, estudiantes de medicina, entre otros, en miras a lograr una

salvaguarda idónea y efectiva de la información protegida por el secreto, pues dejar sin validez el sigilo médico dentro del proceso penal acarrearía una anomia boba (Nino, 1992), transgrediendo la ley sin favorecer ni a los responsables de hacerla cumplir ni a sus destinatarios, en otras palabras, en perjuicio de toda la comunidad desde el punto de vista consecuencialista⁸, dado que afectaría la confianza social ante la administración de justicia (Paz Salas, 2019) y los miembros de los centros asistenciales (Suárez-Rozo, Puerto-García, Rodríguez Moreno, & Ramírez-Moreno, 2017), que en ambos casos ya es nimia, junto a la vulneración de una garantía constitucional en cabeza del paciente (procesado).

Se debe tener en claro, el secreto médico no se refiere al amparo y protección de lo ilícito, irregular, criminal o amañado, todo lo contrario, esta figura no es razón suficiente para paralizar o suspender el deber constitucional que tiene todo ciudadano de colaborar con la justicia (Sentencia C-062, 1998) y el interés general, sino que constituye una garantía que ampara, desde una perspectiva consecuencialista y teleológica, unos derechos y prerrogativas tanto individuales como de la comunidad (Portilla Parra, 2019).

En relación al proceso penal ordinario, el secreto médico posee plena validez en su desarrollo, que debe ser protegida por el director del proceso y las partes, por ende, no es posible que se permita el ingreso, estudio o revelación de ningún elemento probatorio en su perjuicio, sin embargo, en relación al decreto de pruebas, de acuerdo a la estructura contemplada en el artículo 177, numeral 4, (Ley 906, 2004), solo es apelable el auto que niega pruebas, cuyo recurso debe interponerse y sustentarse en audiencia preparatoria, omitiendo todo tipo de manifestación sobre el auto que decreta pruebas. En esta línea, es válido que el lector se cuestione ¿Qué sucede si el juez de conocimiento admite la práctica de testimonio de personal sanitario en el proceso?

Al respecto, el desarrollo jurisprudencial no ha sido del todo pacífico, el órgano vértice de la jurisdicción ha dicho en ocasiones con claridad que el auto que acepta una prueba no admite recurso (Sentencia Casación 37298, 2011), como también, ha resuelto en otras ocasiones la controversia en favor del derecho a la segunda instancia (Auto interlocutorio 36562, 2012), luego entonces, el recorrido histórico

⁸ Por ello, tampoco se presenta como exorbitante proponer la expresa tipificación penal de la violación del secreto de sumario, al modo italiano en el artículo 62 de su código penal (Regio decreto 19, 1930), Alemania en el artículo 203 de su código penal (Strafgesetzbuch, 1998) o el artículo 226-13 del código penal francés (Code pénal, 1992), pues la regeneración de la Justicia también pasa por el ejercicio de unos comportamientos más limpios y responsables en el proceso (De Urbano Castrillo, 2012).

de este debate es amplísimo, que no corresponde profundizar en el presente, pero afortunadamente ha llegado a buen puerto en 2016 (Auto interlocutorio 4812, 2016).

En primer lugar, cuando el director del proceso decide la práctica de un elemento probatorio que, a juicio de la defensa violenta alguna garantía o derecho fundamental en cabeza del procesado, es permitido que solicite la aplicación de la cláusula de exclusión sobre el mismo, y todos los que de él se derivan, pues no es posible que el Estado pregone y propicie la vulneración de una garantía de rango constitucional, sobre este aspecto, la parte que alega la cláusula no puede olvidar el cumplimiento de cuatro requisitos básicos para su éxito, consagrados por la Corte Suprema de Justicia (Auto Interlocutorio 1465, 2018), (Auto Interlocutorio 948, 2018);

1. Legitimación del procesado para solicitar la exclusión; En este sentido, el procesado tiene derecho a que los medios probatorios que se alleguen al proceso penal sean practicados dentro del marco constitucional y legal (Auto Interlocutorio 1465, 2018), de conformidad a lo señalado por la Corte Constitucional (Sentencia C-591, 2005), por ende, es al único a quien le es permitido solicitar la nulidad del elemento probatorio cuando generen graves afecciones de derechos fundamentales, inclusive cuando los derechos o garantías vulneradas radiquen en cabeza de un tercero.
2. Cumplimiento de las cargas argumentativas inherentes al debate sobre exclusión de evidencia; la parte que pretenda o solicite al juez la exclusión de una prueba, debe ofrecer suficiente claridad sobre (Auto Interlocutorio 948, 2018);
 - a. Las pruebas objeto de debate de exclusión, tanto las vulneradoras de derechos, como las derivadas de las mismas;
 - b. Cuál es el derecho o garantía que se reputa violado, en su respectiva dimensión o faceta;
 - c. En qué consistió la violación, si transgredió la reserva legal, reserva judicial o principio de proporcionalidad;
 - d. El nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia.

Lo anterior, con el objetivo de demostrarle al director del proceso la transgresión de las garantías fundamentales y el nexo causal entre esta y los medios de prueba cuya exclusión se pretende, para así permitirle que, en ejercicio de sus deberes y atribuciones, propicie un escenario dialéctico garante del debido proceso, célere y sustancial, junto a la toma de decisiones que el ordenamiento jurídico le asigna (Auto Interlocutorio 1465, 2018).

Por su parte, como consecuencia del sistema adversarial del proceso penal colombiano, quien hubiere solicitado el medio probatorio objeto de debate, también tiene la carga de explicar las razones de importancia de ese “descubrimiento”, pues no se puede permitir que la actuación se dilate ante solicitudes carentes de fundamentos, en consonancia al escenario dialectico y argumentativo que debe propiciar el juez dentro del proceso.

3. Demostración de la existencia y contenido de los medios probatorios relacionados o en que haya participado el procesado, que afectan garantías fundamentales; Al respecto, se divide en dos dimensiones;
 - Que el contenido de los medios probatorios sea elemento integral del tema de prueba; Esta determinación depende de la actividad de las partes, pues justamente son los extremos procesales quienes deben elaborar teorías que luego debatirán ante el juez, en este caso, en el desarrollo de la audiencia preparatoria.
 - Que el Estado hubiere accedido en debida forma a los elementos probatorios; En este sentido, el Estado solo puede acceder de dos maneras a elementos probatorios, o información, por un acto de liberalidad de uno o varios de los partícipes en el acto comunicacional, o a través de un acto de investigación orientado a su interceptación, retención o recuperación. Los actos de investigación se encuentran sometidos a las reservas judicial y legal consagradas en el artículo 15 superior, de la mano al principio de proporcionalidad; lo cual no sucede cuando un partícipe en el acto comunicacional revele información o medios probatorios por su mera liberalidad, pues quién realiza la revelación renuncia a un derecho que radica en su favor, no obstante, es incorrecto descartar la posibilidad de aplicar en este ámbito la cláusula de exclusión prevista en el artículo 29 constitucional, justamente, como lo ha dicho el órgano de cierre de la jurisdicción (Auto Interlocutorio 1465, 2018), en razón al secreto profesional, que es un derecho en cabeza del paciente, no de quien recibe la información en razón a su labor, y aquel es el único con la potestad de renunciar a dicha garantía.
4. El análisis, estudio y evaluación de los anteriores criterios al caso concreto sometido a estudio; Cuando el juez o colegiado estudia el cumplimiento de los anteriores derroteros en el caso concreto, para determinar si son superados, o no, y decidir sobre la prosperidad de la cláusula de exclusión.

Cuando sea el procesado quien solicite la cláusula de exclusión, junto al debido cumplimiento de su carga argumentativa, en referencia a un elemento probatorio que fue conocido por el Estado a través de la vulneración de secreto médico, es

pertinente que proceda la solicitud para evitar su estudio dentro del proceso penal y no generar mayores afrontas a una garantía de rango constitucional. Luego entonces, en respuesta al interrogante elevado en páginas previas, la parte que considere vulnerado el derecho puede solicitar se aplique la cláusula de exclusión al medio probatorio correspondiente.

En caso de ser negada dicha solicitud por incumplimiento de los requisitos citados o cualquier otro motivo, la Corte Suprema de Justicia en 2016, para impedir la vulneración del derecho fundamental a la segunda instancia, entendió que, si bien el numeral 4° del artículo 177 del código penal (Ley 906, 2004) contempla la apelación de manera exclusiva a los autos que niegan la práctica de pruebas, en el mismo articulado en el numeral 5 amplió el recurso de apelación contra el “auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral”, sin discriminar sobre el sentido de la decisión (Auto interlocutorio 4812, 2016), en el entendido que con la exclusión el operador judicial refiere a derechos fundamentales que puede ver afectada su prevalencia con la posible introducción de medio probatorio (Auto interlocutorio 36562, 2012), por ende, cualquier extremo procesal puede apelar el auto citado, en consonancia a la obligación del juez de admitir como medios de prueba únicamente aquellos que sean conducentes (Auto Interlocutoio AP-2814, 2017), carácter que no cumple el testimonio de persona obligada a guardar el secreto profesional (Sentencia Casación 00009, 2018).

El aplicar la cláusula de exclusión ante cualquier elemento probatorio que tenga la potencialidad de perjudicar o afectar la validez del secreto médico, como figura meritoria de respeto y validez dentro de todo el cargo ante todo miembro del personal sanitario, no responde a una decisión unilateral o caprichosa de los autores, todo lo contrario, además de encontrar amparo en todo lo dicho, atiende al principio de razonabilidad (Auto Interlocutorio 642, 2017) que se expresa en tres requisitos, referentes a que la divulgación de la información;

(i) esté dirigida a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo (principio de exclusión del capricho), (ii) sea relevante para la obtención de dicho fin (principio de relevancia), y (iii) sea necesaria, es decir, que no exista otro medio para alcanzar el objetivo buscado que sea menos oneroso en términos del sacrificio de la intimidad o de otros principios o derechos fundamentales (principio de necesidad). (Sentencia T-440, 2003)

Requisitos que, por la extensión del texto no son posibles de abordar íntegramente, por lo que, el estudio se centra en el último, la necesidad de divulgar la información, pues el acceso a un medio probatorio en específico no constituye una condición *sine qua non* para la buena administración de justicia y el idóneo desarrollo del proceso penal, en razón a la diversidad de instrumentos y medios con que cuenta el órgano jurisdiccional para adquirir conocimiento de los hechos

jurídicamente relevantes de manera oficiosa, como también, el órgano investigador para recolectar medios probatorios que brinden un conocimiento suficiente del caso al juzgador (Sanguino Cuéllar & Baene Angarita, 2016).

Ello, es profundizado por la Corte Suprema de Justicia, al señalar que en el caso del secreto médico se debe acudir a un análisis intra y extra procesal para develar la conveniencia, o no, de su vulneración en el marco de un proceso penal, el primero se refiere a la tensión de derechos al interior del proceso, y el segundo, a la solución que se ofrezca fuera del mismo (Auto Interlocutorio 642, 2017).

Desde el ámbito intraprosesal, debemos atender al principio de proporcionalidad, donde también emergen tres subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad (Cárdenas García, 2014) que deben ser cumplidos a cabalidad para que sea conducente revelar el sigilo, no obstante, si bien no es posible estudiarlos todos, el subprincipio de proporcionalidad no se cumple de modo alguno, ya que, en caso de privilegiar la protección del secreto, la indemnidad de la justicia no queda carente de protección, subsisten mecanismos judiciales para investigar y sancionar las conductas punibles que se hubieren materializado, mientras que, en caso de inmunizar el deber de colaborar con la buena administración de justicia, se anularía por completo la garantía de confidencialidad e intimidad de la información cobijada por el sigilo, por tanto, sobreponer este último a aquel sería desproporcionado *in extremis*.

Desde la perspectiva extraprosesal, se reafirma lo precedente, pues el poder jurisdiccional cuenta con la capacidad de acudir a medios probatorios diferentes, o elementos de prueba como evidencia física o documental que no acarree la vulneración del sigilo de manera oficiosa o a través del ente investigador, luego entonces, no existe una imperiosa y exclusiva necesidad de violentar el sigilo, el paciente no debe sobrellevar con la incapacidad estatal de demostrar su culpabilidad en el hecho punible, justamente en este punto es donde emerge el principio de presunción de inocencia, que no puede ser amedrentado por el judicial.

En otro orden de ideas, es importante observar el caso de cuando miembros del personal sanitario son llamados al proceso por el mismo paciente, solicitando que el secreto sea revelado a través de su testimonio, y el personal sanitario se niega a rendir declaración amparado en el secreto.

En este caso, a partir de una interpretación sistémica⁹ e integral del C.P.P., ley 23 de 1981 y jurisprudencia constitucional, se desprende que, al ser un derecho del

⁹ En este caso, es una interpretación sistemática ya que se construye “un significado a partir de los fundamentos jurídicos del ordenamiento jurídico y/o Sistema jurídico Colombiano” (Carrillo Velásquez,

paciente este es el único que puede renunciar al mismo; al ser un derecho subjetivo es disponible (Villas Boas, 2015), luego entonces, es permitido que el procesado llame a cualquier miembro de la comunidad sanitaria a rendir testimonio en el caso que contra él se adelante, hipotético en el cual no existe argumento legalmente válido para su inasistencia, ya que el titular del derecho ha renunciado a su validez, y en caso de declararse renuente a declarar, el poder judicial adquiere la potestad para iniciar las investigaciones y sanciones pertinentes.

Para finalizar, a manera de breve reseña al derecho comparado, en Argentina la ley 298 (Ley 298, 1999), reconoce dos niveles para ejercer la enfermería, la de profesional y la de auxiliar, y ambos quedan cobijados con los mismos deberes y expuestos a un régimen disciplinario único, con la obligación unívoca de respetar el secreto médico del paciente como mandato de imperativo cumplimiento para el ejercicio de labores en centros asistenciales públicos y privados.

5. Medios de prueba obtenidos en perjuicio del secreto médico.

De lo deprecado en líneas previas, es dable concluir que todo médico de prueba que se obtenga o vulnere de manera directa o indirecta el secreto médico debe ser declarado ilícito en cualquier proceso penal, independientemente de factores ajenos a lo dicho, a partir de la cláusula de exclusión consagrada en el artículo 23 (Ley 599, 2000) y el debido proceso, en relación al derecho fundamental a la intimidad, dignidad, autonomía y vida privada del procesado, con el objetivo de omitir el estudio y revisión de citado elemento probatorio en el proceso penal.

Aplicar la cláusula de exclusión implica declarar la nulidad de pleno derecho del elemento probatorio excluido, junto a su correspondiente inobservancia, que acorde al artículo 29 superior (Constitución Política de Colombia, 1991) es de recibo durante cualquier etapa del proceso, inclusive de forma previa al juicio, creando la posibilidad de que se omitan pruebas, elementos materiales probatorios y evidencia física (Parra Quijano, 2007) con la solicitud de parte, para la protección de garantías como la intimidad, autonomía y debido proceso, sin desconocer el carácter de derecho fundamental por conexidad otorgado al sigilo, que argumenta y sustenta la exclusión de la prueba en el ejercicio del *ius puniendi* (Sentencia SU-159, 2002).

2016, pág. 138). Al respecto, es importante precisar que, con la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991, la Constitución adquiere un carácter vinculante y juridificado que extiende la necesidad de interpretar las demás normas a la luz del ordenamiento jurídico constitucional, entendido como un sistema normativo conformado, además de reglas, por principios y valores que orientan la interpretación legal y constitucional.

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia ha revocado sentencias por encontrar vulnerado el secreto médico, con causa en personal profesional como no profesional, pues la estructura dinámica del secreto de derecho-deber salvaguarda el derecho a la intimidad de la persona que se ve obligada a confiar en quien le atiende (Sentencia Casación 00009, 2018), imponiendo el deber al personal sanitario de protegerlo y no comunicarlo a terceros, ni siquiera cuando ostenten la calidad de autoridades, en beneficio único del paciente.

En virtud de la vulneración de derechos fundamentales que se genera por la inobservancia del secreto médico, se sustenta la aplicación de la cláusula de exclusión sobre cualquier medio probatorio que vulnere dicha garantía, junto a su consecuente improcedencia e ilicitud, en beneficio de las prerrogativas a favor del procesado, reconociendo la vinculatoriedad del secreto en todos los integrantes de la comunidad sanitaria, por ende, ninguno de ellos podrá ser obligado a denunciar hecho típico del que hayan tenido conocimiento en razón a sus labores o declarar en juicio, y en caso contrario, sería de recibo aplicar la cláusula de exclusión.

Lo propio sucede a partir de una perspectiva axiológica y teleológica del secreto médico, pues su objetivo principal, además del respeto y salvaguarda a la intimidad del paciente, es ofrecer garantías suficientes para la relación de confidencialidad entre médico-paciente, lo cual tomaría un tinte de imposible si un miembro del centro asistencial, sea profesional o no, revela datos propios del pacientes a terceros, con mayor gravedad dentro de un proceso penal, donde también entra el debido proceso, por ende, la vigencia del secreto vincula a los miembros no profesionales del personal sanitario, e inclusive a los estudiantes de medicina que conozca datos del paciente en razón a sus estudios, y el medio de prueba que lo vulnere debe ser omitido dentro del proceso.

6. Excepciones a la prevalencia del secreto en el proceso penal colombiano

En contravención al artículo 74 superior (Constitución Política de Colombia, 1991), el secreto médico no tiene carácter absoluto, al igual que todo derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, y sus excepciones abarcan un espectro mayor al consagrado en el artículo 38 (Ley 23, 1981), y si bien el presente no permite abordarlos en su integralidad por razones de extensión, es permitido estudiar los casos específicos relacionados con el proceso penal; la vulneración del secreto en beneficio de autoridades judiciales o de higiene y salud; previa comisión del hecho típico; y, por último, el medico perito.

En primer lugar, con el objetivo de brindar claridad al lector, es pertinente reseñar las excepciones consagradas en el artículo 38 (Ley 23, 1981), que han gozado de un amplio desarrollo en la jurisprudencia del órgano vértice de la jurisdicción constitucional (Sentencia C-264, 1996); i) Al enfermo en aquello que estrictamente le concierne y convenga; ii) A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento; iii) A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces; iv) A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley; v) A los interesados, cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infectocontagiosas.

Respecto al literal d), como el que mayor interés suscita dentro del proceso penal, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad condicionada, ya que permite que se revele el secreto, sin embargo, solamente puede ser aplicado cuando no verse sobre información o datos que el paciente confió al galeno, y pueda ser considerada como autoincriminación, o donde se individualice al paciente (Sentencia C-264, 1996), lo anterior impide que el profesional de la salud revele el secreto a partir de testimonio o denuncia de tipo penal materializado por su paciente, pues, en ambos casos sería individualizado el paciente, por tanto, nace la opción *ipso facto* de aplicar la cláusula de exclusión.

En otro orden de ideas, ante una “situación extrema”, cuando revelar el secreto implique la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave, su desconocimiento puede enmarcarse dentro de una causal justificativa del hecho (Sentencia C-411, 1993), sin embargo, debe estar fundado en pruebas o bases sólidas que brinden certeza sobre la intencionalidad de cometer el tipo penal *ex ante*, pues el desconocimiento del sigilo no puede fundarse en una relación causal exclusivamente conjetural, luego entonces, esta excepción no aplica dentro del proceso penal, donde se juzga el hecho pasado, no la intención que no se ha representado en el mundo exterior (Saray Botero, 2017), diferente a la obligación de denunciar un tipo penal, *ex post facto*.

La Corte Constitucional trascendió de lo anterior, frente a la laguna de ley (Larenz, 1966) que representa la expresión “evitar la consumación de un delito grave”, declaró que el secreto profesional puede ser desconocido para evitar la comisión de un delito, independiente del juicio de valor o gravedad que el operador judicial, víctima o procesado efectuó sobre el presunto hecho típico (Sentencia C-301, 2012), lo cual se ve reforzado cuando la posible víctima es la descendencia o cónyuge del paciente, caso en el cual prevalecen los derechos del niño, cónyuge y la familia sobre el derecho del paciente a que sus datos personales se mantengan en reserva (Sentencia C-264, 1996).

El tribunal constitucional protege la seguridad y derechos de terceros determinados, otorga la facultad al personal sanitario de invocar un estado de necesidad justificante o disculpante (Roxin, 1997) que le permite revelar información privilegiada por el secreto, aunque requiere que se acrediten requisitos de exoneración de responsabilidad (Sentencia C-301, 2012).

En el caso del médico perito dentro de proceso penal converge una situación *sui generis*, ya que, por lo consagrado en páginas precedentes es dable deducir que el secreto obliga a todo personal de la salud, sin embargo, esta obligación en el médico perito solo llega hasta “no informar más allá de lo necesario, útil y pertinente para el peritaje” (Sentencia Casación 3006, 2015), así como a no divulgar el peritaje más allá de quienes tuvieran derecho a él, dado que el peritaje debidamente decretado corresponde al cumplimiento de un encargo legal, una labor legal, y en su desarrollo no se configura la prestación de un servicio personalísimo entre médico-paciente, que, como fue dicho, es una de las bases del secreto médico, por tanto, no debe garantía de respeto y salvaguarda como si fuese el caso de un servicio personalísimo (Vázquez Ortiz, Lleó Jiménez, & Zulueta, 2013).

La situación del médico perito es diametralmente opuesta a la del médico tratante, o cualquier miembro del personal sanitario, ya que en el caso del perito se refiere a un encargo legal, por ende, la prueba sería válida dentro del proceso penal, la función oficial no constituye una relación profesional que se erigiera en la garantía inviolable del secreto (Auto AP-872, 2015) y le es permitido acudir a declarar dentro del proceso penal a través del peritaje, con los caracteres y especificaciones requeridos por el juez o autoridad competente.

En conclusión, aunque la aplicación del sigilo cuenta con una vigencia generalizada, encuentra excepciones específicas más allá de las consagradas en el artículo 38 (Ley 23, 1981), en esencia, cuando su declaración o denuncia tenga la potencialidad de evitar la consumación de un hecho típico, y en el caso del médico perito.

Conclusión

Con posterioridad al estudio precedente, como resultado de labores investigativas de poco más de un año, son múltiples los resultados de investigación encontrados que se exponen a continuación, con la posibilidad de ser complementadas por el lector, pues el secreto médico se presenta como un espectro de inusitados alcances, que no se ha abordado de manera suficiente desde la doctrina, legislación ni jurisprudencia, derivando en una literatura especializada escasa dedicada a su investigación y desarrollo, mucho menor en relación al proceso penal.

La figura bajo estudio ha sido relegada al olvido de las ciencias jurídicas en Colombia, a pesar de ser una garantía de relevancia constitucional que representa uno de los sustentos básicos de la relación sanitaria, y el contexto de confidencialidad e intimidad que le debe permear. A partir de su exigua regulación se ha permitido el nacimiento de una zona gris y turbia alrededor de su definición, alcance y aplicación, lo cual empaña su ejercicio idóneo, y relega su aplicación y salvaguarda a discreción del galeno, o personal sanitario, en contravía directa a su dimensión de derecho fundamental en conexidad, cuando debería ser una garantía protegida en todo contexto, renunciable o disponible solamente por el paciente.

Así las cosas, en un primer momento se confirmó la obligación vigente de toda persona sujeta a la jurisdicción del Estado colombiano de colaborar con la administración de justicia dentro del proceso penal, específicamente respecto a los deberes de declarar cuando sea citado y denunciar todo ilícito del que tenga conocimiento (Niño López, 2016), que en caso de ser omitido o desconocido por el agente obligado puede acarrear consecuencias penales o civiles según el caso.

La obligación en mención, en consonancia a su carácter de regla general, contiene en su núcleo determinadas excepciones, como la sujeta al personal sanitario en virtud del secreto médico, a través del cual, como garantía en cabeza del paciente y su información privada, exige que todo miembro del personal sanitario que con motivo de sus labores conozca datos del paciente guarde tal información con la mayor reserva y cautela posible, en beneficio del amparo a favor de derechos fundamentales del paciente como su intimidad, privacidad, autonomía y dignidad, todos los cuales permiten que esta figura llegue a considerarse como un derecho fundamental en conexidad.

El secreto médico representa mucho más que un derecho fundamental en conexidad, paralelamente materializa y protege una expectativa social legítima respecto a las condiciones del servicio en la relación sanitaria, fungiendo como base para la intimidad y confidencialidad que se presenta como condición necesaria para el adecuado ejercicio de las ciencias sanitarias, luego entonces, al vulnerar el secreto no solo se genera un daño individual, sino también público en relación a la confianza que debe existir en la relación personal sanitario-paciente, por ende, si bien se consagran escasas excepciones a la vigencia del secreto, su prevalencia responde a una regla general en beneficio del paciente, quien es el único con la potestad de renunciar a las garantías que de esta institución se desprenden, capacidad absolutamente vedada al personal sanitario.

En otro orden de ideas, se encontró un universo literario disperso y nebuloso respecto al alcance de vinculatoriedad respecto al secreto en el personal sanitario, dado que en razón del tipo de interpretación, de la norma o jurisprudencia

consultada, el radio de acción del sigilo muta sustancialmente, en un punto se considera extensivo únicamente al médico, en otros al personal sanitario profesional, no obstante, se vislumbró de manera categórica que el secreto representa una obligación en cabeza de todo el personal sanitario, incluso el no considerado profesional, en razón al objetivo del secreto, las características para su cumplimiento y el contexto en el que se desarrolla, como sucede en el caso de los auxiliares de enfermería o estudiantes de medicina, a pesar de la nimia literatura especializada que existe en relación.

A partir de una interpretación teleológica de la figura bajo estudio, atendiendo al acceso a información confidencial, la integralidad de la comunidad sanitaria que llegare a conocer datos del paciente se encuentra obligada a salvaguardar el sigilo, dado que las prerrogativas inherentes a secreto no responden de manera primigenia a la calidad profesional de quien atiende al sujeto pasivo, sino por el acceso necesario a información confidencial que de otra manera no serían confiadas a un tercero, por ser parte de su fuero interno.

Lo anterior, no es óbice para reseñar que existe una regulación y delimitación sucinta del secreto médico, que, si bien posee omisiones ostensibles, es clara en consagrar su prevalencia como regla general, a título de deber para el galeno y derecho en cabeza del paciente, que vincula a todos los miembros del personal sanitario, sea considerado profesional o no, y busca proteger un amplio número de derechos fundamentales del paciente en relación a su información personal que no puede ser exteriorizada, salvo excepción legal previamente consagrada o así él lo disponga.

Dilucidado el alcance y vinculatoriedad del secreto para el universo asistencial, la investigación encuentra que la frágil situación en su investigación y desarrollo se acentúa en el proceso penal, donde se reducen los estudios de manera cualitativa y cuantitativa, de la mano a un ordenamiento jurídico omisivo, desconociendo su relevancia en la vigencia de garantías fundamentales como el debido proceso, intimidad, autonomía, entre otras, que podrían ser vulneradas por el órgano jurisdiccional a través de la práctica o aceptación de elemento probatorio que transgreda el secreto, luego entonces, a partir de una indebida aplicación o irrespeto de esta figura, es posible que en el proceso penal nazcan contextos de riesgo o violaciones a derechos fundamentales del paciente.

La validez del secreto se eleva como una garantía y prerrogativa que debe permanecer incólume dentro del proceso penal, a cargo de toda la comunidad sanitaria, que encuentra a su principal salvaguarda en el director del proceso que debe velar por el mantenimiento y salvaguarda de su rango constitucional y derecho fundamental en conexión, lo cual hace de recibo la cláusula de exclusión

para omitir el ingreso, estudio o revelación de cualquier elemento probatorio para su vigencia.

Ante este panorama, a partir del desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, la cláusula de exclusión representa el principal medio de protección a favor de secreto médico que deber surtir un debate dianoético de justificación y argumentación dentro del proceso con el objetivo de ofrecer los factores de convencimiento necesarios al juez para superar los juicios de proporcionalidad y razonabilidad desde una perspectiva intra y extra procesal para el ingreso, o no, del elemento probatorio que potencialmente puede afectar al sigilo.

Inclusive, la decisión que tome el juez sobre la cláusula de exclusión, sin reparar en su carácter afirmativo o negativo, puede ser apelada por cualquier extremo procesal, independiente de si la afectación al sigilo proviene de un profesional de la salud, o no, dado que el factor relevante para el éxito de la cláusula de exclusión radica en la vulneración o contravención a una garantía fundamental, que en este caso se representaría en el secreto médico.

En esta línea, la cláusula de exclusión representa el medio idóneo y efectivo para proteger el secreto médico dentro del proceso penal cuando se vislumbra un riesgo o disyuntiva en su perjuicio, que, si bien otorga una carga al procesado para su éxito, ofrece posibilidades idóneas y efectivas para la protección de la prerrogativa bajo estudio, que solo puede ser revelada dentro del proceso penal en razón a las excepciones consagradas en el artículo 38 del Estatuto de Ética Médica (Ley 23, 1981) y la voluntad del procesado.

Esta institución, como cualquiera dentro del ordenamiento jurídico colombiano, no posee un carácter ilimitado o absoluto, todo lo contrario, al interior de la investigación se encontraron límites generales, como cuando el personal sanitario es requerido por autoridades de higiene o salud, como también sucede en caso de poder evitar la consumación de un delito sin individualizar al procesado, caso en los que, a partir de la normativa colombiana, los miembros del personal sanitario pueden vulnerar la figura bajo estudio, por otro lado, esto también sucede cuando en el proceso penal la situación gira en torno al médico perito, quien no despliega un servicio personalísimo sino a través de un encargo o labor legal, por ende, si bien se ve abocado a no revelar más allá del contenido solicitado en el peritaje, atenúa de manera considerable su obligación de mantener incólume el secreto.

Otra excepción a la salvaguarda del sigilo sucede cuando es el procesado (paciente) quien solicita se revele la información amparada por el sigilo, en este caso, al ser un derecho disponible del paciente, él tiene la potestad de relevar al miembro del personal sanitario de su deber, momento en el que este último entra en un contexto fáctico semejante a la generalidad, con la obligación de declarar

dentro del proceso o denunciar el ilícito del que tenga conocimiento según sea el caso, dejando de lado la validez de la figura bajo estudio.

Ello, a pesar de las múltiples esferas del secreto que continúan sin haberse abordado por la doctrina, jurisprudencia ni legislación, que no ha sido posible su estudio en el presente, como su relación con el principalísimo bioético, el acceso al derecho a la salud, la óptica consecuencialista de su desconocimiento, entre otras, que se podrían abordar en estudios particulares, arrojando la consecuencia lógica de su respeto y salvaguarda como criterio uniforme, en razón a las garantías y consecuencias que le son inherentes.

Por lo expuesto, a pesar de que la vigencia y prevalencia del secreto médico no encuentra una estabilidad y bases que brinden seguridad jurídica suficiente al procesado, es cierto que su protección es posible dentro del ordenamiento jurídico y el proceso penal a través de la cláusula de exclusión, cuando en virtud de cualquier elemento probatorio se adquiera la potencialidad de afectar su vigencia, o garantías conexas al mismo, que deben ser respetadas en caso de cualquier persona que pertenezca al personal sanitario, por tanto, no es posible que en el marco del proceso penal se vaticine o propicie la afección a una garantía fundamental como el secreto médico.

Referencias

- Ablanado Suárez, J. (2015). Ética, confidencialidad y enfermería. Mi historia ¿La historia de todos? *RqR Enfermería Comunitaria*, 3(3), 54-62. Obtenido de https://www.seapaonline.org/UserFiles/File/Revistas/Verano%202015/RevistaRqR_Verano2015.pdf
- Auto AP-872. (25 de Febrero de 2015). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P. Patricia Salazar Cuellar*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 43213. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Auto Interlocutorio AP-2814. (03 de Mayo de 2017). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Luis Guillermo Salazar*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 49307. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/bljun2017/AP2814-2017.pdf>
- Auto Interlocutorio 1465. (11 de abril de 2018). Corte Suprema de Justicia. *M.P.: Patricia Salazar Cuéllar*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 52320. Obtenido de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2abr2018/API465-2018\(52320\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2abr2018/API465-2018(52320).doc)
- Auto interlocutorio 36562. (13 de Junio de 2012). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *M.P. José Leonidas Bustos Martínez*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación

- No. 36562. Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_c46d9bee3f5a0052e0430a0101510052
- Auto interlocutorio 4812. (27 de Julio de 2016). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 47469. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/blago2016/AP4812-2016.pdf>
- Auto Interlocutorio 642. (7 de Enero de 2017). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.:Eugenio Fernandez Carlier*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 34099. Obtenido de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2mar2017/AP642-2017\(34099\).docx](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2mar2017/AP642-2017(34099).docx)
- Auto Interlocutorio 948. (7 de Marzo de 2018). Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. *M.P. Patricia Salazar Cuéllar*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 51882. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/AP948-201851882.pdf>
- Benavides Vanegas, F. S. (2016). Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional. *Academia & Derecho*, 7(13), 237-264. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/309/246>
- Cadena Lozano, R., & Herrera Calderón, J. (2006). *Cláusula de Exclusión y Argumentación Jurídica*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Cárdenas García, J. (2014). Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLVII(139), 65-100. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332014000100003
- 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. *Academia & Derecho*, 7(13), 119-142.
- Code pénal. (22 de juillet de 1992). Ministère de la Justice. Paris, France. Obtenido de <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>
- Constitución Política de Colombia. (20 de Julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 116. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Cortés Albornoz, I. (2015). El acceso a la justicia a la luz de Estado social de derecho en Colombia. *Revista Científica General José María Córdoba*, 13(16), 81-103. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/recig/v13n16/v13n16a05.pdf>
- De las Herras, M. (2005). *Estatuto Ético-Jurídico de la profesión médica* (Vol. I). Madrid: Dykinson.

- De Urbano Castrillo, E. (2012). El secreto profesional del abogado en el proceso. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*(90), 1-24. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3819961>
- Decreto 3616. (10 de Octubre de 2005). Ministerio de la Protección Social. *Por medio del cual se establecen las denominaciones de los auxiliares en las áreas de la salud*. Bogotá D.C., Colombia.
- Decreto Reglamentario 3380. (30 de Noviembre de 1981). Ministerio da Salud. *Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981*. Bogotá D.C., Colombia.
- Fajardo, F. (2012). *El secreto profesional médico. Entre la práctica y los Derechos Humanos del paciente*. Popayán, Colombia: SAMAVA.
- Fernández lamelas, M., Álvarez Rodríguez, T., Ramiro Fernández, J., & Martínez de Santiago, S. (2008). El respeto a la Intimidad. El secreto profesional en enfermería. *Cuadernos de Bioética*, 19(1), 59-66. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87506504>
- Fernández Muñoz, M. (2015). La protección Del Paciente Frente a los Deberes de Información y Secreto Profesional Médico. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 18(35), 153-168. doi:<http://dx.doi.org/10.18359/dere.816>
- Fernández Vázquez, J. (1999). Secreto Profesional. *Revista Anales Médicos*, 44(1), 45-48. Obtenido de <https://www.medigraphic.com/pdfs/abc/bc-1999/bc991h.pdf>
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo penal*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Herring, J. (2018). *Medical Law and Ethics*. Oxford: Oxford University Press.
- Iglesias Díez, A. (2017). La mala educación: la violación sistemática del secreto médico en Argentina. *Revista de Bioética y Derecho*, 41, 85-105. doi:<https://doi.org/10.1344/rbd2017.41.18583>
- Larenz, K. (1966). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. (E. Gimbernat Ordeig, Trad.) Barcelona, España: Ariel.
- Ley 23. (18 de febrero de 1981). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 35.711 de 27 de febrero de 1981. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0023_1981.htm
- Ley 298. (25 de Noviembre de 1999). Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *Ley de Ejercicio de la Enfermería*. Buenos Aires, Argentina. Obtenido de <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley298.html>
- Ley 528. (20 de Septiembre de 1999). Congreso de la República. *Por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de fisioterapia*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial

- No. 43.711, de 20 de septiembre de 1999. Obtenido de https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-105013_archivo_pdf.pdf
- Ley 599. (24 de Julio de 2000). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Ley 906. (1 de Septiembre de 2004). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Ley 911. (6 de Octubre de 2004). Congreso de la República. *Por la cual se dictan disposiciones en materia de responsabilidad deontológica*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45.693 de 6 de octubre de 2004. Obtenido de https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-105034_archivo_pdf.pdf
- Markovits, D. (2011). *A modern Legal Ethics. Adversary Advocacy in a democratic age*. Princeton: Princeton University Press.
- Muñoz López, C. A. (2015). Aplicación de la teoría de la desobediencia civil y la objeción de conciencia de Rawls. *Academia & Derecho*, 6(10), 273-314. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/8/9>
- Nino, C. (1992). *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. Buenos Aires, Argentina: Emecé.
- 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.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/291/228>
- Parra Quijano, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá D.C.: Ediciones del Profesional Ltda.
- Patiño, J. (2005). El juramento hipocrático. *Revista Colombiana de Cirugía*, 20(2), 62-64. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2011-75822005000200001&lng=en&nrm=iso
- Paz Salas, R. (21 de Febrero de 2019). *¿Existe confianza en la administración de justicia?* Obtenido de *Ámbito Jurídico*: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/academia/administrativo-y-contratacion/existe-confianza-en-la-administracion-de-justicia>
- Portilla Parra, S. (2019). El secreto profesional médico y las personas con discapacidad, en el ordenamiento jurídico colombiano. *Estudios Socio Jurídicos*, 21(2), 357-386. doi:<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7591>
- Quivy, R. (2006). *Manual de investigación en ciencias sociales*. México D.F.: Limusa.
- Regio decreto 19. (19 de ottobre de 1930). Legislatura del Regno d'Italia. *In materia di "Approvazione del codice penale"*. Roma, Italia. Obtenido de <http://www.procuragenerale.trento.it/attachments/article/31/cp.pdf>

- Rendtorff, J. (2002). Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability. Towards a foundation of bioethics and biolaw. *Medicine, Health Care and Philosophy*, 5(3), 235-244. Obtenido de <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12517031>
- Romeo Casabona, C. (2002). La intimidación y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como bienes jurídicos penalmente protegidos. En J. Echano Basaldua, *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón* (págs. 513-536). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, Parte general I*. (D. Luzón Peña, M. Díaz, & J. García, Trans.) Madrid, España: Civitas.
- Sanabria Villamizar, R. (2014). Teleología de la cláusula de exclusión en Colombia. *Academia & Derecho*, 9(5), 83-110. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6713596>
- Sanguino Cuéllar, K. D., & Baene Angarita, E. M. (2016). La resocialización del individuo como función de la pena. *Academia & Derecho*, 7(12). Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/121/109>
- Saray Botero, N. (2017). *Procedimiento penal acusatorio*. Bogotá D.C., Colombia: Leyer.
- Sentencia C-054. (10 de Febrero de 2016). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-10888. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-054-16.htm>
- Sentencia C-062. (4 de Marzo de 1998). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-1787. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-062-98.htm>
- Sentencia C-067. (22 de Febrero de 1996). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá D.C., Colombia: Ref.: R.E. 075. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-067-96.htm>
- Sentencia C-086. (24 de Febrero de 2016). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-10902. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-086-16.htm>
- Sentencia C-118. (22 de Febrero de 2006). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Jaime Araújo Rentería*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-5930. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-118-06.htm>
- Sentencia C-248. (24 de Abril de 2013). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-9285. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-248-13.htm>
- Sentencia C-264. (13 de junio de 1996). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-1139. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-264-96.htm>

- Sentencia C-301. (25 de Abril de 2012). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D- 8702. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-301-12.htm>
- Sentencia C-411. (28 de Septiembre de 1993). Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. *M.P.: Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Ref.: Expedientes acumulados Nos. D-230 y D-255. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-411-93.htm>
- Sentencia C-442. (28 de Mayo de 2002). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Alvaro Tafur Galvis*. Bogotá D.C., Colombia: Ref.: Expediente D-3801. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-422-02.htm>
- Sentencia C-459. (11 de Mayo de 2004). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Jaime Araújo Rentería*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-4910. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-459-04.htm>
- Sentencia C-463. (9 de Julio de 2014). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: María Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-10001. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-463-14.htm>
- Sentencia C-591. (9 de junio de 2005). Corte Constitucional, Sala Plena. *M.P. Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-5415. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-591-05.htm>
- Sentencia C-616. (27 de Noviembre de 1997). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-1639. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-616-97.htm>
- Sentencia C-652. (3 de Diciembre de 1997). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-1703. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-652-97.htm>
- Sentencia C-776. (25 de Julio de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Alfredo Beltrán Sierra*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-3364. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-776-01.htm>
- Sentencia Casación 00009. (05 de septiembre de 2018). Corte Suprema de Justicia. Sala Especial de Primera Instancia Penal. *M.P.: Ariel Augusto Torres Rojas*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 51532. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Sentencia Casación 14043. (7 de Marzo de 2002). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Jorge Anibal Gómez Gallego*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado No. 14043. Obtenido de <https://www.womenslinkworldwide.org/en/files/2708/gjo-col-14043-es-pdf.pdf>
- Sentencia Casación 3006. (18 de Marzo de 2015). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Eugenio Fernández Carlier*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 33837.

- Sentencia Casación 3006. (18 de Marzo de 2015). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Eugenio Fernández Carlier*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 33837. Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&docum ent=jurcol_120bdcb3733c0086e0530a0101510086
- Sentencia Casación 37298. (30 de Noviembre de 2011). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *M.P. Julio Enrique Socha Salamanca*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. n.º 37298. Obtenido de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/PRUEBA/CLAUSULA%20DE%20EXCLUSION/TEORIA%20DEL%20ARBOL%20ENVENENADO/37298\(30-11-11\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/PRUEBA/CLAUSULA%20DE%20EXCLUSION/TEORIA%20DEL%20ARBOL%20ENVENENADO/37298(30-11-11).doc)
- Sentencia Casación 9792. (12 de Mayo de 2004). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Jorge Anibal, Gómez Gallego*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 42307. Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/index?obra=jurcol&docume nt=jurcol_75992041f644f034e0430a010151f034
- Sentencia Casación 9792. (29 de Julio de 2015). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Patricia Salazar Cuéllar*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación No. 42307. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Sentencia SU-159. (6 de Marzo de 2002). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-426353. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/SU159-02.htm>
- Sentencia T-151. (17 de Abril de 1996). Corte Constitucional. La Sala Quinta de Revisión. *M.P.: José Gregorio Hernández Galindo*. Bogotá D.C., Colombia: Ref.: Expediente T-86156. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-151-96.htm>
- Sentencia T-440. (29 de Mayo de 2003). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-697881. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-440-03.htm>
- Sentencia T-552. (30 de Octubre de 1997). Corte Constitucional. La Sala Novena de Revisión. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-137.224. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-552-97.htm>
- Sentencia T-708. (14 de Julio de 2008). Corte Constitucional. La Sala Séptima de Revisión. *M.P.: Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-1771946. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-708-08.htm>
- Sentencia T-906. (18 de Septiembre de 2008). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P.: Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T- 1912185. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-906-08.htm>

- Spencer, H. (1900). *Origen de las profesiones*. Madrid: F. Sempere.
- Strafgesetzbuch. (13 de Noviembre de 1998). Bundesgesetzblatt. *Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998, das zuletzt durch Artikel 62 des Gesetzes vom 20. November 2019 geändert worden ist*. München, Germany: 13 November 1998, Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I p. 3322. Obtenido de https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/
- Suárez-Rozo, L. F., Puerto-García, S., Rodríguez Moreno, L. M., & Ramírez-Moreno, J. (2017). La crisis del sistema de salud colombiano: una aproximación desde la legitimidad y la regulación. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 16(32), 34-50. doi:<https://doi.org/10.11144/Javeriana.rgps16-32.cssc>
- Urbano Martínez, J. (2013). *El contro de la acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado Constitucional de Derecho*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Valdés, E. (2011). El principio de autonomía en la doctrina del bioderecho. *La lámpara de Diógenes*, 22(12), 113-128. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/844/84421585008.pdf>.
- Vázquez Ortiz, Lleó Jiménez, G., & Zulueta, M. (2013). La relatividad del secreto profesional en medicina legal. *Humanidades médicas*, 13(3), 728-741. Obtenido de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_
- Villas Boas, M. (2015). El derecho-deber de sigilo en la protección al paciente. *Revista de Bioética*, 23(3), 513-523. doi:<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422015233088>.

Una descripción aproximada de la estructura del derecho al ambiente sano en el ordenamiento jurídico colombiano*

An approximate description of the structure of the right to healthy
environment in the Colombian legal system

Recibido: Junio 16 de 2019 - Evaluado: Septiembre 03 de 2019 - Aceptado: Noviembre 21 de 2019

Otoniel Burgos Claros**

Para citar este artículo / To cite this article

Burgos Claros, O. (2020). Una descripción aproximada de la estructura del derecho al ambiente sano en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Academia & Derecho*, 11(20), 89-126.

Resumen: Los operativos de la Policía Nacional en contra de la minería ilícita y los importantes resultados obtenidos, parecen no ser suficientemente efectivos para prevenir y controlar impactos ambientales negativos, ocasionados por la expansión, crecimiento, evolución, tecnificación y mutación del fenómeno criminal, así como por la metástasis que hace con otras conductas desviadas y su arraigo cultural; se cuestiona entonces la eficacia jurídica del derecho al ambiente sano, a la luz de la estrategia de intervención integral de la institución policial, para contrarrestar la minería ilícita de oro en el Departamento de Caldas. Esta indagación se desarrolló bajo un paradigma cualitativo, con enfoque descriptivo, interpretativo y método inductivo, a través de revisión documental, entrevistas

* Artículo inédito, artículo resultado de proyecto de investigación. Este artículo inédito surgió como resultado de uno de los objetivos planteados en la investigación: “eficacia jurídica del derecho al ambiente sano, en el marco de la estrategia de intervención integral que despliega la Policía Nacional en el Departamento de Caldas, en contra de la minería ilícita de oro”, denominado: “identificar en el ordenamiento jurídico Colombiano, específicamente en la ley y el precedente judicial, los componentes estructurales del derecho a gozar de un ambiente sano”, en el marco de la Maestría en Derecho que cursé en la Universidad de Manizales.

** Otoniel Burgos Claros, abogado, especialista en investigación criminal, magister en derecho, candidato a especialista en legislación tributaria nacional e internacional, Intendente de la Policía Nacional, Jefe Grupo de Conciliación (INSGE), docente e investigador Junior ante Colciencias. E-mail: otoniel.burgos.claros@gmail.com y otoniel.burgos@correo.policia.gov.co.

semiestructuradas, resúmenes analíticos y guías de entrevista. Identificar la naturaleza y estructura del derecho a gozar de un ambiente sano en el ordenamiento jurídico colombiano, constituyó el paso investigativo que llevó a determinar que su génesis se dio a partir de la preocupación internacional en prevenir y contrarrestar pasivos ambientales originados como consecuencia de transformaciones tecnológicas, económicas y sociales de la revolución industrial, guerras mundiales, accidentes humanos, sobrepoblación del planeta y avances tecnológicos, entre otros.

A partir de 1972 la protección del entorno natural se irradió desde naciones unidas hacia los sistemas regionales de derechos humanos y los Estados. En Colombia los elementos constitutivos del derecho al ambiente sano no están claramente definidos. No obstante, se patentó la titularidad y obligación en el Estado, los particulares, las generaciones humanas presentes y las futuras; su naturaleza es colectiva. Aquí se sostiene que las situaciones fácticas son las que en cada caso otorgan carácter fundamental, colectivo o mixto al derecho que se menciona. El desconocimiento se erige como obstáculo para su ejercicio y respeto, para la formulación de políticas públicas, para la expedición de leyes y para su justiciabilidad.

Palabras Clave: Derecho al ambiente sano, entorno natural, derechos colectivos, ambiente, derechos fundamentales, Minería ilícita, Policía Nacional de Colombia.

Abstract: The operations of the National Police against mining illicit and the important results obtained, appear not to be sufficiently effective to prevent and control negative environmental impacts, caused by the expansion, growth, evolution, modernization and mutation of the criminal phenomenon, as well as by the metastasis that makes with other deviant behavior and its cultural roots; the legal effectiveness of the right to the healthy environment is then called into question in light of the strategy of comprehensive intervention of the police institution to counter illicit gold mining in the Department of Caldas. This inquiry was developed under a qualitative paradigm, with a descriptive, interpretative and inductive approach, through documentary review, semi-structured interviews, analytical summaries and interview guides. Identifying the nature and structure of the right to enjoy a healthy environment in the Colombian legal system was the research step that led to the determination that its genesis was based on international concern in preventing and countering environmental liabilities arising from technological, economic and social transformations of the industrial revolution, world wars, human accidents, overpopulation of the planet and technological advances, among others.

From 1972 onwards, the protection of the natural environment was spread from United Nations to regional human rights systems and states. In Colombia, the constituent elements of the right to a healthy environment are not clearly defined. However, ownership and obligation in the State, individuals, present and future human generations are patented; its nature is collective. It is supported here that factual situations are those which in each case give fundamental, collective or mixed character to the right mentioned. The Ignorance stands as an obstacle to the exercise of and respect for the formulation of public policies for the issuance of laws and for their justiciability.

Keywords: Right to healthy environment, natural environment, collective rights, environment, fundamental rights, Illicit mining, Colombian National Police.

Resumo: As operações da Polícia Nacional contra a mineração ilegal e os importantes resultados obtidos parecem não ser eficazes o suficiente para prevenir e controlar os impactos ambientais negativos, causados pela expansão, crescimento, evolução, tecnificação e mutação do fenômeno criminal, bem como pela sua metástase com outros comportamentos desviantes e suas raízes culturais; A eficácia legal do direito a um ambiente saudável é então questionada, à luz da abrangente estratégia de intervenção da instituição policial, para combater a mineração ilegal de ouro no Departamento de Caldas. Esta investigação foi desenvolvida sob um paradigma qualitativo, com método descritivo, interpretativo e indutivo, por meio de revisão documental, entrevistas semiestruturadas, resumos analíticos e guias de entrevistas. Identificar a natureza e a estrutura do direito de desfrutar de um ambiente saudável no sistema jurídico colombiano, constituiu a etapa de investigação que levou à determinação de que sua gênese veio da preocupação internacional de prevenir e neutralizar passivos ambientais decorrentes de transformações tecnológicas. , aspectos econômicos e sociais da revolução industrial, guerras mundiais, acidentes humanos, superpopulação do planeta e avanços tecnológicos, entre outros.

A partir de 1972, a proteção do ambiente natural irradiou das Nações Unidas para os sistemas e estados regionais de direitos humanos. Na Colômbia, os elementos constituintes do direito a um ambiente saudável não estão claramente definidos. No entanto, a propriedade e a obrigação são patenteadas no Estado, indivíduos, gerações humanas presentes e futuras; sua natureza é coletiva. Aqui se sustenta que as situações factuais são aquelas que, em cada caso, conferem um caráter fundamental, coletivo ou misto ao direito mencionado. A ignorância é um obstáculo ao seu exercício e respeito, pela formulação de políticas públicas, pela emissão de leis e por sua justiciabilidade.

Palavras Chave: Direito a um ambiente saudável, ambiente natural, direitos coletivos, meio ambiente, direitos fundamentais, mineração ilegal, Polícia Nacional da Colômbia.

Résumé: Les opérations de la Police nationale contre l'exploitation minière illégale et les résultats importants obtenus ne semblent pas assez efficaces pour prévenir et contrôler les impacts environnementaux négatifs, causés par l'expansion, la croissance, l'évolution, la technification et la mutation du phénomène criminel, ainsi que par ses métastases avec d'autres comportements déviantes et ses racines culturelles; L'efficacité juridique du droit à un environnement sain est ensuite remise en cause, à la lumière de la stratégie d'intervention globale de l'institution policière, pour lutter contre l'extraction illégale de l'or dans le département de Caldas. Cette enquête a été développée selon un paradigme qualitatif, avec une méthode descriptive, interprétative et inductive, à travers une revue documentaire, des entretiens semi-structurés, des résumés analytiques et des guides d'entretien. L'identification de la nature et de la structure du droit de jouir d'un environnement sain dans le système juridique colombien a constitué l'étape d'enquête qui a conduit à déterminer que sa genèse provenait du souci international de prévenir et de contrer les responsabilités environnementales résultant des transformations technologiques. , aspects économiques et

sociaux de la révolution industrielle, guerres mondiales, accidents humains, surpopulation de la planète et progrès technologiques, entre autres.

À partir de 1972, la protection de l'environnement naturel a rayonné des Nations Unies vers les systèmes régionaux des droits de l'homme et les États. En Colombie, les éléments constitutifs du droit à un environnement sain ne sont pas clairement définis. Cependant, la propriété et l'obligation sont brevetées dans l'État, les individus, les générations humaines présentes et futures; sa nature est collective. Ici, il est soutenu que les situations factuelles sont celles qui, dans chaque cas, donnent un caractère fondamental, collectif ou mixte au droit mentionné. Le manque de connaissances constitue un obstacle à leur exercice et à leur respect, à la formulation des politiques publiques, à la promulgation des lois et à leur justiciabilité.

Mots-clés: Droit à un environnement sain, environnement naturel, droits collectifs, environnement, droits fondamentaux, exploitation minière illégale, Police nationale colombienne.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Plan de redacción. - 1. Recuento histórico del derecho al ambiente sano. 1.1 Contexto Internacional. 1.2. Contexto Nacional. 2. Naturaleza Jurídica del ambiente sano en Colombia. 2.1. Legislación del ambiente sano. 2.2. El ambiente sano desde el Precedente Judicial. 3. Estructura del ambiente sano. 3.1. Objeto del Derecho al ambiente sano. 3.2. Titularidad del derecho al ambiente sano. 3.3. Obligatoriedad del ambiente sano. - Conclusiones. Referencias.

Introducción

En Colombia el derecho a gozar de un ambiente sano está siendo vulnerado por distintos factores, entre ellos, el de la minería (Vega, Alvarado, & Gutiérrez, 2017) y particularmente la que se desarrolla en el plano de la ilegalidad. Además de su arraigo cultural en el conglomerado social (Policía Nacional de Colombia; Grupo Remonta y Veterinaria Departamento de Policía Caldas, 2018), la minería ilícita se caracteriza por crecer vertiginosamente -muchas más personas la practican- y extenderse de manera rápida a nivel Nacional, haciendo presencia en entes territoriales como: Antioquia, Caldas, Risaralda, Amazonas, Caquetá, Huila, Marmato, Neira, Anserma, Riosucio, Supía y filadelfia. (Poveda, 2015)

Este tipo de minería evoluciona constantemente en sus formas, métodos y medios, se perfecciona y tecnifica cada vez más, hace metástasis con modalidades delictivas como el narcotráfico y la extorsión, entre otras, y se relaciona con bandas criminales y grupos armados organizados residuales (Policía Nacional de Colombia, 2014). La ilicitud en que se desarrolla la minería ilegal -inobservancia de formalidades y requisitos jurídicos- impide ejercer un efectivo control Estatal y genera impactos negativos de gran escala en el entorno natural.

La falta de licencias ambientales o planes de manejo ambiental ha generado gran descontento entre la población de este municipio, pues los impactos ambientales empiezan a sentirse con mayor fuerza ante la evidente falta de agua para los cultivos y contaminación de las fuentes hídricas que abastecen el municipio y los constantes derrumbes que se presentan tras los movimientos telúricos que realiza la tierra. (Vega, Alvarado, & Gutiérrez, 2017)

Las exploraciones y explotaciones mineras se han convertido en una fuente de amenazas y vulneración del derecho que se tiene a gozar de un ambiente sano, puesto que afectan directamente la flora, la fauna, los ecosistemas, los modos de producción y subsistencia de las colectividades, sus hábitos, sus costumbres, y su cosmovisión del mundo, daños que se tornan irreparables si se tiene en cuenta que una vez realizadas las excavaciones y las desviaciones de afluentes hídricos, las cosas no pueden volver a su estado anterior. (Burgos & Delgado, 2014, pág. 4)

La Policía Nacional como una de las Instituciones responsables del cumplimiento y realización efectiva de los fines esenciales del Estado Colombiano, en especial, “servir a la comunidad (...) garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (...) facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan (...) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (Const., 1991, art 2), en consonancia con la misión que constitucionalmente le fue endilgada (Const., 1991, art 218) y con las políticas del Gobierno Nacional en materia de medio ambiente, exploración y explotación de recursos minerales, ha diseñado estrategias y desplegado acciones encaminadas a contrarrestar la minería ilícita, así como a proteger libertades y derechos ciudadanos -entre ellos el ambiente sano-, patentadas en capturas, incautaciones, cierre de minas y destrucción de maquinaria, entre otros.

Según Burgos (2018), la sección remonta y veterinaria del Departamento de Policía Caldas, reportó que en 2016 se adelantaron:

Operativos policiales en sitios de mayor concentración de minería ilegal de la rivera del río Cauca, en los departamentos de Risaralda y Caldas, a saber: La India: 52 minas, El Pintado: 39 minas, Tintina: 36 minas, El Bohío: 31 minas, El Callao: 16 minas, La Bocana: 13 minas, Alcatraz: 12 minas, El Vaticano: 7 minas y otras 48 minas. Entre los principales resultados obtenidos se destaca la ejecución de 8 casos operativos, 8 operaciones Coordinadas, Conjuntas e interagenciales y 8 operaciones Estructurales de Policía Judicial. Producto de estas acciones fueron caracterizadas 250 minas, intervenidas 164 con ANM y quince (15) con capturas, 108 personas fueron aprehendidas en total, 10 mini dragas y 4 máquinas incautadas, 3 de estas inmovilizadas. El total del valor al que ascienden las incautaciones es igual a \$ 555.000.000 quinientos cincuenta y cinco mil millones de pesos. (pág.143)

En septiembre de 2015 la Policía Nacional desarrolló en el sector “el pintado”, municipio de “Filadelfia”, Departamento de Caldas, las Operaciones Nevado

XIV y XV, logrando 14 capturas y 32 incautaciones de elementos utilizados en la explotación ilícita de yacimiento minero. En enero de 2016, en el mismo sitio, la Institución adelantó las fases I y II de la Operación Nevado, obteniendo 43 capturas e incautando 196 elementos relacionados con extracción ilegal de minerales. No obstante, estos resultados, el citado fenómeno criminal está lejos de acabarse o por lo menos controlarse (Benavides Vanegas, 2016), situación que cuestiona la eficacia jurídica del derecho a gozar de un ambiente sano, en el marco de actuación de la Policía Nacional, específicamente en relación con la minería ilícita.

Para abordar el problema que se menciona, dentro de la investigación se planteó como objetivo general: “comprender cuál es la eficacia jurídica del derecho al ambiente sano, en el marco de la estrategia de intervención integral que despliega la Policía Nacional en el Departamento de Caldas, en contra de la minería ilícita de oro” y como objetivos específicos: “identificar en el ordenamiento jurídico Colombiano -Ley - precedente judicial- los componentes estructurales del derecho a gozar de un ambiente sano, describir la estrategia de intervención integral con que cuenta la Policía Nacional para contrarrestar la minería ilícita de oro en el Departamento de Caldas y determinar su incidencia en la garantía y protección del derecho a gozar de un ambiente sano.

Empero, este artículo se ocupa exclusivamente del primer objetivo específico, es decir, de la estructura del derecho a gozar de un ambiente sano en el sistema normativo colombiano, para lo cual se hace un recuento histórico desde la perspectiva Nacional e Internacional, al tiempo que se narra su desarrollo cronológico, se analiza su naturaleza jurídica desde la perspectiva legal y de precedente judicial -carácter fundamental o colectivo según el caso- y se mencionan sus elementos constitutivos (objeto, titularidad y obligación).

Problema de investigación

¿Cuál es la eficacia jurídica del derecho al ambiente sano, en el marco de la estrategia de intervención integral que despliega la Policía Nacional en el Departamento de Caldas, en contra de la minería ilícita de oro?

Metodología

La investigación que llevó a “identificar en el ordenamiento jurídico colombiano, específicamente en la ley y el precedente judicial, los componentes estructurales del derecho a gozar de un ambiente sano”, se enmarcó en un paradigma cualitativo con enfoque descriptivo interpretativo y método inductivo; las técnicas e instrumentos

de recolección de información utilizados fueron: revisión documental, entrevistas semiestructuradas, resúmenes analíticos y guías de entrevista.

Plan de redacción

Recuento histórico del derecho al ambiente sano. 1.1 Contexto Internacional. 1.2. Contexto Nacional. 2. Naturaleza Jurídica del ambiente sano en Colombia. 2.1. Desarrollo legal del ambiente sano. 2.2. El ambiente sano desde el Precedente Judicial. 3. Estructura del ambiente sano. 3.1. Objeto del Derecho al ambiente sano. 3.2. Titularidad del derecho al ambiente sano. 3.3. Obligatoriedad del ambiente sano.

1. Recuento histórico del derecho al ambiente sano

En esta sección se relata de manera general y aproximada la evolución del derecho al ambiente sano en Colombia. Desde el ámbito internacional se dan a conocer algunas causas que originaron su protección y ciertos instrumentos jurídicos que desde 1972 incorporaron la cláusula ambiental; en el contexto nacional se muestra cronológicamente el desarrollo normativo que ha presentado el citado derecho, tomando en cuenta algunas normas jurídicas del bloque de constitucionalidad, la ley y el precedente judicial.

1.1 Contexto Internacional

Las afectaciones ambientales ocasionadas por el consumo inadecuado de recursos naturales, coadyuvadas por las transformaciones económicas, tecnológicas y sociales de la revolución industrial (Instituto Colombiano de Derechos Humanos, 2018) y el uso indiscriminado de armas nucleares en la primera y segunda guerra mundial, como el patentado en agosto de 1945 en el ataque con bombas nucleares a Hiroshima y Nagasaki Japón por parte de Estados Unidos, que causó entre otras consecuencias lamentables, daños irreversibles al ambiente (Organización Mundial de la Salud, 1993, pág. 5), despertaron en los años setenta del siglo XX el interés universal por proteger el entorno natural del ser humano.

Este objetivo planetario encontró refuerzo en los pasivos ambientales surgidos como consecuencia de la revolución tecnológica y los accidentes humanos, como el sucedido el 26 de abril de 1986 en Chernobyl Ucrania, donde la contaminación ambiental con material radioactivo producto de la explosión de un reactor nuclear, propagada por buena parte de Europa a través del aire y de las nubes, impactó negativamente los pastos y cultivos, originó un sinnúmero de víctimas mortales,

heridos y discapacitados, propició el aumento de enfermedades como el cáncer, particularmente el de tiroides y ocasionó deformaciones congénitas en la población. (Discovery networks, 2012).

Desde los primeros años de la década de los setenta, la cuestión ambiental emergió en la agenda internacional y en distintos espacios comenzó a discutirse sobre el deterioro, la contaminación y el agotamiento de los recursos naturales y del ambiente en su conjunto (Minaverri & Cáceres, 2016, pág. 59)

Fue así como en la conferencia de Estocolmo del 1972, se adjudicaron como causas principales de contaminación del agua, del aire y del suelo, así como de destrucción y deterioro de recursos humanos insustituibles y de seres vivos, el poder que tiene el hombre para transformar recursos naturales en artificiales, la pobreza como fenómeno propio de países subdesarrollados, las tecnologías e industrialización de algunas naciones y el crecimiento demográfico mundial, razón por la que se formularon parámetros de actuación en lo que respecta al aprovechamiento de recursos naturales.

En esta cumbre se estableció que el disfrute del ambiente debía darse en condiciones de bienestar, libertad, igualdad, dignidad y no discriminación de las personas; que los Estados y sus coasociados estaban en la obligación de procurar la preservación del entorno natural para generaciones presentes y futuras, la restauración y mejora de condiciones de la tierra para la producción de recursos vitales, la conservación de flora y fauna en peligro grave, el no agotamiento de los recursos, el no vertimiento de sustancias tóxicas en el entorno, la no contaminación de los mares, la asistencia financiera y tecnológica para contrarrestar fenómenos naturales, la destinación de recursos para la conservación del medio ambiente, la planificación de la sostenibilidad y el desarrollo, la aplicación de políticas demográficas en caso de requerirse, el fortalecimiento de la ciencia, tecnología e innovación como instrumento de prevención y mitigación de impactos negativos, la educación ambiental, la cooperación entre estados, la prohibición de utilizar armas nucleares en contra del hombre y de su hábitat y la explotación de recursos naturales en el marco de una política ambiental definida. En importante anotar que a partir de esta conferencia al Estado se le atribuyó la responsabilidad por contaminación y daños ambientales.

Esta normativa internacional ha sido robustecida por la declaración de Río sobre el medio ambiente y desarrollo sostenible, por el programa XXI, por los convenios sobre diversidad biológica y cambio climático y por los principios instituidos para la protección de bosques, instrumentos surgidos de la cumbre de la tierra que se celebró en Brasil en 1992. En Johannesburgo esta conferencia se desarrolló en 2002, en ella se abordó el mejoramiento de condiciones de vida de personas en situación

de pobreza, el tratamiento adecuado de impactos medioambientales negativos y la procuración del desarrollo sostenible por parte de los Estados; en tratándose de este principio, en la cumbre de Rio+20 que se realizó en 2012, se lograron acuerdos mínimos en torno al documento denominado el futuro que queremos.

La preocupación mundial por adoptar medidas preventivas y/o de mitigación de perjuicios ambientales, evidenciada entre otros aspectos, en las cumbres e instrumentos jurídicos internacionales mencionados, parece haberse ido desplazando desde la Organización de las Naciones Unidas, hacia los sistemas regionales de derechos humanos. Sobre este tema Vernet & Jaira (2007) sostienen que la conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Humano, motivó la creación de instrumentos jurídicos internacionales de índole regional, tales como: la convención americana de derechos humanos, la carta africana de derechos humanos y de los pueblos, así como su incorporación en los sistemas jurídicos de los Estados.

No obstante y sin el ánimo de menguar importancia a la conferencia de Estocolmo, en relación con la protección del medio ambiente en los ámbitos mundial, regional y estatal, y sin la intención de restar mérito a la postura adoptada por los citados autores, vale la pena mencionar que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José -instrumento jurídico que constituye la columna vertebral del sistema interamericano de derechos humanos-, fue expedida en noviembre de 1969, es decir, unos años antes que la citada conferencia. Sin embargo, a partir de 1972 la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido protegiendo de manera activa el entorno natural a través de su precedente judicial.

Se suma a lo anterior que, el ambiente sano fue incorporado entre otros instrumentos jurídicos internacionales, en la declaración universal de los derechos humanos -artículo 25-, en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales -artículo 11-, en la resolución Nro. 2398 de 1968, en la comisión mundial del ambiente y el desarrollo de 1986, en la resolución 1990/41 y en la declaración de la sexagésima octava sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1990. (Briceño, 2003)

Al respecto, Vernet & Jaira (2007) destacan el papel desempeñado por órganos y normas jurídicas como son: la comunidad europea y su tratado de conformación, el consejo de Europa, la carta de derechos fundamentales de la unión europea, la cumbre de París de 1972, el convenio y tribunal europeo de derechos humanos, así como el convenio de Aarhus en la protección y garantía del derecho al ambiente sano. Para estos autores, la interacción entre el individualismo clásico y las ideologías sociales, también contribuyeron a la salvaguarda del entorno natural del hombre.

La visión proteccionista de la cumbre de la tierra también se trasladó hacia los Estados, lo que motivó a nivel interno, la expedición de normas jurídicas

y de disposiciones técnicas, la creación de instituciones estatales para asumir responsabilidades ambientales, la conformación de partidos políticos y movimientos cívicos verdes, así como de agremiaciones ciudadanas de control y veeduría, y la conformación de institutos para el desarrollo de investigación científica y tecnológica (Instituto Colombiano de Derechos Humanos, 2018). La influencia ejercida por la conferencia de Estocolmo, la cumbre de rio, las normas supremas de España, Portugal y Perú, contribuyó en la incorporación de la cláusula ambiental en el ordenamiento jurídico argentino. (Álvarez, 2012, pág. 14)

Algunos países europeos, americanos y asiáticos, también incorporaron en sus constituciones el derecho al ambiente sano, así lo hicieron Polonia, Yugoslavia, Portugal, España, Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Corea del Sur, Turquía y en la federación estadounidense los estados de Illinois, Pensilvania, Massachusetts, Rhode Island y Texas. (Amaya, 2003)

En resumen, los impactos ambientales negativos, ocasionando por la revolución industrial, las guerras, los accidentes humanos, los cinturones de pobreza de los Estados del tercer mundo, el crecimiento indiscriminado de la población, la industrialización de los países desarrollados y el atributo que tiene el hombre para transformar recursos naturales en artificiales, condujeron a la organización de las naciones unidas, a liderar acciones encaminadas a la protección del entorno natural del hombre, que desde la realización de la cumbre de la tierra, se han ido desplegando a nivel mundial, regional y estatal.

1.2 Contexto Nacional

No obstante la normativa jurídica de economía forestal y conservación de recursos naturales renovables de la Nación (Ley 2, 1959, art. 1 ss.), que guarda relación con el derecho al ambiente sano, en Colombia la cláusula ambiental parece haber surgido como consecuencia de la primera conferencia sobre Medio Humano, realizada por Naciones Unidas en 1972, por cuanto fue a partir de esta que se expidió la Ley 23 de 1973, donde el legislador con el objeto de prevenir y controlar la contaminación del entorno natural, así como de mejorar, conservar y restaurar los recursos naturales renovables, para proteger la salud y el bienestar de todos, dotó de facultades extraordinarias al presidente de la república para reglamentar lo relacionado con el ambiente (Trejo Cruz, Ome Barahona, & Restrepo Lizcano, 2019).

En esta norma se estableció que la ejecución de la política ambiental estaba en cabeza del Gobierno Nacional, quien se encargaría de coordinar las acciones entre las entidades públicas, crear incentivos y estímulos económicos para fomentar

iniciativas de protección ambiental, adelantar programas de educación y fijar mínimos de contaminación y aprovechamiento de recursos, incluir un rubro especial en el presupuesto nacional para programas de conservación, establecer sanciones -amonestaciones, multas, suspensión y clausura temporal de establecimientos o factorías contaminantes- e instituir el servicio nacional ambiental obligatorio para bachilleres, normalistas, técnicos o profesionales. Con esta ley surgió la responsabilidad civil del Estado por daños a la propiedad privada, ocasionados como consecuencia de contaminación o detrimento del entorno.

En ejercicio de las facultades que le fueron otorgadas y en el contexto de una Colombia en alto porcentaje rural, en 1974 el mandatario colombiano reglamentó: la política ambiental y sus medios de desarrollo, los asuntos del entorno natural de ámbito internacional, la preservación ambiental en relación con ruido, basuras, desechos, productos químicos y sustancias radioactivas, entre otros, el uso e influencia ambiental de recursos naturales renovables, la atmosfera y el espacio aéreo, las aguas marítimas y no marítimas, los recursos energéticos primarios, los recursos geotérmicos, la tierra y el suelo, la flora y la fauna terrestre y los recursos hidrobiológicos. (Decreto 2811, 1974)

El estatus legal de la cláusula ambiental fue superado con la expedición de la Constitución Política de 1991, que incorporó en el ordenamiento jurídico colombiano distintas disposiciones relacionadas con el derecho a gozar de un ambiente sano -fenómeno denominado constitución ecológica-, entre ellas, el artículo 79 superior. El rango constitucional de la citada prerrogativa fue coadyuvado por el protocolo adicional del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador -artículo 11-, por la convención de Naciones Unidas sobre cambio climático y por los convenios sobre diversidad biológica y control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (convenio de Basilea), entre otros, adscritos al bloque de constitucionalidad; en este asunto el precedente judicial de las altas cortes también ha jugado un papel significativo.

En 1993, en el marco de una Colombia mucho más urbana que la de los años setenta y adoptando los principios universales de la declaración de Río de Janeiro, el congreso de la república actualizó la política ambiental del país, creando el ministerio del medio ambiente, el sistema y consejo nacional ambiental, las corporaciones autónomas regionales, las entidades territoriales y de planificación ambiental, los fondos ambientales nacional y de la amazonia; reglamentando lo relativo a licencias ambientales y la participación ciudadana (Cuesta Hinestroza, Nupan Mosquera, Ramírez Moreno, & Palacios Lozano, 2016); liquidando el Inderena y fundando institutos de investigación científica como el de hidrología, meteorología y estudios ambientales (IDEAM), el de investigaciones marinas y

costeras “José Benito Vives de Andreis” (INVEMAR), el de investigación de recursos biológicos “Alexander von Humboldt”, el de investigaciones ambientales del pacífico “John von Neumann” y el amazónico de investigaciones científicas “Sinchi”; a las universidades públicas y privadas se les atribuyó la obligación de brindar apoyo con sus centros de indagación científica, en asuntos concernientes al entorno natural. (Ley 99, 1993).

En 1994 fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano el convenio sobre diversidad Biológica, con el que la Organización de las Naciones Unidas y los Estados parte, proyectaron:

“la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada.” (Ley 165, 1994)

En los diferendos que al respecto se pudieran presentar entre los Estados, la norma preceptúa que las partes en conflicto deben procurar una solución armónica a través de la negociación o la mediación de un tercero; cuando no sea posible llegar a un acuerdo por estos medios, los interesados deben acudir de manera obligatoria al arbitraje y/o la conciliación.

Posteriormente, en desarrollo del artículo 88 constitucional, el congreso de la república reglamentó los mecanismos de protección de derechos e intereses colectivos, a saber: las acciones populares y las de grupo, instituidas en el primer evento para prevenir y/o terminar la vulneración del derecho, y en el segundo, para solicitar el resarcimiento económico de perjuicios ocasionados con motivo de la conculcación de un derecho; están legitimados para accionar: personas naturales o jurídicas, entidades públicas con atribuciones de control, intervención y vigilancia, alcaldes y servidores públicos facultados expresamente por la constitución y la ley, ministerio público y organizaciones no gubernamentales o cívicas (Ley 472, 1998)

Para reforzar la protección del entorno natural se crearon conductas punibles como son: la contaminación ambiental, el ilícito aprovechamiento de recursos naturales renovables, la violación de fronteras para la explotación de recursos naturales, el manejo ilícito de microorganismos nocivos, el daños en los recursos naturales, la contaminación ambiental culposa por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, la experimentación ilegal en especies animales o vegetales, la pesca ilegal, la caza ilegal, la invasión de áreas de especial importancia ecológica

y la explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales (Ley 599, 2000). La vida e integridad física y emocional de los animales fueron consideradas un bien jurídico tutelado en materia penal (Ley 1774, 2016). Todo lo anterior fue complementado procesalmente por el código de procedimiento penal colombiano. (Ley 906, 2004)

El régimen sancionatorio ambiental fue expedido para contrarrestar acciones u omisiones contrarias al código de Recursos Naturales Renovables y a las leyes 99 de 1993 y 165 de 1994, así como a los actos administrativos expedidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. En esta normativa se incorporaron entre otros asuntos, las infracciones en materia ambiental, los procedimientos para imponer medidas preventivas y sanciones, los parámetros para la disposición final de especímenes de flora y fauna, la aprehensión total o parcial, el decomiso preventivo o definitivo y/o la restitución, el ministerio público ambiental y los portales de información para el control de la normatividad ambiental. (Ley 1333, 2009)

En 2011 el Gobierno Nacional proyectó al sector mineroenergético del país, como una locomotora importante de desarrollo; la exploración y explotación de recursos naturales no renovables y de minerales como: oro, petróleo, esmeraldas, coltán y carbón, entre otros, impulsarían a Colombia en el ámbito Internacional como una de las potencias económicas más importantes y estables de Suramérica; sin embargo, los impactos negativos en los recursos naturales renovables, con motivo del desarrollo de esta política de gobierno, no fueron tenidos en cuenta en esta norma. En tratándose de la tutela del medio ambiente, se exalta del plan nacional de desarrollo “Prosperidad para Todos”, el papel indirecto que tuvo en la protección del entorno natural, la prohibición de utilizar equipos mecanizados como: dragas, mini dragas y retroexcavadoras, en proyectos mineros sin título inscrito en el registro minero nacional. (Ley 1450, 2011)

Dentro del plan nacional de desarrollo denominado “todos por un nuevo país”, el Gobierno Nacional en 2015 proyectó el despliegue de políticas transversales y regionales, entre ellas, la del crecimiento verde, con énfasis en el medio ambiente, la sostenibilidad y la conservación ambiental, en regiones tales como: los llanos orientales, el pacífico y la centro sur amazonia. En aras de proteger la vida y la integridad de las personas, así como al entorno natural, se establecieron sanciones para los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos y biocombustibles, que inobservaran norma jurídica o desatendieran órdenes del ministerio de minas y energía. (Ley 1753, 2015)

En 2016 el Congreso de la República, en aras de contribuir a la generación de condiciones mínimas de convivencia en el territorio nacional y propiciar el cumplimiento de los deberes ciudadanos, para el caso concreto con relación al

ambiente, expidió el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, donde tuteló bienes jurídicos como: el recurso hídrico, la fauna, la flora, el aire y el sistema nacional de áreas protegidas (SINAP), instituyó procedimientos para la aplicación de medidas preventivas y correctivas, ambientales y mineras, y estableció como principales sanciones para los comportamientos contrarios a la convivencia, la amonestación, la suspensión temporal de actividad, la multa, el decomiso y la participación en programa comunitario o actividad pedagógica de convivencia.

Sumando esfuerzos para contrarrestar el cambio climático y sus efectos, garantizar la materialización del desarrollo sostenible, combatir la pobreza, reducir las emisiones de gases con efecto invernadero, promover la resiliencia climática, no comprometer la seguridad alimentaria del país, la región y la del mundo, así como evitar el aumento de la temperatura, el Estado colombiano incorporó en su ordenamiento jurídico el acuerdo de París. (Ley 1844, 2017)

Por otra parte, el derecho a gozar de un ambiente sano visto desde la perspectiva del precedente judicial de la Corte Constitucional, tomando en cuenta su naturaleza colectiva o fundamental según el caso –este parece ser el aspecto más relevante que analiza el máximo órgano judicial en sus sentencias–, deja ver el siguiente comportamiento: en 1991 esta prerrogativa fue incorporada en la sección de derechos colectivos y del ambiente de la constitución política; en 1992 la Corte Constitucional le atribuyó carácter fundamental (Sentencia T-411, 1992) y al mismo tiempo naturaleza colectiva (Sentencia T-415, 1992); esta antinomia jurisprudencial fue resuelta por la Corte Constitucional, aduciendo el carácter colectivo del ambiente sano (Sentencia SU-067, 1993), postura que con argumentos un tanto contradictorios, mantiene hasta el día de hoy.

Finalmente, a pesar de la protección de los recursos naturales por parte del Estado colombiano, con anterioridad a 1972, fue después de la cumbre de la tierra que el país implementó una política ambiental más o menos definida, expidió normas jurídicas sustanciales, procedimentales y sancionatorias, creó instituciones y autoridades competentes para atender asuntos relacionados con el entorno natural, incorporó en el ordenamiento jurídico de manera expresa el derecho a gozar de un ambiente sano, así como los mecanismos constitucionales de protección, instituyó conductas punibles y comportamientos contrarios a la convivencia para tutelar bienes jurídicos ambientales y destinó presupuesto para atender los asuntos ambientales. Desde entonces, hay programas de gobierno que se han encaminado a proteger de alguna forma el ambiente. De igual manera, fue con posterioridad a esta cumbre que surgieron partidos políticos verdes y movimientos cívicos ambientalistas.

2. Naturaleza Jurídica del ambiente sano en Colombia

En esta sección se analiza de manera general, la naturaleza jurídica del derecho al ambiente sano en el Estado Colombiano -carácter fundamental o colectivo según el caso-, desde las perspectivas constitucional, legal y de precedente judicial.

2.1 Desarrollo legal del ambiente sano

El derecho a gozar de un ambiente sano nació en Colombia con la expedición del código nacional de recursos naturales renovables y de protección al entorno natural. No obstante, la ley 23 de 1973 y el decreto 2811 de 1974, no dicen nada acerca de su naturaleza; estas normativas coincidieron en considerar al ambiente como “patrimonio común” del conglomerado social, de donde se desprende aparentemente su naturaleza colectiva; en igual sentido, la Asamblea Nacional Constituyente parece haberle otorgó el mismo carácter, al haberlo incluido en la sección de derechos colectivos y del ambiente de la constitución nacional (Const., 1991, art. 79). Empero, atribuir esta naturaleza al ambiente sano con motivo de su ubicación en la carta política, se torna equivocado porque, en primer lugar:

“Los títulos y subtítulos de la Constitución no tienen el carácter de norma jurídica y como tal no delimitan el ámbito de los derechos fundamentales. Tales títulos fueron obra de la Comisión Codificadora y no voluntad jurídica significativa de la Asamblea”. (Sentencia T-406, 1992, pág. 19)

En segundo lugar y concatenado con lo anterior, se estaría desconociendo el bloque de constitucionalidad y la cláusula de derechos innominados (Const., 1991, arts. 93 y 94), que en contextos donde la existencia humana llegando a estar en riesgo, se relaciona estrechamente con el ambiente sano, este derecho adquiere naturaleza fundamental independientemente de lo que textualmente preceptúe la norma superior. A esto se suma que, “hoy se reputan fundamentales algunos derechos que quizá mañana no lo sean, como mañana pueden llegar a tener ese carácter algunos que hoy no hemos imaginado” (Sentencia T-406, 1992, pág. 16) .

Sin embargo, abordando el ambiente sano desde el enfoque constitucional exegético, en relación con su naturaleza jurídica, vale la pena mencionar que:

El término “derecho colectivo” ha sido utilizado para referirse a dos tipos muy distintos de derechos: (i) los derechos que pertenecen a las comunidades de forma independiente y separada de sus miembros (“derechos de grupo”); y (ii) los derechos que se le reconocen a los individuos por su pertenencia a una determinada comunidad (“derechos especiales”). (Saulino, 2015, pág. 273)

Para los argentinos la dimensión e incidencia colectiva del derecho al ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, incorporado en el artículo 41 de la norma suprema, salta a la vista cuando el defensor del pueblo o las asociaciones ambientales, accionan en aras de solicitar su protección. (Álvarez, 2012, pág. 16)

Por otra parte, Briceño (2003) sustenta el carácter fundamental de la cláusula ambiental, en su incorporación en distintos instrumentos jurídicos internacionales y en la interpretación que de ella se hace a la luz de conceptos como: unidad, indivisibilidad, conexidad e interdependencia con otras prerrogativas humanas.

Empero, a pesar de que el derecho internacional ha motivado la incorporación del ambiente sano en los sistemas jurídicos de distintos países del mundo, en algunos de ellos con alcance constitucional, no es dable atribuir a este acontecimiento la naturaleza fundamental del citado derecho, por las siguientes razones:

En primer lugar, algunas resoluciones, conferencias y convenios internacionales, no poseen carácter vinculante para los Estados, por no haber sido firmados y ratificados por estos, como sucede en Colombia con la declaración de río, la conferencia de Estocolmo y la cumbre de desarrollo sostenible de Johannesburgo 2002. En segundo lugar, de la lectura de los instrumentos normativos internacionales que protegen el medio ambiente, no necesariamente se llega a esta conclusión. En tercer lugar, se debe tener en cuenta que algunos doctrinantes hacen una distinción clara entre derechos humanos y derechos fundamentales, aduciendo que unos y otros no precisamente se corresponden.

Al respecto Sánchez (2016) sostiene que, las personas por el simple hecho de haber nacido, por pertenecer a la raza humana, por encontrarse revestidos de dignidad y libertad y en aras de buscar su felicidad, son titulares de derechos humanos; en el grupo de los derechos fundamentales incluye únicamente a aquellos que, en virtud de la soberanía nacional, los Estados han decidido asignarle ese estatus constitucional.

En una perspectiva diferente se encuentran quienes consideran que el ambiente sano es un principio programático o un mandato al legislador y en esa medida, niegan su estatus de derecho. Quienes piensan o argumentan así, deben tener presente que la obligación del Estado colombiano consistente en “proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines” (Const., 1991, art. 79), no se limita únicamente a la expedición de normas jurídicas o técnicas, sino también al despliegue efectivo de acciones fácticas, encaminadas a garantizar el disfrute del ambiente sano de manera eficiente, eficaz y efectiva.

La pugna entre los extremos de pensamiento, específicamente entre quienes sostienen que el ambiente sano es un derecho fundamental y los que lo catalogan como colectivo, ha llevado a entender como antagónicos dos conceptos que se pueden mover en esferas jurídicas diferentes, y en tal sentido no colacionar, con mayor razón si se tiene en cuenta que, los derechos opuestos a los primeros, son los no fundamentales y a los segundos, las prerrogativas individuales. Esta situación ha generado desinformación, así como confrontación doctrinal y jurídica permanente.

El carácter colectivo del ambiente encuentra sustento en una porción de la doctrina que lo denomina como un “bien de interés público”, que “se diferencia de los bienes privados en que, una vez que existen, todos los miembros del grupo pueden disfrutar del bien, sin que el disfrute por parte de un individuo afecte la oportunidad de los demás de disfrutarlo” (Saulino, 2015, pág. 266).

Entre tanto, la dimensión fundamental del ambiente sano se patenta en la aplicación del principio desarrollo sostenible (Ley 99, 1993, art. 1), que busca la satisfacción de derechos económicos y ambientales, de generaciones presente y futuras (Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992). Al respecto es importante mencionar que, para que las generaciones futuras puedan hacer efectivos sus derechos, entre ellos el del ambiente sano, deben primero existir materialmente, y para que esto pueda darse en la práctica, es indispensable que las generaciones presentes puedan acceder al agua, al aire, al suelo, a la flora y a la fauna, recursos naturales sin los cuales la vida no tendría viabilidad en el planeta tierra.

La prolongación de la humanidad como requisito fundamental para la satisfacción de derechos de generaciones presentes y futuras, cuestiona firmemente el enfoque neoliberal que hoy se le está dando al desarrollo sostenible, al tomar en cuenta que, “el ambiente es patrimonio común de la humanidad y necesario para la supervivencia y el desarrollo económico y social de los pueblos”. (Decreto 2811, 1974, art. 2)

Como se mencionó anteriormente, la naturaleza colectiva o fundamental del derecho al ambiente sano, no depende de manera exclusiva de su inclusión en una u otra sección de la constitución política de 1991, ni de su incorporación en tratados internacionales firmados y ratificados por Colombia, sino de su adscripción al concepto denominado “bien público”, incorporado en distintas normas jurídicas relativas al entorno natural, que en la primera parte de este trabajo fueron mencionadas, o de su vinculación al calificativo “esencial para la humanidad” (Sentencia T-406, 1992, pág. 20). Su fundamento se encuentra, por un lado, en que cualquier persona tiene derecho a disfrutar del entorno natural, sin que sea necesario pertenecer a un grupo de personas determinado, como comunidades afro, indígenas y raizales, entre otras, y por el otro, en que se erige como requisito *sine*

qua non para el desarrollo de la vida en condiciones óptimas y para la prolongación de la existencia humana.

2.2 El ambiente sano desde el Precedente Judicial

A partir de 1991 la Corte Constitucional resolvió algunas tutelas instauradas por actores que adujeron conculcación de derechos constitucionales, entre ellos, el del ambiente sano, como resultado de acciones y omisiones estatales y de injerencias arbitrarias de particulares, constitutivas de pasivos ambientales y afectaciones de garantías y libertades. Los pronunciamientos proferidos por este órgano judicial presentaron variaciones importantes que vale la pena resaltar.

En 1992 la puesta en funcionamiento en la ciudad de Cartagena, de un alcantarillado inconcluso por parte de empresas públicas municipales, que ocasionó desbordamiento de aguas negras, contaminación del ambiente y malos olores, hizo que un ciudadano a través de la acción de tutela solicitara la protección de la salubridad pública y del ambiente sano; el Tribunal Administrativo de Bolívar en primera instancia no tuteló los derechos, al considerar que el mecanismo idóneo era la acción popular y no la tutela.

En sede de revisión la Corte Constitucional revocó el fallo del tribunal, aduciendo como criterio analítico para la identificación de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano, “la conexión directa con derechos expresamente consagrados” (Sentencia T-406, 1992, pág. 20); argumentó que en ocasiones los “derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección” (Sentencia T-406, 1992, pág. 20); además sostuvo que:

El derecho al servicio de alcantarillado, en aquellas circunstancias en las cuales afecte de manera evidente derechos y principios constitucionales fundamentales, como son los consagrados en los artículos 1 (dignidad humana), 11 (vida) y 13 (derechos de los disminuidos), debe ser considerado como derecho susceptible de ser protegido por la acción de tutela (Sentencia T-406, 1992, pág. 28)

En el mismo año, el máximo tribunal conoció un caso donde el accionante en su condición de persona natural y representante de un molino de arroz, solicitó al juzgado primero de instrucción criminal de granada Meta, ordenar al Alcalde levantar los sellos impuestos como consecuencia del aparente mal manejo de desechos (abandono y quemas de cascarilla de arroz), causante de altas cantidades de ceniza, que produjeron afectaciones pulmonares y respiratorias en habitantes

de sectores aledaños, así como de contaminación del entorno natural. En primera y única instancia la mencionada solicitud no fue tutelada por el juez competente.

La corte constitucional solucionó el caso desarrollando el concepto de constitución ecológica, al encontrar que 34 disposiciones normativas superiores se referían al derecho al ambiente sano o guardaban algún tipo de relación con él, por lo que en su momento consideró que “de la concordancia de estas normas, e inscritas en el marco del derecho a la vida (...) se deduce que el ambiente es un derecho constitucional fundamental para el hombre, pues sin él, la vida misma correría letal peligro” (Sentencia T-411, 1992, pág. 9).

Sostuvo igualmente que, la constitución ecológica y el derecho fundamental al ambiente sano se fortalecían en el bloque de constitucionalidad (Art. 93 Constitucional), al tomar en cuenta que el Estado Colombia había firmado y ratificado tratados Internacionales de derechos humanos y derecho Internacional humanitario, que contenían disposiciones normativas dirigidas a la protección del entorno natural.

En 1992, en representación de una fábrica de lácteos y de habitantes de dos barrios de Buga la Grande, en el Departamento del Valle del Cauca, un ciudadano inicio acción de tutela en contra del alcalde, el personero y el director de saneamiento ambiental, aduciendo afectaciones al entorno natural, generadas como consecuencia de su actuación omisiva, que junto a la autorización otorgada por la corporación autónoma del valle, permitieron la instalación de una planta que para la producción de asfalto, utilizaba agua y piedra proveniente del río bugalagrande. En primera y única instancia la juez primera Superior de Tuluá, sostuvo que el ambiente sano era un derecho humano básico, prerrequisito y fundamento para la garantía y protección de otros derechos (Sentencia T-415, 1992, pág. 3), por lo que ordenó a la planta asfáltica suspender actividades.

Al respecto la Corte constitucional acogió una postura ambigua y contradictoria, al considerar al ambiente sano como el conjunto de condiciones básicas necesarias para la supervivencia del ser humano –carácter fundamental del derecho-, y al propio tiempo manifestar que, para su reconocimiento y protección, vía acción de tutela, era necesaria la conexidad con derechos fundamentales. Esto no solo se torna ilógico y oscuro, sino que además patenta el carácter colectivo que le atribuyó a la citada prerrogativa.

El derecho al medio ambiente (...) han sido concebidos como un conjunto de condiciones básicas que rodean al hombre, que circundan su vida como miembro de la comunidad y que le permiten su supervivencia biológica e individual, (...) De esta manera deben entenderse como fundamentales para la supervivencia de la especie humana (...) No sólo se entendió el medio ambiente como un derecho

esencial de los seres humanos, sino como uno de los fines del Estado, porque de su concreción depende no sólo el desarrollo integral de la especie humana, sino también la protección de las más mínimas condiciones de supervivencia (...) De acuerdo con lo anterior, las circunstancias especiales del caso (...) permiten establecer, una conexidad evidente entre el derecho a gozar de un medio ambiente sano y otros también de carácter constitucional, a saber: el derecho a la salubridad (art. 49), a la vida (Art. 11), al trabajo (Art. 25), a la prevalencia del interés general (Art. 1). (Sentencia T-415, 1992, págs. 7-13).

En 1993 y en representación del Movimiento 19 de abril (M19), un ciudadano promovió acción de tutela en contra de la decisión adoptada por el consejo nacional de estupefacientes, consistente en fumigar con glifosato los cultivos de amapola, argumentando conculcación del ambiente sano y sitios de alto valor ecológico, destrucción de ecosistemas y vulneración de derechos como la participación y el hábitad adecuado (Sentencia SU-067, 1993, pág. 4); el juzgado setenta y nueve de instrucción criminal ambulante, declaró la improcedencia de la mencionada acción.

El caso fue solucionado por la Corte Constitucional, quien hizo énfasis en la relación que debe existir entre, el derecho al ambiente sano y uno de naturaleza fundamental, para la procedencia de la acción tutela, es decir, la conexidad entre la afectación del primero derecho con la vulneración del segundo. De esta manera ratificó el carácter colectivo del ambiente sano (Sentencia SU-067, 1993, pág. 4) y superó la antinomia jurisprudencial de 1992, consistente en haber otorgado al mismo tiempo al ambiente sano, carácter fundamental y colectivo.

El requisito de conexidad mencionado anteriormente fue reiterado en las sentencias T-219 de 1994 y T-154 de 2013, en litigios donde por un lado, residentes de algunas veredas del Municipio de Facatativá instauraron acción de tutela en contra de una compañía dedicada a elaborar alimento concentrado para aves, aduciendo presencia de olores fétidos y solicitando la protección del ambiente sano, el agua potable y la valorización de sus predios, y por el otro, un ciudadano del corregimiento la loma, municipio el Paso, Departamento del Cesar, accionó por el mismo medio, en contra de la sociedad Drummond Ltda, argumentando que una mina ubicada a 300 metros de su vivienda, estaban vulnerándole la vida, la salud, la intimidad y el ambiente sano.

Es importante indicar que la conexidad que exige la Corte Constitucional, entre la afectación del entorno natural -derecho colectivo- y la de un derecho fundamental, para que opere la protección del ambiente sano a través de la acción tutela, no hace que este derecho adquiera naturaleza fundamental, razón por la que “vía conexidad”, no podría aducirse la existencia del derecho fundamental al ambiente sano.

En 2014, la construcción y puesta en funcionamiento de un relleno sanitario en la vereda Cantagallo, Corregimiento de Pijiguayal, Municipio de Ciénaga de Oro, motivó a los integrantes de la comunidad indígena “venado” del pueblo Zenú, a iniciar acción de tutela en contra de “la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge - CVS, Empresa de Servicios Públicos CORASEO S.A., el Ministerio del Interior - Dirección de Consulta Previa y Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías” (Sentencia T-294, 2014, pág. 4), alegando afectaciones a una reserva forestal, diez (10) fuentes de agua dulce y diez (10) de agua subterráneas altamente potables y la conculcación de derechos como la “consulta previa, la participación, la vida y la subsistencia como pueblos indígenas, la propiedad colectiva, a no ser desplazados, al debido proceso, al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación y al ambiente sano” (Sentencia T-294, 2014, pág. 6).

Para la Corte Constitucional la interpretación del derecho a gozar de un ambiente sano a la luz del principio de igualdad -situación que debe operar en todos los casos-, constituye derecho fundamental de acceso y reparto equitativo a bienes ambientales y cargas contaminantes; empero, paradójicamente en el mismo fallo afirmó que:

El mecanismo de las acciones populares no impide la procedencia de la acción de tutela cuando la afectación del derecho colectivo, para cuya protección se consagran las primeras, conlleva la vulneración o amenaza de derechos fundamentales en el caso concreto (pág.76)

En esta oportunidad el órgano judicial adoptó una postura ambivalente y confusa en relación con el ambiente sano, al considerándolo indispensable para la vida humana –dimensión fundamental– y al afirmar que exceptuando las situaciones donde se advierta conexidad con derechos fundamentales, para cuya protección se autoriza la acción de tutela, su reconocimiento debe procurarse a través de acciones populares.

Con excepción de algunas contradicciones de la Corte Constitucional (Quinche, 2014), por regla general el ambiente sano patenta un carácter colectivo desde el precedente judicial, incluso en eventos donde se advierte relación de implicación entre las afectaciones de los derechos colectivos y las de los fundamentales, dado que:

los juzgadores deben ser especialmente cuidadosos y constatar si se presenta conexidad con la afectación de derechos fundamentales, en cuanto es trascendente que del atentado contra bienes colectivos se derive también la vulneración o amenaza individual (...) la orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado y no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza (Sentencia T-154, 2013, pág. 22)

En resumen, en 1992 la Corte Constitucional atribuyó carácter fundamental (Sentencia T-411, 1992) y colectivo (Sentencia T-415, 1992) al ambiente sano; esta antinomia de precedente judicial fue superada en 1993, cuando el máximo órgano judicial sostuvo la naturaleza colectiva del citado derecho (Sentencia SU-067, 1993), postura que con argumentos paradójicos mantiene hasta el día de hoy.

3. Estructura del ambiente sano

En esta sección se describen los elementos constitutivos del ambiente sano en el ordenamiento jurídico colombiano, haciendo hincapié en su objeto, titularidad y obligación.

3.1 Objeto del Derecho al ambiente sano

La Ley 23 de 1973 no se refirió expresa o taxativamente a los componentes del derecho al ambiente sano, pero preceptuó que la atmósfera y los recursos naturales renovables, hacían parte del medio ambiente y que el aire, el agua y el suelo, eran considerados bienes contaminables (Ley 23, 1973, arts. 2 y 3). En desarrollo de esta normativa el presidente de la república expidió el Decreto Ley 2811 de 1974, donde sin aludir al objeto del derecho, enlistó los elementos constitutivos de los recursos naturales renovables, así:

“La atmósfera y el espacio aéreo nacional, las aguas en cualquiera de sus estados, la tierra, el suelo y el subsuelo, la flora, la fauna, las fuentes primarias de energía no agotables, las pendientes topográficas con potencial energético, los recursos geotérmicos, los recursos biológicos de las aguas y del suelo y el subsuelo del mar territorial y de la zona económica de dominio continental e insular de la República y los recursos del paisaje” (Decreto Ley 2811, 1974, art. 3).

A diferencia de la vida, la libertad, la igualdad y la propiedad privada -derechos caracterizados por generar en sus titulares certidumbre y claridad respecto de su objeto-, el ambiente sano (Const., 1991, art. 79) es un término oscuro e incierto, como quiera que las normas jurídicas domésticas y los instrumentos normativos internacionales de derechos humanos -universales (ONU) o regionales (OEA y unión europea, entre otros), no delimitan claramente su contenido y elementos.

Según la Corte Constitucional el medio ambiente es un “conjunto de condiciones básicas que rodean al hombre, que circundan su vida como miembro de la comunidad y que le permiten su supervivencia biológica e individual, además de su desempeño normal y desarrollo integral en el medio social” (Sentencia T-415, 1992, pág. 7); pero ¿Qué debe entenderse por conjunto de condiciones básicas?,

¿cómo delimitarlas? y ¿Cómo están conformadas?, son interrogantes que evidencian vaguedad e indeterminación (García, 2014) del concepto. El máximo órgano judicial sostiene que:

la protección al ambiente no es un “amor platónico hacia la madre naturaleza”, sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto invernadero, el ruido, la deforestación, el aumento de la erosión, el uso de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial. (Sentencia T-411, 1992, pág. 12)

También afirma que el recurso hídrico posee carácter fundamental cuando se destina al consumo humano, dada su conexión con la salud y la vida en condiciones dignas (Sentencia T-294, 2014, pág. 76) -derecho autónomo en virtud de la conexidad-, postura que se contrapone con la que considera el agua como un elemento de los recursos naturales. Sea lo que fuere, lo cierto es que este recurso es esencial para la humanidad, bien que se lo mire desde una perspectiva singular fundamental, o bien que se la incluya en conceptos como medio ambiente y ambiente sano.

La poca claridad que se tiene con relación al objeto del derecho al ambiente sano, ha llevado a equiparar sus elementos con los del ambiente y en esa medida, a definirlos de manera idéntica. Para Pacheco (2004) el medio ambiente es un “conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas, sociales, etc., que rodean a las personas.” (pág.4). Para Serna (2007):

La problemática ambiental desde un enfoque sistémico, desde el cual se entiende el medio ambiente como un sistema que incluye formas de vida, construcciones simbólicas e instituciones sociales. Está conformado por elementos abióticos (el aire, el agua, el suelo, las rocas, los minerales, la energía, la atmósfera, el clima), bióticos (organismos vivos: la flora, la fauna, los seres humanos), y componentes sociales, que se refieren a los derivados de las relaciones que se manifiestan a través de la cultura, la ideología y la economía son productos de la actividad humana, como lo son las expresiones culturales el lenguaje, las costumbres, las creencias, el arte, la ciencia, la tecnología). (pág.356)

Por su parte, Sánchez (2013) se refirió al medio ambiente desde los enfoques material y jurídico; dentro del primer término el autor refiere dos acepciones del término; un plano general donde se incluyen los elementos materiales e inmateriales que influyan positiva o negativamente en la vida del hombre, como son: urbanismo,

paisaje, estética, patrimonio histórico, artístico, social y cultural; un plano restringido donde solo los elementos bióticos y abióticos adquieren significación. El enfoque jurídico del medio ambiente:

Estaría compuesto por los recursos naturales, entre los que tradicionalmente se incluyen la flora y fauna y los tres reinos clásicos de la naturaleza (suelo, aire, agua), a los que se han ido incorporando otros elementos que no son propiamente de la naturaleza como el patrimonio histórico, artístico y el paisaje, que encuentran relación con aquel interés (Sánchez Z. S., 2016, pág. 125)

A pesar de los esfuerzos por definir y delimitar el objeto del entorno natural y del ambiente sano, se patentan confusiones porque el sistema normativo colombiano no los detalla de manera expresa o taxativa, generando oscuridad, vaguedad y desinformación.

En este trabajo se sostiene que el ambiente sano es un derecho camaleónico, dado que cuando se aborda desde una perspectiva colectiva, sus elementos son todos aquellos necesarios para el disfrute de otros derechos en un contexto de dignidad, que al quebrantarse, menoscabar o no ser reconocidos, no ponen en peligro la supervivencia humana; su dimensión fundamental se patentó cuando con la afectación de uno de sus elementos, se lesionan prerrogativas constitucionales que amenazan la existencia de las personas o la prolongación de la raza humana (RT en Español, 2018).

A la pregunta de si es posible la vida en un mundo desértico, sin agua o sin aire, puede responderse rotundamente un “no”, situación que deja ver la naturaleza fundamental del ambiente sano y sus elementos. Cuando el interrogante se encamina a determinar si la falta de vías, su mal estado o la contaminación visual, hacen imposible la existencia de la humanidad o amenazan la vida y libertad de las personas, se obtendría como respuesta un “no”, lo que pone evidencia la naturaleza colectiva del ambiente sano y sus componentes.

La versión mixta –colectivo/fundamenta– del derecho al ambiente sano se presenta en casos donde, sin que se vulneren vidas o se amenace la existencia humana, la afectación del entorno natural quebranta derechos constitucionales como consecuencia de una omisión estatal injustificada, lo que sitúa a los titulares del derecho en una posición jurídica que les permite esgrimir razones válidas y suficientes en contra del Estado, para exigir el despliegue y ejecución de acciones fácticas positivas (Arango, 2012) encaminadas a la garantía y protección de sus derechos.

Esta versión ecléctica del ambiente sano se patentó por ejemplo: cuando la contaminación ambiental por la que atraviesa la ciudad de “Medellín”, donde la polución y el grado de afectación al entorno natural –especialmente del aire– en los

meses de Junio de 2016 (Hora 13 Noticias, 2016), febrero y marzo de 2017 (Noticias RCN, 2017), al igual que marzo de 2018 (Caracol Televisión, 2018), ha rebasado las capacidades ciudadanas para contrarrestar la problemática, situación que faculta a sus habitantes para exigir del Estado, la realización de actividades fácticas de protección y garantía del ambiente sano, que al no ser desplegadas, además de vulnerar derechos, pone en peligro la vida misma de las personas domiciliadas en Medellín.

En resumen, los elementos constitutivos del derecho al ambiente sano se encuentran dentro de las normas jurídicas que reglamentan el entorno natural y los recursos naturales en Colombia. Algunos de ellos son: la atmósfera, el espacio aéreo nacional, las aguas en cualquiera de sus estados, la tierra, el suelo y el subsuelo, la flora, la fauna, las fuentes primarias de energía no agotables, las pendientes topográficas con potencial energético, los recursos geotérmicos, los recursos biológicos de las aguas y del suelo y el subsuelo del mar territorial y de la zona económica de dominio continental e insular, los recursos del paisaje, los ecosistemas, los bosques, los parques naturales y la diversidad biológica, entre otros.

3.2 Titularidad del derecho al ambiente sano

Al asemejar el entorno natural con el derecho al ambiente sano se evidencian dificultades relativas a la titularidad; algunas disposiciones normativas preceptúan que el ambiente es “patrimonio común” (ley 23, 1973, art. 2; Decreto Ley 2811, 1974, art. 1), de donde parece desprenderse la titularidad colectiva del ambiente sano, lo cual encuentra refuerzo en su incorporación expresa en la Constitución Política de Colombia y en la definición jurídica de las acciones populares y de grupo (Const., 1991, art. 88); sin embargo, esto es insuficiente para atribuir dicha titularidad.

En 1992 la Corte Constitucional citando a Diego Uribe Vargas, adujo que del ambiente sano “no son sólo titulares los ciudadanos, sino los conglomerados, dentro de las múltiples modalidades de asociación hasta cobijar al mismo Estado” (Sentencia T-415, 1992, pág. 7), es decir, defendió la titularidad mixta del mencionado derecho.

Para Florencia (2015), el considerar el ambiente sano como un derecho individual, facilitaría a los integrantes del conglomerado social, exigir el desarrollo de políticas públicas¹ encaminadas a garantizarlo y protegerlo, lo que a su juicio

¹ Sobre el tema, es necesario resaltar que son las mismas condiciones sociales, e incluso los reclamos sociales, los que llevan al juez constitucional a intervenir en el diseño y el desarrollo de políticas públicas (incluyendo la materia ambiental), toda vez que la gobernanza, entendida como la capacidad financiera y administrativa para convertir las decisiones del Estado, se encuentra en crisis (Arévalo Perdomo &

configuraría una carta de triunfo para superar consideraciones de utilidad general y concepciones colectivas relacionadas con el nivel óptimo de calidad ambiental.

Esta postura se fundamentó en el cuestionamiento de Raz (1984), quien definió los bienes inherentemente públicos o derechos colectivos, como aquellos destinados a proteger bienes públicos que sirven a intereses de individuos en razón a su pertenencia o vinculación a un grupo específico, supeditando la exigibilidad del derecho o satisfacción de la necesidad, a la vinculación del individuo a un grupo social con cierto grado de unidad e identidad. Florencia (2015) también criticó a Nino (1989), quien, pese a sostener que existían derechos individuales a bienes públicos, catalogó al ambiente sano como un derecho colectivo que se hace exigible independientemente del grupo al que se adscriba el individuo. Po su parte, Arango (2012) sostuvo que:

solo a grupos determinados –es decir, grupos abiertos y concretos que son reconocibles como independientes dentro del ordenamiento jurídico, como por ejemplo las minorías étnicas-, les corresponden derechos colectivos. Este no es el caso con los grupos abiertos indeterminados, por ejemplo, los grupos de los pobres, los enfermos, etc.; a ellos a priori no les corresponde derechos colectivos. Los derechos colectivos para grupos abiertos y determinados de individuos presuponen la existencia de un criterio de diferenciación, el cual permite u ordena un trato desigual del grupo frente a los otros sujetos de derecho. Los grupos abiertos indeterminados –por ejemplo, los pobres, los desempleados, los enfermos-, no ofrecen un criterio de diferenciación para la adjudicación de derechos colectivos. (pág.84)

Lo anterior permite afirmar que el ambiente sano es un derecho individual, por cuanto su protección y garantía no depende de la pertenencia de una persona a un grupo social específico, con cierto grado de unidad e identidad, sino que simplemente se requiere habitar el mundo o pertenecer a un grupo abierto e indeterminado en palabras de Arango (2012).

En los casos donde el no reconocimiento injustificado del ambiente sano por parte del Estado, dañe o amenace con vulnerar a un individuo que se encuentre “en una situación que anule o afecte gravemente su libertad y su igualdad reales” (Arango, 2012, pág. 156), se configura una posición jurídica que permite esgrimir razones válidas y suficientes para exigir la garantía y el reconocimiento del derecho (Arango, 2012) –dimensión colectivo-fundamental del ambiente sano–

Sotomayor Espitia, 2016). De ahí la necesidad de colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder público, a fin de garantizar el ejercicio de la gobernanza y la eficacia material de las políticas del Estado.

“Los recursos naturales de la tierra incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras” (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 1972); la declaración de rio coloca a “los seres humanos en el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sustentable” y preceptúa que este debe darse “en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”. Sobre este asunto, la Corte Constitucional afirmó que:

“Al fin y al cabo el patrimonio natural de un país, al igual que ocurre con el histórico - artístico, pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes”. (Sentencia T-411, 1992, pág. 12)

En síntesis, en Colombia la titularidad del ambiente sano es intergeneracional –comunidades presentes y futuras como sujetos de derechos– en virtud del principio de desarrollo sostenible; también es por lo general social o grupal (colectiva), excepto en los casos donde la conexidad entre la vulneración del entorno natural y la afectación de un derecho fundamental, convierte a la persona individualmente considerada, en titular del derecho; al respecto la Corte Constitucional ha dicho que, “las acciones populares no impide la procedencia de la acción de tutela cuando la afectación del derecho colectivo, para cuya protección se consagran las primeras, conlleva la vulneración o amenaza de derechos fundamentales en el caso concreto” (Sentencia T-294, 2014, pág. 76).

3.3 Obligatoriedad del ambiente sano

El medio ambiente es considerado patrimonio común, su mejoramiento y conservación son actividades en las que deben participar el Estado y los particulares (Ley 23, 1973, art. 2); “la preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social” (Decreto ley 2811, 1974, art. 2); “la acción para la protección y recuperación ambientales del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la comunidad, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado” (ley 99, 1993, art. 1).

La protección del medio ambiente no sólo incumbe al Estado, sino a todos los estamentos de la sociedad; es un compromiso de la presente generación y de las futuras. El restablecimiento de las condiciones mínimas del ecosistema no sólo garantiza la vida actual, sino la de las próximas generaciones. (Sentencia T-415, 1992, pág. 8)

De lo anterior se desprende la obligación atribuida al Estado –de no conculcar y de amparar el ambiente sano– y a los particulares a través de los mecanismos de participación ciudadana, entre otros, de salvaguardar el entorno natural; la responsabilidad de “proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines” (Const., 1991, art. 79), que encuentra refuerzo en conceptos como “constitución ecológica” (Sentencia T-411, 1992, pág. 8) y “bloque de constitucionalidad” (Sentencia C-067, 2003).

Las personas están en la obligación de abstenerse de vulnerar el ambiente sano y de adelantar labores para su protección y garantía –acciones administrativas y/o judiciales tendientes a la protección del entorno natural, entre otras–. Saulino (2015) citando a Hohfeld (1913, pág. 36), afirmó que el ambiente sano es un derecho pretensión que implica el deber correlativo del Estado de hacer todo lo necesario para garantizarlo, así como la obligación del resto de personas de abstenerse de interferir en el disfrute del mismo.

Por otra parte, el “desarrollo sostenible” constituye el fundamento del derecho de las generaciones presentes y futuras a gozar de un ambiente sano, pero también el cimiento de la obligación de unas y otras para la protección y no vulneración del citado derecho. En síntesis, los que en Colombia tienen la obligación de proteger el hábitat del hombre, son: el Estado, los particulares (grupos humanos y sus individuos), las generaciones humanas presentes y las futuras; en este punto se resaltar la importancia del principio de participación ambiental que las personas debe observar. (Segura & Cubides, 2017)

Conclusiones

Con anterioridad a 1972 existían instrumentos jurídicos nacionales e internacionales que salvaguardaban el hábitat del hombre; sin embargo, fue desde la conferencia de Estocolmo que las Naciones Unidas irradió hacia los sistemas regionales de derechos humanos, los Estados y sus asociados, la preocupación por prevenir y contrarrestar pasivos ambientales. Este acontecimiento motivó al Estado colombiano, a incluir el derecho a gozar de un ambiente sano en su ordenamiento jurídico, que se patentó en: la existencia de una política ambiental –sistema nacional ambiental (SINA)–; la expedición de normas jurídicas sustanciales, procedimentales y sancionatorias; la creación de instituciones y autoridades para la atención, vigilancia y control de asuntos ambientales; la elaboración de mecanismos constitucionales de protección; la incorporación de conductas punibles y comportamientos contrarios a la convivencia ciudadana, encaminados a la tutela de bienes jurídicos ambientales; las asignaciones presupuestales; la protección del

entorno natural por parte de algunos gobiernos, la participación ciudadana a través de movimientos cívicos ambientalistas, el surgimiento de partidos políticos verdes y la adopción de nuevos tratados internacionales que robustecen la protección de los recursos naturales.

A pesar de lo anterior, no es posible advertir en el ordenamiento jurídico colombiano una definición clara y expresa del derecho al ambiente sano, ni la enunciación taxativa de sus elementos constitutivos; las discusiones y análisis se han centrado en la naturaleza colectiva que la ley y el precedente judicial le han asignado. Sin embargo, de las reglas ambientales se pueden extraer elementos que servirían para suplir de alguna manera los mencionados vacíos, como son: la atmósfera, el espacio aéreo nacional, las aguas en cualquiera de sus estados, la tierra, el suelo y el subsuelo, la flora, la fauna, las fuentes primarias de energía no agotables, las pendientes topográficas con potencial energético, los recursos geotérmicos, los recursos biológicos de las aguas y del suelo, la zona económica de dominio continental e insular, los recursos del paisaje, los ecosistemas, el subsuelo del mar territorial, los bosques, los parques naturales y la diversidad biológica, entre otros.

No obstante, la enunciación de los citados elementos no es suficiente para superar la indeterminación del concepto “ambiente sano”, lo que entorpece su ejercicio y garantía, motiva la inobservancia de límites y obligaciones, obstaculiza la expedición de normas jurídicas proteccionistas, impide la formulación y despliegue de políticas ambientales, no permite la tutela efectiva por parte de los jueces y entorpece el derecho de acción de los ciudadanos. Además, la incertidumbre a la que se alude ha llevado a equiparar el derecho al ambiente sano con términos como “ambiente” y “entorno natural”, así como a considerarlo sujeto de derechos en casos como el río Atrato (Sentencia T-622, 2016), la amazonia colombiana (Sentencia Casación STC4360, 2018) y el oso chucho (Sentencia Casación AHC4806, 2017)-, situaciones que influyen de manera significativa en la determinación de su eficacia.

Por otra parte, por regla general se patenta en el ordenamiento jurídico colombiano la titularidad del derecho al ambiente sano en las colectividades humanas, presentes y futuras; empero, en casos donde se advierta conexidad entre la vulneración de este derecho y la afectación de uno con naturaleza fundamental, las personas individualmente consideradas adquieren la condición de titulares. En tratándose de la obligación, el Estado y los particulares -grupos humanos y sus individuos-, así como las generaciones humanas presentes y futuras, son también responsables de proteger el entorno natural en virtud del principio “desarrollo sostenible”.

Referencias

- Álvarez, Á. F. (2012). La tutela del medio ambiente en el sistema constitucional Argentino. *Revista Dikaion*(11), 7-19. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2116021>
- Amaya, N. Ó. (2003). La naturaleza jurídica del derecho a gozar de un ambiente sano en el derecho constitucional comparado. En M. Garcia Pachon, *Lecturas Sobre Derecho al Medio Ambiente* (págs. 11-52). Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Legis Editores S.A.
- Arellano, Juan. (productor). (28 de febrero de 2017). Contaminación en Medellín. *Comentarios sobre la contaminación en Medellín, el valle del Aburrá. Una charla informal con Catalina Restrepo*. Medellín, Colombia. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=d6y6ZNVjvFk>
- Arévalo Perdomo, E., & Sotomayor Espitia, C. (2016). La restitución de tierras consagrada en la Ley 1448 de 2011, a la luz de la teoría neoconstitucionalista. *Academia & Derecho*, 7(13), 91-118.
- Benavides Vanegas, F. S. (2016). Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional. *Academia & Derecho*, 237-264.
- Blengio, V. M. (2002). Derecho humano a un medio ambiente sano. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 1(1), 5-17. Obtenido de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Blengio-Derecho-humano-a-un-medio-ambiente-sano.pdf>
- Briceno, C. M. (2003). ¿Puede ser el derecho al ambiente un derecho fundamental? En M. Garcia Pacheco, *Lecturas sobre derecho del medio ambiente* (págs. 74-155). Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Burgos, C. O. (2018). Eficacia Jurídica del derecho al ambiente sano, en las acciones contra la minería ilegal de la Policía Nacional Colombiana. *Revista Logos, ciencia y tecnología*, 10(3), 134-150. doi:<http://dx.doi.org/10.22335/rfct.v10i3.593>
- Burgos, O., & Delgado, w. (2014). Medio ambiente, derechos colectivos y trámite procesal de las acciones populares en Colombia. (*tesis de pregrado*). Manizales, Colombia: Universidad de Manizales. Obtenido de <http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/1853/ARTICULO-MEDIO%20AMBIENTE%20DERECHOS%20COLECTIVOS%20Y%20TR%C3%81MITE%20PROCESAL%20DE%20LAS%20ACCIONES%20POPULARES%20EN%20COLOMBIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Caracol Televisión. (11 de Mayo de 2018). Últimas noticias hoy en vivo, noticias caracol TV en vivo 07-03-2018. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://noticias.caracoltv.com/06-de-marzo-de-2018-emision-700-pm>
- Constitución Política de Colombia. (4 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/index.php/constitucion-politica>
- Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación. (22 de Marzo de 1989). Organización de las Naciones Unidas. Basilea, Suiza. Obtenido de <https://quimicos.minambiente.gov.co/index.php/residuos-peligrosos/convenio-de-basilea>
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. (23 de Mayo de 1969). Organización de las Naciones Unidas. Viena, Austria: Obtenido de https://es.wikipedia.org/wiki/Convenci%C3%B3n_de_Viena_sobre_el_Derecho_de_los_Tratados.
- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. (21 de Marzo de 1994). Organización de las Naciones Unidas. Nueva York, Estados Unidos: Adoptada en Nueva York el 9 de mayo de 1992. Obtenido de <https://www.minambiente.gov.co/index.php/convencion-marco-de-naciones-unidas-para-el-cambio-climatico-cmnucc/convencion-marco-de-naciones-unidas>
- Convenio sobre la Diversidad Biológica. (29 de Diciembre de 1993). Organización de las Naciones Unidas . *Firmado el 5 de junio de 1992*. Río de Janeiro, Brasil: Obtenido de <https://www.un.org/es/events/biodiversityday/convention.shtml>.
- Cuesta Hinestroza, L., Nupan Mosquera, M., Ramírez Moreno, S., & Palacios Lozano, L. (2016). El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales: ¿una garantía para la protección. *Academia y Derecho*, 7(12), 53-86.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (14 de Junio de 1992). Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro. Río de Janeiro, Brasil: eafirmando la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972. Obtenido de <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10 de Diciembre de 1948). Asamblea General de las Naciones Unidas. Paris, Francia: Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948. Obtenido de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Decreto 2811. (18 de Diciembre de 1974). El Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No 34.243, del 27 de enero de 1975. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2811_1974.html

- Directiva Operativa Permanente Nro. 001DIPON-DICAR - 23.1. (06 de Octubre de 2014). Policía Nacional de Colombia. *parámetros de actuación Policial para la intervención integral contra la minería ilegal*. Bogotá D.C., Colombia.
- Discovery networks. (23 de agosto de 2012). El desastre nuclear de Chernobyl (1986) Documental completo. Obtenido de Youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=NefZHcv51Ig>
- García, V. M. (2014). Lenguaje, Instituciones y Realidad Social. En V. M. García, *La Eficacia Simbólica del Derecho* (págs. 59-88). Bogotá D.C: Penguin Random House Grupo Editorial S.A.S.
- Hora 13 Noticias. (2 de Junio de 2016). Obtenido de YouTube: https://www.youtube.com/watch?v=_H3KA5_G7Es
- Instituto Colombiano de Derechos Humanos. (12 de julio de 2018). Evolución del derecho humano a un ambiente sano. Resoluciones relevantes. Obtenido de https://www.youtube.com/watch?v=_3hJa3KJiPI
- Justicia Ambiental y Participación Comunitaria. (25 de abril de 2018). Obtenido de EPA - Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos: <https://espanol.epa.gov/>
- Ley 1333. (21 de Julio de 2009). Congreso de la República. *Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 47.417 de 21 de julio de 2009. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1333_2009.html
- Ley 1450. (16 de Junio de 2011). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1450_2011.html
- Ley 1453. (24 de Junio de 2011). Congreso de la República. *Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 48110 de junio 24 de 2011. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1453_2011.html
- Ley 165. (9 de Noviembre de 1994). Congreso de la República. *Por medio de la cual se aprueba el “Convenio sobre la Diversidad Biológica”, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 41.589, de 9 de noviembre de 1994. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0165_1994.html
- Ley 1753. (09 de Junio de 2015). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1753_2015.html

- Ley 1774. (6 de Enero de 2016). Congreso de la República. *Por medio de la cual se modifica el código civil, la ley 84 de 1989, el código penal, el código de procedimiento penal y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 49.747 de 6 de enero de 2016. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1774_2016.html
- Ley 1801. (29 de Julio de 2016). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia.* Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 49.949 de 29 de julio de 2016. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1801_2016.htm
- 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 2. (16 de Diciembre de 1959). Congreso de la República. *Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y protección al medio ambiente y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial año XCV. N. 29861, enero 27 de 1959. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1556842>
- Ley 23. (19 de Diciembre de 1973). Congreso de Colombia. *Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y protección al medio ambiente y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C., Colombia: Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9018>.
- Ley 472. (5 de Agosto de 1998). Congreso de la República. *Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 43.357 de agosto 6 de 1998. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html
- Ley 599. (24 de Julio de 2000). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código Penal.* Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Ley 906. (31 de Agosto de 2004). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.* Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Ley 99. (22 de Diciembre de 1993). Congreso de la República. *Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA...* Bogotá D.C, Colombia: Diario

- Oficial 41.146 de Diciembre 22 de 1993. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html
- López, M. D. (2006). *El Derecho de los Jueces* (2 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Legis Editores S.A.
- Martínez, A. J. (2005). *El ecologismo de los pobres: conflictos ambientales y lenguajes de valoración* (3 ed.). Santiago de Chile, Chile: Icaria.
- Minaverri, C. M., & Cáceres, V. L. (2016). Aportes para el debate. Instrumentos de gestión ambiental en la provincia de Buenos Aires, Argentina. Una mirada interdisciplinar. *Estudios Socio-Jurídicos*, 18(1), 57-78. doi:doi: dx.doi.org/10.12804/esj18.01.2016.02
- 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.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/291/228>
- Noticias RCN. (24 de marzo de 2017). Cuatro estaciones de monitoreo en Medellín bajaron a alerta amarilla por contaminación. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0165_1994.html
- Organización de las Naciones Unidas. (23 de Mayo de 1969). Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Viena, Austria. Obtenido de <https://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>
- Organización Mundial de la Salud. (26 de Abril de 1993). Efectos de las armas nucleares en la salud y el medio ambiente. *Asamblea mundial de la salud*. New York, Estados Unidos: A46/30 Organisation mondiale de la sante.
- Pacheco, V. M. (2004). Conciencia Ecológica: Garantía de un Medioambiente Sano. (*tesis de postgrado*). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/101/PACHECO_VARGAS_MARIA_ELENA_CONCIENCIA_ECOLOGICA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (23 de Marzo de 1976). Organización de las Naciones Unidas. *Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*. Nueva York, Estados Unidos: Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Obtenido de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (3 de Enero de 1967). Organización de las Naciones Unidas. *Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*. Nueva York, Estados Unidos: Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Palacio, J. (29 de marzo de 2017). Obtenido de YouTube: De <https://www.youtube.com/watch?v=1-Xgpw-ETBc>

- Policia Nacional de Colombia. (06 de Octubre de 2014). Parámetros de actuación Policial para la intervención integral contra la minería ilegal. Bogotá D.C, Colombia: Directiva Operativa Permanente Nro. 001DIPON-DICAR - 23.1. Obtenido de <http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/1503/ARTICULO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Policía Nacional de Colombia; Grupo Remonta y Veterinaria Departamento de Policía Caldas. (2018). *Respuesta Comunicación Oficial Nro. S-2018-003247-ESAGU-GRUIN 3.1*. Manizales: ESAGU. Obtenido de <https://community.secop.gov.co/Public/Archive/RetrieveFile/Index?DocumentId=25792623>
- Poveda, R. G. (2015). *Minería en Colombia 1500 - 2011 Una aproximación histórica* (2 ed.). Medellín, Colombia: Editorial Artes y Letras S.A.S.
- Protocolo de san Salvador. (17 de Noviembre de 1988). Organización de Estados Americanos. *Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. San Salvador, El Salvador. Obtenido de https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/protocolo_san_salvador.html
- Quinche, R. M. (2014). *El Precedente Judicial y sus Reglas* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad del Rosario.
- RT en Español. (22 de agosto de 2018). ‘Conversando con Correa’: José Mujica. Madrid, España. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=U4hBcihu9ks>
- Sánchez, M. B. (2016). Desmontando los derechos fundamentales. En H. Alviar Garcia, *Constitución y democracia en movimiento* (págs. 65-82). Bogotá D.C: Editorial Kimpres S.A.S.
- Sánchez, S. L. (2012). El derecho al ambiente sano: esquemas de reconocimiento constitucional y mecanismos judiciales de protección en el derecho comparado. (*tesis de postgrado*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Obtenido de <http://www.bdigital.unal.edu.co/5812/1/luisfernandosanchezsupelano.pdf>
- Sánchez, Z. S. (2016). La protección penal del Medio Ambiente: Análisis del artículo 338 del Código Penal colombiano. *Revista Diálogos de Saberes*(9), 77-113. Obtenido de https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/trans-pasando_fronteras/article/view/1633/3230
- Sanguino Cuéllar, K. D., & Baene Angarita, E. M. (2016). La resocialización del individuo como función de la pena. *Academia & Derecho*, 7(12). Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/121/109>
- Saulino, M. F. (2015). Carlos Nino y la Titularidad del Derecho a un Ambiente Sano. *Revista Análisis filosófico*, 19(2), 265-281. Obtenido de <http://www.scielo.org.ar/img/revistas/anafil/v35n2/html/v35n2a06.htm>

- Segura, P. A., & Cubides, C. J. (2017). El principio de participación ambiental y su aplicabilidad en la quebrada “La Velásquez” del municipio de Puerto Boyacá. *Revista Academia & Derecho*, 14, 249-288. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6713609>
- Sentencia C-067. (4 de Febrero de 2003). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-4111. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm>
- Sentencia C-411. (28 de Septiembre de 1993). Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. *M.P.: Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Ref.: Expedientes acumulados Nos. D-230 y D-255. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-411-93.htm>
- Sentencia Casación AHC4806. (26 de Julio de 2017). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación 17001-22-13-000-2017-00468-02. Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_9a4533cd7c4a418bb13c5d1db599890e
- Sentencia Casación STC4360. (05 de Abril de 2018). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación n.º 11001-22-03-000-2018-00319-01. Obtenido de <https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/stc4360-2018.pdf>
- Sentencia SU-067. (24 de Febrero de 1993). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Fabio Moron Díaz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia expediente No. T- 904. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/SU067-93.htm>
- Sentencia T-154. (21 de Marzo de 2013). Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-2550727. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-154-13.htm>
- Sentencia T-219. (4 de Mayo de 1994). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia expediente T-25623. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-219-94.htm>
- Sentencia T-294. (22 de Mayo de 2014). Corte Constitucional. La Sala Primera de Revisión. *M.P.: María Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-3560097. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-294-14.htm>
- Sentencia T-406. (5 de Junio de 1992). Corte Constitucional. La Sala Primera de Revisión. *M.P.: Ciro Angarita Barón*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia expediente T-778. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>
- Sentencia T-411. (17 de Junio de 1992). Corte Constitucional. La Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia expediente

- Nº T-785. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-411-92.htm>
- Sentencia T-415. (17 de Junio de 1992). Corte Constitucional. La Sala Primera de Revisión. *M.P.: Ciro Angarita Barón*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-101. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-415-92.htm>
- Sentencia T-552. (30 de Octubre de 1997). Corte Constitucional. La Sala Novena de Revisión. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-137.224. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-552-97.htm>
- Sentencia T-622. (10 de noviembre de 2016). Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Jorge Ivá Palacio Palacio*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-5.016.242. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>
- Sentencia T-906. (18 de Septiembre de 2008). Corte Constitucional. La Sala Séptima de Revisión. *M.P.: Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T- 1912185. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-906-08.htm>
- Serna, R. (2007). El derecho a un ambiente sano y la pedagogía ambiental. *Revista El Ágora USB*, 7(2), 345-359. doi:<https://doi.org/10.21500/16578031.1643>
- Trejo Cruz, Y., Ome Barahona, A., & Restrepo Lizcano, J. (2019). Derecho constitucional a un ambiente sano: una pauta para establecer tributos extrafiscales ambientales en Colombia. *Academia & Derecho*, 10(18), 51-78. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/5995/5525>
- Vásquez, A. D. (2011). Concepto y garantías del derecho al ambiente sano en la Constitución Política de Colombia. (*Tesis de postgrado*). Santiago de Cali, Colombia: Universidad Andina Simón Bolívar. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3064>
- Vega, P. L., Alvarado, O. M., & Gutiérrez, S. R. (2017). El páramo de Pisba y la concesión minera: la problemática ambiental de Tasco (Boyacá). *Revista Academia & Derecho*, 15(8), 51-84. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/230>
- Vernet, J., & Jaria, J. (2007). El derecho a un medio ambiente sano: Su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho Intertnacional. *Revista Teroía y realidad constitucional*(20), 513-533. doi:DOI: 10.5944 / trc.20.2007.6774

La historia laboral y el acceso al derecho pensional: el caso de los funcionarios públicos en Colombia*

Labor history and access to pension right:
the case of public officials in Colombia

Recibido: Septiembre 10 de 2019 - Evaluado: Octubre 21 de 2019 - Aceptado: Diciembre 13 de 2019

Nathaly García Dager**

Para citar este artículo / To cite this article

García Dager, N., (2020). La historia laboral y el acceso al derecho pensional: El caso de los funcionarios públicos en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 11(20), 127-154.

Resumen: Este texto aborda el análisis de algunas dificultades que enfrentan los servidores públicos colombianos para acreditar el tiempo laborado antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones debido a diversos problemas relacionados con la administración y manejo de la información laboral de estos trabajadores por parte de las entidades previsionales y de los fondos de pensiones territoriales que los sustituyeron. Lo anterior con el objetivo de establecer si las dificultades analizadas imponen o no, obstáculos y barreras adicionales para el acceso al derecho pensional de estos funcionarios. En ese orden de ideas, se procede a desarrollar el problema jurídico en cuatro capítulos, en el primer capítulo se esbozan algunos factores problemáticos inherentes al sistema previsional del sector público, que constituyeron la génesis de las dificultades que van a presentar los funcionarios públicos en su transición al nuevo régimen prestacional, el segundo, enuncia los principales cambios del nuevo sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 desde la perspectiva de los funcionarios públicos, el tercero se ocupa del concepto de historia

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto de estudios de especialización en Seguridad Social adelantados en la Universidad del Norte y desarrollo de ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Seguridad Social y el Mundo del Trabajo organizado por la Universidad Libre de Colombia y su Observatorio del Trabajo y la Seguridad Social.

** Abogada de la Universidad del Atlántico. Especialista en Seguridad Social de la Universidad del Norte. Funcionaria pública de la Gobernación de Bolívar.

Correo electrónico: ndager@uninorte.edu.co

laboral pensional y el manejo de la información laboral de los funcionarios públicos por parte de las entidades previsionales, finalmente, en el capítulo cuarto, se abordan los principales cuestionamientos, obstáculos y dificultades que presentan estos funcionarios en el camino hacia su pensión de vejez.

Palabras clave: Sistema de Pensiones, historia laboral pensional, bono pensional, Fondos Territoriales de Pensiones.

Abstract: This paper addresses the analysis of some difficulties faced by Colombian public servants in accrediting the time worked before the entry into force of the General Pension System due to various problems related to the administration and management of their labor information by the social security institutions and the local pension funds which replaced them. Its main objective is to establish whether or not the difficulties analyzed imposes additional obstacles and barriers to access these workers' pension rights.

In that order of ideas, the research problem will be developed in the order of four chapters, the first chapter outlines some problematic factors inherent in the public sector pension system, which constituted the genesis of some of the difficulties that public officials will present in its transition to the new pension system, the second one sets out the main changes of the new general pension system of Law 100 of 1993 from the perspective of public officials, the third one deals with the concept of pension labor history and the management of labor information of public officials by the pension entities; Finally, in the fourth chapter, the main questions, obstacles and challenges presented by these officials on their way to obtain their pension are addressed.

Resumo: Este texto aborda a análise de algumas dificuldades que os funcionários colombianos enfrentam ao creditar o tempo trabalhado antes da entrada em vigor do Sistema Geral de Pensões devido a vários problemas relacionados à administração e gerenciamento das informações trabalhistas desses trabalhadores por as entidades de pensão e os fundos de pensão territoriais que os substituíram. O exposto com o objetivo de determinar se as dificuldades analisadas impõem ou não obstáculos e barreiras adicionais ao acesso aos direitos a pensão desses funcionários. Nesta ordem de idéias, passamos a desenvolver o problema jurídico em quatro capítulos. No primeiro capítulo, são delineados alguns fatores problemáticos inerentes ao sistema de seguridade social do setor público, que foram a gênese das dificuldades que os funcionários públicos apresentarão em seus capítulos. Na transição para o novo regime de benefícios, o segundo enuncia as principais mudanças do novo sistema geral de aposentadorias da Lei 100 de 1993, na perspectiva dos funcionários públicos, o terceiro trata do conceito de histórico do trabalho de aposentadorias e do gerenciamento de informações trabalhistas. finalmente, no quarto capítulo, as principais questões, obstáculos e dificuldades que esses funcionários apresentam no caminho para a aposentadoria por idade são abordadas no quarto capítulo dos funcionários públicos.

Palavras-chave: Sistema de Pensões, histórico de emprego em pensões, bônus de pensão, Fundos de Pensões Territoriais.

Key words: Pension System, pension labor history, pension bonus, Territorial Pension Funds.

Résumé : Ce document aborde une approche dans l'analyse des certaines difficultés rencontrées par les fonctionnaires colombiens pour accréditer le temps de travail avant l'entrée en vigueur du régime général des pensions en raison de divers problèmes liés à l'administration et à la gestion des informations sur l'emploi de ces travailleurs par les organismes de prévoyance et les fonds de pension territoriaux qui les ont remplacés. Son objectif principal est de déterminer si les difficultés analysées imposent des obstacles supplémentaires à l'accès aux droits à la retraite de ces travailleurs. Dans cet ordre d'idées, nous développons le problème juridique de l'ordre de quatre chapitres. Le premier chapitre décrit certains facteurs problématiques inhérents au système de retraite du secteur public, qui ont été à l'origine de certaines des difficultés que les agents publics rencontreront. lors de la transition vers le nouveau système de prestations, le deuxième chapitre expose les principales modifications du nouveau système de pensions général prévu par la loi 100 de 1993 du point de vue des agents publics; le troisième chapitre traite du concept d'histoire du travail des retraites et de la gestion des informations sur le travail des agents publics par les entités de prévoyance; Enfin, dans le quatrième chapitre, les principales questions, obstacles et difficultés que ces fonctionnaires rencontrent sur le chemin menant à la retraite souhaitée sont abordés.

Mots clés : Système de retraite, historique du travail, bonus de pension, Fonds de pension territoriaux.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Esquema de resolución del problema jurídico. I. Sistema prestacional del sector público: factores problemáticos. II. Ley 100 de 1993: cambios y traumatismos. III. Historia laboral pensional. IV. Acceso al derecho pensional: obstáculos y barreras. - Resultado de la Investigación. - Conclusiones. - Referencias.

Introducción

Antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, en Colombia, el panorama pensional del sector público se caracterizaba por una gran dispersión normativa e institucional. La normatividad de la época permitía a cada entidad territorial crear fondos o cajas de previsión social que se encargaran de las pensiones de sus funcionarios, e incluso, les permitía una amplia libertad de configuración normativa para fijar reglas para su reconocimiento y pago (Ley 6, 1945).

Lo anterior, subsistió hasta la adopción de la Constitución de 1991 en la cual se elevó la Seguridad Social a rango de derecho constitucional y se arrogó su potestad legislativa al Congreso de la República.

En vigencia de la constitución de 1991 quedó claro que la normativa sobre prestaciones de los servidores públicos es potestad exclusiva del Congreso. En este orden de ideas, la Ley 4ª de 1992 fue muy precisa en señalar que ese régimen es

competencia exclusiva del Congreso, que las corporaciones públicas territoriales no podrán arrogarse esa facultad normativa y que todo régimen que contravenga estas normas carecerá de efectos y no creará derechos (Arenas Monsalve, 2018).

Con la Constitución Política de 1991, Colombia pasó de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho y, su amplio enfoque derechos significó un cambio en el paradigma jurídico nacional. El artículo cuarto constitucional dotó a la Carta de Derechos de supremacía constitucional y fuerza vinculante y, en ese orden, el carácter supremo de la Constitución la convirtió en la base de la pirámide normativa del país (Agudelo Ibáñez, 2015), extendiendo su alcance y vinculatoriedad a todos los campos del Derecho, incluyendo el derecho laboral y pensional.

En este contexto, la nueva legislación se ocupó de crear un sistema de pensiones coherente con la Constitución y unificado normativamente, dicho sistema estableció para la población en general dos maneras de pensionarse: bajo el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM-, administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, y bajo el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, administrado por los fondos privados.

Las cajas y fondos de previsión social del sector público fueron liquidados gradualmente y reemplazados en sus obligaciones remanentes por los Fondos Territoriales de Pensiones y los funcionarios públicos tuvieron que vincularse en alguno de los dos nuevos regímenes, de conformidad con los artículos 139 y 13 (Ley 100, 1993).

Dentro del marco del nuevo sistema pensional, factores como el cumplimiento de la edad exigida -57 años mujeres y 62 años hombres- y la acreditación de un determinado número de semanas cotizadas -1.300 semanas- se establecieron como requisitos *sine qua non* para poder acceder a la pensión de vejez, tal como quedó establecido en el artículo 39 de la misma norma. A partir de la entrada en vigencia de esta ley, se organizó un sistema de reporte de semanas cotizadas y se ordenó la creación de la denominada historia laboral pensional de cada trabajador por parte del Fondo Pensional al cual se encuentre afiliado, lo que permitió que pudiesen ser contabilizadas las semanas cotizadas y por ende acreditar cumplimiento de este requisito legal, sin embargo, los servidores públicos que se encontraban afiliados al sistema previsional enfrentan otro panorama.

El sistema de seguridad social inicia su vigencia para los trabajadores del sector privado y para los servidores públicos del orden nacional a partir del 1º de abril de 1994 y para los servidores públicos del nivel territorial a más tardar 30 de junio de 1995, según las fechas que señaló cada autoridad territorial (ELIMINBAR, 2018). Antes de tales fechas, no existía para el sector público registro centralizado de la información laboral, así como tampoco existía historia laboral pensional diferente

a la que el mismo funcionario construía a partir de las certificaciones laborales expedidas por las entidades empleadoras.

La construcción de la HLP [Historia Laboral Pensional] variaba dependiendo del sector; así para las personas que trabajaban en el sector público, la HLP se construía a partir de las certificaciones laborales expedidas por las entidades estatales. En contraste, en el sector privado (para los afiliados al Instituto de Seguros Sociales, ISS), la HLP se empezó a construir desde el 1 de enero de 1967. (Junca Mejía, Guauque Gutierrez, & Carrillo Gutierrez, 2018).

De estas particularidades en la construcción y conformación de la información laboral de los trabajadores del sector público, surgen algunos cuestionamientos relacionados con la acreditación del tiempo de servicio de estos funcionarios y el trámite que deben seguir. ¿Cómo acreditan los funcionarios públicos el tiempo de servicio prestado a entidades del estado antes de 1995? ¿Qué trámite deben seguir para acreditar este tiempo de servicio ante el nuevo sistema pensional? ¿Quién acredita dicho tiempo de servicio cuando la entidad empleadora fue liquidada?

Aunque la legislación ha creado mecanismos tendientes a permitir que el tiempo de servicio prestado a entidades públicas antes de 1995 sea tenido en cuenta ante el nuevo sistema de pensiones para el cómputo de semanas cotizadas o capital dirigido a la cuenta de ahorro pensional –según el caso–, esta población de trabajadores encuentra múltiples dificultades a la hora de acreditar este requisito, dificultades que pueden llegar a incidir directamente en el reconocimiento de su pensión de vejez.

Problema de Investigación

¿Las dificultades relacionadas con la acreditación del tiempo de servicio prestado a entidades públicas en vigencia del sistema previsional, imponen barreras adicionales que impiden el acceso al derecho pensional de los funcionarios públicos que atravesaron por dicha transición normativa?

Metodología

La realización de la presente investigación, contó con la utilización de una metodología cualitativa de tipo descriptiva, debido a que esta tiene como objetivo principal la descripción de las cualidades del fenómeno estudiado; su análisis e interpretación de la naturaleza actual y la composición o proceso de la problemática de estudio. Del mismo modo, se hizo uso de fuentes primarias del derecho como leyes, sentencias y decretos, así como también secundarias, correspondientes a estudios de diversos autores en torno al tema tratado.

Esquema de resolución del problema jurídico

El problema jurídico planteado se resolverá en el orden de cuatro capítulos, en el primer capítulo se esbozan algunos factores problemáticos inherentes al sistema previsional del sector público, que constituyeron la génesis de algunas las dificultades que van a presentar los funcionarios públicos en su transición al nuevo régimen prestacional.

Luego, en el segundo capítulo, se enuncian los principales cambios que trajo consigo el nuevo sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 desde la perspectiva de los funcionarios públicos y la importancia de acreditar los tiempos de servicio laborados o cotizados antes de 1995 en el marco del nuevo sistema.

Posterior a ello, el capítulo tercero se ocupa del concepto de historia laboral pensional y el manejo de la información laboral de los funcionarios públicos por parte de las entidades previsionales; para finalmente abordar, en el capítulo cuarto, el análisis de los principales cuestionamientos, obstáculos y dificultades a los que se ven enfrentados estos funcionarios públicos en su camino hacia la pensión de vejez.

Con base en el análisis efectuado, el último aparte del escrito se ocupa de determinar si estas dificultades, imponen, o no, barreras adicionales a estos funcionarios públicos que afectan el acceso a su derecho pensional.

1. Sistema prestacional del sector público: factores problemáticos

La Seguridad Social en Colombia se organiza hacia el año 1945¹ con la expedición de las leyes 6ta de 1945 y 90 de 1946, las cuales se encargaron de regular el sistema prestacional del sector público y del sector privado respectivamente (Ley 90, 1946).

A partir de ese momento, cada sector desarrolló su propia normatividad, sus propios regímenes y sus propias instituciones competentes del manejo de las

¹ Siguiendo al doctrinante Gerardo Arenas Monsalve, el desarrollo de la seguridad social en Colombia se puede dividir en cinco etapas: (i) la etapa de dispersión, que inicia desde la formación de la república y va hasta 1945, donde se otorgan beneficios de seguridad social de manera aislada, sin que exista propiamente un sistema o políticas de seguridad social; (ii) la etapa de organización de los Seguros Sociales, que inicia en el año 1945 y va hasta 1967, que se caracteriza por la creación del Seguro Social, la Caja Nacional de Previsión social y se establecen prestaciones sociales generales; (iii) la etapa de expansión y cobertura de beneficios, que va desde 1967 hasta 1977; (iv) la etapa de cambios y crisis, que va de del año 1977 hasta el año 1990 y; (v) la etapa de cambios estructurales, que va desde 1990 hasta la actualidad, caracterizado por la adopción de un sistema general de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993, y demás cambios subsecuentes. (Arenas Monsalve, 2018).

prestaciones sociales, dándose así la separación de la seguridad social y de la previsión social.

Para el autor Eduardo López Villegas, (López Villegas, 2011) esta orientación de separación entre la seguridad social y la previsión social se puede ver plasmada en el objeto de la Ley 90 de 1946 que buscó proteger únicamente a los trabajadores del sector privado y a los empleados y obreros del Estado en construcción y conservación de obras públicas, etc., que se asimilan como privados. También resaltó el autor que esta orientación se refleja en los contenidos de normas tales como el acuerdo 224 de 1966 (Decreto 3041, 1966); el decreto que estableció el régimen y la administración de los seguros sociales obligatorios que señala en su artículo primero la exclusión a los servidores públicos del campo de aplicación (Decreto 1650, 1977); y el artículo 57 del Acuerdo 044 de 1989 que excluyó del campo de aplicación del Reglamento General de Registro, Inscripción, Afiliación y Adscripción a los Seguros Sociales Obligatorios del Instituto de Seguros Sociales a los servidores públicos. (Decreto 3063, 1989).

En lo referente al sector público, se crearon las prestaciones sociales oficiales tales como pensión de jubilación, pensión de vejez, auxilio por enfermedad no profesional, seguro por muerte, asistencia médica hospitalaria y gastos funerarios, entre otros, tal como reza el artículo 17 de la Ley 6 de 1945 (Ley 6, 1945), y se dispuso, en el artículo 18 de la misma normatividad, la creación de la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- para el reconocimiento y pago de dichas prestaciones para los empleados del nivel nacional.

En palabras del profesor Luis Alberto Torres “Mediante esta normativa se estableció en Colombia la previsión social como una forma de guarecer a obreros y empleados del Estado, y la forma de hacerlo fue creando cajas de previsión social exclusivas para trabajadores estatales” (Torres Tarazona, 2018, pág. 72).

En el marco de la misma legislación, en su artículo 23, se autorizó a los departamentos y municipios la creación de cajas de previsión social para administrar las prestaciones sociales de sus empleados, factor que dio inicio a la proliferación de cajas y fondos de previsión social en todo el país y a la dispersión de la seguridad social en este sector.

Las cajas y fondos de previsión social llegaron a ser calculadas en 1.040 instituciones discriminadas así: Entidades de previsión municipal 994; Cajas de cobertura nacional (incluida Cajanal) 12; Cajas departamentales 20; Cajas de los territorios nacionales 9; Cajas universitarias 4; ISS 1 (Proyecto de Ley No. 248, 1992).

Por su parte, la multiplicidad de instituciones que administraban la seguridad social del sector público fue advertida por los juristas y economistas de la época

como una característica problemática que afectó el desarrollo de la seguridad social en este sector.

En la propia constitución inicial de la Caja Previsional para empleados públicos nacionales, CAJANAL, se impuso un modelo fragmentado al ordenar la configuración de unidades similares en los niveles locales, sin integrarse en un “sistema”. No se ha elaborado legislación que restrinja la tendencia fragmentadora resultante ante las dificultades surgidas de las inequidades en contribuciones y prestaciones o de la ausencia de reservas para las pensiones en casi todos los casos. Se ha presentado una proliferación de entidades, no sólo según niveles geográficos de administración sino también grupos ocupacionales, entidades públicas descentralizadas y empresas oficiales. Las cajas oficiales de previsión social han llegado a ser ahora del orden de 169 entidades municipales, 25 departamentales, una distrital y nueve nacionales. Estas cajas carecen de un sistema técnico adecuado para financiación de los riesgos; no tienen estimativos o cálculos actuariales sobre los pagos por pensiones en curso y adquiridas. Sus regímenes financieros no discriminan adecuadamente entre riesgos económicos y de salud, y por ello con los recaudos se pagan los gastos corrientes de funcionamiento y las prestaciones de salud, por lo que las pensiones acaban dependiendo y cancelándose mediante transferencias presupuestales. (Ayala, 1992, pág. 25)

Por otro lado, antes de que la competencia en materia prestacional fuera arrogada de manera exclusiva al Congreso de la República en la Constitución Política de 1991, nada impedía que las entidades públicas establecieran prestaciones sociales extralegales y/o reglas distintas para su reconocimiento y pago, lo que solía pactarse dentro de acuerdos o convenciones colectivas de trabajo (Valero Rodríguez, 2016). Lo que propició la aparición de múltiples regímenes prestacionales distintos dentro del mismo sector público, ocasionando así una fragmentación de la seguridad social.

“En efecto, existen más de 1000 instituciones con funciones de seguridad social, la mayoría, si no todas, con regímenes propios que implican para los beneficiarios graves problemas en la consolidación de sus derechos frente a una expectativa de movilidad laboral.” (Proyecto de Ley No. 218, 1993, pág. 4). En la exposición de motivos de la Ley 100 de 1993, estos factores fueron resaltados así:

La dispersión de regímenes pensionales dentro del sector público se corresponde con gran multiplicidad, de entidades, lo cual se refleja en la existencia de cerca de un millar de cajas, y en una tendencia a la deserción de entidades y afiliados de Cajanal, que se suponía debía haber sido la entidad para centralizar y homogenizar la previsión del nivel nacional. (Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, 1992).

Por su parte, y como se retomará más adelante, no existía un registro unificado de la información laboral de los trabajadores del sector público y el manejo de la

información laboral de los funcionarios estaba en manos de una multiplicidad de entidades de previsión social.

Nunca se construyeron historias laborales de los funcionarios del Estado, entre otras razones, porque las aportaciones de las entidades públicas no se realizaban a la cuenta de cada trabajador, sino que se trasladaba a la Caja Nacional el porcentaje establecido como cotización deducido de la totalidad de la nómina de cada institución. (Morelli Rico, 2013).

Lo anterior propició que, en muchos casos, una vez la información que custodiaban estas entidades fuera entregada a las entidades que los sustituyeron, existiera una enorme carencia de información sobre la historia laboral de muchos funcionarios, especialmente aquellos del nivel territorial, tal como fue señalado en la exposición de motivos de la Ley 549 de 1999:

Se identificaron como causas de la problemática pensional de las entidades territoriales la falta de reservas para cumplir con las obligaciones pensionales, la ausencia de cálculos actuariales detallados, la desactualización e inexistencia de las historias laborales necesarias para realizar cálculos actuariales confiables y la existencia de departamentos donde es mayor el número de pensionados que el de trabajadores activos. Exposición de motivos al proyecto que se convirtió en Ley 549 de 1999 (Departamento Nacional De Planeación, 2017).

La separación de los regímenes prestacionales del sector público y privado, la proliferación de cajas y fondos de previsión social, la fragmentación de la seguridad social y la carencia de historia laboral en el sector público, entre otras, son características inherentes al sistema previsional que se identifican como la génesis de las dificultades que van a presentar los funcionarios públicos en su transición al nuevo régimen prestacional.

2. Ley 100 de 1993: cambios y traumatismos

Los problemas de dispersión institucional, multiplicidad de regímenes de la seguridad social del sector público, la baja cotización exigida y la carencia de reservas presupuestales de las entidades previsionales tanto del sector público como del sector privado que pudiesen asegurar el pago de las prestaciones, entre otros, generaron la necesidad de establecer una reforma estructural al Sistema de pensiones que se materializó con la Ley 100 de 1993.

Hasta el momento de la expedición de la Ley 100 de 1993 la legislación, organización y administración de la Seguridad Social en Colombia se caracterizó por la multiplicidad de entidades gestoras, lo cual determinó diversas políticas administrativas, financieras y prestacionales originadas en la falta de una política coherente en el sector y en una legislación abundante, dispersa y en muchos casos

contradictoria. En otras palabras, no existió una voluntad política integral que unificara y orientara la acción del Estado Colombiano hacia una cobertura universal de la Seguridad Social. (Rodríguez Meza, 2018)

El nuevo Sistema General de Pensiones, buscó la unificación de regímenes pensionales, integrando el sector público a las mismas reglas aplicables para el sector privado, prohibió la creación de nuevas cajas de previsión de cualquier nivel en su artículo 123 (Ley 100, 1993) y estableció dentro del mismo sistema dos regímenes pensionales coexistentes y excluyentes, el de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, de conformidad con el artículo 12 (Ley 100, 1993).

Con las decisiones tomadas, se ‘desmontó’ gradualmente el sistema previsional del sector público: se dispuso la liquidación de las cajas o fondos insolventes, las entidades que fueron declaradas solventes² tuvieron la prohibición expresa de admitir nuevos afiliados, y el pago del pasivo pensional de las cajas y fondos liquidados pasó a ser competencia de los Fondos Territoriales de Pensiones, tal como dispuso el artículo 139 (Ley 100, 1993).

Para tal fin, el Decreto 1296 de 1994 estableció el régimen general de los nuevos fondos que sustituyan el pago de las pensiones de las entidades territoriales, cajas o fondos pensionales públicos, en los respectivos niveles territoriales (Decreto 1296, 1994); y la Ley 549 de 1999 dictó disposiciones tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales y creó el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (Ley 549, 1999).

Por su parte, la pensión adquirió una naturaleza jurídica distinta a la que tenía durante la vigencia de los sistemas previsionales, no se trataba de una dádiva o recompensa otorgada de la Nación, sino que “constituye un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo.” (Sentencia C-546, 1992, pág. 18).

Con ello se explica que, de conformidad con la nueva normatividad, la acreditación de cierto número de semanas cotizadas, o el ahorro de una suma determinada en la cuenta pensional individual, según el caso, sea requisito primordial para obtener el derecho a la pensión de vejez en este nuevo sistema.

² En el Decreto Reglamentario No. 1650 de 1994, el Gobierno Nacional definió los requisitos que debían cumplir las entidades previsionales para poder acreditar solvencia económica, de igual manera, estableció el procedimiento a seguir por el Gobierno para declarar insolventes aquellas que no pudiesen acreditar dichos requisitos (Decreto Reglamentario 1650, 1994).

Así las cosas, bajo el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM- existen dos requisitos para obtener el derecho a la pensión de vejez: haber alcanzado la edad de 57 años (Mujeres) y 62 años (Hombres) y además, haber cotizado un mínimo de 1.300 semanas al Sistema General de Pensiones, de conformidad con el artículo 33. (Ley 100, 1993).

Por su parte, para el Régimen de Ahorro Individual -RAIS- “tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente (...).” (Ley 100, 1993, art. 64)

Si bien los servidores públicos que pertenecieron al sistema previsional tuvieron que afiliarse a alguno de los dos regímenes según su propia elección, son aquellos que se incorporaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM- en quienes se centra este análisis, habida cuenta de la existencia del requisito imperativo de acreditar un mínimo de semanas cotizadas al sistema para poder obtener el derecho a la pensión en dicho régimen.

Para los servidores públicos que estuvieron afiliados a los fondos o cajas de previsión social, o aquellos que no estaban afiliados, pero prestaron sus servicios a una entidad estatal antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, la ley creó el mecanismo de *bonos pensionales*³ con el fin de que este tiempo y aportes efectuados pudiesen ser tenidos en cuenta para efectos del cómputo de semanas exigidas en el caso del -RPM-⁴ o para efectos de capital dirigido al ahorro del afiliado -RAIS-⁵.

La emisión del respectivo bono pensional, es posible únicamente si la entidad o fondo en el cual el funcionario laboró o estuvo afiliado antes de 1995 certifica la información del tiempo de servicio, salarios y demás información laboral correspondientes.

Lo anterior quiere decir que el acceso a los mecanismos creados por la Ley para acreditar los ‘tiempos públicos’ anteriores ante el nuevo sistema, depende en

³ “Los bonos pensionales son títulos de deuda pública que constituyen recursos destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al SGP.” (Circular Conjunta No. 13, 2017).

⁴ “El bono pensional tipo B corresponde a aportes por tiempos públicos efectuados a otras cajas o fondos diferentes al RPM, de servidores públicos que se trasladaron al RPM en o después de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones” (Administradora Colombiana de Pensiones, 2018).

⁵ “El bono pensional tipo A que se expide a aquellas personas que se trasladen al RAIS, y su finalidad es convertir las semanas cotizadas, mediante un título nominativo, en dinero para ser depositado en la cuenta de ahorro pensional.” (Rodríguez Meza, 2018).

gran medida de la información laboral que exista en las entidades encargadas de su custodia y de la certificación que estas entidades puedan dar de esta información a través de los formatos que la ley dispone para ello. Razón por la cual la existencia de la información u expediente laboral y su debida custodia por parte de estas entidades reviste gran importancia.

En principio, con el fin de unificar criterios para la expedición de las respectivas certificaciones de tiempo laborado o cotizado con destino a la emisión de los bonos pensionales, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público adoptó, mediante la Circular No. 13 de 2007, tres formatos de uso obligatorio por parte de todas las entidades públicas: certificación de información laboral y de salario válidos para la emisión de bonos pensionales -CLEBP- 1, 2, y 3.

Este sistema de certificación estuvo vigente hasta el 30 de junio de 2019 y fue reemplazado por el Sistema de Certificación Electrónica de Tiempos Laborados -CETIL- mediante el Decreto 726 de 2018 (Decreto 726, 2018).

3. Historia laboral pensional

Con el fin de acercarnos a un concepto aproximado de lo que es la historia laboral en materia pensional, se tomará la definición que la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- esboza en el Concepto 1151412 de 2011, en donde afirma que:

Se trata de un reporte-extracto que contiene las cotizaciones realizadas por los afiliados al sistema general de seguridad social y como tal se constituye en el insumo básico para contabilizar las semanas cotizadas y/o tiempos de servicio cotizados al sistema para efectos de reconocer derechos prestacionales de acuerdo a lo dispuesto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. (Concepto 1151412, 2011).

De manera general, en estos términos se entiende hoy en día el concepto de historia laboral pensional, sin embargo, antes de la creación del sistema general de seguridad social de la Ley 100 de 1993, la historia laboral se conformaba de manera distinta, dependiendo si el trabajador pertenecía al sector público o al sector privado.

Para el sector privado, la historia laboral pensional se empezó a construir desde enero de 1967, fecha en la que inició la cobertura a nivel nacional del seguro de pensión (Invalidez, vejez y muerte) a cargo del Instituto de Seguro Social -ISS- (Decreto 3041, 1966). A partir de entonces, y de conformidad con la norma citada, la historia laboral pensional de los trabajadores del sector privado se constituye con la información de las cotizaciones que reportaba cada empleador al ISS.

Al respecto, es importante precisar que desde 1967 hasta el día de hoy, han existido tres modelos de historia laboral:

El sistema tradicional, que corresponde al reporte de las cotizaciones efectuadas entre el 1º de enero de 1967 y diciembre de 1994; el sistema de autoliquidación de aportes, introducido por la Ley 100 de 1993 y está comprendido por las cotizaciones efectuadas entre el 1º de enero de 1995 y el 31 de diciembre de 2007 y la historia laboral unificada adoptada en el 2008, que unificó los dos sistemas anteriores. (Ponce Bravo, 2017).

Lo anterior quiere decir que desde el 1ro de enero de 1967 existe Historia Laboral Pensional a cargo del ISS para los trabajadores del sector privado. Sin duda, la administración de la seguridad social por una sola entidad (ISS) facilitó significativamente el registro y organización de las cotizaciones e información laboral de estos trabajadores. Ello permitió que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esta información pudiese pasar al nuevo sistema pensional y todo el tiempo laborado entrase automáticamente a ser tenido en cuenta para acceder a la pensión.

Para el sector público, la conformación de una historia laboral pensional representaba mayores dificultades debido a la organización institucional dispersa y fragmentada de su sistema prestacional. Una de las principales dificultades, producto de la naturaleza misma del régimen público prestacional, fue la carencia de un registro unificado de la información laboral de los empleados pertenecientes a este sector. Por lo tanto, no existía para estos trabajadores la historia laboral pensional como se conoce hoy en día y como sí tuvieron los trabajadores del sector privado desde 1967.⁶

Aunado a ello y como ya se ha anotado, no existía norma que consagrara la obligación en cabeza de las entidades previsionales de llevar el registro centralizado de la información laboral de sus afiliados, lo que condujo a que, en 1996, cuando los Fondos de Pensiones entraron a reemplazar a las cajas de previsión social liquidadas, estos no contaran con la información laboral necesaria de los afiliados. Lo anterior fue resaltado por el legislador en la exposición de motivos de lo que se convirtió en la Ley 549 de 1999: “Desafortunadamente la desactualización y muchas veces inexistencia de historias laborales que debían llevar las entidades territoriales, ha impedido la consolidación de la información necesaria para la elaboración de un cálculo actuarial suficientemente confiable.” (Proyecto de ley No. 62, 1999, pág. 23).

⁶ Tal como fue identificado por parte del Congreso de la República en la exposición de motivos de la Ley 549 de 1999 y de la Ley 100 de 1993 y tal como fue resaltado por autores como Morelli Rico y Junca Mejía, Guaque Gutiérrez, & Carrillo Gutiérrez, citados en el capítulo primero y tercero de este escrito.

Ante este panorama, para poder acreditar el tiempo de servicio necesario para el reconocimiento de las prestaciones sociales, la única historia laboral con la que contaba el trabajador era la que él mismo conformaba, acumulando los certificados laborales emitidos por las entidades estatales para las cuales había prestado sus servicios a lo largo que toda su vida.

4. Acceso al derecho pensional: obstáculos y barreras

Fueron muchas las situaciones jurídicas a la que se vieron enfrentados servidores públicos como resultado de la transición normativa entre el sistema previsional y el actual sistema general de pensiones, dentro de los cuales es menester resaltar cuestiones tales como la adquisición del beneficio del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993 y su conservación, tema tratado por autores como Jácome Sánchez en su libro “El régimen de transición pensional: la continuidad de los efectos del régimen de transición pensional después del acto legislativo 001 de 2005”, en donde aborda la conservación del régimen de transición pensional bajo la reforma constitucional del 2005. (Jacome Sánchez, 2017).

Por su parte, Márquez y Rico en su artículo “La transición como derecho adquirido en el régimen de pensiones después del 2014.” Abordan el estudio del régimen de transición una vez cumplida la fecha que limita su vigencia hasta el 2014, y las consecuencias que ello significó para las personas que tenían expectativa de ser beneficiarios de dicho régimen. (Márquez & Rico, 2014).

Entre otras problemáticas relacionadas tales como la determinación del IBL aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, abordado por Edgar Javier Coral en su artículo: “El IBL en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, para los servidores públicos sin régimen pensional especial en Colombia.” (Coral, 2019). Así como también el reajuste pensional introducido por la Ley 6 de 1992, que en palabras del autor Diego Yáñez Meza representa “un dilema jurídico para la administración pública territorial desde el derecho de los jueces.” (Yáñez Meza, 2017).

Todas estas cuestiones comportan problemas jurídicos creados a partir de situaciones jurídicas puntuales propias de la transición normativa estudiada; sin embargo, por ser el objeto del presente análisis, nos centramos en abordar las cuestiones relacionadas con la administración de la información laboral de los empleados del sector público en vigencia del régimen previsional y las problemáticas que pueda conllevar su acreditación ante el nuevo sistema para efectos del reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Dentro de la misma normatividad que crea el Sistema General de Pensiones, se observa que el legislador, al establecer como requisito un mínimo de semanas cotizadas al sistema para obtener la pensión de vejez (RPM), especificó en el literal b, parágrafo 1 del artículo 33 (Ley 100, 1993) que para efectos del cómputo de semanas exigidas se tendría en cuenta el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados.

Sin embargo, la inclusión de este tiempo en el cómputo de semanas exigidas se instituyó de manera condicionada, pues la norma citada indica que procede siempre y cuando la caja o el empleador, según el caso, trasladen a la entidad administradora de pensiones (Colpensiones o Fondo Privado según el régimen), la suma correspondiente representada en un bono pensional, con base en el cálculo actuarial.

Estos Bonos Pensionales, definidos en el artículo 115 (Ley 100, 1993) son títulos de deuda pública que constituyen recursos destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones y comportan sus propias modalidades y requisitos para tener derecho a recibirlos.

Para el caso particular se aplica el Bono Tipo B, es decir, el que se emite a favor de los servidores públicos que se trasladaron al RPM en o después de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones. Si bien el Bono Pensional es un título valor y representa una suma de dinero que contribuye al capital de la pensión, además de ello, para el trabajador significa la inclusión de todo el tiempo de servicio en el anterior sistema para el cómputo de las semanas requeridas para obtener su pensión de vejez.

Sin embargo, la emisión del Bono Pensional depende de muchos factores y procedimientos ajenos al trabajador. En primer lugar, en las cajas o fondos correspondientes debe existir la información laboral del trabajador, y de conformidad con la esta información laboral, la entidad debe elaborar el cálculo actuarial con base en la cual se emite el Bono Pensional en el momento en el cual este sea redimible según las edades y requisitos establecidos por la Ley para la Emisión y redención del Bono Pensional.⁷

Cómo se observa, si bien es cierto que el legislador implementó mecanismos para acreditar el tiempo de servicio de los funcionarios públicos para efectos del reconocimiento de prestaciones, estos se erigen en un catálogo de exigencias y

⁷ La emisión y redención de Bonos Pensionales puede encontrarse en el Decreto 1299 de 1994 y sus decretos reglamentarios.

procedimientos que implican desde la gestión del propio servidor público en el rastreo de cajas de previsión social o empleadores anteriores, hasta cuestiones tan ajenas al funcionario como lo es esperar que la cajas o empleadores cuenten en sus archivos con la información necesaria para emitir el bono pensional.

Cuando se consulta la historia laboral pensional de los funcionarios públicos, ya sea en Colpensiones o en el fondo privado correspondiente, generalmente, el primer registro laboral que aparece allí, data de junio de 1995 fecha en la cual inició la vigencia del sistema general de pensiones para los funcionarios públicos territoriales.

Así las cosas, el funcionario debe emprender un trámite adicional al tradicional: acreditar el tiempo de servicio que laboró en entidades públicas antes de 1995 mediante los formatos que dispuso la ley –Formatos CLEBP, hoy CETIL–, con el fin de que sean incorporado en su historia laboral pensional y sean tenidos en cuenta, ante su administradora de pensiones, en el respectivo cálculo de semanas cotizadas, o su equivalente en dinero según el caso a través de los bonos pensionales.

Es una realidad que, a pesar de los mecanismos implementados por la ley para acreditar el tiempo de servicio de los funcionarios públicos para efectos del reconocimiento de prestaciones, al día de hoy muchos se quedan a mitad del proceso sin lograr acreditar la totalidad de sus semanas laboradas.

La dificultad comienza a presentarse cuando la(s) entidad(es) empleadora(s) ha(n) sido liquidada(s), en este caso, el funcionario se ve obligado a indagar cuál es el ente o fondo territorial de pensiones competente de custodiar y certificar la información laboral que reposaban en aquella(s) entidad(es) liquidadas).

Aunque por regla general, en estos casos las competencias se definen dependiendo del nivel territorial al que pertenecieran las entidades liquidadas, es decir, si la entidad era de orden municipal, las obligaciones pensionales pasaban a ser asumidas por el Fondo de Pensiones Municipal creado para su jurisdicción y así respectivamente con las entidades de orden distrital y departamental, de conformidad con el régimen de los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas (Decreto 1296, 1994). Esta información no es tan clara ni comprensible para el público en general ajeno al ir y venir normativo que comportan el desarrollo de este Decreto en cada entidad territorial.

Es así como, en principio, la identificación del Fondo de Pensiones que tiene a su cargo el pasivo pensional de su entidad empleadora liquidada y a quién le compete certificar su información laboral, constituye el primer obstáculo para muchos funcionarios, quienes en la mayoría de los casos se ven obligados a contratar la

asesoría de un profesional del derecho especialista en el área, incurriendo así en gastos adicionales.

En caso de que la entidad empleadora aún exista, o se haya logrado conocer el Fondo Territorial de Pensiones o entidad competente hoy en día, el procedimiento a seguir para el funcionario es presentar un derecho de petición, solicitándole a dicha entidad que expida certificación de su tiempo de servicio en los formatos dispuestos por la Ley.

Aunque la normatividad que regula el derecho de petición establece que el término de respuesta es de 15 días hábiles en general y para peticiones de información –como es el caso– es de 10 días hábiles desde su recepción (Ley 1755, 2015), este término no suele cumplirse, incurriendo las entidades en violación al derecho de petición.

Esta situación no es aislada, sino que constituye una constante en el comportamiento de las entidades, tal como se puede entrever en los informes de la Corte Constitucional, en cuyo reporte correspondiente al periodo enero-mayo de 2019 afirmó que las tutelas por violación al derecho de petición eran del orden de 34,1% del total de las tutelas radicadas en la Corte Constitucional. (Corte Constitucional, 2019).

Sumado a lo anterior, como consecuencia de la desactualización e inexistencia de las historias laborales por parte de las entidades del anterior sistema previsional⁸, y a pesar de los esfuerzos estatales posteriores por lograr la normalización y actualización de esta información, llegan a instancias judiciales casos en donde las entidades se niegan a emitir los respectivos certificados con destino a la conformación de bonos pensionales con el argumento de que en la entidad no reposa información laboral del servidor público o es insuficiente: (Sentencia T-463, 2016) (Sentencia T-058, 2017) (Sentencia T-479, 2017) (Sentencia T-200A, 2018).

Lo que sucedía en estos casos, era que, la carga de la prueba para demostrar la vinculación y el tiempo de servicio prestado recaía, de manera indebida, en cabeza del propio servidor público, quien generalmente no poseía en sus archivos personales copia de las certificaciones laborales de esa época o copia de los actos administrativos respectivos, por lo que se veían obligados a interponer acciones de tutela ante los jueces de la República para poder lograr la respectiva certificación y poder reclamar ante las Administradoras de Pensiones el reconocimiento y pago de su pensión.

⁸ Al respecto ver primer capítulo de este escrito.

Frente a estos casos, la Corte Constitucional profirió una extensa doctrina jurisprudencial en desarrollo del derecho al Habeas Data y acceso a la información, es así como en Sentencia T-160 de 2005, determinó una serie de principios a los que está sometida la administración de datos personales, tanto en su conformación como depuración, a fin de garantizar “la armonía en el ejercicio de los derechos fundamentales de las administradoras, de los usuarios y de los titulares de los datos” (Sentencia T-160, 2005, pág. 29)

En Sentencia T-144 de 2013, la Corte afirmó que existe vulneración al derecho al Habeas Data cuando se presentan inexactitudes en la historia, especialmente cuando ello deriva en negación de derechos fundamentales como la pensión (Sentencia T-144, 2013). En cuanto a la definición y contenido del derecho al Habeas Data, en la Sentencia C-1011 de 2008, la Corte estableció que es:

Aquel que otorga la facultad al titular de datos personales de exigir de las administradoras de esos datos el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, de conformidad con los principios que regulan el proceso de administración de datos personales. (Sentencia C-1011, 2008).

En concordancia, la jurisprudencia es clara en afirmar que en virtud del Habeas Data, se desarrollan deberes de las administradoras y entes de pensiones de “observar una obligación general de seguridad y diligencia en la administración y conservación de los datos personales y una obligación específica de corregir e indemnizar los perjuicios causados por el mal manejo de la información.” (Sentencia T-592, 2013, pág. 10).

Con el fin de subsanar estas inconsistencias, la Corte profirió órdenes a las entidades de implementar el procedimiento de reconstrucción de expediente contemplado en el artículo 126 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012) para el caso de las historias laborales de los servidores públicos y afirmó que es inconstitucional trasladar al servidor público las consecuencias negativas de sus fallas al imponerle la carga de reconstruir una información que ella estaba obligada a custodiar, conservar y reconstruir. (Sentencia T-207A, 2018).

Al respecto, sobre otro caso que toca la reconstrucción de expedientes tratado en la Sentencia T-256 de 2007, la Corte consideró que:

La Alcaldía Municipal debió reconstruir los expedientes que resultaron afectados por esta situación. No hacerlo, constituye una grave violación a los derechos de las personas que trabajaron al servicio de la administración municipal, pues casos como (Sentencia T-307, 1999) (Sentencia T-307, 1999) o el presente se está impidiendo el acceso a una futura pensión de vejez. (...) La reconstrucción de un expediente

debe hacerse de manera ágil, pues de no ser así puede haber una posible afectación del derecho a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital, toda vez que de esa información depende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.” (Sentencia T-256, 2007).

A pesar de intermediar orden judicial que ordene la reconstrucción el expediente laboral, muchas entidades siguen argumentando la carencia de información suficiente para efectuar la reconstrucción ordenada.

Como ejemplo de lo anterior, se cita uno de los argumentos esbozados por la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena), dentro del proceso de acción de tutela revisado por la Corte Constitucional en Sentencia T-207A de 2018, la cual, ante el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Municipal de Ciénaga (Magdalena) que le ordenó la reconstrucción del respectivo expediente laboral y la emisión de la certificación en formato CLEBP del accionante, esta entidad respondió lo siguiente:

Como se ha venido sosteniendo en los trámites administrativos de reconstrucción de expedientes que se han presentado, esta administración está imposibilitada para la Creación del Formato CLEBP por cuanto se desconoce mucha de la información salarial de las antiguas Empresas Públicas Municipales y aunque las presunciones legales existen, estas no se pueden aplicar a los salarios que se devengan en el país.(...) No puede esta administración presumir los salarios de la época toda vez que se desconocen los rangos a los que se acogieron.(...) El formato CLEBP que pretende el accionante en el trámite de reconstrucción de expedientes no puede ser creado en periodos intercalados, puesto que desconoceríamos los documentos que soportan vinculaciones laborales sin especificación de salarios, es decir, estos periodos quedarían en valor de \$0.00 dando a entender que en estos tiempos no hubo vinculación laboral aun cuando sí existe constancia de esta. (Sentencia T-207A, 2018).

Ahora bien, cabe resaltar que, aunque, de conformidad con el art. 264 del Código Sustantivo del Trabajo (Decreto 2663, 1950), cuando los archivos han desaparecido o no se pueda probar con ellos el tiempo de servicio o salario, se admite cualquier otro medio de prueba establecido por la ley⁹, y así lo ha dicho la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones¹⁰, sigue persistiendo en cabeza del funcionario la indebida

⁹ De conformidad con el artículo 165 del Código General del Proceso, los medios de prueba son: la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

¹⁰ En la Sentencia T-875 del año 2010, la Corte Constitucional dedica un aparte de su análisis considerativo al derecho fundamental a la información vital y el deber constitucional de debida gestión y administración de archivos, incluida la historia laboral de los trabajadores. En el mismo sentido, en la Sentencia T-1172 de

carga de aportar pruebas de una información que la entidad tenía la obligación de custodiar.

Como se observa, aunque las entidades estén en la obligación de reconstruir el expediente laboral en caso de inexistencia o inconsistencia de la información que allí reposa, esta labor se hace dispendiosa si el servidor no cuenta con las certificaciones que ayuden en el proceso y permitan acreditarle la totalidad de su información. Por lo que un trámite de reconocimiento y pago de pensión de vejez que por mandato legal debe tardar máximo 4 meses¹¹ para estos funcionarios puede tardar incluso años, o nunca materializarse.

Ante los múltiples inconvenientes, los servidores públicos se ven obligados a asumir los costos de emprender un proceso judicial y demás trámites administrativos necesarios para lograr el goce del derecho fundamental a la pensión de vejez.

Así las cosas, mientras que en términos generales el acceso al derecho pensional se hace sin representante judicial y de manera gratuita, para estos servidores su derecho pensional es supeditado a la capacidad económica para contratar a un profesional del derecho que los represente y asesore en todo el dispendioso proceso.

Cabe hacer referencia a una nueva situación que sobrevino para estos funcionarios con el cambio normativo introducido por el Decreto 726 de 2018 en el cual se adopta el sistema de certificación electrónica de tiempos laborados -CETIL-, reemplazando a los formatos CLEBP.

Este cambio entró en vigencia el 30 de junio de 2019, fecha en la cual las entidades administradoras de pensiones dejaron de aceptar los certificados de tiempos en formatos CLEBP para acreditar el tiempo de servicio y que este fuese incluido en el cómputo de las semanas exigidas por ley para obtener la pensión de vejez. Sin embargo, a septiembre de 2019, muchas entidades del nivel territorial no han entrado a implementar el nuevo formato, razón por la cual muchos funcionarios, al día de hoy, no han podido certificar su tiempo de servicio y, por ende, acceder a su derecho pensional.

2008, esta misma corporación fue enfática en afirmar que “no puede someterse a las personas a situaciones injustas, en que por el desorden y la desidia administrativa las entidades pierden sus archivos y después pretenden que el particular asuma las consecuencias de esa conducta negligente, respondiéndoles una y otra vez que no es posible acceder a lo solicitado.” Por otra parte, con ocasión a la sentencia T-116 de 1997, la Corte estimó que si bien no se puede forzar la obtención de resultados más allá de las posibilidades materiales de la autoridad determinada, “Lo anterior no es óbice para que las entidades públicas puedan eludir el deber de implementar mecanismos apropiados para la guarda de la información institucional, en especial, aquella relacionada con las materias laborales del personal a su servicio, debido a la importancia de la misma frente a una eventual reclamación de los derechos de los empleados que allí han laborado”.

¹¹ Tal como es ordenado por el literal e, parágrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Resultado de la Investigación

Del análisis efectuado en el presente estudio, se encontró que, como consecuencia de los factores problemáticos inherentes al sistema previsional, en especial la carencia de registro unificado de la información laboral de los trabajadores del sector público y la existencia de multiplicidad de entidades que se encargaban de su manejo, no se construyeron historias laborales de los funcionarios públicos, lo que ocasionó para esta población, dificultades en el momento de acreditar la totalidad del tiempo de servicio ante el nuevo Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993. Surgió entonces, para esta población, un trámite adicional al aplicable para el resto de trabajadores: acreditar el tiempo laborado antes de 1995 con el fin de que ingrese en el cómputo de semanas necesarias para obtener la pensión de vejez a través del mecanismo de Bonos Pensionales.

Sin embargo, se encontró que, a pesar de existir el mecanismo de Bonos Pensionales, cuando se presentan casos de inconsistencias o carencia de información laboral del trabajador en los archivos de la entidad, estas se abstienen de emitir los Certificados de Tiempos Laborados (antes CLEBP hoy CETIL) que constituye el requisito principal para la emisión del Bono Pensional y por ende lograr trasladar los tiempos de servicio y aportes anteriores al nuevo sistema. En consecuencia, el trabajador debe iniciar una serie de trámites administrativos y acciones judiciales para lograr la reconstrucción de su información laboral que en principio tuvo que haber sido custodiada y protegida por las entidades previsionales y empleadoras, pero cuya carga probatoria terminó, de manera indebida, trasladándose al trabajador.

Es así como, el acceso al derecho pensional, cuyo trámite debería ser inferior a 4 meses y gestionarse sin necesidad de representación judicial, implica para la población objeto de estudio un término mucho mayor al estipulado, elevar una serie de requerimientos ante las autoridades empleadoras, fondos de pensiones, iniciar acciones judiciales ante los jueces constitucionales, buscar la asesoría y/o representación de un profesional del derecho especialista en el área y en general, atravesar por una serie de trámites dispendiosos y onerosos para poder lograr el reconocimiento de la totalidad del tiempo de servicio y el consecuente acceso a la pensión de vejez.

Conclusiones

Las características del sistema previsional del sector público tales como multiplicidad de instituciones que administraban la seguridad social, la carencia de una historia laboral pensional para estos trabajadores y demás situaciones

relacionadas con el manejo y guarda de información laboral, fueron factores problemáticos que constituyeron la génesis de los problemas que enfrentaron los servidores públicos ante el nuevo sistema.

Con el ‘desmante’ del sistema previsional y la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, los servidores públicos se vieron obligados a acogerse a nuevas reglas y normas dentro de las cuales, cotizar un determinado número de semanas es requisito primordial para obtener el derecho a la pensión de vejez, razón por la cual, acreditar la totalidad del tiempo laborado por parte del trabajador se convirtió en un paso necesario para acceder al derecho pensional.

La Ley implementó mecanismos para que los servidores públicos pudiesen acreditar el tiempo laborado durante la vigencia del sistema previsional y que sea tenido en cuenta para el cómputo de semanas cotizadas exigidas por ley, tales como los Bonos Pensionales y los Certificados Electrónicos de Tiempos Laborados -CETIL- (antes CLEBP).

Sin embargo, para implementar estos mecanismos, se requiere conocer qué entidad o entidades son las competentes para emitir los respectivos certificados y que, en ellas se encontraran los archivos contentivos de la información laboral del trabajador.

En los casos en los cuales la información laboral del trabajador no existía o presentaba inconsistencias y las entidades se abstenían de emitir el certificado de tiempos públicos, el trabajador se veía obligado a iniciar acciones judiciales para buscar amparo de sus derechos fundamentales ante los jueces constitucionales.

Si bien la Corte Constitucional profirió una amplia doctrina sobre la obligación de estas entidades de guardar y custodiar la información laboral de los trabajadores en virtud del principio de Habeas Data, y ordenó que en casos de inconsistencias o carencia de información laboral del trabajador se implementase el mecanismo de reconstrucción del expediente contemplado en el Código General del Proceso, ello se dificulta si el servidor no cuenta en sus archivos personales con documentos que prueben o den indicios de su vinculación y demás información laboral.

A lo anterior se suman los gastos que debe asumir el trabajador para poder dar trámite a sus requerimientos y procesos administrativos y judiciales, dado que, en muchos casos, se hace necesaria la asesoría y/o representación judicial de un abogado con conocimiento en el área.

Es así como, en respuesta a la pregunta problema planteada, se concluyó que, las dificultades relacionadas con la acreditación del tiempo de servicio prestado a entidades públicas en vigencia del sistema previsional, sí imponen barreras

adicionales que terminan impidiendo el acceso al derecho pensional de los funcionarios públicos que atravesaron por dicha transición normativa.

Referencias

- Administradora Colombiana de Pensiones. (2018). *Documento 05: Bonos Pensionales*. Bogotá D.C: Colpensiones. Obtenido de <https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/doc05.htm>
- Agudelo Ibáñez, S. J. (2015). Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India. *Academia & Derecho*, 6(11), 123-154.
- Arenas Monsalve, G. (2018). *El derecho colombiano de la seguridad social* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Legis S.A.
- Ayala, U. (1992). Introducción a la seguridad social y a los seguros sociales. En O. Rodríguez, & D. Arevalo, *Estructura y crisis de la seguridad social en Colombia 1946-1992* (págs. 17-69). Bogotá D.C: Universidad Nacional. Centro de Investigaciones para el Desarrollo. Obtenido de http://www.fce.unal.edu.co/media/files/CentroEditorial/catalogo/Libros_Digitalizados/I_Estructura-y-crisis-de-la-seguridad-social-en-colombia-1946-1992_1986.pdf
- Circular Conjunta No. 13. (18 de abril de 2017). Ministerio de Hacienda y Crédito Público & Ministerio de la Protección Social. *Por medio del cual se adoptan Formatos Únicos De Información Laboral*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://www.mincit.gov.co/ministerio/normograma-sig/procesos-estrategicos/gestion-del-talento-humano/circulares/circular-conjunta-13-de-2007.aspx>
- Concepto 1151412. (12 de diciembre de 2011). Administradora Colombiana de Pensiones. Colpensiones. *Concepto jurídico Historia Laboral*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/concepto_colpensiones_1151412_2011.htm
- Coral, E. (15 de noviembre de 2019). El IBL en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, para los servidores públicos sin régimen pensional especial en Colombia. (*tesis de pregrado*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23386/1/Art%20adcul%20E1%20IBL%20en%20el%20r%20c%20a9gimen%20de%20transici%20c%20b3n%20de%20la%20Ley%20100%20de%201993%20para%20los%20servidores%20p%20c%20b%20ablicos%20sin%20r%20c%20a9gimen%20pensional%20es-1>.
- Corte Constitucional. (2019). *Boletín de estadísticas de la Corte Constitucional enero-mayo de 2019*. Bogotá D.C: Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Informe%20estad%20C3%ADstico%20general%20enero%20mayo%202019.pdf>

- Decreto 1296. (22 de Junio de 1994). El Presidente de la República. *Por el cual se establece el régimen de los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 41.406 de 24 de junio de 1994. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1296_1994.html
- Decreto 1650. (18 de Julio de 1977). El Presidente de la República. *Por el cual se determinan el régimen y la administración de los seguros sociales obligatorios, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 34840 de 5 de agosto de 1977. Obtenido de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_1650_1977.htm
- Decreto 2663. (5 de Agosto de 1950). El Presidente de la República. *Adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 "Sobre Código Sustantivo del Trabajo", en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html.
- Decreto 3041. (19 de Diciembre de 1966). El Presidente de la República. *Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No 32.126, del 14 de enero de 1967. Obtenido de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_3041_1966.htm
- Decreto 3063. (29 de Diciembre de 1989). El Presidente de la República. *Por el cual se aprueba el Acuerdo 044 de 1989 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 39124 del 29 de diciembre de 1989. Obtenido de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1511030>
- Decreto 726. (26 de Abril de 2018). El Presidente de la República. *Por el cual se modifica el Capítulo 2 del Título 9 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1833 de 2016, que compila las normas del Sistema General de Pensiones y se crea el Sistema de Certif(CETIL) con destino al reconocimiento de prestaciones pensionales*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 50.576 de 26 de abril de 2018. Obtenido de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30035010>
- Decreto Reglamentario 1650. (1 de Agosto de 1994). El Presidente de la República. *Por el cual se reglamenta el artículo 130 de la ley 100 de 1993*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No 41.471, del 3 de agosto de 1994. Obtenido de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_1650_1994.htm
- Departamento Nacional De Planeación. (12 de Diciembre de 2017). *Departamento Nacional De Planeación*. Obtenido de Panorama Actual De Los Recursos Del Fondo Nacional De Pensiones De Las Entidades Territoriales (Fonpet): <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Inversiones%20y%20finanzas%20pblcas/Documents%20GFT/Bolet%20C3%ADn%20financiamiento%20Fonpet.pdf>

- ELIMINBAR. (2018). *Estudios Sobre Seguridad Social* (1 ed.). Barranquilla, Colombia: Ediciones Uninorte.
- Jacome Sanchez, S. (2017). *El régimen de transición pensional. La continuidad de los efectos del régimen pensional después del acto legislativo 001 de 2005* (2 ed.). Bogotá D.C: Editorial Ibáñez.
- Junca Mejía, R., Guauque Gutierrez, Z., & Carrillo Gutierrez, A. (2018). La historia laboral pensional como elemento necesario para el acceso a la pensión: el caso de Bogotá D. C. *Revista Vniversitas*, 67(137), 1-20. Obtenido de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/22338>
- 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 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. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Ley 1755. (30 de junio de 2015). Congreso de la República. *Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 49.559 de 30 de junio de 2015. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1755_2015.html
- Ley 549. (8 de Diciembre de 1999). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 43.836 de 30 de diciembre de 1999. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0549_1999.html
- Ley 6. (15 de Febrero de 1945). Congreso de la República. *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No 25790, 15 de febrero de 1945. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1167>
- Ley 90. (26 de Diciembre de 1946). Congreso de la República. *Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No 26.322, del 7 de enero de 1947. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1631247>
- López Villegas, E. (2011). *Seguridad social teoría crítica* (1 ed.). Medellín, Colombia: Editorial Señal Ediciones S.A.

- Marquez, J., & Rico, C. (2014). La transición como derecho adquirido en el régimen de pensiones después del 2014. *Revista Hipótesis Libre*, 9, 1-16. Obtenido de file:///C:/Users/HOME/Downloads/139-436-1-PB.pdf
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2013). *Bonos Pensionales*. Bogotá D.C: Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Obtenido de http://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-052619%2F%2FidPrimaryFile&revision=latestreleased
- Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social. (1 de noviembre de 1992). Congreso de la República. *Exposición de motivos del proyecto de ley por la cual se crea el sistema de ahorro pensional y se dictan otras disposiciones sobre seguridad social*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=12887
- Morelli Rico, S. (2013). *El sistema pensional colombiano: muchas reformas, pocas soluciones*. Bogotá D.C: Economía Colombiana- Contralía General de la República. Obtenido de www.contraloria.gov.co/documents/20181/471727/economia-colombiana-ed-338.pdf/43424ec5-27c0-48e4-afde-da7b595f75ed
- Ponce Bravo, G. (2017). *Seguridad social tratado del régimen de prima media* (1 ed.). Bogotá D.C: Editorial Kimpres S.A.S.
- Proyecto de Ley No. 218. (19 de Marzo de 1993). Congreso de la República. *Mediante la cual se ñjan las asignaciones mínimas para los médicos y personal paramédico de nivel auxiliar que labora en instituciones de atención medica del sector publico y privado, se unifican los niveles salariales para estos trabajadores que laboran*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/PUBLICACIONES%20PERIODICAS/TEXTO%20COMPLETO%20Y%20TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20PP/Gaceta%20del%20Congreso/Gaceta%20del%20Congreso%201992/GC%2042%20de%201992.pdf>
- Proyecto de Ley No. 248. (16 de Diciembre de 1992). Congreso de la República. *Proyecto de ley 248 de 1992 por la cual se crea el Sistema Nacional de Seguridad Social (SNSS) y se dictan disposiciones en la materia para desarrollarlo*. Bogotá D.C, Colombia: Gaceta del Congreso 42. Obtenido de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-1990-1994/1992-1993/article/281-por-el-cual-se-crea-el-sistema-nacional-de-seguridad-social>
- Proyecto de ley No. 62. (9 de Agosto de 1999). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Gaceta del Congreso 241. Obtenido de <http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/PUBLICACIONES%20PERIODICAS/TEXTO%20COMPLETO%20Y%20TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20PP/Gaceta%20del%20Congreso/Gaceta%20del%20Congreso%201999/GC%20241%20de%201999.pdf>

- Rodríguez Meza, R. (2018). *Estudios Sobre Seguridad Social* (5 ed.). Barranquilla, Colombia: Editorial Universidad del Norte.
- Sentencia C-1011. (16 de Octubre de 2008). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente PE-029. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1011-08.htm>
- Sentencia C-546. (1 de Octubre de 1992). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Ciro Angarita Barón*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: D-023 y D-041. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-546-92.htm>
- Sentencia T-058. (3 de Febrero de 2017). Corte Constitucional. La Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-5.748.723. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-059-17.htm>
- Sentencia T-1067. (12 de Diciembre de 2007). Corte Constitucional. La Sala Segunda de Revisión. *M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expedientes T-1474643 y acumulados. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-1067-07.htm>
- Sentencia T-116. (17 de Marzo de 1997). Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Hernando Herrera Vergara*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-113.341. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-116-97.htm#:~:text=T%2D116%2D97%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=En%20el%20evento%20de%20la,ajustarse%20al%20orden%20legal%20vigente>.
- Sentencia T-1172. (28 de Noviembre de 2008). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-2059693. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-1172-08.htm>
- Sentencia T-144. (14 de Marzo de 2013). Corte Constitucional. La Sala Primera de Revisión. *M.P.: María Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-3682813. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-144-13.htm>
- Sentencia T-160. (24 de Febrero de 2005). Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-873470. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-160-05.htm>
- Sentencia T-200A. (25 de Mayo de 2018). Corte Constitucional. La Sala Quinta de Revisión. *M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-6.405.933. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-200a-18.htm>

- Sentencia T-207A. (25 de Mayo de 2018). Corte Constitucional. La Sala Quinta de Revisión. *M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-6.333.661. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-207a-18.htm>
- Sentencia T-256. (12 de Abril de 2007). Corte Constitucional. La Sala Novena de Revisión. *M.P.: Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1492821. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-256-07>
- Sentencia T-307. (4 de Mayo de 1999). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-187958. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-307-99.htm#:~:text=T%2D307%2D99%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20habeas%20data%20es%20un,%2C%20almacenarlo%2C%20usarlo%20y%20transmitirlo>.
- Sentencia T-463. (29 de Agosto de 2016). Corte Constitucional. La Sala Quinta de Revisión. *M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-5.550.845. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-463-16.htm>
- Sentencia T-479. (24 de Abril de 2017). Corte Constitucional. La Sala Séptima de Revisión. *M.P.: Cristina Pardo Schlesinger*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-6.086.318. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-419-17.htm>
- Sentencia T-592. (30 de Agosto de 2013). Corte Constitucional. La Sala Segunda de Revisión. *M.P.: Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T- 3.874.108. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-592-13.htm>
- Sentencia T-875. (4 de Noviembre de 2010). Corte Constitucional. La Sala Octava de Revisión. *M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-2727375. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-875-10.htm>
- Torres Tarazona , L. (2018). *Aproximaciones a la seguridad social – Aspectos teóricos y jurisprudenciales* (2 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Doctrina y Ley.
- Valero Rodríguez, Ó. (2016). *Régimen de pensiones en las convenciones colectivas de trabajo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Yañez Meza, D. (2017). El derecho al reajuste pensional de la ley 6 del año 1992: un dilema jurídico para la administración pública territorial desde el derecho de los jueces. *Revista Advocatus*(28), 45-77. Obtenido de <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.28.887>

Límites de la discrecionalidad técnica en el otorgamiento de licencias ambientales*

Limits of technical discretion in the granting of environmental licenses

Recibido: mayo 20 de 2019 - Evaluado: agosto 09 de 2019 - Aceptado: octubre 21 del 2019

María del Rosario Santos de Aguirre**

Daniel Fabián Torres Bayona***

Para citar este artículo / To cite this article

Santos de Aguirre, M del R., & Torres Bayona, D. F. (2020). Límites de la discrecionalidad técnica en el otorgamiento de licencias ambientales. *Revista Academia & Derecho*, 11(20), 155-192.

Resumen: El presente artículo es el resultado de una investigación que busca determinar los límites de la discrecionalidad técnica en el otorgamiento de licencias ambientales, dentro del derecho colombiano, con el fin de evidenciar la definición y alcance de la discrecionalidad, el concepto de discrecionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, las competencias de las Autoridades Ambientales en la expedición de

* Artículo inédito. Artículo resultado de investigación. Presenta los principales resultados de la investigación titulada: “Límites de la discrecionalidad técnica en el otorgamiento de licencias ambientales” desarrollada en el Grupo de Investigación CIPJURIS.

** Magister en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Bucaramanga; Especialista en Ingeniería Ambiental, Universidad Industrial de Santander, Especialista en Derecho Público, Universidad Autónoma de Bucaramanga; Abogada, Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga; Profesora Interna (Categoría Asociada), Línea de Investigación en Neoconstitucionalismo, Grupo en Ciencia Política y Derecho «CIPJURIS», Facultad de Derecho, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Bucaramanga. Áreas de actuación: Derecho Administrativo y Derecho Ambiental. Correo electrónico: maria.santos@upb.edu.co.

*** Doctorando en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona; Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Público, Universidad Autónoma de Bucaramanga; Abogado, Universidad Industrial de Santander; Profesor de Medio Tiempo, Facultad de Derecho, División de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga. Área de actuación: Derecho Constitucional. Correos electrónicos: daniel.torres01@ustabuca.edu.co y dtorresbayona@gmail.com.

licencias ambientales, la diferencia entre acto reglado y acto discrecional, así como el control judicial de la potestad discrecional.

Palabras clave: Actos reglados, presunción de legalidad, discrecionalidad técnica, licencia ambiental.

Abstract : This article is the result of an investigation that seeks to determine the limits of technical discretion in the granting of environmental licenses, within Colombian law, in order to demonstrate the definition and scope of discretion, the concept of discretion in the jurisprudence of the Council of State and the Constitutional Court, the competences of the Environmental Authorities in the issuance of environmental licenses, the difference between regulated act and discretionary act, as well as the judicial control of the discretionary power.

Key words: Regulated acts, presumption of legality, technical discretion, environmental license.

Resumo: Este artigo é o resultado de uma investigação que busca determinar os limites da discricção técnica na concessão de licenças ambientais, dentro da lei colombiana, a fim de demonstrar a definição e o escopo da discricção, o conceito de discricção na jurisprudência. do Conselho de Estado e do Tribunal Constitucional, as competências das Autoridades Ambientais na emissão de licenças ambientais, a diferença entre um ato regulamentado e um ato discricionário, bem como o controle judicial do poder discricionário.

Palavras-chave: Atos regulamentados, presunção de legalidade, discricção técnica, licença ambiental.

Résumé : Cet article est le résultat d'une enquête qui cherche à déterminer les limites du pouvoir discrétionnaire technique dans l'octroi de licences environnementales, en droit colombien, afin de démontrer la définition et l'étendue du pouvoir discrétionnaire, le concept de pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence. du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle, les compétences des autorités environnementales dans la délivrance des licences environnementales, la différence entre un acte réglementé et un acte discrétionnaire, ainsi que le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire.

Mots-clés: actes réglementés, présomption de légalité, discrétion technique, autorisation environnementale.

SUMARIO. Introducción. – Problema de investigación. – Metodología. – Plan de redacción. -1. 1. La discrecionalidad en Colombia: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia. 1.1. Origen de la discrecionalidad administrativa. 1.2. Definición y alcance de la discrecionalidad. 1.3. El Estado social de derecho y los principios constitucionales. 1.4. El concepto de discrecionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. 2. Competencias de las Autoridades Ambientales en la expedición de licencias ambientales. 2.1. Antecedentes de la licencia ambiental. 2.2. Autoridades Ambientales competentes. 3. Discrecionalidad técnica en la expedición de licencias ambientales. 4. Control de legalidad de los actos administrativos. 5. Diferencia entre acto reglado y acto discrecional. 6. Discrecionalidad técnica. 6.1. La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia del

Consejo de Estado. 6.2. La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. 7. El control judicial de la potestad discrecional. 8. Límites de la discrecionalidad. 8.1. Transgresión a los límites de la discrecionalidad. 8.1.1. La desviación del poder. 8.1.2. La motivación del acto. - Conclusiones. Referencias.

Introducción

En Colombia la actividad administrativa por disposición constitucional está encaminada a la satisfacción de los fines estatales y de los intereses colectivos; entendiendo que, en desarrollo de uno de esos fines, se enfoca hacia la protección del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales de la Nación, como lo estipula la Constitución en su artículo octavo. Esa actividad propia de la administración se encuentra regulada a través de las diferentes normas: la Constitución, la ley, los reglamentos; además del aporte de la jurisprudencia emanada de los tribunales y cortes.

En razón a que los funcionarios están sometidos al imperio de la ley, como lo establece el texto superior y desde luego, los que forman parte de las autoridades ambientales a través de las diversas formas de vinculación lo son, por tanto, los actos administrativos de carácter ambiental gozan de las mismas prerrogativas, es decir son el producto de una facultad discrecional o reglada, con un distintivo que emana del carácter técnico que sirve de soporte a tales pronunciamientos.

El incremento y la evolución de la actividad administrativa, trajo como consecuencia que, la Administración Pública fuera provista de una serie de facultades que le permitieran abordar y resolver de manera eficaz, las diferentes problemáticas que se presentaban en su accionar diario. La posterior consolidación del ejercicio de dichas prerrogativas, es lo que se conoce hoy como facultades administrativas discrecionales, cuyo estudio se abordará en este artículo. La Constitución Política de 1991 creó unos órganos autónomos llamados Corporaciones Autónomas Regionales, como administradoras del medio ambiente, las cuales dentro del desarrollo de su función administrativa, expiden actos administrativos que otorgan o niegan los permisos de licencias ambientales; dichos actos administrativos tienen como soporte un concepto técnico, y además gozan de presunción de legalidad en la expedición toda vez que ellos deben ser motivados conforme exige la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, de acuerdo con los principios constitucionales, estos no escapan al control judicial, toda vez que, sean expedidos violando la Constitución y la ley.

El objetivo final del trabajo se centra en el hecho de establecer, hasta donde dentro de un Estado social de derecho, esa facultad discrecional del funcionario

administrativo se cumple dentro de unos límites precisos y definidos, sin desmedro de los intereses de los particulares y sin afectar tampoco los del Estado, dando cumplimiento en todo caso a los presupuestos de que gozan o están investidos las actuaciones de la administración.

Problema de investigación

¿Cuáles son los límites de la discrecionalidad técnica en el otorgamiento de licencias ambientales?

Metodología

El método investigación empleado es el descriptivo, ya que consiste en un proceso de conocimiento que se inicia por la identificación de cada una de las partes que caracterizan una realidad, en este caso jurisprudencial. De esa forma se establece la relación causa - efecto entre los elementos que componen el objeto de investigación. La investigación tendrá un enfoque cualitativo ya que sólo busca aspectos de valoración y análisis, sin la utilización de variables numéricas, ni tampoco la realización de encuestas. Es de tipo eminentemente jurídica, puesto que se enfocará en las fuentes formales del Derecho, especialmente la norma jurídica (Constitución, leyes, decretos, actos administrativos) y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, sin realizar un estudio de caso u observar la realidad con la ayuda de otras ciencias sociales.

Como técnicas de investigación se tuvieron el análisis de contenido de textos, frente a las teorías, doctrina, normatividad y jurisprudencia. Como instrumentos de recolección de información o de datos, se elaboraron unas fichas de recolección de información, una para teoría y doctrina, otra para normatividad y otra para jurisprudencia.

Plan de redacción

1. La discrecionalidad en Colombia: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia. 1.1. Origen de la discrecionalidad administrativa. 1.2. Definición y alcance de la discrecionalidad. 1.3. El Estado social de derecho y los principios constitucionales. 1.4. El concepto de discrecionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. 2. Competencias de las Autoridades Ambientales en la expedición de licencias ambientales. 2.1. Antecedentes de la licencia ambiental. 2.2. Autoridades Ambientales competentes. 3. Discrecionalidad

técnica en la expedición de licencias ambientales. 4. Control de legalidad de los actos administrativos. 5. Diferencia entre acto reglado y acto discrecional. 6. Discrecionalidad técnica. 6.1. La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia del Consejo de Estado. 6.2. La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. 7. El control judicial de la potestad discrecional. 8. Límites de la discrecionalidad. 8.1. Transgresión a los límites de la discrecionalidad. 8.1.1. La desviación del poder. 8.1.2. La motivación del acto.

1. La discrecionalidad en Colombia: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia.

1.1. Origen de la discrecionalidad administrativa

Una posición mayoritaria dentro de la que se encuentra Malagón (2012), ha sostenido que la idea de lo discrecional fue originariamente desarrollada en el contencioso-administrativo francés y su nacimiento se produjo en el ámbito de la separación de poderes, que interpretó rígidamente el esquema divisorio en un doble sentido, puesto que, mientras por una parte se prohibía a los tribunales judiciales juzgar a la Administración, por la otra, se consideraba que esta función era de naturaleza administrativa. Así fue como, para la mayoría de la doctrina, se originó en el derecho público la llamada jurisdicción contencioso-administrativa.

En el sistema francés, no obstante haberse efectuado una cierta sistematización sobre los criterios para fijar los límites del control jurisdiccional de la actividad discrecional, el juez ejerce el control que quiere haciendo de las normas lo que quiere y aunque la doctrina es consciente del peligro de que la Administración incurra en arbitrariedad en la utilización de la potestad discrecional, los jueces optan por auto limitarse y practican un control mínimo sin sustituir, en principio y como regla general, los aspectos que consideran puros juicios de oportunidad que lleva a cabo la Administración.

En Alemania, por su parte, afirma Cassagne (2007), se sostuvieron tesis opuestas acerca de la discrecionalidad, pero siempre bajo el entendido de que era una zona de la actividad administrativa que se encontraba exenta del control judicial o, al menos, en la que la densidad de ese control era menor. Sin embargo, a pesar de las diferentes tesis desarrolladas en Alemania:

el principal intento por reducir la discrecionalidad se centró en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados con fundamento en que, al admitir una única solución justa, dichos conceptos constituyen un supuesto de remisión legal, cuyo control en nada difiere del que se efectúa sobre una actividad reglada.

Dicha teoría de los conceptos jurídicos indeterminados tuvo una extraordinaria recepción tanto en España como en Latinoamérica, especialmente en Argentina (Cassagne, 2007, pág. 9).

Otra tesis germánica sobre la evolución de la potestad discrecional es la del margen de apreciación, que se establece “para permitir que la Administración pueda llegar a una solución justa dentro del “halo conceptual” del concepto jurídico indeterminado, mediante un proceso de cognición o interpretativo”. (Malagón, 2007, pág. 38-42). En Colombia Malagón (2007) plantea el nacimiento de la discrecionalidad, de la siguiente manera:

En los siglos XIX y XX el arbitrio logró sobrevivir, a la ideología de las Luces, en el derecho administrativo. Circunstancia que tiene una explicación histórica en los escritos de Montesquieu, quien asignó al juez el papel de ser “la boca del derecho”, es decir de ser el operador que aplica y no valora la ley, pues esta se pensaba que podía resolver todos los casos incluso los más difíciles.

En un comienzo la discrecionalidad no tuvo control, la regla general fue la exclusión del control judicial. La administración se controlaba a sí misma (...) El particular siempre debía alegar sustentándose en un derecho adquirido, que no era oponible a la Administración cuando ella dictaba actos generales, para satisfacer los intereses comunes en materias como la agricultura, la industria o el comercio, amparándose en unos actos de pura facultad, emanados de un poder discrecional que era concomitante “con su deber general de vigilancia y de protección hacia los administrados. (pág. 40)

1.2. Definición y alcance de la discrecionalidad.

La discrecionalidad puede definirse como las diversas facultades que se conceden a la Administración Pública, a fin de responder de forma oportuna y eficaz a los retos que con frecuencia le plantean las volubles circunstancias de las distintas áreas en que ejecuta su actividad. No obstante, la deficiencia de controles y “el uso absoluto y tergiversado de dicha facultad, la hace degenerar en arbitrariedad, convirtiéndola en un elemento que atenta contra el Estado de derecho e imposibilita la concreción o materialización de sus fines” (Marín, 2007, pág. 141). Al arrogar a la Administración Pública una capacidad para tomar sus propias decisiones, dicha potestad genera entre los administrados el temor de que pueda ejercerse de forma arbitraria o equívoca, sin que existan controles adecuados que corrijan o eviten la arbitrariedad de las decisiones y, sin que exista suficiente control jurisdiccional del actuar de la administración. Al respecto es importante reconocer que la Administración no podría desempeñar en forma adecuada su función de servicio y garantía del interés general, si toda su actuación estuviera

supeditada y predeterminada por la Ley. Es por ello claro que, los gobiernos y las administraciones públicas, enfrentan continuamente problemas que no fueron previstos por el legislador o, siendo previstas, se contemplaron de manera general y, por consiguiente, son insuficientes para responder ante los problemas reales y actuales (Marín, 2007).

Estos problemas que la administración enfrenta continuamente y la legislación es insuficiente para resolverlos, requieren:

una respuesta, ya sea política o técnica, que puede ser diferente en cada caso concreto y en cada momento histórico. Corresponde a los gobernantes y administradores valorar esas circunstancias de oportunidad y conveniencia política y/o técnica, pues ésa es su función, para lo cual es imperioso que gocen de un margen de acción suficiente, pero obviamente sin salirse del marco de la Ley (Marín, 2007, pág. 145).

Como lo señala Marín (2007), es indiscutible que en algunos casos la administración que debe resolver conforme con la apreciación del órgano o funcionario competente. En algunas ocasiones, el funcionario podrá decidir, facultado para obrar o abstenerse, de acuerdo con las circunstancias; en otras ocasiones, la norma permitirá escoger entre varias opciones de decisión; en otras circunstancias, la Ley fijará sólo los presupuestos de hecho que lo autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, brindándole potestad para proferir la decisión que considere más adecuada. Así pues, algunas facultades administrativas se ejercen con un cierto margen de discrecionalidad, posibilitando a la autoridad para apreciar y juzgar las circunstancias de hecho, de oportunidad y conveniencia, y, de acuerdo con dichas circunstancias, actuar o no actuar, o para escoger el contenido de su decisión, de acuerdo con mismos criterios. Para Marín (2007), antaño la discrecionalidad era entendida jurídicamente como la libertad plena para decidir, a través de actos que por su naturaleza no eran justiciables, es decir, se trataba de actos que no estaban sujetos a control judicial. La evolución del Derecho Administrativo en el Estado de Derecho y, posteriormente en el Estado Social de Derecho, el poder del Estado no es ilimitado ni incuestionable y, tampoco puede ejercerse de manera arbitraria, según el capricho de los gobernantes y administradores, por el contrario, en la actualidad, la potestad administrativa se encuentra supeditada al marco legal y constitucional y la discrecionalidad no puede ser entendida como un permiso para tomar decisiones arbitrarias o exentas de control alguno.

García de Enterría (1999), citado por Desdentado (2010) explica que la discrecionalidad es "... esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (oportunidad, económicos, etc.), no

incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración” (Desdentado, 2010, pág. 178). Al respecto es importante recordar que, en el fenómeno de la discrecionalidad lo que existe es una libertad que faculta a la Administración para elegir “entre actuar y no actuar”, (discrecionalidad de actuación) mientras que, en otras circunstancias, se trata de una libertad de opción para elegir la solución entre diversas alternativas igualmente justas (discrecionalidad de elección). En este último sentido, no es dado suponer que la facultad de elección es siempre otorgada al órgano administrativo dentro de un margen de apreciación que el ordenamiento deja a la elección (es decir a la discreción) del mismo, ya que existen numerosos ejemplos en los que la potestad de elegir está limitada a escoger una solución entre dos o más alternativas que, no obstante, se encuentran regladas. De tal modo que, puede haber libertad de elección (discrecionalidad) sin que exista margen de apreciación, porque el legislador ya delimitó las opciones con una decisión predeterminada.

Resulta preciso distinguir entre discrecionalidad y arbitrariedad, pues son categorías que responden a diferentes conceptos y que, incluso, son contradictorios. La discrecionalidad es el ejercicio de potestades reglamentadas legalmente, pero con cierto margen de libertad de acción. La Administración profiere su decisión de acuerdo con la complejidad y variación de los casos en su conocimiento, para ello, aplica el criterio que considere más justo a la solución concreta y en procura siempre del bienestar general (atendiendo a los fines esenciales del Estado), para ello, observa los criterios generales establecidos en la legislación vigente. “La arbitrariedad, por el contrario, no consulta el ordenamiento jurídico vigente sino el capricho y la voluntad de quien la ejercita y no propende por el interés general sino por la satisfacción de intereses privados” (Cassagne, 2007, pág. 10).

1.3. El Estado social de derecho y los principios constitucionales.

Los principios constitucionales regulan la organización y funcionamiento del Estado y toda la legislación está sometida a ellos, y por ser la Constitución la norma superior del ordenamiento jurídico, no pueden ser vulnerados, pues su violación afectaría la unidad e integridad del sistema legal del país (Agudelo Ibáñez, 2015). Estos principios no siempre están expresamente consagrados en la Constitución, pero se derivan de ella y tienen la misma fuerza jerárquica de las normas que ella contiene. Nino (1983) describe los principios como una herramienta argumentativa que permite reformular el derecho legislado, salvándolo de sus imperfecciones formales y adecuándolo a los estándares valorativos vigentes.

Según Lamprea (1994), lo más novedoso en la Constitución de 1991, es el establecimiento de principios fundamentales, declaraciones categóricas cuya función es servir de criterios superiores de la legalidad; ha determinado las normas

básicas materiales, que servirán para juzgar las demás que les sean subalternas. De esta forma, se sabe que igualdad, libertad, orden justo y pluralismo político, cumplen la función de servir de puntos de referencia para la expedición de nuevas normas y para la interpretación de las viejas; además, junto con los principios, obran a la manera de elementos interpretativos del orden jurídico, para todo individuo que tenga por función crear, interpretar o aplicar un precepto legal (Cárdenas Caycedo, 2016). Los llamados principios constitucionales se consideran elemento fundamental en la estructura conceptual jurídica, su función es la de presidir la aplicación de los textos constitucionales, servir de guía en la creación de nuevas normas y ser dechado en el cotejo normativo al indagar acerca de la constitucionalidad de los preceptos interiores. Esta postura ha sido particularmente aceptada por corrientes como el neoconstitucionalismo en sus variadas clasificaciones, al considerar el Estado Constitucional como la mejor y más justa forma de organización política y, al atribuir a las constituciones un “fuerte y ambicioso contenido normativo, contentivo de la organización del Estado, pero además de una formulación de derechos y de obligaciones correlativas” (Arévalo Perdomo, & Sotomayor Espitia, 2016, pág. 95)

La Corte Constitucional en (Sentencia C-818, 2005), a propósito del estudio de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, realiza una clara distinción entre principios y reglas y explica las diferentes categorías en que se pueden dividir los primeros. Así mismo, ilustra acerca del papel que juegan los principios en el ejercicio de ponderación y los alcances de la potestad sancionadora que ejercen las autoridades administrativas. Explica dicha Corte, que en la teoría del derecho se reconoce a los principios y a las reglas como categorías de normas jurídicas. Ambas se suelen clasificar dentro de dicho concepto pues desde un punto de vista general (principio) o desde otro concreto y específico (regla) establecen aquello que es o debe ser. Así las cosas, tanto los principios como las reglas al tener vocación normativa se manifiestan en mandatos, permisiones o prohibiciones que delimitan y exigen un determinado comportamiento.

(...) Los principios (...), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (...) Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base [deontológico]-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. (Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2005).

Siguiendo las definiciones dadas a estos preceptos acabados de referir, a título ilustrativo, la Corte Constitucional ha destacado los siguientes: 1) El artículo 230 Superior que, al someter a los jueces en el desarrollo de la función jurisdiccional al imperio del ordenamiento jurídico, reconoce a los principios generales del derecho como criterios auxiliares de la actividad judicial. 2) El artículo 8 de la Ley 153 de 1887, dispone que, cuando no haya Ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas o principios generales de derecho. 3) Finalmente, en el ámbito disciplinario, el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, determina que: “En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta Ley y en la Constitución Política”.

Según la Corte Constitucional en la referida sentencia C-818 de 2005, la principal diferencia entre ambos tipos de normas radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los principios son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; las reglas constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen.

El Estado de derecho se encuentra consagrado como principio fundamental de nuestra organización política en los artículos 1 y 121 de la Constitución. El primero expresa que “Colombia es un Estado social de derecho” y el segundo consagra que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”. En tal virtud, Colombia es un Estado no sólo de derecho (regido por el principio de legalidad), sino también social, en virtud de lo cual, debe primar el bienestar general de la colectividad y la Administración Pública debe cumplir para el efecto, cometidos tales como la salud, la educación, la vivienda digna, etc. La naturaleza social del Estado debe encauzar la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales, con base en el principio de igualdad, que comprende no sólo las relaciones políticas sino todas las demás que existen entre los miembros de la comunidad. La Corte Constitucional en la citada sentencia C-818 de 2005 expresa:

Esta Corporación ha señalado que la fuerza normativa de los principios y valores constitucionales es tan clara que incluso habría que retirar del ordenamiento aquellas disposiciones que vulneran el Preámbulo, ya que éste forma parte de la Carta y goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios (Sentencia C-818, 2005).

En sentencia T-406 de 1992, la Corte Constitucional textualmente declaró:

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante, el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos (Sentencia T- 406, 1992).

Dentro del contexto del Estado social de derecho, la Administración Pública desarrolla múltiples funciones en el ejercicio de sus relaciones con los particulares y los asociados en general, y para que el desarrollo de tales funciones no sea arbitrario sino acorde con los postulados del Estado de derecho, debe existir un total respeto por el ordenamiento jurídico denominado principio de Legalidad: que, debe ser entendido como inherente al Estado de derecho, tal como lo define Santofimio (2004), es decir, como aquel que regula en todos los sentidos el ejercicio del poder público, en beneficio directo de los administrados. El derecho administrativo de la postmodernidad, será fruto de la participación de la comunidad, buscando el pluralismo y el respeto de la dignidad humana, la solidaridad de las personas sin discriminaciones conforme lo estipula el artículo 13 de la Constitución al decir: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación...” (Constitución Política de Colombia, 1991).

1.4. El concepto de discrecionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, recurre a definiciones formales o negativas de discrecionalidad, es decir, define las facultades discrecionales a través de su oposición a las facultades regladas, tal como se puede apreciar en el siguiente fragmento emanado de la Sala de Consulta y Servicio Civil de octubre 22 de 1995: “(..) en el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completada por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición”. En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional define la discrecionalidad de forma negativa, de manera implícita y no directa, contrastándola con la facultad reglada.

Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, la mayoría de las veces recurren a definiciones formales o negativas de discrecionalidad

administrativa. Como resultado de ese margen de libertad decisoria, se le reconoce a la autoridad administrativa la posibilidad de disponer si actúa o no, y en caso de hacerlo, de disponer libremente, cual es la solución o medida que adoptará, es decir, la consecuencia jurídica en la que se concretará el supuesto de hecho de la norma habilitante, luego de elegir una de entre muchas alternativas jurídicamente admisibles.

No obstante, las referidas definiciones negativas, la jurisprudencia colombiana ha precisado que esa distinción entre facultades regladas y discrecionales no es radical, pues no existen “actos pura o totalmente reglados” ni “actos pura o totalmente discrecionales”. De tal suerte, más allá de la impropiedad terminológica en la que se incurre al hablar de “actos discrecionales” y no de facultades o potestades configuradas discrecionalmente, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado reconocen la existencia de un mínimo de elementos reglados en toda facultad, admitiendo, a la postre, una concepción mixta de la discrecionalidad, es decir, aquella que combina los conceptos “negativos” o “formales”, de un lado, y “materiales” o “positivos”, de otro, combinación que, ofrece la caracterización más completa de la discrecionalidad administrativa, lo que ha llevado a ambos tribunales a concluir que la distinción entre reglado y discrecional no es una cuestión categórica sino de grado.

2. Competencias de las autoridades ambientales, en la expedición de licencias ambientales.

En el presente acápite del trabajo se hará referencia a las competencias establecidas por el Gobierno Nacional a las autoridades ambientales a través del Decreto 2041 del 2014 para la expedición de licencias ambientales.

2.1 Antecedentes de la licencia ambiental.

En el año de 1974, como consecuencia de las facultades conferidas por el legislativo al ejecutivo, se expidió el Decreto Ley 2811, contenido del Código Nacional de Recursos Naturales, donde en sus artículos 27 y 28, se establece que, toda persona natural o jurídica tenía la obligación de declarar el peligro presumible que pudiera generar la obra o actividad susceptible de producir deterioro ambiental; además estableció la obligación de elaborar un estudio ecológico y ambiental (E.E.A.) e igualmente, la declaración de efecto ambiental (D.E.A.), tomado del modelo americano de regulaciones ambientales (Reyes Garcés, 2014).

Posteriormente, en la Conferencia Internacional de Naciones Unidas de 1992, celebrada en Río de Janeiro, se consagró en uno de sus principios que, los estudios de impacto ambiental serán la base para la toma de las decisiones de carácter ambiental y como consecuencia de esta manifestación, se expide en Colombia la Ley 99 de 1993 donde en su artículo 49 se estableció la obligatoriedad de la licencia ambiental cuando la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que, de acuerdo con la ley o los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables notorias al paisaje.

Pero luego de fijar los eventos donde se requieren, el artículo 50 de la referida norma, la define como la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad sujeta al cumplimiento por parte del beneficiario, de los requisitos que ella establece, relacionada con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada. En consecuencia, las licencias ambientales se crearon para responder a la necesidad de prevenir, mitigar, corregir, compensar, manejar y controlar los impactos al ambiente generados por la actividad humana, en aras de establecer la forma en que puedan ser gestionados por los dueños de los proyectos, obras o actividades de forma responsable.

Igualmente, la Constitución Política de 1991 consagró el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y la protección del patrimonio natural como una función tanto del Estado como de los ciudadanos, siendo uno de los mayores aportes el establecido por el artículo 80, como deber del Estado prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, además de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. De esta forma el desarrollo sostenible se constituyó en uno de los principios de la política ambiental colombiana y la planificación en uno de los instrumentos de la gestión ambiental y modificó la función del Estado al extenderle sus competencias, en los procesos de producción, explotación, distribución y consumo de bienes y servicios, donde juega un rol importante el otorgamiento de licencias y permisos ambientales.

2.2 Autoridades ambientales competentes.

Son autoridades competentes para otorgar o negar licencia ambiental, conforme a la ley y al Decreto 1076 de 2015, las siguientes: la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA); las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible; las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible podrán delegar el ejercicio de esta competencia en las entidades territoriales, para

lo cual deberán tener en cuenta especialmente la capacidad técnica, económica, administrativa y operativa de tales entidades para ejercer las funciones delegadas; los municipios, distritos y áreas metropolitanas cuya población urbana sea superior a un millón de habitantes dentro de su perímetro urbano en los términos del artículo 66 de la (Ley 99, 1993) ; las autoridades ambientales creadas mediante la (Ley 768, 2002). Cuando el proyecto, obra o actividad se desarrolle en jurisdicción de dos o más autoridades ambientales, dichas autoridades deberán enviar la solicitud de licenciamiento ambiental a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), quien designará la autoridad ambiental competente para decidir sobre la licencia ambiental. En el acto de otorgamiento de la misma, la autoridad designada precisará la forma de participación de cada entidad en el proceso de seguimiento.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el (Decreto Único Reglamentario 1076, 2015), donde quedó compilada toda la reglamentación expedida en materia ambiental, con la finalidad de organizar la normativa existente. En esta norma y en materia de licencias ambientales, se establece las competencias asignados tanto a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) creada por el Decreto 3573 de 2011, como a las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, haciendo una enumeración taxativa de la competencias de los diferentes entidades administrativas ambientales, lo cual permite aseverar que, la actividad de las autoridades ambientales en Colombia en materia de la expedición de licencias ambientales se encuentra reglada o regulada, ya que la norma además establece también el procedimiento a seguir en cada uno de los trámites ante los diversos órganos competentes, así como su evaluación y seguimiento.

Si bien es cierto, la expedición de los actos administrativos por los cuales las autoridades ambientales otorgan dichas licencias se encuentra reglada, no es menos cierto que la discrecionalidad técnica se da en el soporte que sirve de base para la motivación de dichas decisiones administrativas, ya que en todo caso es un concepto de carácter técnico, quedando prácticamente al arbitrio o discrecionalidad de la administración la decisión que se adopte.

3. Discrecionalidad técnica en la expedición de licencias ambientales.

La función administrativa que se ejerce dentro del Estado social de derecho, se materializa a través del instrumento de derecho administrativo llamado acto administrativo, el cual consiste en la manifestación de la voluntad de la Administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos.

Las autoridades ambientales colombianas, que poseen la competencia para la expedición de licencias ambientales, como ya se había anotado son la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y las Corporaciones Autónomas Regionales, encargadas de administrar los recursos naturales y el medio ambiente (Cuesta Hinestroza, Nupan Mosquera, Ramírez Moreno & Palacios Lozano, 2016). En cumplimiento de su función administrativa y previo agotamiento de un procedimiento administrativo especial, ellas terminan su actividad administrativa expidiendo actos donde otorgan o niegan las licencias ambientales en los diferentes ámbitos de la administración y atendiendo a la pluralidad de cobertura de las distintas actividades sujetas a este permiso, como los siguientes sectores: minería, hidrocarburos, eléctrico, marítimo y portuario, aeropuertos, infraestructura y otras actividades determinadas por la ley.

Sánchez (1995) plantea que la definición de acto administrativo, en contraste con los otros actos estatales, precisa de una mixtura de criterios, debido al carácter heterogéneo de sus creadores, así pues, se emplea el criterio orgánico al identificar como actos administrativos los actos de la Administración Pública en ejercicio de todas las funciones legislativas, jurisdiccional o administrativa netamente; se recurre al criterio material al identificar como actos administrativos los actos dictados por los Tribunales en ejercicio de las funciones administrativas y legislativas y los actos dictados por el Legislativo en ejercicio de funciones administrativas, y en todo caso, se emplea el criterio formal, cuando se trate de actos reglamentarios es decir, dictados en ejecución directa de la legislación indirecta de la Constitución.

Finalmente se puede afirmar que, los actos expedidos por estas autoridades ambientales, con base en un soporte técnico, le permite un margen de valoración a la administración, para resolver los casos utilizando nociones técnicas o especializadas de un saber, configurándose discrecionalidad técnica; decisiones que no escapan al sometimiento del principio de legalidad, y al control judicial, toda vez que el ciudadano afectado por esta decisión, podrá una vez agotada la vía administrativa acceder a la judicial y controvertir las decisiones de la administración, como consecuencia del exceso o incumplimiento de los límites existentes, para el ejercicio de la potestad discrecional.

4. Control de legalidad de los actos administrativos.

Al mismo tiempo que se concede a la Administración Pública la presunción de legalidad de sus actos por razones de seguridad jurídica y eficacia en las actuaciones; así mismo, el propio Estado se encarga de articular instrumentos jurídicos que le posibiliten al administrado desvirtuar esa presunción en aras de la defensa de sus

derechos y de la obtención de una eventual reparación de los mismos, cuando el poder del órgano administrativo se aparte de la juridicidad que le es exigible.

La sujeción no sólo a la Constitución sino también a la ley, es lo que se conoce como principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que la Administración, en ejercicio de sus potestades, actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

En síntesis, los actos administrativos que ponen fin al proceso de obtención de una licencia ambiental, expedida por la autoridad ambiental respectiva, gozan de la misma presunción de legalidad al cual hemos venido haciendo referencia y estarán sujetos al control judicial, en los eventos en que sea vulnerado este principio constitucional.

5. Diferencia entre acto reglado y acto discrecional.

Es necesario recalcar que, si bien la Administración Pública desarrolla su actividad con sujeción a lo dispuesto en la Constitución y la ley; la intensidad de dicha sujeción varía en la medida en que aquellas encauzan o limitan dicha actividad. En algunos casos las normas legales determinan con precisión lo que deben hacer los órganos de la Administración, dada una situación de hecho correspondiente, se debe proferir tal o cual acto administrativo, cuyo contenido y efecto será tal o cual, tal es el caso de las resoluciones motivadas que otorgan o niegan los permisos de licencias ambientales. En otros casos, los órganos administrativos se desenvuelven con mayor libertad; la ley no determina lo que deben hacer en los casos concretos, sino que les otorga poderes jurídicos y fija simplemente los lineamientos generales de su actuación. Los actos dictados en el primer supuesto se denominan actos reglados; en el segundo, actos discrecionales.

Tal como lo expone Fraga (1968), partiendo de la relación que guarda la voluntad creadora del acto con la Ley, los actos administrativos se clasifican en dos categorías: el acto obligatorio, reglado o vinculado y el acto discrecional. El primero es el acto que constituye la mera ejecución de la Ley, el cumplimiento de una obligación que la norma impone a la Administración cuando se ha realizado determinadas condiciones de hecho. En tanto que los actos discrecionales, son los dictados por las autoridades administrativas en procura del buen servicio público, como, por ejemplo, la declaración de insubsistencia y la facultad de libre nombramiento y remoción.

En ejercicio de la potestad reglada ha sostenido la Corte Constitucional que, hay una mera aplicación obligada de la norma en la que la relativa discrecionalidad de la decisión viene a estar supeditada por el postulado del buen servicio a la colectividad por parte del órgano competente para expedir el acto administrativo correspondiente. De esa manera puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional, cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre, dentro de los límites que fije la Ley, para adoptar una u otra decisión, es decir, cuando su conducta no está previamente determinada por la Ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la Ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas. En todo caso, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado pues, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere legal, es así como, debe existir la potestad, su extensión, la competencia por parte del órgano que la ejerce y la finalidad a que responde que en todo caso debe tender a la satisfacción del interés general.

El margen de libertad de que goza la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no puede ser extralegal, sino por el contrario, remitido por la Ley, de suerte que, como lo explica García de Enterría (1999), no puede haber discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de ésta y en la medida en que ésta lo haya dispuesto. Según la Corte Constitucional, en (Sentencia C-435, 2013), la diferencia entre los actos reglados y los discrecionales se reduce a una mera diferencia de grado, en los primeros prima la aplicación de normas de jerarquía superior al caso concreto, en los segundos prevalece la creación de soluciones para problemas concretos a la luz de esas mismas normas.

La exigencia de sometimiento al principio de legalidad no pretende desconocer la potestad discrecional de que goza la Administración Pública, es decir, la facultad de realizar juicios de valor, apreciaciones y estimaciones con el fin único de permitir el cumplimiento de los fines del Estado, sino advertir que ésta debe, en todo caso, sujetarse al principio de legalidad, esto es, al respeto del ordenamiento jurídico, y propender por la salvaguarda del bien común y del interés general. La potestad discrecional debe ser, por lo tanto, de evidente y estricta sujeción al bloque de la legalidad como lo expone Santofimio (2004), siendo por su naturaleza de esta misma estirpe, en la medida que se presenta tan sólo en aquellas oportunidades en que la Ley o los reglamentos permiten cierto grado de amplitud en la apreciación de los hechos que motiven su aplicación por los funcionarios administrativos.

En el ordenamiento jurídico colombiano, tanto la jurisprudencia como la doctrina han señalado que la facultad discrecional no es absoluta ni ilimitada,

pues de serlo, se quebrantaría el principio rector de la legalidad de los actos, pilar del Estado de derecho. En principio, en la legislación, ningún acto de la Administración se encuentra libre de control de legalidad por la jurisdicción contencioso administrativa, debido a que, discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad (Santofimio, 2004, p. 29). La legislación colombiana en materia administrativa, exige que, al expedir un acto administrativo, exista identificación entre la decisión que se adopta y los fines de la norma que le sirve de sustento. Así mismo, que haya proporcionalidad entre la decisión y los hechos que le sirven de causa; principio que la doctrina denomina de la razonabilidad, el cual consiste en expresar los motivos que llevan a la Administración a tomar una decisión, partiendo del contenido de la norma discrecional y llegando a la realidad fáctica. Como lo manifiesta el artículo 44 de la ley 1437 del 2011: “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular, sea discrecional, ésta debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa...”. Las autoridades ambientales deben forzosamente expresar las razones que la llevan a adoptar una determinada decisión, a la hora de expedir una licencia ambiental, dentro del amplio esquema de posibilidades que el ordenamiento les otorga.

Esta relación entre lo decidido, lo permitido y la realidad de los hechos, que debe quedar expresada en el respectivo acto administrativo, constituye una garantía de seguridad jurídica para el ejercicio de competencias discrecionales, y suministra los elementos necesarios para el ejercicio de los controles naturales sobre dichas decisiones. En consecuencia, el ejercicio de una potestad discrecional cuando no concurren los hechos determinantes del mismo, es contrario a derecho. En igual sentido, mediante Sentencia C-539 de julio de 2011, la Corte Constitucional puntualizó que, por expreso mandato constitucional, todas las autoridades administrativas están sometidas al imperio de la Constitución y la ley, lo cual envuelve el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las altas Cortes. El imperio de la Ley, al que están sujetas las autoridades administrativas, debe entenderse como la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales. El respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta en el respeto al debido proceso y al principio de legalidad en materia administrativa según se desprende de los artículos 29, 121 y 122 de la Constitución. Todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la Ley. Las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable. El desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos, según los artículos 6 y 90 constitucionales. Las actuaciones y decisiones

de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la Ley (C.P., 1991, art. 13).

6. Discrecionalidad técnica.

El concepto de discrecionalidad técnica y el control de su ejercicio por parte de las autoridades judiciales, ha experimentado una marcada variación doctrinal y jurisprudencial. El Consejo de Estado en la Sentencia 13503 de 31 de octubre de 2007, siendo Ponente Mauricio Fajardo Gómez, realiza un resumen de dicha variación, indicando que algunos autores ubican las primeras referencias al concepto de discrecionalidad técnica en la doctrina alemana del siglo XIX, cuando Bernatzik (1886) sostenía que la dificultad de algunos casos impide al juez controlar la compleja cadena de razonamientos que debe llevar a cabo la Administración para precisar las cuestiones técnicas necesarias para resolverlo, pues lo que tendría lugar, de admitirse en tales eventos la fiscalización judicial, no sería realmente un control objetivo sino el otorgamiento de prevalencia a un nuevo punto de vista técnico: “si un Tribunal administrativo pudiese examinar las decisiones tomadas por la Administración en esta materia, se producirá una “doble Administración” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia 13503, 2007).

En la doctrina española Sánchez (1994), afirma que la discrecionalidad técnica supone el otorgamiento que la Ley hace de “un ámbito de decisión a los administradores para obtener un resultado conforme a evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica”, ámbito de actuación que suele venir orientado o delimitado por conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción frecuentemente es “incierto y opinable”. Por su parte, para Desdentado (2010), los criterios técnicos esgrimidos por la Administración como fundamento de sus decisiones pueden ser plenamente fiscalizables por los jueces, en algunas ocasiones, mientras que en otros casos el juez deberá estarse a lo resuelto por el órgano administrativo, dada la naturaleza del criterio técnico en el cual la decisión se apoya:

En el ordenamiento jurídico colombiano se advierten algunos pronunciamientos jurisprudenciales en los cuales se reflejan las referidas líneas doctrinales, de tal suerte, en ocasiones se ha sostenido la imposibilidad para el juez, de fiscalizar los fundamentos técnicos de las decisiones de la Administración; otras veces se ha negado la existencia de margen alguno de apreciación técnica en beneficio de la Administración; y en otras ocasiones, se ha estimado necesario que el juez controle el contenido de los criterios técnicos acogidos por la Administración para adoptar ciertas decisiones. (Murillo, 2014, pág. 52)

En la actualidad, para la jurisprudencia contencioso administrativa y la constitucional colombiana, resulta claro que, en las sociedades modernas es menester

la utilización de conocimientos y nociones técnicas o propios del saber especializado, y la consecuente atribución de márgenes de valoración a la Administración para que resuelva los casos concretos con base en criterios de dicha naturaleza; en la medida en que no siempre la técnica o la ciencia, ofrecen alternativas únicas para la resolución de un supuesto específico para la determinación del sentido de una política pública, la adopción de decisiones con base en criterios técnicos puede dar lugar, en algunos eventos, a la existencia de márgenes de apreciación que, incluso, pueden configurarse como facultades de naturaleza discrecional, eso sí, siempre susceptibles de fiscalización judicial.

Así las cosas, según la jurisprudencia, los márgenes de valoración técnica, pueden dar lugar a la existencia de facultades discrecionales (discrecionalidad técnica), lo cual, en manera alguna suponen que el juez se encuentre impedido para fiscalizar el fundamento técnico de los actos administrativos demandados. El tratamiento que se ha dado en la jurisprudencia colombiana a este tema de la discrecionalidad técnica ha sido el siguiente:

6.1. La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En la Sentencia 13503 de 31 de octubre de 2007, antes referida, el Consejo de Estado, desarrolla a profundidad los lineamientos generales en que se basa la Corporación en cuanto a la noción de discrecionalidad técnica, su incidencia en la naturaleza jurídica de las facultades que ejerce la Administración con base en criterios de naturaleza técnica, y los alcances y límites del control judicial de las correspondientes decisiones. En primer lugar, afirma el Consejo de Estado que no puede compartirse la aseveración absoluta de acuerdo con la cual el derecho público colombiano es ajeno a la “discrecionalidad técnica”.

Así mismo, señala que las decisiones administrativas fundamentadas en criterios técnicos, incluso en aquellos casos que planteen “cuestiones técnicas complejas”, al igual que la entera actividad de los poderes públicos en un Estado de derecho, se encuentran sometidas por completo al ordenamiento jurídico y, por tanto, son susceptibles de fiscalización judicial. Cosa distinta es que, en consideración a las particularidades de cada caso concreto y a la naturaleza y complejidad de la cuestión técnica debatida, el control judicial que se lleve a cabo puede tener una intensidad diversa, de tal forma, en los supuestos en los cuales la ciencia o el conocimiento técnico aplicable no aporte soluciones unívocas e indiscutidas, o se trate de pronósticos o juicios técnicos que dan lugar a la aplicación de criterios de decisión que superan el ámbito de lo estrictamente científico, el juez, en principio, se estará al criterio objetivo elegido por la Administración para decidir, a no ser

que se acredite que el mismo incurre en error manifiesto de apreciación. En los demás casos, nada obsta para que el control que se practique respecto del soporte técnico de la decisión administrativa pueda tener la mayor intensidad.

En atención a lo anterior, según dicho Tribunal, cuando se trate de litigios en los cuales se controvierta la legalidad de decisiones administrativas sustentadas en cuestiones técnicas, las autoridades judiciales no están obligadas a inclinarse por la valoración previamente efectuada por la Administración, toda vez que ello contravendría la naturaleza y los propósitos de la actividad probatoria desplegada dentro del proceso y de la función jurisdiccional misma, que tienen por objeto, precisamente, permitir a las partes obtener, o cuando menos intentar, el convencimiento del juez en favor de sus pretensiones. Y como el Tribunal se halla ubicado en una posición de imparcialidad, *supra partes*, debe resolver la discrepancia técnico-valorativa entre demandante y demandado, que se encuentran en pie de igualdad en tratándose de supuestos en los cuales (i) para llevar a cabo su escogencia la Administración acude a la técnica y ésta no reconoce como posible una, sino varias alternativas de solución igualmente eficaces para alcanzar el propósito perseguido o (ii) de aquellos casos en los cuales la decisión administrativa está basada en hipótesis científicas que no han sido corroboradas, bien porque el estado de la ciencia no lo permite, ora por tratarse de juicios de prognosis, de suerte que la Administración habrá de efectuar la elección última atendiendo a lo que estime más conveniente para el interés público, en estos dos tipos de supuestos, el control judicial habrá de contraerse, en principio, a excluir la alternativa seleccionada por la Administración cuando ésta incurra en

“error manifiesto de apreciación”, esto es, cuando la elección resulte manifiestamente desproporcionada, irrazonable o arbitraria control judicial “negativo”, en la medida en que se limita a verificar la no trasgresión de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. En cambio, en los supuestos en los cuales (iii) la Administración decide aplicando conceptos jurídicos que remiten a criterios de naturaleza técnica que permiten identificar, en el caso concreto, la única solución ajustada a derecho y se demuestra en el proceso que no fue ésa la elegida por el órgano administrativo, la intensidad del control judicial debe ser mayor y, entonces, se tratará de un control “positivo” en la medida en que el juez habrá no sólo de anular la decisión demandada, sino de imponer la única solución que resulta jurídicamente admisible, sustituyendo, por tanto, la escogencia previamente efectuada por la Administración, siempre que exista soporte acreditativo suficiente en el expediente para proceder de tal manera y el resultado de la apreciación conjunta de la comunidad probatoria, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, así lo impongan. (Sentencia Nulidad y restablecimiento del derecho 13503, 2007)

Finalmente, indicó el Consejo de Estado que corresponde al demandante la carga de aportar los elementos de prueba que conduzcan a evidenciar el error manifiesto

de apreciación en el cual ha incurrido la valoración administrativa y, cuando haya lugar a ello, a acreditar cuál es entonces la única interpretación del concepto técnico en cuestión que resultaría jurídicamente admisible. Queda así claro que los márgenes de valoración técnica, sin duda pueden dar lugar a la existencia de facultades discrecionales (discrecionalidad técnica) que en manera alguna suponen que el juez de lo contencioso administrativo se encuentre impedido para fiscalizar el fundamento técnico de los actos administrativos demandados.

6.2. La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La jurisprudencia constitucional por su parte, adopta una posición diferente en el tratamiento de la discrecionalidad técnica; llegando en ocasiones la Corte Constitucional a sostener la imposibilidad para el juez, de fiscalizar los fundamentos técnicos de las decisiones de la Administración como se aprecia en la Sentencia T-418 de 1993:

(...) tradicionalmente, la Constitución y la ley reconocen un campo de poder discrecional al ejecutivo, inmune al control de los jueces. Su fundamento se encuentra en la mayor capacidad técnica de la administración para tomar determinado tipo de decisiones, cuya valoración no pueden hacerla más que los órganos especializados o las instancias del poder político-administrativo. (Sentencia T-418, 1993)

Así mismo, la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada, ha rechazado la posibilidad de que el juez sustituya los criterios técnicos de la Administración, con base en los aportados al proceso judicial por parte de peritos. Como, por ejemplo, al plantearse el interrogante “¿A través de la tutela se puede ordenar a la administración pública la adopción de ciertas especificaciones técnicas de una obra pública?”, la Corte respondió lo siguiente:

La Sala de Revisión de la Corte Constitucional considera que en el estudio de asuntos en los que se encuentre involucrado el análisis de temas científicos o técnicos, los jueces de tutela, cuando decidan amparar un derecho, no deben llegar en todo caso a inmiscuirse en dichos asuntos, fruto de disciplinas científicas diferentes al derecho, para efectos de obligar a una autoridad administrativa a realizar algo técnico de una cierta manera. Ahora bien, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al revisar la decisión producto de la discrecionalidad, debe examinar si ésta es razonable o arbitraria, de conformidad con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. (Sentencia T-418, 1993)

No obstante, luego de haber reconocido la existencia de la discrecionalidad técnica de que goza la Administración, y de haber rechazado la posibilidad de que

el juez sustituya los criterios técnicos de la Administración por aquellos criterios técnicos aportados por peritos, a renglón seguido, dentro de la misma (Sentencia T-418, 1993), la Corte Constitucional, niega la existencia de margen alguno de apreciación técnica en beneficio de la Administración, y afirma que el juez no debería irrumpir en temas técnicos, señalando lo siguiente:

...Discrecionalidad técnica es, según Garrido Falla (1985), aquella en la cual la emisión del acto administrativo depende de un juicio o informe técnico previo, cuya valoración queda a cargo de la Administración Pública.

A criterio de la Sala de Revisión, el derecho público colombiano es ajeno a la “discrecionalidad técnica”, por las siguientes razones:

1. Porque las reglas técnicas no pueden estar supeditadas a la discrecionalidad. A lo sumo la técnica puede quedar supeditada a la elección de un método, sistema o procedimiento científico, pero nunca a la discrecionalidad. Las reglas técnicas obedecen a conclusiones científicas, y éstas derivan de criterios que nada tienen que ver con la discrecionalidad, por ejemplo: la capacidad de una presa o la estructura de un puente.
2. Porque aun cuando una conclusión “técnica” puede lograrse mediante distintos métodos, igualmente eficaces, ello no siempre sucede así, pues puede ocurrir que para llegar a la conclusión deseada exista un método único, cuya utilización sea entonces ineludible.
3. Porque para llegar a una conclusión científica o técnica, el elemento o factor “interés público” es irrelevante. Este interés sólo se valora y entra en juego cuando, conocido un informe técnico, haya de resolverse si, con base en tal informe, corresponde o no dictar determinado acto administrativo para satisfacer exigencias del interés público”. (Sentencia T-418, 1993)

No obstante, la teoría de la discrecionalidad técnica ha sido ampliamente cuestionada, hasta el punto de que, en la actualidad, nadie puede, razonablemente, sostener que una actuación administrativa que deba fundarse en criterios técnicos carezca de control judicial. Nada obsta para que los datos científicos que sirven para tomar una determinada decisión administrativa puedan ser judicialmente controvertidos a fin de precisar si resultan razonables desde perspectivas científicas aceptables. Lo anterior no implica que el juez sustituya a la administración. Se trata, simplemente, de que ésta no se escude en la antigua teoría de la “discrecionalidad técnica” para tomar decisiones arbitrarias, sin que por ello resulte afectada su facultad de optar, entre varias decisiones posibles, por la que considere más adecuada. En otras palabras, una decisión basada en datos técnicos o científicos no puede apoyarse en meras especulaciones originadas por el criterio subjetivo del funcionario público, sino en la regla propia de la técnica o de la ciencia de que se trate y, por lo tanto, en criterios objetivos, ciertos y confrontables

Se puede inferir de la (Sentencia T-587, 1998) que, incluso cuando exista discrecionalidad, los criterios de tipo técnico tenidos en cuenta por la Administración para decidir, son fiscalizables en sede judicial. Y, finalmente, que la existencia de elementos técnicos aportados durante el procedimiento previo a la adopción de la decisión, traslada a quien pretenda apartarse de ellos, la carga de la prueba.

7. El control judicial de la potestad discrecional.

Es lógico pensar que las facultades administrativas de carácter discrecional, son objeto de diversos tipos de controles tanto constitucionales, legales y judiciales, pues de lo contrario no se entendería como los ciudadanos a diferencia de épocas remotas estarían sometidos al arbitrio de la administración, posición que ha sido reiterativa de la Corte constitucional, en lo que se refiere a la motivación de los actos de la administración y a la observancia del principio constitucional de legalidad, lo cual no obsta para que el ciudadano pueda por vía contenciosa administrativa acudir ante los jueces, para que conforme a derecho resuelva sus peticiones.

Las tesis contrapuestas de varios juristas, especialmente alemanes, se han concentrado en torno al alcance de la revisión judicial de la discrecionalidad, particularmente, en los poderes del juez para sustituir la actividad administrativa en caso de considerarla ilegítima o antijurídica. En Argentina, la tendencia general de los juristas se orienta hacia la admisión, en principio, del control judicial de la actividad discrecional de la Administración, aun cuando difiere en sus alcances (Marín, 2007, p. 170). PAREJO y SÁNCHEZ (1994), citados por MARÍN (2007, pp. 143-160), coinciden en el reconocimiento de la plena vigencia del Estado de derecho siempre que exista plena exigencia de control por parte de los jueces, pero se diferencian en cuanto a las modalidades e intensidad de dicho control.

El primer mecanismo para controlar el ejercicio de las facultades administrativas discrecionales es el que hace alusión a los elementos reglados del acto discrecional, mecanismo según el cual, no es posible la existencia de un acto sin la de una potestad previa, ni la de ésta si no ha sido consagrada previa y expresamente en la Ley. El segundo mecanismo es el de la desviación de poder, en virtud del cual, el fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado de las mismas, por encontrarse previsto en la Ley o condicionado por los conceptos de utilidad pública o interés general.

En la actualidad, existen tres nuevos mecanismos de control al ejercicio de las facultades administrativas discrecionales, los cuales son: el control por los hechos determinantes, consistente en verificar la existencia, veracidad y exactitud de los hechos que determinan la decisión, el control basado en los principios generales

del derecho, el cual tiene como fundamento la plena vinculación de toda actividad administrativa a la Ley y al derecho, incluyendo dentro de éste la “condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el sustratum del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica” (García de Enterría & Fernández, 1999, p. 476), de suerte que el ejercicio de la discrecionalidad debe respetar como límites infranqueables principios tales como los de objetividad, imparcialidad, protección de la confianza legítima e igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y respeto a los derechos fundamentales. Finalmente, el mecanismo de control referente a los conceptos jurídicos indeterminados, el cual constituye una reducción a la discrecionalidad, en la medida en que, a diferencia de aquella, no hay pluralidad de soluciones válidas, sino que sólo es correcta una solución dentro de varias posibilidades (Cassagne, 2007, p. 20).

Para la doctrina especializada, el alcance y fijación de los límites del control judicial sobre el ejercicio de las facultades discrecionales, debe encontrar el equilibrio entre facultades administrativas y derechos individuales, y a la vez, evitar el riesgo de que el juez termine asumiendo la posición que ocasionalmente corresponde a la Administración en la garantía del interés público (Marín, 2007, p. 173). Por su parte, la línea jurisprudencial imperante afirma, que la facultad discrecional conferida a la Administración no implica una habilitación para decidir de manera arbitraria, por tanto, siempre debe estar sometida al control jurisdiccional. En palabras de Fernández (1994), el juzgamiento de la discrecionalidad “en principio, fue la excepción, el principio ahora es el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y al Derecho”.

Finalmente, vale la pena resaltar que la Ley 1437 del 2011 introdujo modificaciones importantes en la concepción del juez, conforme a las exigencias constitucionales y a las transformaciones sociales e institucionales. Las orientaciones dogmáticas de la Constitución de 1991 introdujeron cambios en la forma de pensar y de actuar de los jueces, quienes no continuaron limitando su labor a la sola defensa objetiva de la legalidad, sino que orientan también sus poderes, ampliados por los mandatos superiores, a la defensa y garantía de los derechos de los asociados; un juez garante y protector de los derechos de las personas.

8. Límites de la discrecionalidad.

Como se ha venido mencionando, el ejercicio de toda potestad discrecional se somete a ciertos límites jurídicos generales, aparte del deber de observancia de los aspectos específicamente delimitados en las normas que la regulan. Ahora bien, la discrecionalidad presupone una norma que la autoriza. La facultad discrecional es una excepción, por ello, el Consejo de Estado advirtió que, siendo los actos

discrecionales excepcionales en el ordenamiento jurídico colombiano, para que se pueda decir que se está en presencia de ellos, es requisito indispensable que la Ley expresamente lo disponga. Así, según el principio de competencia constitucional y legal previa, en el Estado de derecho la Administración Pública está sometida al ordenamiento jurídico y sólo le está permitido actuar discrecionalmente cuando la Constitución y la ley, en forma expresa y excepcional, lo autorizan. No hay acto sin potestad, ni potestad que no haya sido previa y expresamente atribuida por la Constitución y la ley. Si no existe norma expresa que autorice la discrecionalidad como excepción, se presume el carácter reglado como regla general.

Así mismo, la discrecionalidad debe ser “Adecuada a los fines de la norma que la autoriza” la adecuación es la correspondencia entre el contenido discrecional y la finalidad de la norma originante, es decir, la armonía del medio con el fin. La función administrativa está al servicio de los intereses generales, más exactamente para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado; no se concibió para satisfacer caprichos individuales. El único tipo de discrecionalidad que resulta de recibo es la que puede fundamentarse en datos y hechos objetivos controlables, que pueden vincularse a una finalidad legítima no vulneradora de los principios jurídicos y cuyo ejercicio, además, pueda considerarse razonable y proporcionado.

En síntesis, el poder discrecional es un poder funcional, por lo que está obligado a dar cuenta de su efectiva adecuación a la función para la cual fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar también su conformidad con la Ley. Si la decisión discrecional no es adecuada a los fines de la norma que la autoriza, ni es proporcional a los hechos que le sirven de causa, ello significa que se transgreden los límites de la discrecionalidad y se configura el vicio de nulidad por desviación de poder.

8.1. Transgresión a los límites de la discrecionalidad.

8.1.1. La desviación de poder.

En un Estado de derecho la determinación del interés público y de las necesidades colectivas, conciernen al legislador en su calidad de depositario de la soberanía popular y representante de la voluntad del cuerpo electoral. La Administración como subordinada y servidora de tales fines, es llamada en ocasiones a completar esa tarea, bien de manera expresa cuando el legislador le atribuye márgenes de libertad decisoria, o bien de modo implícito en los supuestos en que utiliza conceptos vagos o indeterminados en los actos que profiere. Sin embargo, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado el hecho de que el órgano administrativo se encuentre en la posición de precisar o integrar esos fines de interés público en

algunos ámbitos de su actuar, en manera alguna significa que pueda modificarlos, reemplazarlos por su propia alternativa teleológica o, peor aún, desconocerlos, pues al hacerlo usurparía la función constitucionalmente atribuida al Legislador, quebrantando así el equilibrio de poderes. Los fines que este último determina como de interés público, son la justificación de la actividad de la Administración, de modo que, si ésta se aparta de dichos fines en el desempeño de sus funciones, incurre en desviación de poder. Como señala la Sentencia proferida dentro del radicado 11001-03-26-000-1995-307401, de 30 de noviembre del 2006, siendo Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, de la Sección Tercera:

Como se aprecia, uno de los elementos reglados presente en todo acto administrativo es el fin. En un Estado democrático de Derecho la determinación de los fines de interés público y de las necesidades colectivas que orientarán la gestión de las Instituciones de dicho Estado, en general, y de las autoridades administrativas, en particular, concierne al Legislador en su calidad de depositario de la soberanía popular y representante de la voluntad del cuerpo electoral. La Administración, subordinada y servidora de tales fines, ciertamente es llamada en ocasiones a completar esa tarea, bien de manera expresa cuando el Legislador le atribuye márgenes de libertad decisoria, ora de modo implícito en los supuestos en que utiliza conceptos vagos o indeterminados en las disposiciones que produce, o en los que opta por una baja densidad normativa en la regulación del sector de actividad administrativa de que se trate. Sin embargo, que el órgano administrativo se vea en la tesitura de precisar o integrar esos fines de interés público en algunos ámbitos de su actuar o a nivel de los casos concretos, de ningún modo significa que pueda modificarlos, reemplazarlos por su propia alternativa teleológica o, peor aún, desconocerlos, pues al hacerlo se ubicaría en la posición constitucionalmente atribuida al Parlamento, quebrantando así el equilibrio de poderes. Los fines que éste determina como de interés público son, por tanto, la justificación de la actividad de la Administración y, en ese orden de ideas, indisponibles para ella, de modo que si se aparta de los mismos en el desempeño de sus funciones incurre en desviación de poder. (Sentencia Nulidad y Restablecimiento del derecho 307401, 2006)

Así pues, existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúe con una finalidad distinta de la perseguida por la Ley. El acto está así viciado, aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico. Vedel (1980) define la desviación de poder como “el hecho de que una autoridad administrativa utilice sus poderes con vistas a un fin distinto de aquel para el que le han sido conferidos” (s.p).

Existen dos modalidades de desviación de poder atendiendo a la naturaleza de los móviles que hubieren llevado al administrador a apartarse del orden teleológico fijado en la norma, así, hay una forma de desviación que se lleva a cabo en interés personal y otra que se encuentra orientada a la consecución de un interés público pero diverso del que ordena la norma habilitante para el caso, tal como ocurre

cuando la desviación de poder se inspira en motivos político-partidistas. Sobre estas dos modalidades de la desviación de poder (en interés particular, o en interés público, pero diferente de aquel consagrado en la norma), el Consejo de Estado desde el año 1945 (5 de octubre, Anales del Consejo de Estado, T. 55, p. 321) ya lo había advertido:

El Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, (14 de septiembre de 1988) en Sentencia 2521. [C.P. Álvaro Lecompte Luna], hizo alusión a las dos modalidades de desviación de poder, sosteniendo que:

“(...) el criterio del buen servicio público es el fundamento del poder discrecional, el fin del acto administrativo discrecional ha de entenderse como aquel que busca el bienestar colectivo, por encima de cualquier interés privado. El interés general, por ende, es la regla de conducta obligatoria para todo agente del Estado y bajo ese rumbo ha de juzgarse esa clase de actos. Sólo entonces si aparece plenamente probado en un caso concreto, de modo indubitable, que el móvil fue tomado por venganza, por favoritismo, por consideraciones meramente privadas o subjetivas, se estará en presencia de un tipo clásico de desviación de poder, (pág. 321)

En igual sentido, la Corte Constitucional en (Sentencia C-456, 1998), explicó que el vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades del procedimiento y aparentemente sin incurrir en violación de la Ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos generales, o a los intereses públicos específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer o desagrarar al otorgar la respectiva competencia.

En Sentencia 21023 de junio 27 de 2012, siendo ponente Mauricio Fajardo Gómez, el Consejo de Estado definió la desviación de poder como la función administrativa que ejerce el servidor público con un propósito distinto, diferente al fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia. Dicha finalidad no es otra que la búsqueda del beneficio común, la satisfacción del interés general y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan. Señala el mencionado Tribunal que se ha tratado de llenar de contenido la noción de desviación del poder, fundamentalmente cuando se estudia el tema de la discrecionalidad administrativa que existe para expedir ciertas decisiones de remoción de empleados. En tal sentido, dicha facultad debe tener límites, y aunque hay momentos en que las normas le otorgan al funcionario cierta libertad para tomar decisiones, las mismas deben estar dirigidas al cumplimiento de los cometidos estatales, porque de lo contrario, se exceden las facultades que las disposiciones otorgan, incursionando en el ámbito de la arbitrariedad, actitud que atenta contra el Estado Social de Derecho.

En la Administración Pública colombiana, la principal fuente generadora de desviación de poder parece ser la corrupción, la cual se puede definir como el abuso del poder público para la obtención de beneficios privados. Si bien, no se puede profundizar en este tema, ya que no es objeto de este trabajo, es del caso mencionar que la corrupción se ha convertido, sin duda, en el mayor obstáculo para el desarrollo económico y social del país. Su ejercicio no solo menoscaba los recursos que el Estado debe utilizar, sino que desconfigura los fines del Estado y los principios de la Constitución, así como la vigencia de un orden justo que ella proclama.

8.1.2. La motivación del acto.

Según citas realizadas por la Corte Constitucional en (Sentencia C-734, 2000), una posición mayoritaria de la doctrina es el considerar que la motivación del acto administrativo es una forma eficaz de frenar la desviación de poder; es el elemento que permite diferenciar la potestad discrecional de la arbitrariedad, ya que en cualquier acto discrecional, la autoridad está obligada a expresar los motivos de su decisión, cosa que no ocurre cuando el actuar es arbitrario, pues resultaría absurdo exigir una motivación a quien actúa al margen de la ley.

La motivación de los actos administrativos es vista en el derecho contemporáneo como una garantía en contra de la arbitrariedad; encuentra cimiento en el principio de publicidad que preside el ejercicio de la función pública, plasmado en el artículo 239 de la Constitución. Mediante (Sentencia SU-250,1998), la Corte Constitucional resaltó cómo, la motivación de los actos administrativos es una garantía en contra de la arbitrariedad, especialmente cuando de actos discrecionales se trata; es la mejor forma para distinguir lo discrecional de lo arbitrario:

(...) puede concluirse que la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional. En este orden de ideas, le asiste razón al actor cuando afirma que la necesidad de motivar el acto administrativo se erige como la mejor garantía para distinguir lo discrecional de lo arbitrario. (Sentencia SU-250,1998)

En la misma Sentencia la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó por primera vez su jurisprudencia sobre el deber de motivación de los actos

administrativos. Apoyada en importantes planteamientos doctrinarios, la Corte explicó que la discrecionalidad no puede ser interpretada ni confundirse con la arbitrariedad, además se refirió al deber inexcusable que tiene la Administración de motivar los actos administrativos, no solo en asuntos de tutela sino también en decisiones de control abstracto de constitucionalidad.

Acerca de la obligación de motivar el acto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que en todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales de los cuales depende su validez y eficacia. Esos elementos son: 1. Órgano competente, 2. Voluntad administrativa, 3. Contenido motivos, 4. Finalidad y 5. Forma. En lo que se refiere a los motivos, ha dicho la Corporación que la Administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la determinen a tomar una decisión. Los motivos, o la motivación del acto, son los hechos que provocan la decisión, que son determinados por el agente administrativo para, con fundamento en ellos, manifestar la voluntad que fuere del caso. Los motivos o la motivación son preliminares a la emisión del acto y reglan y orientan la parte decisoria de éste.

No es fácil definir cuándo un acto debe ser motivado, no obstante, la jurisprudencia ha sentado ciertas pautas a este respecto. Así ha sostenido que deberá motivarse el acto que extinga o modifique una situación jurídica ya creada; el que cambia una práctica administrativa sin que se produzca modificación en el ordenamiento; el que esté en contradicción con actuaciones o documentos que formen parte del proceso previo a su expedición; el que se expida siguiendo ciertos factores señalados como presupuestos en la ley; en fin, todo el que cree situaciones perjudiciales para el administrado. Al respecto, la Corte Constitucional en (Sentencia SU-250, 1998), ya referida, ha manifestado:

La consecuencia práctica de la abolición de los poderes omnímodos en un Estado de derecho es que siempre que se actúe en ejercicio de una potestad de este carácter debe como mínimo expresarse los hechos y causas que llevan a la autoridad a tomar la decisión, así como su adecuación a los fines de la norma que la consagra. Esto garantiza el respeto por el debido proceso de los destinatarios de la decisión que se adopta. Por tanto, la existencia de facultades discrecionales no necesariamente riñe con la Constitución. Sin embargo, no es admisible en un Estado de derecho que a los particulares se les impida conocer los motivos que llevaron a una entidad pública a tomar una medida particular que los afecte, toda vez que de esta manera “se hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta

forma a la administración le corresponde motivar los actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente. (Sentencia SU-250, 1998)

Así pues, existen excepciones al deber general de motivación de los actos administrativos, las cuales, en aras de preservar el principio de legalidad de las actuaciones de la Administración, deben estar expresamente establecidas en la ley. En Sentencia C-371 de 1999, la Corte Constitucional señaló:

Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad.

(...)

Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada. (Sentencia C-371 de 1999)

Resultados de investigación.

En un principio se consideraba que la jurisdicción administrativa debía limitarse al control de legalidad sobre la forma y competencia. Posteriormente, que también debía ejercerse sobre el fin del acto administrativo a través del recurso. En el sistema francés, no obstante haberse efectuado una cierta sistematización sobre los criterios para fijar los límites del control jurisdiccional de la actividad discrecional, el juez “ejerce el control que quiere haciendo de las normas lo que quiere” y aunque la doctrina es consciente del peligro de que la Administración incurra en arbitrariedad en la utilización de la potestad discrecional, los jueces suelen auto limitarse y practican un control mínimo sin sustituir, en principio y

como regla general, los aspectos que consideran puros juicios de oportunidad que lleva a cabo la Administración.

A la postre, no hay poderes reglados ni discrecionales puros. A lo sumo existe, un cierto poder discrecional de la Administración que en mayor o menor medida se encuentra en todos los actos, para apreciar la oportunidad de las medidas administrativas, o, mejor dicho, aspectos de los elementos del acto que son parcialmente reglados y parcialmente discrecionales.

En un comienzo la discrecionalidad no tuvo control, la regla general fue la exclusión del control judicial. La administración se controlaba a sí misma, el particular siempre debía alegar sustentándose en un derecho adquirido, que no era oponible a la Administración cuando ella dictaba actos generales, para satisfacer los intereses comunes en materias como la agricultura, la industria o el comercio, amparándose en unos actos de pura facultad, emanados de un poder discrecional que era concomitante con su deber general de vigilancia y de protección. En principio, se puede afirmar que existe facultad o competencia discrecional, cuando la autoridad administrativa, en presencia de hechos o circunstancias determinadas, es libre de adoptar una u otra decisión, es decir, cuando su conducta no está preestablecida por la Ley. Así, la facultad discrecional constituye una potestad jurídica del Estado de derecho, expresamente atribuida por una norma habilitante que autoriza a la Administración para apreciar, valorar y juzgar las circunstancias de hecho, a fin de escoger la oportunidad y el contenido de su decisión, dentro de las distintas posibilidades existentes en el ordenamiento jurídico, como lo ha sostenido el Consejo de Estado.

La discrecionalidad bien concebida, es decir, entendida como la facultad de que goza la Administración Pública para realizar juicios de valor, apreciaciones y estimaciones en pro de la concreción de los fines del Estado; constituye un mecanismo útil en la búsqueda de la eficacia, eficiencia y celeridad necesarias en la adopción y ejecución de decisiones. hacia los administrados. Acerca de la clara distinción que debe existir entre discrecionalidad y arbitrariedad, la Corte Constitucional en Sentencia T-064 de 2007 sostuvo lo siguiente:

... Las decisiones que adopte la Administración en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. De esta suerte, las facultades discrecionales no pueden ser absolutas, sino limitadas por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad en su aplicación. (Sentencia T-064, 2007)

Conclusiones

Dentro del Estado social de derecho, la administración pública desarrolla múltiples fines, para que el cumplimiento de estas funciones no resulte arbitrario, si no acorde con los postulados del Estado de derecho, debe existir respeto por el ordenamiento Jurídico es decir actuar conforme al principio de legalidad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional definen las facultades discrecionales en oposición a las regladas, no de forma directa si no implícita, dando el legislador a la administración potestad para llenar los asuntos no regulados con criterios de naturaleza extrajurídica.

Si bien es cierto la expedición de actos administrativos por los cuales las autoridades ambientales otorgan licencias, se encuentran reglados, no es menos cierto que, estas autoridades gozan de una discrecionalidad de carácter técnico, ya que el soporte que sirve de base para la motivación del acto y posterior decisión requiere de información técnica, científica, compleja a veces, más no de carácter jurídico.

Se evidencia en el trabajo que existen límites a la discrecionalidad técnica, derivados de la Constitución y de la ley, pero que además estos actos administrativos de autoridades ambientales que otorgan licencias son controlables por el juez de lo contencioso administrativo.

Referencias

- Agudelo Ibáñez, S. J. (Julio-Diciembre de 2015). Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), (123-154).
- 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.
- Bernatzik, E. (1886). *Rechtsprechung and materielle Rechtskraft*. Viena: reimpression Scientia Verlag Galen. Obtenido de: <https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/goToPage/bsb11126951.html?pageNo=9>
- Cárdenas Caycedo, O. A. (2016). Contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 265-308
- Cassagne, J. (2007). *El control judicial de la discrecionalidad administrativa-VII jornadas Hispano-Argentina de derecho administrativo* (1 ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Lexi.

- 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
- Cuesta Hinestroza, L., Nupan Mosquera, M. I., Ramírez Moreno, S., & Palacios Lozano, L. G. (2016).
- 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)
- Decreto 1076. (26 de mayo de 2015). El Presidente de la República. *Por medio del cual se expide el Decreto Unico Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://corponor.gov.co/ACTOSJURIDICOS/NORMATIVIDAD/decreto1076.pdf>
- Decreto 2811. (27 de enero de 1975). El Presidente de la República. *Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No 34.243, del 27 de enero de 1975. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2811_1974.html
- Decreto 3573. (27 de septiembre de 2011). El Presidente de la República. *Por el cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de http://www.minambiente.gov.co/images/normativa/decretos/2011/dec_3573_2011.pdf
- Desdentado Daroca, E. (2010). *El Principio de Interdicción de la Arbitrariedad. En los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo* (1 ed.). Madrid, España: Editorial La Ley.
- Fernández, T. (1994). *De la arbitrariedad de la administración* (1 ed.). Madrid, España: Editorial Civitas.
- Fraga, G. (1968). *Derecho Administrativo* (1 ed.). México D.F, México: Editorial Porrúa.
- García de Enterría, E. (1999). *Democracia, jueces y control de la administración* (1 ed.). Madrid, España: Editorial Civitas.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. (1999). *Curso de Derecho Administrativo* (1 ed.). Madrid, España: Editorial Civitas.
- Garrido Falla, F. (1985). *Tratado de derecho administrativo* (1 ed.). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Lamprea Rodríguez, P. (1994). *Principios Fundamentales en la Constitución de 1991* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Jurídica Radar.

- Ley 1437. (18 de enero de 2011). El Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Ley 153. (28 de agosto de 1887). El Congreso de la República. *Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial Año. XXIII. N 7151, 28, Agosto, 1887. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1792950>
- Ley 734. (13 de febrero de 2002). El Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html
- Ley 768. (7 de agosto de 2002). El Congreso de la República. *Por la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 44.893, de 07 de agosto de 2002. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0768_2002.html
- Ley 99. (22 de diciembre de 1993). El Congreso de la República. *Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 41.146 de 22 de diciembre de 1993. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html
- Malagón Pinzón, M. (2007). *Vivir en Policía: Una contra lectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Malagón Pinzón, M. (2012). *Los modelos de control administrativo en Colombia* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad de Los Andes.
- Marín Hernández, H. (2007). *Discrecionalidad Administrativa* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Niño, C. (1983). *Introducción al Análisis del Derecho* (1 ed.). Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Reyes Garcés, H. M. (2014). Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes: ¿existe una respuesta desde la justicia correctiva? *Academia & Derecho*, 5(9), 51-82.
- Sanchez Morón, M. (1994). *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial* (1 ed.). Madrid, España: Editorial Tecnos.

- Sánchez Torres, C. (1995). *Teoría General del Acto Administrativo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Santofimio Gamboa, J. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C-371. (26 de mayo de 1999). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Jose Gregorio Hernandez Galindo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-2250. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-371-99.htm>
- Sentencia C-435. (10 de julio de 2013). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-9434. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-435-13.htm>
- Sentencia C-456. (2 de septiembre de 1998). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-1932. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-456-98.htm>
- Sentencia C-539. (6 de julio de 2011). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-8351. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-539-11.htm>
- Sentencia C-734. (21 de junio de 2000). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-2732. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-734-00.htm>
- Sentencia C-818. (9 de agosto de 2005). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-5521. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-818-05.htm>
- Sentencia Nulidad Simple 13074. (30 de noviembre de 2006). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C.P.: Alier Eduardo Hernandez Enriquez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074). Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52526168>
- Sentencia Nulidad y Restableciendo del Derecho 2521. (14 de septiembre de 1988). Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. *C.P.: Alvaro Lecompte Luna*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente numero 2521. Obtenido de https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_segunda_e_no_n2521_de_1988.aspx#
- Sentencia Reparacion Directa 13503. (31 de octubre de 2007). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C.P.: Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación numero: 250002326000200102697 01. Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_759920424265f034e0430a010151f034
- Sentencia Reparacion Directa 23998. (30 de enero de 2013). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. *C.P.: Mauricio Fajardo*

- Gómez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación numero: 52001-23-31-000-2000-00141-01(23998). Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/651735925>
- Sentencia SU-250. (26 de mayo de 1998). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-134192. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>
- Sentencia T-064. (1 de febrero de 2007). Corte Constitucional. La Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Rogrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-1409334. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-064-07.htm>
- Sentencia T-406. (5 de junio de 1992). Corte Constitucional. La Sala Primera de Revisión. *M.P.: Ciro Angarita Baron*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-778. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>
- Sentencia T-418. (4 de Octubre de 1993). Corte Constitucional. La Sala Séptima de Revisión. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-14.813. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-418-93.htm>
- Sentencia T-587. (20 de octubre de 1998). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-164386. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-587-98.htm>
- Vedel, G., & Rincon Jurado, J. (1980). *Derecho Administrativo* (1 ed.). Madrid, España: Editorial Aguilar.

Control de convencionalidad de la reparación integral en las decisiones del consejo de estado colombiano*

Conventionality control of the integral reparation in the decisions
of the colombian council of state

Recibido: junio 07 de 2019 - Evaluado: septiembre 14 de 2019 - Aceptado: octubre 28 de 2019

Jesús Eduardo Sanabria Moyano**
Lina María Bedoya Cerquera***

Para citar este artículo / To cite this article

Sanabria Moyano, J. E., & Bedoya Cerquera, L.M. (2020). Control de convencionalidad de la reparación integral en las decisiones del Consejo de Estado Colombiano. *Revista Academia & Derecho*, 11(20), 193-228.

* Este artículo de investigación es producto del proyecto INV-DER 2315 “Control de convencionalidad en las cortes colombianas” correspondiente al grupo de “Derecho Público”, línea de investigación sobre “Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario” que se adelanta en el Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Proyecto financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada – Vigencia 2017.

** Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Investigador del grupo de “Derecho Público” y de la línea de “Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario” del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho sede Bogotá de la Universidad Militar Nueva Granada. Abogado por la Universidad Militar Nueva Granada (Colombia). Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario aplicado a los Conflictos Armados de la Escuela de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ejército Nacional (Colombia). Magister en Derecho Público Militar de la Universidad Militar Nueva Granada (Colombia). Correo electrónico jesus.sanabria@unimilitar.edu.co y jesuseduardosanabria@gmail.com

*** Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada; Docente de la Escuela Internacional de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de la Sabana. Investigador del grupo RESCYPP de la Facultad de Derecho sede Campus Nueva Granada de la Universidad Militar Nueva Granada. Abogada por la Universidad Externado de Colombia, con Diploma de Estudios Avanzados (DEA) del Doctorado en Derecho, Programa: Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid (España), con Especialización en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia y en Derecho Comercial de la Universidad de la Sabana. Correo electrónico: lina.bedoya@unimilitar.edu.co y lina.bedoya@gmail.com

Resumen: El artículo tiene por objetivo identificar si el Consejo de Estado de Colombia ha ejercido un control de convencionalidad en materia de reparación integral. El resultado se consigue mediante el desarrollo de una investigación descriptiva, cualitativa, básica y jurídica, que utiliza el método analítico deductivo e inductivo, y centra su análisis en las disposiciones de la Corte IDH y en las sentencias emitidas por el Consejo de Estado Sección Tercera durante los años 2012 a 2017 obteniendo que, el Consejo de Estado ha ejercido de forma expresa la figura del control de convencionalidad en diferentes situaciones que involucran la responsabilidad de la nación, otorgando una reparación integral.

Palabras Clave: Control de Convencionalidad, Consejo de Estado, Corte IDH, Reparación Integral, Responsabilidad internacional.

Abstract: The objective of the article is to identify if the Council of State of Colombia has exercised a conventionality control in matters of integral reparation. The result is achieved through the development of descriptive, qualitative, basic and legal research, which uses the deductive and inductive analytical method, and focuses its analysis on the provisions of the Inter-American Court and the sentences issued by the State Council Section Three during the years 2012 to 2017 obtaining that, the Council of State has exercised expressly the figure of conventionality control in different situations that involve the responsibility of the nation, granting an integral reparation.

Key words: Conventionality Control, Council of State, Court IDH of Human Rights, Integral Reparations, International Responsibility.

Resumo: O objetivo do artigo é identificar se o Conselho de Estado colombiano exerceu o controle da convencionalidade em matéria de reparação abrangente. O resultado é alcançado através do desenvolvimento de uma investigação descritiva, qualitativa, básica e jurídica, que utiliza o método analítico dedutivo e indutivo, e focaliza sua análise nas disposições da Corte Interamericana e nas sentenças do Conselho de Estado, Terceira Seção. Durante os anos de 2012 a 2017, obtendo que o Conselho de Estado exerceu expressamente a figura do controle da convencionalidade em diferentes situações que envolvem a responsabilidade do país, garantindo reparação abrangente.

Palavras chave: Controle de Convencionalidade, Conselho de Estado, Corte IDH, Reparação Integral, Responsabilidade Internacional.

Résumé : L'objet de l'article est de déterminer si le Conseil d'État colombien a exercé un contrôle sur le caractère conventionnel en matière de réparation globale. Le résultat est obtenu grâce au développement d'une enquête descriptive, qualitative, fondamentale et juridique qui utilise la méthode analytique déductive et inductive, et concentre son analyse sur les dispositions de la Cour interaméricaine et sur les jugements rendus par le Conseil d'État, troisième section Au cours des années 2012 à 2017, obtention que le Conseil d'État a expressément exercé la figure du contrôle de la conventionnalité dans différentes situations qui engagent la responsabilité de la nation, accordant une réparation globale.

Mots-clés : Contrôle de conventionnalité, Conseil d'État, Cour IDH, Réparation intégrale, Responsabilité internationale.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Plan de redacción. 1. Control de Convencionalidad y Derecho interno. 2. Elementos para una reparación integral en la Corte Interamericana. 3. La reparación integral en el Consejo de Estado - Conclusiones. Referencias.

Introducción

El presente artículo titulado “Control de Convencionalidad de la reparación integral en las decisiones del Consejo de Estado colombiano” es producto del proyecto de investigación “el control de convencionalidad en las altas Cortes colombianas” y tiene como objetivo general identificar si el Consejo de Estado ha ejercido un control de convencionalidad al momento de ordenar las medidas de reparación de los casos que es demandada la nación. Se desarrolla bajo una investigación descriptiva, cualitativa, básica y jurídica, que utiliza el método analítico deductivo e inductivo.

Para el desarrollo de la presente investigación es necesario señalar las disposiciones dadas por la Corte Interamericana respecto a la figura del control de convencionalidad, además de los estándares de reparación integral, con el fin de analizar las sentencias que ha emitido el Consejo de Estado en sección tercera durante los años 2012 a 2017 en relación con la aplicación de un control de convencionalidad expreso al momento de ordenar las medidas que considera idóneas para reparar a las víctimas de daños antijurídicos por parte del Estado, en especial determinar si el Consejo de Estado aplica los criterios de reparación integral desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a lo largo de su jurisprudencia, como son, las medidas de: indemnización, no repetición, rehabilitación, satisfacción y restitución.

Es pertinente mencionar que la figura del control de convencionalidad es la extensión de las obligaciones internacionales con las que cuenta todo Estado parte de la Convención Americana, pues implica para ellos, el deber no sólo de cumplir con las disposiciones del tratado, sino con las interpretaciones que de ella hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete última (Castilla Juárez, 2014). El cumplimiento de dicha figura recae sobre todos los funcionarios estatales, en especial en los operadores jurídicos (Cubides Cárdenas, 2013). De ahí la importancia de identificar en qué medida se ha dado el desarrollo de la reparación integral en el Consejo de Estado.

Del análisis jurisprudencial y doctrinario, se ha podido identificar que la recepción del derecho convencional en el derecho interno se ha dividido en dos vertientes, de un lado se encuentra en el análisis efectuado desde el derecho constitucional y la jurisdicción ejercida al interior de la Corte Constitucional, y

de otro, el que ejerce el Consejo de Estado para la determinación de las medidas de reparación en los casos dónde ha quedado demostrada la responsabilidad de la Nación.

Para la Corte Constitucional la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana como intérprete de la Convención Americana es una fuente hermenéutica de los derechos reconocidos constitucionalmente, por tanto, no podría admitirse la posibilidad de que en el ordenamiento jurídico colombiano exista la aplicación de un control de convencionalidad por parte de un juez entre la Convención y una disposición de derecho interno de forma directa, sin pasar por un control de constitucionalidad.

De otro lado, el Consejo de Estado es el órgano jurisdiccional de avanzada en Colombia para ejercer un control de convencionalidad directo por aplicar en sus sentencias las medidas ordenadas en materia de la reparación integral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En sus decisiones se identifica que las medidas que integran una reparación integral de satisfacción, restitución, rehabilitación, indemnización y garantías de no repetición son integradas en el marco de su competencia y alcance para reconocerle dicho derecho a las víctimas generadas por la irresponsabilidad del Estado (Arévalo Perdomo & Sotomayor Espitia, 2016).

Problema de Investigación

¿Cómo se aplica el control de convencionalidad en materia de reparación integral en el Consejo de Estado?

Metodología

Con el fin de dar respuesta a la pregunta problema se aplicó la metodología que se basa en la hermenéutica jurídica y en el análisis-síntesis bibliográfico descriptivo y comparativo de fuentes jurisprudenciales emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Consejo de Estado de Colombia, además de fuentes doctrinales que han desarrollado la figura del control de convencionalidad y los criterios de reparación directa.

La investigación es hermenéutica puesto que, “se pretende describir categorías o conceptos jurídicos, con apoyo en fuentes investigativas tales como bibliografía, sentencias, e información académica disponible en físico y en línea” (Cárdenas Caycedo, 2016, pág. 268). Para ello se expondrá a partir del análisis de la

jurisprudencia de la Corte Interamericana y la doctrina especializada el desarrollo de la figura jurídica del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano, además del impacto en el ordenamiento jurídico interno a través del dialogo jurisprudencial con la Corte Constitucional y con el Consejo de Estado de Colombia, para luego detallar el comportamiento jurisprudencial de la incorporación de los criterios de la reparación integral de las víctimas por violación a los derechos humanos, en las sentencias que deciden el medio de control de reparación directa en la última instancia de lo contencioso administrativo.

Plan de redacción

1. Control de convencionalidad y derecho interno- 2. Criterios de la reparación integral en la Corte Interamericana- 3. Aplicación de los criterios de reparación integral en el Consejo de Estado.

Resultados de la investigación

1. Control de convencionalidad y derecho interno.

El control de convencionalidad es una figura que se desarrolla en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos con el fin de dar una prevalencia al cumplimiento de los tratados originados al interior de la Organización de Estados Americanos para el respeto y garantía de los derechos humanos, en especial los reconocidos en la Convención Americana, así como también acentuar la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana, por ser la intérprete última de la Convención Americana (Castilla Juárez, 2014).

En este sentido, la Convencionalidad como concepto surge en virtud de la centralidad del ser humano y sus derechos, de la imperiosa necesidad de proteger al individuo del monopolio legítimo de la violencia que ostentan y ejercen los Estados, ante los cuales el individuo se encuentra inerme y desvalido (Guacaneme Pineda & Avendaño Castro, 2015), por tanto, encuentran en el Derecho Internacional un refugio para el respeto y garantía de sus derechos humanos¹. Para autores como

¹ La protección de los derechos humanos se sustenta en la condición de vulnerabilidad de la especie humana ante distintas formas de poder u opresión. Este sistema de derechos y garantías tiene, además, una estrecha relación con la necesidad de protección de las minorías sociales, los grupos étnicos y demás individuos o comunidades que, por sus condiciones particulares, son más propensos a la discriminación, violencia u otras formas de vulneración de sus derechos y que, para su protección se requiere de la intervención de

Jaime Orlando Santofimio, la convencionalidad tiene un amplio significado que oscila entre la configuración de un verdadero derecho internacional consuetudinario, pasando por el compromiso internacional, específicamente, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, “está determinada por el cumplimiento de los deberes funcionales que para los Estados parte se derivan de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Santofimio Gamboa, 2017, pág. 85).

La Corte IDH en su Cuadernillo de Jurisprudencia No. 7 dedicado al control de convencionalidad, precisa que los antecedentes de este Control se encuentran en las sentencias que decidieron los casos *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* (2003) y el caso *Tibi vs. Ecuador* (2004) en las cuales, el juez Sergio García Ramírez compara el control de convencionalidad con el control constitucional que se realiza en la mayoría de los Estados parte de la Convención (2019). Con dicha comparación se dimensiona conceptualmente lo que conocemos como el control de convencionalidad, aunque explícitamente no se le haya denominado así en los inicios (Mesa Latorre, 2018).

Posterior, a este voto razonado, el caso emblemático y por cual se le conoce como el origen del control de convencionalidad es el caso *Almonacid Arellano y otros Vs Chile*, cuando explícitamente se hace referencia al control de convencionalidad en los siguientes términos:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última

los Estados a través de acciones de carácter legislativo y/o judicial, encaminadas a la protección, garantía y/o restablecimiento de sus derechos. En ese orden, “La (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969) estableció que el principio de no discriminación constituye uno de los pilares de todo sistema nacional, regional o global de protección de los derechos humanos y resulta plenamente compatible con las medidas de “discriminación positiva”, que suelen establecer muchas legislaciones para compensar o morigerar las desventajas o discapacidades de ciertas minorías perseguidas, y poblaciones vulnerable” (Carrillo Velásquez, 2016, pág. 122).

de la Convención Americana (Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, 2006, pág. 124).

De este pronunciamiento se derivan una serie de deberes para los Estados que son parte de la Convención, pues con el control de convencionalidad se encuentran obligados a: i) respetar y aplicar las normas convencionales como quiera que la CADH queda integrada en el concepto “imperio de la ley” y por tanto de aplicación directa por los jueces nacionales y ii) aplicar los estándares definidos por la Corte IDH en su jurisprudencia, por ser el máximo órgano intérprete de las normas convencionales, precisando en sus sentencias el sentido y alcance de las disposiciones de la CADH, entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

El control de convencionalidad es por tanto el juicio obligatorio que cada Estado parte debe realizar entre las normas domésticas y demás prácticas internas con la Convención Americana, la jurisprudencia emanada de la Corte IDH y los demás tratados internacionales de Derechos Humanos de los cuales el Estado sea parte (Cuadernillo de jurisprudencia No.7, 2019). Por tanto, podemos decir que existe lo que se podría denominar Bloque de convencionalidad, el cual estaría integrado por la CADH, sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte IDH, los tratados Internacionales de Derechos Humanos de los cuáles el Estado es parte y las opiniones consultivas que fueron integradas como parámetros de control por la Corte IDH el 20 de marzo de 2013 en la Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia del Caso Gelman Vs. Uruguay (2013).

El mandato derivado de aplicar dicho bloque de convencionalidad no sólo está dirigido a los jueces, sino también a todos los agentes estatales que integran los diferentes poderes públicos, tanto el ejecutivo a través de la adecuación de sus políticas públicas y la normativa dictada en ejercicio de las facultades legislativas otorgadas por la Constitución Política a los postulados convencionales, de igual forma, el legislador quién no puede dictar leyes que contraríen el derecho convencional y en el ejercicio de configuración normativa que le asiste, debe aplicar como criterio hermenéutico las normas convencionales y la jurisprudencia en el proceso de creación del derecho.

Por tanto, las obligaciones derivadas del control de convencionalidad, se pueden catalogar como una extensión de la obligación convencional de adoptar las disposiciones de derecho interno, la cual se encuentra consagrada en el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e implica que los: “Estados partes 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” (Organización de los Estados Americanos, 1969). Para la doctrina, esta obligación es de carácter mixto, ya que se derivan obligaciones de hacer como de no hacer, en el entendido que el Estado deberá emitir medidas que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la convención, así como también deberá suprimir toda medida que vaya en contra de los ámbitos de protección de la Convención Americana (Faúndez Ledesma, 2004); (Turyn, 2012); (González Serrano, 2013). Las medidas que deberá adecuar el Estado comportan desde las legislativas, judiciales y hasta las emitidas por el poder ejecutivo. Criterio reiterado por la Corte en su facultad contenciosa como consultiva:-

El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. (Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, 2000, pág. 178); (Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, 2001, pág. 180).

En síntesis, el deber de adoptar medidas internas que prevé el artículo 2º de la CADH genera a los Estados parte la obligación de armonizar el derecho interno con las normas contenidas en la Convención, evitando posibles vulneraciones a los derechos y libertades contenidos en este tratado. Compromiso internacional que se ve complementado con la figura del control de convencionalidad, al exhortar a los Estados a ejercer un control en las diversas actuaciones que determinen o garanticen los derechos humanos teniendo como parámetro, los instrumentos interamericanos, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Aunque, al interior de los Estados que son partes de la Convención, la recepción de la construcción sistemática de la convencionalidad ha estado determinada por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2, esta construcción no ha sido del todo pacífica, presentándose discusiones profundas en torno a la vigencia y aplicabilidad de las normas y postulados convencionales, llegándose incluso a cuestionar fuertemente la legitimidad y competencia de la Corte IDH, los alcances y fuerza vinculante de sus decisiones, la jerarquía entre ordenamientos jurídicos, propiciados por la soberanía jurídica, la intromisión indebida del máximo órgano interamericano de protección de derechos humanos, por ello se genera la necesidad imperiosa de poner en diálogo las dos jurisdicciones (García Atehortua & Ramírez Rivero, 2014).

Al incursionar la figura del control de convencionalidad en el derecho interno, es necesario entender que es un proceso en construcción y constante evolución que la jurisprudencia interamericana ha ido perfilando en sus diferentes sentencias con la vocación de “crear de manera progresiva un *ius constitucionale comune* en

materia de derechos humanos para el continente americano o, por lo menos, para América Latina” (Ferrer Mac-Gregor, 2011, pág. 918).

Por tanto, existe una construcción de un cuerpo normativo constitucional común que se va desarrollando por la producción de estándares de protección de derechos humanos emitidos en las sentencias de la Corte Interamericana, que al ser aplicados y retroalimentados por los operadores jurídicos de los Estados partes, se va configurando el precedente convencional interamericano, con el cual se fortalecería la seguridad jurídica que se materializa, no sólo con la integridad de normas, sino de los estándares jurisprudenciales que proveen a un sistema armónico para la protección de los derechos humanos convencionales.

En este sentido, la figura del Control de Convencionalidad se relaciona de manera directa con la Internacionalización del Derecho Constitucional, debido a que este campo se refiere a la forma en que se recibe y se ejecuta el derecho internacional en el ordenamiento doméstico. Este proceso como lo apunta Eric Tremolada, citando a Francisco Javier Anzoátegui Roig, se considera haber iniciado en la Constitución de Weimar en 1919 y ha venido progresando en el constitucionalismo mundial en tres sentidos: “i) el reconocimiento amplio de la primacía del derecho internacional general, ii) la creación del derecho comunitario (o, como luego ha sido denominado, derecho de la integración), y iii) el respeto al derecho internacional de los derechos humanos” (Tremolada Álvarez, 2016, pág. 105).

A su turno, para Manuel Fernando Quinche, el proceso de internacionalización del Derecho Constitucional supone la inclusión del derecho internacional en el orden interno de cada Estado, ocupando éste un lugar definido dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico del Estado que es parte de los instrumentos internacionales (Quinche Ramirez, 2014). En este proceso puede verse la confluencia o el dialogo entre el derecho interno y el derecho internacional, por tanto, para Tremolada el proceso de internacionalización del derecho interno permite los procesos de integración, identificación de estándares regionales o universales de protección en derechos humanos y contribuye al fortalecimiento de la conciencia jurídica universal al reconocer un marco jurídico para la garantía de los derechos humanos (Tremolada Álvarez, 2016).

Ahora bien, en este proceso, cada Estado debe definir la forma de recepción e incorporación de los tratados, convenciones y normas de derecho internacional y el lugar que éstos ocupan dentro de su sistema de fuentes. En este sentido, varios Estados latinoamericanos han decantado por la figura del Bloque de Constitucionalidad. En especial, Colombia ha incorporado en su artículo 93.1 constitucional la prevalencia de los Tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de

excepción, sobre el orden jurídico interno. Sin embargo, esta prevalencia debe matizarse en el sentido que las normas que integran el bloque de constitucionalidad stricto sensu, han sido definidas por la Corte Constitucional como normas con idéntica jerarquía a la Constitución, por tanto, se debe entender por Bloque de Constitucionalidad como la integración normativa tanto internacional como interna en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, es decir el marco jurídico para la protección de la persona humana. Así mismo, el art. 93.2 en virtud del cual los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, tiene un fuerte contenido hermenéutico y configura el bloque *Lato Sensu* (Durango Álvarez & Garay Herazo, 2015). El bloque de constitucionalidad supone una “integración con la identidad de la Constitución conformada por unos principios y valores que integran su fisonomía, y sin los cuales no podría entenderse su vigencia” (Agudelo Ibáñez, 2015, pág. 134).

A su vez, esta figura se ha desarrollado al interior de la jurisprudencia constitucional colombiana para dar un alcance al artículo 93, ejemplo de ello es la sentencia C-225, la cual señaló los componentes de esta figura:

... por aquellas 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).

Se trata entonces de la materialización del Control de Convencionalidad desde el elemento normativo, es decir el marco jurídico interamericano se proyecta en el orden jurídico constitucional para la protección los derechos humanos y sus garantías, con tal fuerza que irrumpe en el texto de las constituciones de los Estados y actúa como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes y en parámetro de convencionalidad a través del control abstracto por parte del legislador y control concentrado de convencionalidad por parte de los jueces (Sánchez Vallejo, 2015).

Al respecto cabe señalar que la Corte Constitucional en sentencia C438/13, amplió el contenido del bloque de constitucionalidad stricto sensu al incluir dentro del mismo, todos los tratados de derechos humanos aprobados y ratificados por Colombia y no sólo aquéllos tratados internacionales de derechos humanos cuya limitación en estados de excepción se prohíbe, en virtud de la aplicación del principio *pro homine*, de esta manera dicho principio como criterio hermenéutico ingresa al Bloque de Constitucionalidad, ampliándose aún más el parámetro del control de

constitucionalidad, pues ingresan todos los tratados internacionales de derechos humanos a integrar el bloque de constitucionalidad stricto sensu y como criterio hermenéutico en el control de constitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, armonizar la figura del Bloque de Constitucionalidad y el control de convencionalidad no ha sido fácil y entraña una dificultad en virtud del principio de supremacía constitucional. En específico en instancias de la Corte Constitucional colombiana, la cual considera “en nuestro ordenamiento constitucional no existe un control de convencionalidad que permita el estudio de la constitucionalidad de una norma frente a un tratado de forma autónoma y automática” (Sentencia C-327, 2016, pág. 98). Entonces, la Corte Constitucional valora y reconoce la importancia de los estándares emanados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales serán considerados como fuente de interpretación de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos:

La línea jurisprudencial trazada por la Corte ha sido pacífica y reiterada en afirmar que la jurisprudencia proferida por organismos internacionales, y en este caso en particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sirve como criterio relevante que se debe tener en cuenta para fijar el alcance y contenido de los derechos y deberes que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, también ha dicho que el alcance de estas decisiones en la interpretación de los derechos fundamentales debe ser sistemática, en concordancia con las reglas constitucionales y que además cuando se usen precedentes de derecho internacional como criterio hermenéutico se deben analizar las circunstancias de cada caso particular para establecer su aplicabilidad (Sentencia C-327, 2016, pág. 3).

En concordancia, los autores García Atehortúa y Ramírez Rivero han señalado que se polemiza la aplicación de la figura del control de convencionalidad en el orden interno colombiano porque la Corte Constitucional propende por la supra constitucionalidad del derecho internacional convencional, afirmando que:

cuando se trate de incompatibilidad entre normas que pertenezcan al bloque de constitucionalidad al que se integran entre otros la Convención Americana, la Corte Constitucional colombiana mantendrá su ya reconocida defensa por la interpretación del bloque de constitucionalidad conforme a la Constitución, lo que implica realizar una apreciación pro Constitución y no pro persona, condicionando así la justiciabilidad de los derechos convencionales en sede interna y la garantía del principio de supremacía convencional (García Atehortúa & Ramírez Rivero, 2014, pág. 89).

Los dos procesos enunciados, a saber, internacionalización del derecho constitucional, representado en Colombia por la figura del Bloque de Constitucionalidad y la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, representada a través de la figura del control de convencionalidad

en los cuales Colombia ya se encuentra inmersa, dan cuenta del cumplimiento de los postulados convencionales enunciados en los arts. 1.1 y 2 de la CADH. En si no es que deban ser considerados como ordenamientos jurídicos superiores o con alguna jerarquía específica, sencillamente, los dos marcos de protección deben ir encausados en la protección de la persona humana, objeto y fin de la Convención Americana y de todo sistema jurídico interno que se suscriba a estas obligaciones regionales. De ahí el interés de estudiar los parámetros de protección en materia de reparación integral para identificarlos en las sentencias del Consejo de Estado.

2. Elementos para una reparación integral en la Corte Interamericana

Para el Sistema Interamericano, el reparar integralmente es una obligación internacional para todos los Estados parte de la Convención, derivada del artículo 63 numeral 1:

Quando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (Organización de los Estados Americanos, 1969).

Este artículo ha sido desarrollado por la Corte Interamericana a lo largo de su jurisprudencia afirmando que la reparación es un pilar fundamental del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad internacional del Estado (Casos de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, 2001); (Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, 2010). De acuerdo con ello, se entiende que toda violación de derechos humanos en la que la Corte IDH declare la responsabilidad del Estado se deben reparar las víctimas, en otras palabras, se debe deslumbrar el nexo causal entre el hecho ilícito internacionalmente atribuido al Estado (sea por acción o por omisión) y, el daño ocasionado a la víctima, para luego determinar la reparación a la persona afectada.

Para la Corte Interamericana el deber de reparar a las víctimas resultado del hecho ilícito internacional busca desaparecer, alivianar u olvidar el daño sufrido por ellas (Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, 2006). Para la determinación de la reparación se debe demostrar un nexo de causalidad entre el hecho, el daño y la reparación a otorgar, con el cual la Corte IDH podría hacer un estudio acucioso para conceder las medidas más adecuadas entre las que fueron solicitadas por los

representantes de las víctimas y de las que el Estado presenta sus reservas (Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, 2008).

Esto vislumbra que la reparación tiene un doble significado “a) proveer satisfacción a las víctimas directas, o a sus familiares (víctimas indirectas), cuyos derechos han sido violados, y b) restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Faúndez Ledesma, 2004, pág. 803). Es por esta razón que, en un principio, la Corte IDH ordenaba reparar a las víctimas directa e indirectas con una indemnización económica por parte del Estado infractor, a su vez que ordenaba investigaciones de los hechos generadores de la violación de derechos humanos para enjuiciar y sancionar a los responsables.

Posteriormente, se crea la reparación integral gracias a la aplicación de estándares del derecho internacional de los Derechos Humanos, específicamente del instrumento internacional emitido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2005, “Principios y Directrices relativos a los derechos de las víctimas en casos de violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario”, en este documento se crean las bases del contenido de la reparación integral con el fin de cumplir la obligación internacional, para ello, la ONU insta la aplicación de cinco elementos denominados: a) Restitución; b) Indemnización; c) Rehabilitación; d) Satisfacción; y e) Garantía de no repetición (Naciones Unidas, 2005).

De acuerdo al primer componente, la medida de restitución es el mecanismo mediante el cual se busca regresar a la víctima al mismo estado en el que se encontraba antes de la violación de sus derechos, sin embargo, es importante mencionar que hay casos en los que es imposible retornar a la víctima en iguales condiciones al momento previo del hecho generador del daño. Por tanto, se deberán identificar opciones alternas que puedan generar en la víctima la sensación del resarcimiento del daño (Naciones Unidas, 2005).

En este sentido, la Corte IDH habitualmente ha otorgado como medidas de restitución que complementan *la restitutio in integrum*, el retorno a sus territorios de origen o tradición a las distintas comunidades que han sufrido desplazamientos forzados, ejemplo de ello tenemos casos como el de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica en la cual se ordenó al Estado de Colombia:

La Corte señala que, producto del incumplimiento del deber estatal de garantizar el derecho a la propiedad colectiva (...) el Tribunal ordena al Estado que restituya el efectivo uso, goce y posesión de los territorios reconocidos en la normativa a las comunidades afrodescendientes agrupadas en el Consejo Comunitario del Cacarica.” (Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, 2013, pág. 459).

Esta medida de restitución se ha identificado con mayor aplicación en casos de reparaciones colectivas de comunidades afectadas por la omisión o la acción del Estado, por lo que se logra identificar que el retorno a su territorio no puede ser considerado como una medida que solamente garantiza su propiedad privada o colectiva, sino que tiene unas implicaciones más amplias como restaurar un proyecto de vida, una cosmovisión y mantener el tejido social de una comunidad.

Sin embargo, el retorno a su lugar de origen no es la única medida de restitución que ha concedido la Corte IDH, en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, ordenó al Estado que reforeste el antiguo territorio indígena y extraiga los explosivos que en dicho suelo se habían sembrado (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012).

También, se puede identificar medidas de restitución frente a la violación de otros derechos como el derecho a la propiedad privada en casos pensionales (Caso Muelle Flores Vs. Perú, 2019) o incluso en el de la nacionalidad, por ejemplo, en el Caso de personas dominicanas y haitianas:

“(..) que el Estado vulneró los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad de dichas personas, así como por el conjunto de dichas violaciones, el derecho a la identidad. Por ello, el Estado debe adoptar, en un plazo de seis meses, las medidas que sean necesarias para que las Víctimas, sean, según corresponda, debidamente registrados y cuenten con la documentación necesaria para acreditar su identidad y nacionalidad dominicana, es decir, su acta de nacimiento, y según sea el caso, también su cédula de identidad” (Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, 2014, pág. 458).

En este orden de ideas, la restitución pretende devolverle a la víctima los derechos que le han sido conculcados, a través del otorgamiento de medidas que permitan el pleno goce y ejercicio de sus derechos conforme a como se encontraban antes del hecho generador de la violación.

Por otro lado, las medidas de indemnización tienen un carácter eminentemente económico porque representa cuantificablemente la estimación del daño. Esta medida se ha destacado tanto en el derecho internacional público tradicional como el derecho internacional de los derechos humanos como la forma más usual de reparación por los daños ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones de carácter internacional (Nash Rojas, 2009). Esta medida se define como una compensación económica que paga el Estado a las víctimas, la cual adquiere un especial interés cuando es imposible la restitución del derecho vulnerado. En otras palabras, la indemnización es una medida, monetaria subsidiaria de la medida de restitución, se advierte que esto no quiere decir que porque una sentencia la Corte IDH imponga la medida de restitución no pueda a su vez exigir al Estado

infractor una indemnización a las víctimas por los daños (morales y materiales) ocasionados (Pérez-León Acevedo, 2008). Aun así, en lo posible la Corte Interamericana les da prevalencia a las medidas de restitución:

De no ser posible la restitución, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. La obligación de reparar que se regula, en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno (Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, 2004, pág. 194)

En la aplicación de esta medida, se debe tener en cuenta el concepto de *justa indemnización* consagrado en el artículo 63 de la Convención Americana, para ello, se considerará cuantificar las afectaciones en el marco del daño moral y el daño material, este último se subdivide en daño emergente y lucro cesante. Frente a la determinación de la cuantía para otorgar la medida de indemnización, la Corte IDH ha establecido que debe ser suficiente para compensar de forma íntegra los daños generados por la violación cometida y la responsabilidad del Estado, además “su calidad y su monto, depende del daño ocasionado tanto en el plano material como moral y la reparación no puede implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores” (Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, 1998, pág. 43).

De igual forma, en la indemnización se adicionan los daños inmateriales o considerados como morales, los cuales incluye una reparación económica al proyecto de vida, así como lo ha indicado la Corte Interamericana:

El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia (Caso Radilla Pacheco Vs. México, 2009, pág. 371) (Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, 2009, pág. 255); (Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, 2010, pág. 273).

La indemnización, es entonces, la determinación cuantificable ocasionadas a partir del daño generador de la responsabilidad internacional, la cual deberá tener en cuenta las pérdidas materiales de la víctima, lo que dejó de percibir económicamente, los gastos en los que incurrió para buscar el restablecimiento de sus derechos, así como todas aquellas afectaciones que, sin ser de naturaleza económica, pueden ser valoradas bajo el criterio de daños inmateriales y proyecto de vida.

A su vez, otra medida para reparar el daño sufrido por las víctimas es la rehabilitación, ésta tiene como objetivo reducir los padecimientos físicos y psicológicos de las víctimas directas e indirectas, por medio de medidas dirigidas a brindar orientación, atención médica y psicológica que permitan el restablecimiento de la integridad personal y su calidad de vida.

La Corte IDH en casos como *Mendoza y otros vs Argentina*, donde las víctimas fueron condenados a cadena perpetua y se les ocasionaron daños tanto psicológicos como físicos al interior del centro carcelario, ordenó como medida de rehabilitación:

(...) el Estado debe brindar gratuitamente, a través de sus instituciones o personal de salud especializados, y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico necesario (...) incluyendo el suministro gratuito de los medicamentos que eventualmente se requieran, tomando en consideración los padecimientos de las víctimas en el presente caso (*Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, 2013, pág. 311).

Así mismo, la Corte IDH ha otorgado este tipo de medidas a los familiares de las víctimas directas, como se puede observar en caso de los 19 comerciantes, en el cuál, se le ordenó al Estado otorgar a los familiares de las víctimas, tratamientos médicos gratuitos y tratamientos de desintoxicación por efecto de la drogadicción y alcoholismo que sufrieron las víctimas indirectas a partir de del hecho generador, como lo fue la desaparición de sus familiares (*Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*, 2004).

Se puede afirmar, que las medidas de rehabilitación es el medio por el cual la Corte IDH, obliga a los Estados a brindar los mecanismos de servicios profesionales y acompañamiento que permitan mejorar los daños físicos y psicológicos sufridos por las víctimas.

Continuando con las medidas de reparación se encuentran de satisfacción, las cuales se pueden definir como la compensación moral que busca proporcionar bienestar y contribuir a mitigar el dolor de la víctima. Mediante estas acciones, los Estados responsables se ven obligados a investigar las razones de la violación, tomar acciones para terminar la trasgresión en el evento en que ésta continúe, condenar a los responsables del daño, reconocer la responsabilidad del Estado y pedir disculpas (*Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia*, 2018), y en algunos casos, donde la Corte Interamericana ha establecido la responsabilidad del Estado por el accionar de sus fuerzas militares, ha impuesto la creación de cursos de DD.HH para la fuerza pública (*Rousset Siri*, 2011); (*Gamboa Calderon*, 2013).

De igual forma, la Corte IDH en su jurisprudencia, ha establecido que, la publicación de la sentencia es una forma de reparar y dar cumplimiento al estándar

de satisfacción, ejemplo de ello encontramos el caso Manuel Cepeda Vs Colombia, la cual establece:

La Corte estima que, como medida de satisfacción, el Estado debe publicar, por una sola vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, los párrafos (...) de la presente Sentencia, incluyendo los nombres de cada capítulo y del apartado respectivo, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutive de la misma (Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia, 2010, pág. 220).

En este tipo de medidas, existe la posibilidad de que la Corte IDH atienda a las solicitudes de los representantes de las víctimas, teniendo en cuenta particularidades de la persona afectada, de cómo desea ser reparada. Por ello se pueden determinar una serie de acciones que contribuyan a mitigar el dolor de la víctima, a través de la visibilización de los hechos, por ejemplo, una película o documental, una cátedra de derechos humanos, una placa o un monumento conmemorativo, una beca de estudio, un centro de educación (Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, 2005).

En el marco de esta medida, también podrá ordenar al Estado denunciado adelantar de forma independiente e imparcial, una investigación que conlleve a la verdad de lo sucedido, la identificación de los responsables, la sanción de estos y a una reparación preferentemente bajo los lineamientos convencionales, mecanismo de reparación que en ocasiones es aplicada como garantía de no repetición, en la medida que satisface a la víctima porque se espera que conozca la verdad de lo sucedido, justicia y una posible reparación. Además, no permite la existencia de impunidad que no sólo es una garantía en pro de la víctima sino de la colectividad en general (Ventura Robles, 2012).

En este escenario y de forma transversal a las medidas de reparación, también se debe tener en cuenta el proyecto de vida, la cual es una prolongación de la protección integral a la persona afectada, porque se considera su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas; por tanto, la Corte IDH tiene en cuenta dichos factores y exhorta al Estado a tomar acciones para que la víctima pueda desarrollar su proyecto de vida como lo tenía planteado antes de la violación a sus derechos humanos (Caso Loazyza Tamayo Vs. Perú, 1998).

Por último, las medidas que garantizan la no repetición tienen como finalidad generar y activar al aparato gubernamental para evitar que se repitan las violaciones de derechos humanos (Cárdenas Poveda & Suárez Osma, 2014, págs. 39-40), en este sentido la Corte IDH ha ordenado a los Estados responsables internacionalmente a tomar acciones jurídicas, políticas, administrativas, incluso adecuar su legislación interna o la interpretación que de ella hacen los jueces nacionales para evitar

futuras violaciones de derechos humanos (Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile, 2018).

Aunque en ocasiones la Corte IDH ha tratado las garantías de no repetición en conjunto con las medidas de satisfacción de manera similar, es posible concebir que existe una diferencia entre los fines que buscan (Cárdenas Poveda & Suárez Osma, 2014). Las garantías de no repetición son el cumplimiento de las obligaciones generales con las que cuenta el Estado parte de la Convención, en específico, el deber de adecuar el derecho interno a las disposiciones del tratado para evitar que las violaciones objeto del caso vuelvan a ocurrir (Rojas Báez, 2010). De otro lado, las medidas de satisfacción se centran en la víctima sobre la cual recae el daño y consisten en ofrecer todas las medidas posibles para que ella sienta la garantía y seguridad de que el ilícito va a cesar, no volverá a ocurrir, no quedará en la impunidad, no será olvidado. Entonces, se podría considerar que las garantías de no repetición son generales y buscan la prevención de las violaciones, mientras que las de satisfacción se centrarán en mitigar el dolor de la víctima.

Ahora bien, después de haber detallado cada una de las medias de reparación integral ordenadas por la Corte Interamericana, es necesario identificar en qué medida el Consejo de Estado ha hecho un control de convencionalidad en materia de reparación integral en sus decisiones.

3. La reparación integral en el Consejo de Estado.

En virtud de los lineamientos dictaminados por la Corte Interamericana, el Consejo de Estado como máximo órgano dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de dirimir los conflictos entre los particulares y el Estado, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política y en el mecanismo de control de reparación directa, el Consejo de Estado ha sido uno de los órganos judiciales que ha asumido la aplicación del control de convencionalidad, al punto que el Ex consejero de Estado Orlando Santofimio ha sostenido que:

El consejo de Estado ha dado aplicación al control de convencionalidad en sus vertientes objetivas y subjetivas, por cuanto se ha visto abocado a la confrontación del ordenamiento jurídico interno con el orden jurídico convencional y, por otro lado, ha dado aplicación a los estándares o parámetros internacionales en materia de protección de derechos humanos. (Santofimio Gamboa, 2017, pág. 139).

En virtud de ese ejercicio de control de convencionalidad y de la obligación que implica reparar por los daños antijurídicos que le sean imputables a la Nación, el Consejo de Estado ha implementado los criterios de reparación integral con el

propósito de adecuar y en consecuencia garantizar a las víctimas dichas medidas, como se entrará a relacionar a continuación.

Para empezar, la sentencia 29273 del 19 de octubre de 2007, siguiendo los lineamientos del artículo 16 de la ley 446 de 1998, refuerza el mandato de atender a los principios de reparación integral, equidad y de actualización técnico actuarial, en aquellos casos en donde se deba realizar la valoración de daños en perjuicio de las personas o las cosas, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, de suerte que para ese entonces, según lo prescribía la misma Corporación, “el juez de reparación no puede ordenar medidas distintas a las económicas para el restablecimiento del perjuicio económico o “daño”” (Cárdenas Poveda & Suárez Osma, 2014 p. 40). Sin embargo, otros órganos internacionales que declaran la responsabilidad de los Estados como la Corte Interamericana de Derechos Humanos efectúa un fallo más amplio -más allá de lo económico- como medidas simbólicas para la reparación (Cárdenas Poveda & Suárez Osma, 2014); (Camacho Vinuesa & Cárdenas Caycedo, 2019).

Se advierte un notable avance en la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de reparación de las víctimas hacia el año 2008, cuando ésta corporación se pronunció en aproximadamente ocho sentencias en favor de las víctimas de vulneraciones de derechos humanos convencionales, sugiriendo que el juez de reparación tenía la posibilidad de ordenar medidas de justicia restaurativa con el fin de restablecer los derechos y el daño antijurídico causado, diferentes a la mera indemnización pecuniaria (Cárdenas Poveda & Suárez Osma, 2014).

De las decisiones que conforman este grupo, se destaca la sentencia de 20 de febrero de 2008, en virtud de la cual se estableció que una condena hecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene fuerza vinculante frente al ordenamiento interno (Sentencia Reparación Directa 16996, 2008a). Se dota al juez de lo contencioso administrativo de precisas herramientas e instrumentos para asegurar la reparación integral, integrando en sus decisiones como imperativo ontológico las medidas interamericanas para la protección de los derechos humanos y no sólo indemnizaciones monetarias como hasta entonces venía registrándose.

En consecuencia, resultaba imperativo para el juez de lo contencioso administrativo adoptar medidas tales como: i) la restitución o *restitutio in integrum*; b) la indemnización por perjuicios materiales comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante y el daño inmaterial; iii) la rehabilitación; iv) Satisfacción y; v) garantías de no repetición (Sentencia Reparación Directa 16996, 2008a) (Sentencia Reparación Directa 15667, 2008c) (Sentencia Reparación Directa 16775, 2008d) (Sentencia Reparación Directa 17009, 2008f) (Auto 27268, 2008e).

Para el 2009 el Consejo de Estado reiteró en aproximadamente 11 fallos las obligaciones de compensación, garantías de no repetición y medidas de satisfacción en favor de las víctimas (Sentencia Reparación Directa 30340, 2009a); (Sentencia Reparación Directa 16975, 2009b) (Sentencia Reparación Directa 16337, 2009c); (Sentencia Reparación Directa 17318, 2009d); (Sentencia Reparación Directa 16836, 2009e) y (Auto 15186, 2009f); (Auto 35529, 2009g); (Auto 35528, 2009h).

En el 2012 el Consejo de Estado referencia la facultad de aplicación de estándares de reparación integral de la Corte IDH en un caso concreto de reparación directa, medidas que puede adoptar incluso aunque no hayan sido solicitadas por las víctimas, cuando se constate que se generó violación de derechos humanos. Al respecto para la Sala: “ponderados los principios de reparación integral por razones de violaciones a derechos humanos, con los procesales de la no *reformatio in pejus* y de congruencia, es claro que estos últimos tienen que ceder frente al primero” (Sentencia Reparación Directa 21274, 2012, pág. 24).

Igualmente señaló que “la reparación integral supone tanto el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la violación de las garantías reconocidas nacional e internacionalmente, como el restablecimiento del statu quo, debiéndose adoptar medidas simbólicas y conmemorativas, que restituyan el núcleo esencial del derecho o derechos infringidos” (Sentencia Reparación Directa 21274, 2012, pág. 24).

Por último, los hechos de la sentencia de reparación directa, con radicación 31326 de 06 de mayo de 2015, dan lugar a la declaración de responsabilidad administrativa en contra del Ministerio de Salud por falta o falla del servicio que derivó en la muerte del Sr. Miguel Ángel Mejía Barajas y ordena que se reparen los perjuicios materiales y morales de los familiares. En este caso se advierte la obligatoriedad de los criterios de convencionalidad en derechos humanos, como el deber de todo juez de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones internas con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH (Sentencia Reparación Directa 31326, 2015, pág. 7). En este sentido argumentó el Consejo de Estado que: “para garantizar el derecho a la reparación integral, se debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la *restitutio in integrum*”, especialmente cuando existe una vulneración grave de derechos humanos. Por lo tanto, “el resarcimiento del daño se orienta a llevar a la víctima a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del daño, mediante medidas simbólicas y conmemorativas, que no tiende explícitamente a la reparación de un daño en sentido estricto, sino la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos” (Sentencia Reparación Directa 31326, 2015, págs. 95-97).

Respecto a las medidas que conforman la reparación integral, el Consejo de Estado mediante un importante, sistemático y progresivo documento, ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep./2013 con el propósito de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales” hace un efectivo control de convencionalidad difuso o indirecto en materia de reparaciones, señalando directrices respecto de las medidas de reparación pertinentes para situaciones específicas, equiparables a las de la Corte Interamericana, entre las más importantes y reiteradas en su jurisprudencia se pueden identificar las siguientes:

1. Determinar que la sentencia es parte integrante de la reparación y, en consecuencia, requiere que las copias de la decisión sean remitidas al Centro de Memoria Histórica, para dar cumplimiento a lo consagrado en la ley 1424 de 2010, como elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia (Sentencia Reparación Directa 17482, 2011a); (Sentencia Reparación Directa 20046, 2011b); (Sentencia Reparación Directa 17738, 2011d); (Sentencia Reparación Directa 20437, 2011e); (Sentencia Reparación Directa 20294, 2011f); (Sentencia Reparación Directa 20145, 2011g); (Sentencia Reparación Directa 19976, 2011h); (Sentencia Reparación Directa 20716, 2011j); (Sentencia Reparación Directa 15838, 2011k); (Sentencia Reparación Directa 19195, 2011l); (Auto 28270, 2011c); (Auto 36912, 2011i); (Auto 45679, 2013).
2. Publicación de la sentencia por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web de las entidades demandadas por tiempo que en promedio oscila de un (1) año (Sentencias Reparación Directa, 2011 a,b,d,e,f,g,h,j,k,l, Autos 2011c,i, 2012; 2012a; 2013; 2014;2015; 2015a, Auto 2013).
3. Un acto público de reconocimiento de responsabilidad, petición de disculpas y exaltación de la memoria de las víctimas (Sentencias Reparación Directa, 2011 a,b,d,e,f,g,h,j,k,l, Autos 2011c,i, 2012; 2012a; 2013; 2014;2015; 2015a, Auto 2013).
4. Capacitaciones a los miembros de la Fuerza Pública en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario (Sentencias Reparación Directa, 2011 a,b,d,e,f,g,h,j,k,l, Autos 2011c,i, 2012; 2012a; 2013; 2014;2015; 2015a, Auto 2013).
5. La solicitud de apertura o reapertura de investigación ante la Fiscalía General de la Nación, Procuraduría, Contraloría, Justicia Ordinaria, Justicia Penal Militar y Defensoría del Pueblo de los hechos que ocasionaron la

- responsabilidad del Estado. (Sentencias Reparación Directa, 2011 a, b, d, e, f, g, h, j, k, l, Autos 2011c, i, 2012; 2012a; 2013; 2014;2015; 2015a, Auto 2013).
6. La inclusión en el registro único de la ley de víctimas para que los familiares accedan a los programas administrativos de reparación (Sentencias Reparación Directa, 2011 a, b, d, e, f, g, h, j, k, l, Autos 2011c, i, 2012; 2012a; 2013; 2014;2015; 2015a, Auto 2013).
 7. Por último, el Consejo de Estado ha considerado que en caso de no ser eficaces los recursos internos para garantizar la reparación integral, exhorta a las entidades demandadas para que acudan ante instancias internacionales de protección de derechos humanos como la Comisión Interamericana, Corte Interamericana y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, para que se pronuncien acerca de las sistemáticas violaciones de los derechos humanos que han sido perpetradas por los grupos armados insurgentes durante el conflicto armado interno (Sentencias Reparación Directa, 2011 a,b,d,e,f,g,h,j,k,l, Autos 2011c,i, 2012; 2012a; 2013; 2014;2015; 2015a, Auto 2013).

Como se puede observar, el Consejo de Estado ha sido acucioso en replicar las medidas de reparación que han sido ordenadas en casos de protección regional de derechos humanos, como juez convencional ha buscado reconocer las medidas de reparación que cada uno de los casos merece conforme la proporcionalidad del daño ocasionado (Camacho Vinueza & Cárdenas Caycedo, 2019).

Sin embargo, no resulta del todo clara la última medida de reparación, aún más teniendo en cuenta que de las sesenta (60) sentencias estudiadas de la Sección Tercera del Consejo de Estado para la presente investigación entre los periodos 2008 a 2017, dieciocho (18) incluyeran esta medida de acudir a órganos internacionales de protección de derechos humanos para que establecieran la responsabilidad internacional de grupos armados por las violaciones a los derechos humanos en el marco de un conflicto armado.

Lo anterior, puede demostrar ciertas inconsistencias del conocimiento de los magistrados del Consejo de Estado, sobre la naturaleza y fin de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, porque no es fácil de comprender que después de haber reconocido la responsabilidad de la Nación, y de haber otorgado una serie de medidas con el fin de reparar integralmente a las víctimas, ordene de forma complementaria “Exhortar al Estado colombiano para que ponga en conocimiento de órganos internacionales los hechos objeto de la decisión”, acaso ¿no podría considerarse como una incongruencia?, porque si ya se reconoció la responsabilidad en sede interna y se reparó, ¿cuál sería entonces,

el fin de someter el caso a una instancia internacional de protección de derechos humanos?, ¿será que se busca dar aplicación al principio de complementariedad, con el fin de que en algún momento los órganos interamericanos de protección de derechos humanos realicen un control de convencionalidad directo frente a las decisiones y medidas otorgadas por el Consejo de Estado y ordenen de manera subsidiaria otras medidas para la efectiva reparación integral?.

De igual forma, en un fallo de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado cuando decidió el amparo al debido proceso del Ministerio de Defensa en el caso de la Masacre de Bojayá, en aquella oportunidad y en lo referente a la medida ordenada de instar al demandado a llevar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el fin de buscar la responsabilidad internacional del grupo armado FARC sobre las violaciones a los derechos humanos, señaló:

La corporación precisó que, en el procedimiento contencioso regional, el Estado no está legitimado para tramitar una petición individual porque esta posibilidad está reservada para las personas, los grupos de personas y las entidades no gubernamentales debidamente reconocidas. Agregó que el Sistema Interamericano no tiene competencia para adelantar procesos contra los grupos armados legales y que no puede ir directamente ante la Corte porque es necesario acudir primero ante la Comisión Interamericana, como organismo competente para llevar el caso ante el tribunal internacional (Sentencia Reparación Directa 38039, 2016).

Nuevamente evidencia el desconocimiento del Consejo de Estado sobre los ámbitos de competencia y funcionamiento de los órganos regionales de protección de los derechos humanos, en razón a que, un Estado si puede ser considerado como parte activa ante la Comisión Interamericana a través del mecanismo de petición interestatal (CADH, Art. 44); claro está, que a su vez sería la parte demandada o el legitimado por pasiva. Debido a que los Estados parte de la Convención Americana son los que se encuentran bajo las obligaciones del tratado interamericano. Por lo cual, carece de sentido la justificación del Consejo de Estado al afirmar que sólo las personas, grupo de personas y entidades no gubernamentales se encuentran legitimadas por activa para interponer peticiones individuales. Además, es incorrecto afirmar que la Comisión IDH no podrá conocer de hechos cometidos por particulares como son los grupos armados, cuando la competencia de los órganos del sistema interamericano les permite analizar la posible violación de un derecho humano a la luz del cumplimiento de las obligaciones del Estado de respeto, garantía y adecuación sin distinguir necesariamente el sujeto activo que cometió la violación (González Serrano, 2013).

Sin embargo, en sentencias más recientes, el Consejo de Estado a través de la Sección Tercera, ha moderado el ordenar este tipo de medidas, en el sentido que ya no solicita o exhorta al Estado colombiano a poner en conocimiento de los órganos

internacionales las violaciones a los derechos humanos objeto de las decisiones internas, sino que solicita que sean enviadas las copias de las sentencias con el fin de ser incluidas en los diferentes informes:

(10) : (i) del Relator Especial para las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas que elabore actualmente los informes de Colombia, para que se incorpore la información que comprende esta providencia; (ii) a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para que en su informe del país tenga en cuenta esta decisión judicial; (iii) a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para que conozca y tome en cuenta en sus informes del país esta decisión judicial; y, (iv) a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que en su próximo informe tenga en cuenta esta sentencia (Sentencia Reparación Directa 40774, 2016a, pág. 60).

Esta medida, a todas luces es más razonable en el lenguaje jurídico, porque no compromete acudir a dichos órganos de manera directa con los mecanismos que activan los procesos contenciosos de las diferentes instancias internacionales, sino que implica poner en conocimientos a través de la remisión de la sentencia, lo que podría generar en el órgano receptor dos escenarios posibles, por un lado, de utilizarlo para relatar la situación generalizada de violaciones a los derechos humanos en un informe periódico de país (Reglamentos ONU, CPI, OEA), como un contexto que narre los diferentes escenarios del cumplimiento o no de las obligaciones internacionales; y de otro lado, podría convertirse en un insumo para activar los mecanismos de oficio de los diferentes órganos internacionales con el fin de declarar la responsabilidad internacional del Estado como en el caso del Sistema Universal y Regional de Derechos Humanos, o la responsabilidad individual ante la Corte Penal Internacional (Benavides Vanegas, 2016).

Por último, es menester resaltar que el Consejo de Estado, en los casos relacionados con los actores del conflicto armado como generadores de las violaciones a los derechos humanos, evita solicitar al Estado colombiano el someter el caso objeto de la decisión en conocimiento de instancias internacionales de protección de derechos humanos, con el fin de que dichos grupos puedan ser responsables internacionales. Para ello, el cumplimiento de dicha obligación, lo deja en sede interna, ordenando al Gobierno Nacional y el Congreso a crear y activar los mecanismos que permitan garantizar a las víctimas, la verdad y la justicia como elementos indispensables de la reparación integral:

QUINTO: EXHORTAR al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que, en el marco de las respectivas competencias, dispongan la implementación de instrumentos procesales y sustantivos para que las víctimas puedan acceder a la declaratoria de responsabilidad de las FARC como organización y se garantice,

consecuentemente, el derecho a la reparación integral (Sentencia Reparación Directa 33948, 2018, pág. 60).

De lo anterior, se deduce que el Consejo de Estado ha sido la instancia judicial que en Colombia con mayor decisión ha adoptado los estándares interamericanos y en concreto, en lo que ocupa el presente artículo, respecto de las medidas de reparación integral, incorporándolas al derecho interno, llegando incluso a ordenar al poder judicial, adelantar las respectivas investigaciones de manera independiente e imparcial con el fin de alcanzar la verdad y la justicia como componentes necesarios de la reparación integral. De igual forma, ha sido muy activo concediendo otras medidas, más allá de las compensatorias por daño material e inmaterial porque ha utilizado los componentes de satisfacción, rehabilitación, restitución y no repetición como criterios orientadores en su ejercicio jurisdiccional en materia de reparaciones.

Conclusiones

El control de convencionalidad es una figura que busca propender por la integración normativa en el marco de la protección de los derechos humanos para todos los Estados parte de la Convención Americana, lo que se ha definido como el *Ius Común Latinoamericano*. Bajo esta premisa, se busca dar aplicación al principio de derecho internacional de la integralidad normativa y de paso de jurisprudencia para la protección más amplia y beneficiosa de la persona humana, objeto y fin de la Convención Americana y de todo sistema de protección de derechos humanos.

En este orden de ideas, y para responder a la pregunta problema planteada, el Consejo de Estado en su evolución jurisprudencial ha dado avances significativos en materia de protección de derechos humanos y los mecanismos de reparación integral de las víctimas, pues pasó de seguir los lineamientos jurídicos colombianos de sólo otorgar medidas compensatorias o indemnizatorias a aplicar los elementos de la reparación integral en la última década, donde sobresale por su proactividad en el otorgamiento de medidas que buscan trasplantar las que se ordenan en sede de la Corte Interamericana.

Con ello se evita la activación de los órganos internacionales de protección en materia de derechos humanos, lo cual permite a todas luces que las víctimas del Estado colombiano puedan recibir una reparación integral en sede interna y no requieran protección complementaria o subsidiaria en sede internacional. Además, evita que el Estado comparezca a instancias internacionales donde muy

seguramente tendrá el deber de reparar² integralmente por hechos y derechos que, bajo la figura del control de convencionalidad, puede prevenir en su marco jurídico interno.

Hasta el momento el avance ha sido significativo, situación que ha sido de especial consideración para el órgano judicial interamericano, que ha reconocido la evolución jurídica en materia de reparaciones (otorgamiento de indemnizaciones) en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la normatividad, creada, con el propósito de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos, lo cual se evidencia en la integración en materia de estándares de reparación integral del sistema interamericano al derecho interno, hechos que reflejan de manera directa los impactos de las decisiones de la Corte Interamericana en el sistema jurídico de protección de derechos humanos colombiano.

Ejemplo de lo anterior, es el control de convencionalidad directo que hace la Corte Interamericana en el caso Valle Jaramillo y otros, donde hace un reconocimiento especial al Consejo de Estado colombiano, por incorporar en sus decisiones a través del mecanismo de la acción de reparación directa, algunas medidas que van más allá de la mera indemnización por el daño ocasionado, denominándolo como el “comienzo de penetración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. Además de precisar que dicho desarrollo jurisprudencial en la jurisdicción contencioso administrativa colombiana, podría llegar a ser complementado con otras formas de reparación disponibles en distintas vías jurisdiccionales o de otra índole a nivel interno, con el propósito de obtener la reparación integral a las violaciones de derechos humanos.

Invitación que fue acatada por el Consejo de Estado, de una forma proactiva como se ha detallado en el seguimiento de sus decisiones, aun cuando las medidas de reparación que puede otorgar en el marco de sus competencias no pueden igualar a las otorgadas por la Corte Interamericana, en razón a la organización de los poderes públicos del Estado colombiano; además de los criterios de responsabilidad y los conflictos que se crean a partir de ello, así como el marco normativo de protección. Sin embargo, es evidente que, en materia de reparaciones, ha sido de recibo por parte del Consejo de Estado la reparación integral y en el ámbito de sus

² Es importante precisar que, “en los sistemas normativos de corte romano germánico, que han bebido del código civil francés, la estructura de la obligación de reparar se caracteriza por ser individual, limitada a la entidad real del daño” (Reyes Garcés, 2014, pág. 59), no obstante, la teoría de responsabilidad se ha transformado y, en la actualidad, además de la responsabilidad en el Orden interno de los estados, se predica también una responsabilidad internacional de los Estados a partir de los compromisos jurídicos pactados, entre otros aspectos, para la protección de los Derechos Humanos.

competencias, ha otorgado medidas de reparación siguiendo los lineamientos de la Corte Interamericana.

Por último, es un hecho para considerar y hacer seguimiento en una investigación adicional, identificar el impacto de la remisión de las decisiones del Consejo de Estado a los órganos internacionales. Un tema que requiere ser estudiado con mayor profundidad, por los escenarios que se plantean, los cuales se deben medir a partir del seguimiento y la trazabilidad de las decisiones internacionales y su relación con las decisiones internas.

Referencias

- Agudelo Ibáñez, S. J. (2015). Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India. *Academia & Derecho*, 6(11), 123-154.
- Arévalo Perdomo, E., & Sotomayor Espitia, C. (2016). La restitución de tierras consagrada en la Ley 1448 de 2011, a la luz de la teoría neoconstitucionalista. *Academia & Derecho*, 7(13), 91-118.
- Auto 15186. (27 de junio de 2009f). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: *Myriam Guerrero de Escobar*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 76001-23-31-000-1996-03846-01 (15186). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/76001-23-31-000-1996-03846-01(15186).html
- Auto 27268. (1 de octubre de 2008e). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: *Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01145-01 (27268). Obtenido de https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/ANTOLOGIAFINAL/SECCI%C3%93N%20TERCERA/SECCI%C3%93N%20TERCERA%20-%20TOMO%20B/TOMO%20S3%20B/III.%20ELEMENTOS%20DE%20LA%20RESPONSABILIDAD/III.%20Indemnizaci%C3%B3n/
- Auto 28270. (9 de marzo de 2011c). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: *Gladys Agudelo Ordóñez*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 76001-23-31-000-1999-01507-01 (28270). Obtenido de http://pensamiento.unal.edu.co/fileadmin/recursos/focos/focosalud/docs/eje_3_consejo_de_estado/12_historiaclinica/76001-23-31-000-1999-01507-01_28270_.pdf
- Auto 35528. (10 de diciembre de 2009h). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 50001-23-31-000-2008-00045-01 (35528). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/50001-23-31-000-2008-00045-01(35528).html
- Auto 35529. (11 de noviembre de 2009g). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: *Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C.,

- Colombia: Radicación número: 05001-23-25-000-1998-02246-01 (35529). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/05001-23-25-000-1998-02246-01(35529).html
- Auto 36912. (9 de mayo de 2011i). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: *Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 05001-23-31-000-2001-01546-02 (36912). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/05001-23-31-000-2001-01546-02(36912).html
- Auto 45679. (17 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: 11001-03-26-000-2012-00078-00 (45679). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/11001-03-26-000-2012-00078-00(45679).html
- Benavides Vanegas, F. (2016). Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional. *Academia & Derecho*, 13, 237-264. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/309/246>
- Calderón Gamboa, J. (2015). *La evolución de la "Reparación Integral" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México D.F: CNDH-México. Obtenido de http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CSIDH_EvolucionReparacionIntegral-laReimpr.pdf
- Camacho Vinuesa, D., & Cárdenas Caycedo, O. (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. doi:<https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.19.6008>
- Cárdenas Caycedo, O. A. (2016). Aplicación de los principios de contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia. *Academia & Derecho*, 7(13), 265-308. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/130/187>
- Cárdenas Poveda, M., & Suárez Osma, I. (2014). Aplicación de los criterios de reparación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Consejo de Estado colombiano. *Revista Opción Jurídica*, 13(26), 33-48. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v13n26/v13n26a03.pdf>
- 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. *Academia & Derecho*, 7(13), 119-142. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/285/225>
- Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. (5 de julio de 2004). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf
- Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. (7 de febrero de 2006). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_144_esp.pdf

- Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. (26 de septiembre de 2006). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. (2 de febrero de 2001). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf
- Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. (18 de agosto de 2000). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf
- Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia. (26 de mayo de 2010). 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_213_esp.pdf
- Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. (25 de mayo de 2010). 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_212_esp.pdf
- Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. (24 de noviembre de 2009). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf
- Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuencua del Rio Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. (20 de noviembre de 2013). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf
- Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. (28 de agosto de 2014). 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_282_esp.pdf
- Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. (27 de agosto de 1998). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_39_esp.pdf
- Caso Gelman Vs. Uruguay. (20 de marzo de 2013). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf
- Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. (12 de septiembre de 2005). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf

- Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia. (20 de noviembre de 2018). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_363_esp.pdf
- Caso Loazyza Tamayo Vs. Perú. (27 de noviembre de 1998). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf
- Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. (14 de mayo de 2013). 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_260_esp.pdf
- Caso Muelle Flores Vs. Perú. (6 de marzo de 2019). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf
- Caso Myrna 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
- Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile. (28 de noviembre de 2018). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_372_esp.pdf
- Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. (27 de junio de 2012). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
- Caso Radilla Pacheco Vs. México. (23 de noviembre de 2009). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf
- Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. (31 de agosto de 2004). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. (31 de agosto de 2010). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf
- Caso Tibi Vs. Ecuador. (7 de septiembre de 2004). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf
- Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. (27 de noviembre de 2008). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondos, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_191_esp.pdf

- Casos de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. (26 de mayo de 2001). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: (Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_77_esp.pdf
- Castilla Juárez, K. (2014). Control de convencionalidad interamericano: Una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado*(33), 149-172. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5038863>
- 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
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7: Control de Convencionalidad*. San José: CIDH. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>
- Cubides Cárdenas, J. (2013). El origen del Control de Convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). *Revista Ambiente Jurídico*, 15, 103-125. Obtenido de <https://doctrina.vlex.com.co/vid/origen-control-convencionalidad-ccv-553334982>
- Durango Álvarez, G., & Garay Herazo, K. (2015). El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 18(36), 99-116. doi:<http://dx.doi.org/10.18359/dere.936.18>
- Faúndez Ledesma, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (3 ed.). San José, Costa Rica: IIDH. Obtenido de https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad: A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 44(131), 917-967. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n131/v44n131a20.pdf>
- Gamboa Calderon, J. (2013). *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (1 ed.). México D.F: Centro Nacional de Derechos Humanos. Obtenido de http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CSIDH_EvolucionReparacionIntegral-laReimpr.pdf
- García Atehortúa, A. K., & Ramírez Rivero, L. (2014). La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia. *Revista Universitas Estudiantes*(11), 87-102. Obtenido de <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4335815/4+LA+SUPREMACIA+CONSTITUCIONAL.pdf/alaf0b90-148a-4fb5-ac18-4eb6888ecce7>

- González Serrano, A. (2013). Obligaciones de los Estados parte de la convención americana. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 8(2), 45-56. doi:<https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2013v8n2.1903>
- Guacaneme Pineda, R. E., & Avendaño Castro, W. R. (2015). El concepto de globalización en la jurisprudencia colombiana (2000-2014). Análisis jurisprudencial en tres cortes colombianas: Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado. *Academia & Derecho*, 6(11), 155-182.
- Mesa Latorre, A. (2018). El control de convencionalidad: ¿Un acto racional o irracional? En C. Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)* (págs. 129-166). Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca.
- Naciones Unidas. (2005). *Principios y Directrices relativos a los derechos de las víctimas en casos de violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario*. New York: 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Obtenido de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>
- Nash Rojas, C. (2009). *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)* (2 ed.). Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r15428.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica: Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Pérez-León Acevedo, J. (2008). Las Reparaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. *Revista American University International Law Review*, 23(1), 7-49. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r22048.pdf>
- Quinche Ramirez, M. (2014). *El control de Convencionalidad* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Temis.
- Reyes Garcés, H. M. (2014). Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes: ¿existe una respuesta desde la justicia correctiva? *Academia & Derecho*, 5(9), 51-82.
- Rojas Báez, J. (2010). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del proyecto de artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos. *Revista American University International Law Review*, 23(1), 91-126. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R22050.pdf>
- Rousset Siri, A. (2011). El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*,

- I(1), 59-79. Obtenido de <http://www.cladh.org/wp-content/uploads/2012/07/a1-n1-2011-art03.pdf>
- Sánchez Vallejo, J. (2015). Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 183-226. doi:<https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.11.331>
- Santofimio Gamboa, J. (2017). *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C-225. (18 de mayo de 1995). Corte Constitucional. La Sala Plena. M.P.: *Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C, Colombia: REF:Expediente No. L.A.T.-040. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>
- Sentencia C-327. (22 de junio de 2016). Corte Constitucional. La Sala Plena. M.P.: *Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-11058. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-327-16.htm>
- Sentencia Reparación Directa 15667. (4 de junio de 2008c). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: *Myriam Guerrero de Escobar*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 19001-23-31-000-1997-02006-01 (15657). Obtenido de [https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/160CasoAlvarezSilva/Referentes/19001-23-31-000-1997-02006-01\(15657\).pdf](https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/160CasoAlvarezSilva/Referentes/19001-23-31-000-1997-02006-01(15657).pdf)
- Sentencia Reparación Directa 15838. (25 de mayo de 2011k). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: *Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicados acumulados números 15838, 18075 y 25212. Obtenido de [file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/52001-23-31-000-1997-08789-01\(15838\).html](file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/52001-23-31-000-1997-08789-01(15838).html)
- Sentencia Reparación Directa 16337. (11 de marzo de 2009c). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: *Myriam Guerrero de Escobar*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 54001-23-31-000-1995-08777-01 (16337). Obtenido de [file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/54001-23-31-000-1995-08777-01\(16337\).html](file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/54001-23-31-000-1995-08777-01(16337).html)
- Sentencia Reparación Directa 16775. (16 de julio de 2008d). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: *Myriam Guerrero de Escobar*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 66001-23-15-000-1997-03632-01 (16775). Obtenido de <http://www.consejodeestado.gov.co/seccion-3ra/index.htm>
- Sentencia Reparación Directa 16836. (1 de abril de 2009e). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 50001-23-

- 31-000-1995-04744-01 (16836). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/50001-23-31-000-1995-04744-01(16836).html
- Sentencia Reparación Directa 16975. (29 de enero de 2009b). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. *C.P.: Mauricio Fajardo Gomez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 76001-23-31-000-1996-02530-01 (16975). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/76001-23-31-000-1996-02530-01(16975)%20(1).html
- Sentencia Reparación Directa 16996. (20 de febrero de 2008a). Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número:76001-23-25-000-1996-04058-01 (16996). Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/20/S3/76001-23-25-000-1996-04058-01\(16996\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/20/S3/76001-23-25-000-1996-04058-01(16996).pdf)
- Sentencia Reparación Directa 17009. (13 de diciembre de 2008f). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01 (17009). Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/36/68001-23-31-000-1996-02081-01\(17009\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/36/68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).pdf)
- Sentencia Reparación Directa 17318. (11 de febrero de 2009d). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. *C.P.: Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 05001-23-26-000-1996-00960-01 (17318). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/05001-23-26-000-1996-00960-01(17318)%20(1).html
- Sentencia Reparación Directa 17482. (31 de enero de 2011a). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 05001-23-26-000-1990-06381-01 (17482). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/05001-23-26-000-1990-06381-01(17482)%20(1).html
- Sentencia Reparación Directa 17738. (10 de marzo de 2011d). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. *C.P.: Mauricio Fajardo Gomez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00374-01 (17738). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/66001-23-31-000-1998-00374-01(17738).html
- Sentencia Reparación Directa 19195. (31 de agosto de 2011i). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08938-01 (19195). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/52001-23-31-000-1997-08938-01(19195)%20(2).html
- Sentencia Reparación Directa 19976. (9 de mayo de 2011h). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número:

- 54001-23-31-000-1994-08654-01 (19976). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/54001-23-31-000-1994-08654-01(19976).html
- Sentencia Reparación Directa 20046. (21 de febrero de 2011b). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. *C.P.: Mauricio Fajardo Gomez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01692-01 (20046). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/25000-23-26-000-1995-01692-01(20046).html
- Sentencia Reparación Directa 20145. (14 de abril de 2011g). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. *C.P.: Stella Conto Diaz del Castillo*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00237-01 (20145). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/05001-23-31-000-1996-00237-01(20145).html
- Sentencia Reparación Directa 20294. (30 de marzo de 2011f). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 05001-23-24-000-1995-00476-01 (20294). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/05001-23-24-000-1995-00476-01(20294)_1.html
- Sentencia Reparación Directa 20437. (24 de marzo de 2011e). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 05001-23-24-000-1994-00895-01 (20437). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/05001-23-24-000-1994-00895-01(20437).html
- Sentencia Reparación Directa 20716. (22 de junio de 2011j). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 05001-23-25-000-1995-00048-01 (20716). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/05001-23-25-000-1995-00048-01(20716)%20(1).html
- Sentencia 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 file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/54001-23-31-000-1994-08357-01(21274)%20(1).html
- Sentencia Reparación Directa 30340. (18 de enero de 2009a). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 07001-23-31-000-2003-00158-01 (30340). Obtenido de [https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/179CasoRamosRestrepo/Referentes/07001-23-31-000-2003-00158-01\(30340\).pdf](https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/179CasoRamosRestrepo/Referentes/07001-23-31-000-2003-00158-01(30340).pdf)
- Sentencia Reparación Directa 31326. (6 de mayo de 2015). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime*

- Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 54001-23-31-000-1995-09295-01 (31326). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/54001-23-31-000-1995-09295-01(31326).html
- Sentencia Reparación Directa 33948. (7 de mayo de 2018). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: *Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 63001-23-31-000-2003-00463-01 (33948A). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/63001-23-31-000-2003-00463-01(33948)A_2.html
- Sentencia Reparación Directa 38039. (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: 76001-23-31-000-2002-05362-01 (38039). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/76001-23-31-000-2002-05362-01(38039)_2.html
- Sentencia Reparación Directa 40774. (14 de marzo de 2016a). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: *Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 50001-23-31-000-2002-00094-01 (40744). Obtenido de file:///C:/Users/ch-lu/Downloads/50001-23-31-000-2002-00094-01(40744).html
- Tremolada Álvarez, E. (2016). La internacionalización del derecho constitucional en Colombia: una garantía para los procesos de integración. Ejercicio comparado con los países andinos. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C*(37), 103-128. doi:10.35487/rius.v10i37.2016.11
- Turyn, A. (2012). Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno. En E. Alonso, *La Convencion Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino* (págs. 19-23). Buenos Aires: Universidad de Buenas Aires & La Ley. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/002-deber-de-adoptar-disp-de-d-interno-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino.pdf>
- Ventura Robles, M. (2012). Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*(56), 139-156. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30350.pdf>

Memoria y verdad histórica en genocidio político de los militantes de la Unión Patriótica en Colombia*

Memory and historical truth in political genocide of the Unión
Patriótica activists in Colombia

Recibido: junio 12 de 2019 - Evaluado: septiembre 16 de 2019 - Aceptado: octubre 28 de 2019

Jaime Alberto Gómez Montañez**

Para citar este artículo / To cite this article

Gómez Montañez, Jaime Alberto (2020). Memoria y verdad histórica en genocidio político de los militantes de la Unión Patriótica en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 11(20), 229-260.

Resumen: El genocidio por razones políticas de los militantes de la Unión Patriótica revela la confrontación clasista por el poder político, económico y social en Colombia. Sus militantes quedaron expuestos a un nivel de riesgo y amenaza de tipo extremo al ser calificados de enemigos y no como contradictores políticos. Esta circunstancia, en un conflicto tan violento y prolongado como el colombiano en el que la práctica sistemática del genocidio contiene como elemento discriminatorio el elemento nacional, facilitó la consumación de los lamentables hechos pues el conflicto ocurre entre los diversos grupos nacionales en que ha quedado escindida la nacionalidad. Así se truncó el proyecto político social Unión Patriótica, una expresión de la izquierda democrática en la década de los ochenta, que proponía una esperanza para salir del conflicto armado interno a través de la anhelada paz con justicia social.

* Artículo inédito. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación “Memoria y verdad en el genocidio político de los militantes de la Unión Patriótica en Colombia”.

** Magister en Derechos Humanos y Democratización; Especialista en Derechos Humanos; Docente investigador de la facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Libre, seccional Cúcuta; grupo de investigación en prospectiva y desarrollo humano; correo electrónico: jaimea.gomez@unilibre.edu.co
jgomezmontaez@hotmail.com

La responsabilidad en el genocidio político puede ser imputada al Estado colombiano por omitir la adopción de medidas efectivas de protección a los miembros de la UP, por complicidad u omisión de sus funcionarios y por la impunidad en que han quedado dichos crímenes. Ante esta tragedia humanitaria la memoria y la verdad histórica son el camino de la reconciliación con la exaltación del sujeto político martirizado y a sus sobrevivientes. En esta transición la aplicación de la justicia transicional contribuirá al fortalecimiento del Estado Democrático de Derecho y la democracia.

Palabras clave: verdad histórica, memoria, genocidio, justicia transicional, Unión Patriótica.

Abstract: The genocide for political reasons of the members of the Unión Patriótica reveals the class confrontation by the political, economic and social power in Colombia. Its militants will remain threatened at an extreme level of risk and threat by being branded as enemies and not as political opponents. This circumstance, in a conflict as violent and prolonged as the Colombian one in which the systematic practice of genocide contains the national element as a discriminatory element, facilitated the consummation of the unfortunate events since the conflict occurs between the several national groups in which it has been split nationality. This is how the Patriotic Union social political project was truncated, an expression of the democratic left in the eighties, which proposes a hope to emerge from the internal armed conflict through the desired peace with social justice.

Responsibility for the political genocide can be imputed to the Colombian State for failing to adopt effective protection measures for UP members, for complicity or omission of its officials, and for the impunity in which these crimes have remained. Faced with this humanitarian tragedy, memory and historical truth are the path of reconciliation with the exaltation of the martyred political subject and its survivors. In this transition, the application of transitional justice will contribute to the strengthening of the Democratic State of Law and democracy.

Keywords: Historical truth, memory, genocide, transitional justice, Unión Patriótica.

Resumo: O genocídio por razões políticas dos membros da União Patriótica revela o confronto de classes pelo poder político, econômico e social na Colômbia. Seus militantes foram expostos a um nível extremo de risco e ameaça, pois foram descritos como inimigos e não como contratados políticos. Essa circunstância, em um conflito tão violento e prolongado quanto o colombiano, no qual a prática sistemática do genocídio contém o elemento nacional como elemento discriminatório, facilitou a consumação dos eventos infelizes, uma vez que o conflito ocorre entre os vários grupos nacionais em que foi dividido a nacionalidade. Assim, o projeto político social da União Patriótica, uma expressão da esquerda democrática nos anos 80, que propunha uma esperança de emergir do conflito armado interno através da paz desejada com a justiça social, foi truncado.

A responsabilidade pelo genocídio político pode ser imputada ao Estado colombiano por não adotar medidas de proteção eficazes para os membros da UP, por cumplicidade ou omissão de seus funcionários e pela impiedade em que esses crimes permaneceram. Diante dessa tragédia humanitária, a memória e a verdade histórica são o caminho da reconciliação com

a exaltação do sujeito político martirizado e de seus sobreviventes. Nesta transição, a aplicação da justiça de transição contribuirá para o fortalecimento do Estado de Direito Democrático e da democracia.

Palavras-chave: verdade histórica, memória, genocídio, justiça de transição, Unión Patriótica.

Résumé : Le génocide pour des raisons politiques des membres de l'Union Patriótica révèle la confrontation de classe du pouvoir politique, économique et social en Colombie. Ses militants étaient exposés à un niveau de risque et de menace extrême lorsqu'ils étaient décrits comme des ennemis et non comme des contractants politiques. Cette circonstance, dans un conflit aussi violent et prolongé que le conflit colombien dans lequel la pratique systématique du génocide contient l'élément national comme élément discriminatoire, a facilité la consommation des événements malheureux puisque le conflit se produit entre les différents groupes nationaux au sein desquels il a été divisé. La nationalité. C'est ainsi que le projet de politique sociale de l'Union patriotique, expression de la gauche démocratique des années 80, qui proposait d'espérer émerger du conflit armé interne à travers la paix souhaitée avec la justice sociale, a été tronqué.

La responsabilité du génocide politique peut être imputée à l'État colombien pour avoir omis d'adopter des mesures de protection efficaces pour les membres de l'UP, pour la complicité ou l'omission de ses fonctionnaires et pour l'impunité dans laquelle ces crimes sont restés. Face à cette tragédie humanitaire, la mémoire et la vérité historique sont le chemin de la réconciliation avec l'exaltation du sujet politique martyrisé et de ses survivants. Dans cette transition, l'application de la justice transitionnelle contribuera au renforcement de l'État démocratique du droit et de la démocratie.

Mots-clés : vérité historique, mémoire, génocide, justice transitionnelle, Unión Patriótica.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. Metodología. Esquema de resolución. 1. Antecedentes del tema de investigación. 2. Memoria y verdad histórica para las víctimas. 3. El genocidio político. 4. La Unión Patriótica expresión de la izquierda democrática. 5. Plataforma política y programa. 6. Obstáculos a la nueva fuerza política. 7. Cómo la violencia se emplea en la acción política. 8. Ascenso del paramilitarismo. 9. Plan de exterminio. 10. Responsabilidad estatal por violación a los derechos humanos y genocidio. 11. El genocidio de la UP. 12. La justicia transicional como respuesta. 13. El deber de la memoria y el derecho a la verdad histórica, un imperativo ético. Conclusiones

Introducción

En la sociedad colombiana la utilización de la violencia política ha sido recurrente a lo largo de nuestra vida republicana (Avendaño Castro, Mogrovejo Andrade, & Bastos Osorio, 2014). El reto académico que anima este trabajo es cómo enfrentar este pasado y hacer un aporte a la narrativa de la resistencia a no

olvidar las atrocidades y los crímenes de sistema cometidos contra los militantes del partido político Unión Patriótica, en un intento por recuperar y reafirmar la identidad colectiva del proyecto político martirizado y de sus sobrevivientes.

Se cuestiona así el discurso sobre la negación o la justificación de lo sucedido y absolución de sus responsables, porque estas actitudes han alimentado el conflicto armado interno, la exclusión social, la pugnacidad en el tratamiento de los conflictos sociales y la precariedad democrática. Sin verdad histórica ni memoria no podrán existir la justicia ni la reparación integral (Joinet, 1997) ni podrá superarse el impacto negativo de la violencia política en el sistema democrático colombiano.

La investigación transita sobre la importancia de la verdad y la memoria histórica en el genocidio por razones políticas de los militantes de la Unión Patriótica. Se analizan los orígenes, causas y responsabilidades en el mencionado exterminio, se resalta el deber ético de la memoria y la verdad histórica, e igualmente pretende develar la existencia y puesta en marcha de una estrategia “contrainsurgente” de la guerra preventiva.

El mundo occidental a partir de mediados del siglo XX le ha otorgado gran importancia al rescate de la memoria histórica. Desde una mirada de los perdedores, aquí se reivindica la vocación liberadora de los oprimidos, de los rebeldes, de modo que la memoria sirva para develar los factores de la violencia explícita y de la violencia latente ejercida en la conservación del statu quo, del orden y la seguridad que han empleado las elites en el poder de este país.

Problema de investigación

En Colombia la violencia socio-política se ha implementado de forma recurrente como instrumento para definir las controversias en la acción política y social (Avendaño Castro, Mogrovejo Andrade, & Bastos Osorio, 2014), especialmente frente a los partidos y movimientos de oposición y de las organizaciones sociales (Fals Borda, 1962), (UN Comisión de Estudios sobre la Violencia, 1987). Es claro que la historia reciente del país no se puede comprender sin la existencia del conflicto armado interno prolongado por más de medio siglo (Decreto No. 434, 1956), (Giraldo Moreno, 2000), (Grupo de Memoria Histórica, 2013), (De Zubiria Samper, 2015).

Se trata de documentar la incapacidad del régimen para renunciar a la violencia ilegal y dilucidar si esta constituye un delito de lesa humanidad o un genocidio por razones políticas contra los militantes y simpatizantes de la Unión Patriótica y del Partido Comunista en Colombia.

El análisis del contexto y la dinámica de los hechos permiten plantear cuestiones como:

¿pueden estos crímenes considerarse aislados, individuales e inconexos?; ¿se puede establecer que no hubo garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles?; o como lo observó el Consejo de Estado en el 2014, ¿hubo incumplimiento por parte del Estado de su carga prestacional en el deber de especial protección?; ¿por qué no se brindaron medidas efectivas para proteger la vida y la integridad física de los militantes de la Unión Patriótica pese a conocerse el riesgo especial por su pertenencia al grupo?

El fracaso del diálogo nacional y de la tregua acordada por el gobierno de Belisario Betancur y la insurgencia de las FARC en 1984, fortalecieron las actitudes militaristas que alimentaban la perpetuación del conflicto armado interno (Oviedo Hernández & Vásquez del Real, 2010), (Unión Patriótica, 1986), (Arizala, 1989). Las consecuencias inmediatas fueron las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, cuyos crímenes no han merecido el esclarecimiento, juzgamiento y sanción a los responsables (Grupo de Memoria Histórica, 2013), (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994). Motivado por el alto nivel de impunidad se acentuó el drama humanitario, alertando a la Comisión IDH que en el año 2004 observó con preocupación que la impunidad afecta de manera transversal a todas las violaciones de los derechos humanos (Cepeda Castro, 2006).

De tal suerte que uno de los desafíos y anhelos más urgentes a superar es el de poner fin a la violencia sistemática y generalizada en la vida política nacional. La sociedad colombiana reclama el rescate de la memoria y de la verdad histórica ante esta barbarie constituyendo un acto de oposición al poder y al olvido, para lo cual la justicia transicional podría ofrecer algunas herramientas a modo de una esperanza en la apertura de los espacios democráticos para la reconciliación nacional y la paz.

Metodología

Con el fin de alcanzar los objetivos planteados se seguirá el sentido clásico, de lo general a lo particular, ubicando en su contexto los aspectos jurídicos de cada aspecto del problema investigado, para luego proceder con el tema central. El método de investigación científico histórico de carácter documental (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010), (Gómez, 2011), (Tantaleán Odar, 2011), se justifica porque en el estudio del genocidio es indispensable revisar la tradición jurídica internacional, y respecto a lo nacional hacer la descripción del proceso sociopolítico colombiano para enmarcar los acontecimientos, momentos destacados y las circunstancias

trascendentales de dicho período histórico. Además, con el método analítico-sintético se han precisado los distintos elementos que conforman la investigación en sus distintas etapas.

Los hechos, situaciones y concepciones recogidas sobre tales circunstancias y las distintas interpretaciones políticas, ideológicas o jurídicas correspondientes, han sido procesadas mediante el modelo inductivo que se adecua al enfoque cualitativo de la investigación al privilegiar el contexto y funcionamiento de las normas e instituciones jurídico-sociales (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010).

Esquema de resolución

La exposición de los hallazgos de la investigación se hará en trece temas, comprendidos a su vez en cuatro grandes partes: el primer segmento (tema 1) refiere a los antecedentes de investigación sobre el tema central. En la segunda parte (temas 2 y 3) se aborda la importancia de la memoria histórica y la verdad, en tanto imperativo ético y factor indispensable para consolidar las demás etapas del proceso de la justicia transicional para la superación de los conflictos, para lograr la reconciliación, la reparación, la no repetición de crímenes y así alcanzar la paz. Igualmente se define el genocidio, sus características de naturaleza político. El tercer segmento expone el surgimiento de la Unión Patriótica como fruto del acuerdo de paz y del cese al fuego, y el lanzamiento de su programa político como expresión de la izquierda democrática con relativos éxitos electorales (temas 4 y 5). En la cuarta parte se describen los obstáculos en contra de la nueva agrupación partidista y el empleo de la violencia en la acción política con responsabilidad estatal (temas 6 al 11). En el quinto y último segmento, se argumenta la calificación de genocidio político para estos acontecimientos y la contribución que la justicia transicional puede ofrecer a la sociedad y a las víctimas en el tránsito de superar los traumas de los conflictos con lo cual se despejen las vías a la construcción de una sociedad democrática equitativa e incluyente (temas 12 al 13).

1. Antecedentes de investigación

De la necesaria revisión de temas relacionados con esta investigación, reseñamos tres que a continuación describimos brevemente. Iván Cepeda Castro desarrolló un trabajo titulado “Genocidio político: el caso de la Unión Patriótica en Colombia” (2006), en el que analiza el crimen sistemático y masivo de dirigentes y militantes del movimiento de izquierda y plantea el reclamo por la verdad y la justicia que hacen las víctimas y sus familiares. En la descripción de los acontecimientos ocurridos

durante dos décadas, expone los fundamentos para considerarlo un genocidio por razones políticas, narra las etapas de los acontecimientos, cita documentos jurídicos y testimonios de protagonistas, familiares y sobrevivientes de la UP, y revela la impunidad que encubre las violaciones a los derechos humanos de los miembros de dicha agrupación. Cepeda Castro fundamenta la calificación de genocidio cuando se cometen crímenes sistemáticos y masivos de militantes de agrupaciones políticas y destaca la necesidad de las políticas de reparación integral, proclamando lo imperioso de efectuar profundas transformaciones del sistema político colombiano (Cepeda Castro, 2006).

Otro de los antecedentes reseñados es el texto de Sindy J. Villamil sobre “La figura del genocidio y su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano” (2014), en el que analiza los criterios de distinción característicos del crimen de genocidio y la aplicación de estos en las normas jurídicas colombianas, pero considera que se adopta un “nuevo criterio que no se encuentra reconocido a nivel internacional, este es, el criterio político” (2014, pág. 9). Villamil describe las características de la figura del genocidio, los acontecimientos mundiales que llevaron a la jurisprudencia internacional a crear unas normas para castigar este tipo de crímenes, y desglosa los aspectos esenciales para relacionarlos con lo aprobado por la Corte Constitucional Colombiana en (Sentencia C-177, 2001), en la que realizó una normativa respecto a la (Ley 589, 2000) y (Ley 599, 2000), en lo tocante al Delito de Genocidio, señalando que dicha “norma cuestionada vulnera Convenciones y Tratados Internacionales” (Villamil Acevedo, 2014, pág. 68). Aspectos controversiales que serán analizados en la sección del tema correspondiente.

Una tercera investigación es la de Benavides Vanegas sobre “La verdad, las confesiones judiciales y la memoria del conflicto en el proceso de justicia transicional de Colombia” (2016), que expone el recorrido de la justicia transicional en la resolución del largo conflicto nacional, cuyos mecanismos novedosos sirvieron para superar el concepto de una paz negativa que solo servía para el simple acceso a la participación política. Benavides expresa que, con la desmovilización de los grupos paramilitares, en el año 2005, el país se enfrentó a una nueva negociación de paz cuyo instrumento adecuado fue la justicia transicional. La ventaja de esta es que busca la no repetición de los hechos victimizadores y para ello el Estado debe crear políticas que les permitan a las víctimas recuperar sus proyectos de vida y crear las condiciones para su realización. Sin embargo, advierte que “si bien el daño causado con las violaciones de las que se ocupan los procesos de justicia transicional es irreparable, el Estado sí puede tomar medidas para garantizar su no repetición” (Benavides Vanegas, 2016, pág. 247). También su exposición discurre sobre el valor de la verdad judicial dentro de la justicia transicional, el papel de la Comisión de la Verdad, los elementos diferenciadores que relacionan a la verdad

del proceso judicial con la verdad recabada de la aplicación de los mecanismos de justicia transicional.

2. Memoria y verdad histórica para las víctimas

Es obligación jurídica de los Estados garantizar a las víctimas la satisfacción de sus derechos. El derecho a la verdad es uno de los principios imprescindibles en el derecho internacional pues las víctimas deben tener respuesta del crimen sufrido, ser reparadas por el daño causado y restaurada su dignidad. Y en el caso de los Estados de Latinoamérica ha sido fundamental el derecho a la verdad en el desarrollo de las transiciones hacia la paz y la democracia, en cuyo logro de protección de derechos humanos ha actuado el sistema interamericano especialmente la Comisión IDH.

De modo que se ha otorgado a la verdad histórica y a la memoria una premisa para la reconciliación bajo la dimensión ética e histórica. Se trata de una mirada hacia el pasado desde el prisma de avanzar al futuro, bajo el potencial movilizador de la creación de una narrativa de contra-historia a la oficial o a la de los detentadores del poder, con el fin de superar la memoria de la guerra que “es la memoria de un déficit de ciudadanía y de democracia” (Grupo de Memoria Histórica, 2013).

Las miradas hacia el pasado se anclan en el presente pues como lo expresa Todorov: “Es bueno reconocer la historia, pero el sentido que sacamos de ella depende del presente y no del pasado” (Todorov, 2015). Así que la mirada debe ser dinámica y plural, que apunte a liberar a los excluidos y que posibilite los cambios necesarios a fin de abrir el universo político para aportar a la construcción de un régimen democrático incluyente y participativo.

Es innegable que despertará preocupación e incertidumbre por saber qué pasará en el momento cuando se quiera indagar por las causas, las consecuencias de esta violencia y por saber de sus ejecutores intelectuales, ya que es el riesgo que se corre dependiendo de la respuesta que se quiera denunciar o visibilizar. Es la advertencia de Hayner: la rendición de cuentas afronta una desconfianza por “la difícil tensión entre el deseo de enterrar el pasado para no provocar la ira de los victimarios con poder, y la exigencia ética y política de enfrentar a los criminales” (2008, págs. 36-38).

De modo que enfrentarse al pasado requiere de un buen uso de la memoria. Sin embargo, Todorov advierte que cuando se combina la existencia de “un deber de verdad o un deber de justicia, y la memoria es buena cuando sirve a esos deberes. No es buena cuando sirve a la venganza, a la agresión, a la violencia” (Todorov, 2015). De suerte que esta memoria la reconstruyen hoy los sobrevivientes, quienes la interpretan y le dan sentido, resignifican los hechos, con lo cual tal ejercicio de elaboración depende del presente y no del pasado.

Desde esta perspectiva, la memoria sirve para reivindicar la reconciliación como catarsis social de recordar y olvidar, pero de manera propositiva, ya que este deber de memoria está ligado principalmente a reintegrar a las víctimas a la sociedad, con sus plenos derechos a partir de su reconocimiento como sujeto social y político, y en algunos casos, en restituir su ciudadanía.

Surgen entonces las obligaciones de la sociedad de asumir las transformaciones en su institucionalidad a fin de garantizar la no repetición de los delitos y atrocidades, y el deber de romper con la mordaza que ha silenciado a los sobrevivientes, a las víctimas o a sus familiares. De tal suerte que se trata de adoptar la memoria en su doble condición, de memoria individual y de memoria colectiva como derecho a la verdad histórica. Y, en contrapartida, está el deber a cargo del Estado de formular y ejecutar políticas públicas para preservarla, según los Principios Joinet (1997, pág. párrafo 17).

En el ejercicio del derecho a la verdad se deben evitar las deformaciones de la historia a través del revisionismo o negacionismo que son muy comunes en estos procesos, para así cumplir con el objetivo de garantizar que la sociedad conozca su historia como parte de su patrimonio. La historia de un pueblo (por más horrenda que sea) pertenece a su patrimonio material e inmaterial, y éste tiene el derecho inalienable de conocerla y el deber de preservarla (Joinet, 1997).

De modo que en este tránsito se debe buscar guardar un equilibrio entre justicia, paz y verdad, ya que es una condición imprescindible para la reconciliación, que va mucho más allá del perdón. En el entendido que la reconciliación es la acción de las víctimas que, a pesar del daño y del dolor sufrido, renuncian a la venganza o justicia por su propia mano contra los victimarios. Significa dejar que la nueva institucionalidad creada sea la que haga justicia.

Y de esta manera los derechos de las víctimas deben ser reconocidos así como lo establece la justicia transicional, por lo que la jurisprudencia internacional le otorga gran importancia a estos derechos al punto de que para validar sus medidas le exige a los Estados que se protejan los derechos a la verdad, a la memoria y a la reparación (Benavides Vanegas, 2016).

3. El delito de genocidio

Inicialmente el delito de genocidio estuvo subsumido en el delito de lesa humanidad. La labor pionera del jurista polaco Lemkin en los años de la II Guerra Mundial para referirse al holocausto judío llevó a que el término fuera reconocido por el derecho internacional, pasando a ser una norma de carácter consuetudinaria. En 1946 la Asamblea General de la ONU adoptó “el crimen de genocidio” como

un crimen internacional autónomo: la negación al derecho de existencia de grupos humanos enteros, identificados por su pertenencia racial, religiosa, étnica o nacional (Ramelli Arteaga, 2011). En ello existe la intención de exterminar total o parcialmente a un grupo por su pertenencia a una de tales naturalezas mencionadas.

Para 1948, Naciones Unidas adopta la Convención para la Prevención y la sanción del delito de genocidio, excluyendo la pertenencia al grupo político tal como estaba regulado en la resolución 96 de 1946 –Asamblea General en su resolución 260 A (III), de diciembre 09 de 1948–. Mantiene que los gobiernos deben abstenerse de toda propaganda o incitación al odio y la intolerancia que puedan fomentar actos de violencia colectiva.

Daniel Feierstein considera paradójico que en la resolución sobre el genocidio se haya excluido una diversidad de grupos (grupos políticos, de género, de identidad sexual pero, muy en especial, aquellos surgidos a partir de una motivación política) y que pese a la recurrencia en todo el orbe de estos actos atroces durante las décadas siguientes de su promulgación esto no haya sido corregido pues todo genocidio cometido, real, histórico, contiene la causalidad política. (Feierstein, 2016, pág. 241).

Sin embargo, plantea que en la figura jurídica de genocidio hay un elemento restrictivo que se vincula a la intencionalidad de destrucción de un grupo (total o parcial) en el contexto de la comisión de hechos de aniquilamiento masivo de poblaciones, sin importar las características de la identidad de dichos grupos que buscan ser destruidos, lo que permite solucionar técnicamente esta categorización. Menciona Feierstein otros aspectos en contravía a las teorías hegemónicas en el ámbito de la justicia internacional (2016, pág. 262). Así, considera que a partir del principio planteado por Lemkin queda abierta la posibilidad de su aplicación pues los genocidios modernos son en esencia “procesos de destrucción de identidad de grupos nacionales”, no importando el carácter de identidad de tales grupos a destruir, y siendo que “dicha definición (la destrucción parcial de un grupo nacional) se encuentra contemplada en la redacción actual de la Convención y permite dicha interpretación” (2016, pág. 249). El otro aspecto es que en los crímenes de lesa humanidad¹ no está incluida la especificidad de la “intención de destrucción de

¹ “La gran diferencia entre el concepto de crímenes de lesa humanidad y el de genocidio es que el primero no observa al conjunto como “grupo nacional” sino como individuos que sufrieron la violación de sus derechos individuales. Esta es la diferencia jurídica más relevante entre el concepto de crímenes de lesa humanidad –que remite a acciones indiscriminadas contra miembros de la población civil– y el concepto de genocidio –que remite a acciones discriminadas contra grupos específicos de la población, buscando su destrucción total o parcial–. (Feierstein, 2016, pág. 258). Igualmente advierte Feierstein que en este siglo se intentan equiparar crímenes de lesa humanidad y genocidio –cometidos por el Estado– con el delito de terrorismo –cometido por particulares– (Feierstein, 2016, pág. 261).

un grupo” propia del concepto de genocidio por lo cual es pertinente recuperar dicha figura conceptual para comprender los procesos de aniquilamiento modernos (2016, pág. 249).

4. La Unión Patriótica expresión de la izquierda democrática

Su surgimiento a mediados de la década del ochenta del siglo pasado como frente amplio de convergencia de la izquierda y sectores democráticos, la Unión Patriótica como sujeto político nace del acumulado de muchos intentos por construir un movimiento alternativo en lo político al bipartidismo, e igualmente como propuesta de solución democrática al conflicto armado interno y a su modelo económico y político que simboliza y reproduce una sociedad excluyente (Arizala, 1989), (Unión Patriótica, 1986).

Sus propuestas buscan el fortalecimiento de la unidad de los sectores populares democráticos en sus diversos matices, y la integración de lo social y lo político en la búsqueda de cambios en el poder a fin de obtener la paz democrática con justicia social. Su aspiración es transformar el país hacia una sociedad incluyente que viabilice un Estado liberal moderno a través de la apertura democrática (Cepeda Castro, 2006).

De esta forma la Unión Patriótica es un hecho histórico inédito: nace con la firma de los Acuerdos de La Uribe entre delegados del gobierno presidido por Belisario Betancur y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) en marzo de 1984 y de un cese al fuego. Este frente amplio logró aglutinar a fuerzas revolucionarias, democráticas y progresistas, donde el Partido Comunista tiene un lugar destacado y su militancia es el núcleo más activo (Arenas, Vicisitudes del proceso de paz. Memorando del Estado mayor de las FARC para el señor presidente Dr. Virgilio Barco Vargas, 1990).

Esta expresión de la izquierda democrática se da en un momento político favorable de crecimiento de la movilización popular. Sin embargo, no logra aglutinar a toda la izquierda democrática y revolucionaria (armada y no armada) del país, ya que las diferencias y fragmentaciones de cada grupo, propias de las condiciones socio-políticas e ideológicas del marxismo-leninismo, maoísmo, guevarismo, troskismo, estaban muy ligadas al debate clásico entre reforma o revolución (Buenaventura, 1985).

La acentuada dispersión obedecía a la fuerte confrontación ideológica entre las organizaciones de la izquierda legal e ilegal, marcada por un trasfondo internacional (según la influencia de los países socialistas: URSS, China, Cuba o

Europa Oriental) que privilegiaban distintas vías para implementar el socialismo. La Unión Patriótica va a definir su lucha en el marco de la “coexistencia pacífica”, según Buenaventura (1985, pág. 10), frente a tesis adversas como el foquísmo y la guerra popular prolongada que no aceptaban la lucha electoral.

La UP asume la lucha electoral inspirada en el acumulado histórico, especialmente de la confrontación durante el Frente Nacional (1958-1974), el cual según Vásquez “no era más que el bipartidismo elevado al sistema obligatorio por ley (...) se trató de un experimento reaccionario y ultraconservador que a la larga tuvo consecuencias negativas por la dominación burguesa” (Oviedo Hernández & Vásquez del Real, 2010).

El Frente Nacional había consolidado un régimen de democracia restringida (monopolio de los partidos liberal-conservador), que imposibilitaba la acción política electoral a otras expresiones como el Partido Comunista que, bajo la dictadura de Rojas Pinilla² (Decreto No. 434, 1956), había estado ilegalizado al igual que cualquier actividad comunista. Sin ser ya ilegal, no podía presentar candidatos bajo su bandera.

La Unión Patriótica participa en el debate político recogiendo ideales y experiencias de los años setenta y ochenta, y anuncia como punto de partida la salida política negociada al conflicto armado interno colombiano bajo el realismo del equilibrio de fuerzas, ya que ni las Fuerzas Armadas podían derrotar a la insurgencia ni esta tomarse el poder para efectuar las transformaciones propuestas. La apuesta de apertura democrática fue satisfactoria, como reseñaría Nicolás Buenaventura: “Nunca antes habíamos visto que la coexistencia pacífica se convirtiera en un motor tan poderoso de la historia de este continente” (1985, págs. 10-11), pues hacía retroceder al militarismo y su Doctrina de la Seguridad Nacional que había nacido con la guerra fría, siendo implementada en forma de dictadura militar en los años sesenta en Brasil de donde se extendió a otras naciones latinoamericanas.

5. Plataforma política y programa

La participación electoral de la UP toma como slogan ¡Paso a la paz, Paso a las reformas! (Unión Patriótica, 1986), haciendo una convocatoria a la esperanza y

² COLOMBIA, DECRETO No. 0434 del 01 de marzo de 1956: “por el cual se reglamenta el Acto Legislativo número 6 de 1.954”. Decreta en su artículo primero: “quien tome parte en actividades políticas de índole comunista, incurrirá en presidio de uno a cinco años”; y el artículo segundo: “Ejercen actividades políticas de índole comunista quienes obedezcan órdenes, instrucciones o consignas de partidos o entidades comunistas extranjeros, o por cualquiera medios preconicen o traten de implementar en la organización de la familia, de la sociedad o del Estados las doctrinas y métodos del comunismo internacional, o asistan con conocimiento de causa a juntas o reuniones de ese carácter, bien sea este manifiesto o encubierto”.

a la movilización social, logrando relativos éxitos electorales al convertirse en un fenómeno político en el país y en la tercera fuerza a nivel nacional. Así, en algunas regiones o municipios pasa a ser la fuerza mayoritaria, especialmente en zonas marginales de reciente colonización, con potenciales riquezas en recursos naturales y con pobladores en situación de pobreza. Obtiene la más alta votación en la historia de la izquierda (Unión Patriótica, 1986).

En su programa propone reformas socio-políticas para construir la paz, la democracia y la justicia social; proclama la instauración de gobiernos democráticos y populares a fin de fortalecer la búsqueda de la paz, la modernización de la sociedad colombiana y la institucionalización de los partidos políticos, la desmilitarización y desmantelamiento de la justicia privada, el pleno ejercicio de las libertades políticas y sindicales (plataforma política UP, 1985) (Romero Ospina, 2015). Es la expresión de un discurso alternativo, donde lo social y lo político promueven una legitimidad que va a estar soportada en la forma de tramitar los conflictos por vías consensuadas y no por la utilización de la violencia (Calderón & Serna, 2015), (Corporación Reiniciar, 2005). Su programa no era maximalista, lo expresó Arizala: “no se planteaba objetivos tan elevados como la implementación del socialismo en Colombia, aunque algunas de sus fuerzas integrantes luchan por alcanzarlo” (1989, pág. 14).

La iniciativa del proyecto político tiene el reconocimiento de ser hijo del proceso de paz, firmado en los Acuerdos de La Uribe y de la propuesta de la insurgencia de las FARC-EP, en su posible paso a transformarse en un movimiento legal, que en carta abierta al Congreso el 20 de julio de 1984, señalan “el diseño de nuestra plataforma política con la, cual, las FARC se convierten, en la base de lanzamiento de un movimiento político nacional en Colombia” (Arenas, 1985, pág. 11) que en unión con otros partidos y movimientos democráticos de izquierda emprenderán la lucha de masas populares por la apertura democrática que garantice el libre ejercicio de la oposición (1985).

Pese a las situaciones adversas de incumplimiento de la tregua y de otros compromisos, la UP participa por primera vez en las contiendas electorales de marzo y mayo de 1986 (UP, 1986), logrando en marzo importantes resultados, con la elección de 14 congresistas: 11 en la Cámara de Representantes y 5 en el Senado de la República, 18 diputados en las asambleas departamentales y 351 concejales. En mayo, el candidato presidencial Jaime Pardo Leal, alcanza 329.000 sufragios que representan el 4.5% de la votación del país (Calderón & Serna, 2015), (Organización de las Naciones Unidas, 1998), (Corporación Reiniciar, 2005).

Su estructura organizativa, como lo reseña Calderón y Gaviria, “fue la primera agrupación alternativa que registró, formalmente, una membrecía de 196.264

aflidos, soporte para la obtención de la personería jurídica (..) Su soberanía se centró en las asambleas de las juntas patrióticas” (2015, pág. 18).

6. Obstáculos a la nueva fuerza política

Emergieron grandes obstáculos: acciones de estigmatización, de violencia y de “guerra sucia” alentadas por sectores del establecimiento estatal y por fuera de él, con apoyo de amplios sectores de las Fuerzas Militares imbuidos en el ideario anticomunista de la Doctrina de Seguridad Nacional y la aplicación del concepto del “enemigo interno” en su lógica de amigo-enemigo.

Frente a estos obstáculos, requirieron garantías para el ejercicio de la acción política, tal propósito quedó plasmado en el punto 7 del documento suscrito entre la Comisión de Paz, Diálogo y Verificación y el Estado Mayor de las FARC-EP el 2 de marzo de 1986. Según Jacobo Arenas:

El Gobierno, de acuerdo con lo establecido en la Constitución y las leyes, otorgará a la Unión Patriótica y a sus dirigentes las garantías y seguridades para que puedan desarrollar en forma idéntica a las demás agrupaciones políticas, su acción tanto proselitista como electoral (Arenas, 1990).

La Unión Patriótica ingresa a la arena política en las mismas condiciones de los demás partidos ya consolidados, pero no será igual el tratamiento recibido pues se le crea un ambiente hostil por diversos medios. Y ello a pesar de advertir que los acuerdos y propuestas de reformas políticas y sociales eran funcionales al Estado liberal, de constituir un avance democrático de los sectores populares, y con lo cual se vislumbraba una oportunidad para la renovación política en el campo local y nacional, y en las formas de tramitar las diferencias o conflictos.

A pesar de la tregua, se desata una ola de violencia argumental y simbólica a través de los medios de información que buscan deslegitimar su acción política y facilitan el paso al atentado y al asesinato de sus líderes, de sus militantes o simpatizantes. Este ambiente de zozobra, es el preludio de la agresión e inicio de asesinatos selectivos de dirigentes electos en las corporaciones públicas (Sánchez & Camacho Guizado, 2004), (Robinson, 1998).

La Comisión IDH, en su II informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia (1994) frente al caso UP, señala que “en los cinco primeros años de existencia (1985-1989), la violencia se caracteriza entonces por ser selectiva y relativamente concentrada en las regiones de mayor éxito político y electoral” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994). Así mismo, indica que la violencia coincide en su incremento con los años electorales 86 y 88, concentrándose en los departamentos de Antioquia, Meta y Santander.

Estas tensiones en las relaciones de poder marcarán la ruptura y el fracaso del proceso de paz. Ortiz define una de las causas: “el distanciamiento entre el poder civil y el poder militar en torno a la paz, no permitió la construcción de un proyecto de reconciliación nacional” (2009, pág. 47), faltó la acción decidida de las fuerzas militares en su compromiso en acatar la decisión de su comandante en jefe, el presidente de la República.

Una expresión de esa actitud la reseñó el periódico *El Tiempo*, en 1986, en entrevista a uno de los voceros más destacados, el ministro de Defensa nacional, general Landazábal Reyes: “hoy después de más de 50 mil campesinos muertos por los guerrilleros, estos se nos presentan en las corporaciones públicas como ángeles de la paz” (*El Tiempo*, 1986, pág. 7A). Allí el general desvirtuar las acusaciones que la UP le hiciera, y además que “una paz comunista produce más muertes que una guerra anticomunista”, posición coincidente en un amplio sector de los miembros de las fuerzas militares y de civiles, que lograron constituir la línea de acción que va a prevalecer en esta disputa.

El general Landazábal hacía pública la acusación de atribuirle la responsabilidad de la violencia en el país al partido Comunista, al considerarlo el principal patrocinador de la guerrilla y de todas las muertes que esta había causado, agregando que los grupos subversivos eran agentes directos del comunismo internacional y que, por tanto, ante este enemigo las FF. AA. eran las garantes y salvadoras de la nación en la vigencia de la civilización occidental y cristiana (*El Tiempo*, 1986).

La resistencia a los acuerdos de La Uribe muestra el verdadero carácter de la burguesía colombiana. Como advierten Álvaro Vásquez y Álvaro Oviedo:

(...) los planteamientos de las FARC eran un ideario democrático, que desaprovechó la burguesía para haber llegado a un acuerdo sobre el mejoramiento de la democracia, sobre el ingreso del movimiento armado a la lucha política, sobre el fortalecimiento del movimiento obrero. Eran cosas que perfectamente la burguesía hubiera podido aceptar. (Oviedo Hernández & Vásquez del Real, 2010, pág. 32).

Y hubiese sido positivo pues expresaban cambios institucionales que buscaban profundizar y ampliar la democracia en el Estado liberal.

La estigmatización contra la UP por parte de quienes se oponían a la democratización, lo justificaban con argumentos como los de Ospina y Castibañez (2002) para quienes la subversión captó los diálogos de paz durante el gobierno de Belisario Betancur como un espacio para oxigenarse y fortalecerse, permitiendo a los “bandoleros” consolidar su brazo político en la estrategia de las FARC para el lanzamiento de su ofensiva general para el año 1986. Igualmente, Dudley plantea que solo un grupo selecto de sus militantes conocía la verdad de sus propósitos: las

FARC utilizaban al proceso de paz y a la UP para la consolidación de su ejército (2008, pág. 102).

7. Cómo la violencia se emplea en la acción política

En la historia republicana colombiana, según el informe de la Comisión de Estudios sobre la Violencia (1987), la violencia y las guerras han sido empleadas como herramientas de la acción política, de modo que la sociedad colombiana sufre en forma crónica por la precariedad y el miedo a la democracia, tal como lo reitera el informe ¡Basta Ya!:

La precariedad democrática se expresa también en la primacía de las salidas represivas y militares para abordar los conflictos sociales derivados de los reclamos de la población frente a la desigualdad, la corrupción, el racismo, la pobreza y la exclusión. (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pág. 31).

Circunstancias que se agravaron por la respuesta estatal y de sus elites nacionales y regionales con la estrategia de denominada guerra de baja intensidad que consiste en combinar la legalidad y la represión, la coerción legal e ilegal (judicialización), la connivencia de particulares y agentes del Estado en el ejercicio ilegal de la violencia, llegando a la eliminación de los “presuntos auxiliadores” de los grupos alzados en armas (Giraldo Ramírez, 2015).

Al legalizar la guerra estatal contra el enemigo interno, las fuerzas de seguridad ocupan un papel protagónico en la contención de los grupos divergentes de la población, especialmente cuando estos ejercitan sus derechos ciudadanos a la protesta social. El régimen político a través de la entidad militar ha privilegiado la utilización de la fuerza y el autoritarismo, como advierte Giraldo (2015), para enfrentarse con un fenómeno de naturaleza estrictamente político, como es la guerra revolucionaria el aparato militar actúa según la doctrina del “enemigo interno”.

Las fuerzas militares obtienen y asumen la responsabilidad de la seguridad en la contención del enemigo interno. Este paso histórico se acentuó desde 1957 a 1991, proceso en el que la subordinación de la fuerza pública al poder civil significó el otorgamiento de una amplia autonomía militar y el cargo en el ejercicio del ministerio de Guerra, y después de Defensa, en cabeza de un miembro activo de la Fuerza Pública (Silva Serna, 2009, pág. 292).

Este ambiente hostil y de contención a las nuevas expresiones políticas y sociales fue reseñado en 1998 por la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos en Colombia:

La actividad política colombiana se caracteriza por el alto grado de intolerancia frente a los partidos y movimientos de oposición. El ejemplo más dramático es el caso de la Unión Patriótica, cuyos militantes han sido víctimas de ejecuciones sistemáticas. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017).

La anterior opinión fue compartida en el informe de 1992 de la Defensoría del Pueblo al resaltar:

... que existe una relación directa entre el surgimiento y el apoyo electoral de la Unión Patriótica y el homicidio de sus militantes y dirigentes regionales donde la presencia de ese partido fue interpretada como un riesgo al mantenimiento de los privilegios de ciertos grupos. (Cepeda Castro, 2006)

La importancia de este documento oficial es porque sirvió de soporte para empezar a develar las relaciones de uso de la fuerza letal para mantener el poder local o nacional. El informe defensorial recomendó el fortalecimiento de las instancias investigativas y de control, y tipifica el caso como delito de genocidio perpetrado contra un grupo identificado por razones políticas, fundamentado en la resolución 96 (I) 46 de la ONU, teniendo en cuenta las observaciones del relator de ejecuciones sumarias y genocidio de Naciones Unidas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017).

8. Ascenso del paramilitarismo

El paramilitarismo no es un fenómeno nuevo, tiene profundas raíces en la sociedad colombiana, con la utilización ilícita de personas particulares en el propósito de afianzar o coadyuvar en el control estatal o social mediante el uso de la violencia (Organización de las Naciones Unidas, 1998). Algunos miembros de las fuerzas armadas dotaron de armamento, entrenaron y les prestaron apoyo logístico a grupos locales para contener la insurgencia (Grupo de Memoria Histórica, 2013).

Es innegable que el Ejército Nacional ha sido el que arma grupos de civiles y los emplea en el control del orden público, pues fueron agentes del Estado los que constituyeron su germen en la década de los ochenta. Tal como lo señaló la Corte IDH: "...miembros de la propia fuerza pública en ciertas áreas del país incentivaron a grupos de autodefensa a desarrollar una actitud efectiva frente a cualquier persona considerada como simpatizante de la guerrilla" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2004). Igualmente, en los uniformados existía el prejuicio anticomunista, especialmente en quienes fueron formados en la Escuela de las Américas, así lo reconoció Carlos Castaño: "Cuando yo estuve al lado de las fuerzas armadas en la legalidad, noté que para algunos de ellos todo lo que fuera izquierda era guerrilla y, por consiguiente, el enemigo" (Aranguen, 2001, pág. 26).

El centro de actividades fue el Magdalena Medio. A mediados de la década de los ochenta una vez expulsados a sangre y fuego los militantes y simpatizantes del Partido Comunista, la región se convirtió en un refugio para los narcotraficantes quienes llegaron a contratar mercenarios británicos y surafricanos para conducir grupos de paramilitares a un ataque al campamento de la FARC en Casa Verde, asalto que jamás se efectuó; por el éxito obtenido se llevó la experiencia a otras regiones como Caquetá, Meta y Urabá (Dudley, 2008).

9. Plan de exterminio

El clima de violencia contra la militancia de la Unión Patriótica escala y pone en marcha planes de exterminio los cuales fueron denunciados oportunamente por las direcciones nacionales de la UP y PCC ante los diversos gobiernos centrales. Según la corporación REINICIAR (2005), se destacan en el orden nacional la “Operación Cóndor” en 1985, “Baile Rojo” en 1986 y “Golpe de Gracia” en 1992 que estaban dirigidos a socavar las estructuras de dirección del movimiento y asesinar o desaparecer a sus dirigentes elegidos a las corporaciones públicas.

A nivel regional ocurrieron el plan “Esmeralda” (1988) que actuó contra las poblaciones de Meta y Caquetá, y el plan “Retorno” (1993) para “recuperar” el poder municipal en la región del Urabá, ambas con el objetivo de “pacificar” las regiones e instaurar de nuevo a los partidos tradicionales y exterminar varias direcciones regionales de la UP y del Partido Comunista (Corporación Reiniciar, 2003). Los renovados mecanismos de la confrontación tenían un eje articulador que permite valorarlos no como hechos aislados o de desquiciados o de manzanas podridas disfuncionales del sistema democrático.

Las denuncias sobre las amenazas no tuvieron receptividad en las autoridades estatales, todo lo contrario, la respuesta oficial fue calificarlas como una afrenta de los comunistas contra la fuerza pública, y señalarlas como parte de una campaña para su desprestigio (La Opinión, 2017, pág. 2B). Afirmaban que el exterminio obedecía a acciones de narcotraficantes en venganza por ataques recibidos de la insurgencia o atribuidos a líos de faldas (Corporación Reiniciar, 2003).

Los planes de exterminio se diseñaron con propósitos claros de intimidación. Además de asesinar a líderes y representantes elegidos en distintos cargos, también buscaban destruir el tejido social en las comunidades donde había echado raíz el proyecto político-social. La estrategia era desmovilizar, desmoralizar y desarticular su base social, acción que fue facilitada por la militarización previa de las regiones, la judicialización de sus líderes y la impunidad en que se mantienen tales crímenes.

Los Relatores Especiales sobre la tortura y sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias en su visita a Colombia en octubre de 1994, señalaron en su informe conjunto que:

...en el ámbito de la administración de justicia la primera y más grave constatación tiene que ver con la debilidad del sistema, que se plasma en altos índices de impunidad. La impunidad es a la vez causa y consecuencia de la violencia y, en particular, de las violaciones a los derechos humanos. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994).

Estos antecedentes fácticos demuestran la frágil hegemonía de la garantía de los derechos humanos, en su leve ilusión de convertirse en el umbral más bajo de inclusión en Colombia. De Sousa señala que:

Hoy no se pone en tela de juicio la hegemonía global de los derechos humanos como discurso de la dignidad. Sin embargo, esa hegemonía convive con la realidad perturbadora: la gran mayoría de la población mundial no constituye el sujeto de los derechos humanos, sino más bien el objeto de los discursos sobre los derechos humanos. (De Sousa Santos, 2014, pág. 13)

10. Responsabilidad estatal por violación a los derechos humanos y genocidio

El exterminio de los militantes de la Unión Patriótica ha sido un hecho evidente en la historia reciente del país. No hay consenso en la cuantificación de las víctimas y de los hechos victimizantes: homicidios, desaparición forzada, lesiones personales, desplazamiento, judicialización, etc. Importante es indagar sobre el papel y responsabilidad del Estado colombiano, más allá de sus diferentes gobiernos, que permitieron que esta tragedia humanitaria se materializara.

En el derecho internacional el Estado es responsable por la violación de los derechos humanos, posee el monopolio en el uso legítimo de la fuerza y la obligación de ser garante de los derechos, y asume responsabilidad por la falta de debidas investigaciones de los delitos cometidos en su territorio y por no identificar a sus autores materiales e intelectuales y sancionarlos (Consejo de Estado: Sección Tercera, 2017).

Los actos proselitistas realizados por movimientos y partidos legales en los Estados liberales deben contar con la debida protección y garantías, pues dicha acción es consustancial al ejercicio del poder pluralista y, por tanto, el Estado debe ser garante de su ejercicio pues el incumplimiento de estos deberes le amerita su responsabilidad. El ejercicio de la acción política tiene una legitimidad en las sociedades democráticas y es un deber de garantía a cargo del Estado que la puede reglamentar (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966).

En las sociedades contemporáneas, los hechos sociales como expresión de la conducta humana se regulan por el derecho a través de la ley, en una relación de mutuo reconocimiento con la admisión simbólica de la dignidad humana. Los Estados asumen las obligaciones de respetar, proteger y satisfacer los derechos humanos mediante la limitación de su poder y con la realización de acciones afirmativas que los garanticen. El ejercicio de la función pública tiene límites normativos y en los derechos humanos. (Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969).

En el ejercicio de los derechos políticos en Colombia, la Corte Constitucional estableció que la democracia no es simplemente una forma de organización estatal:

Es un proyecto político cuyo fundamento es la dignidad humana y sus manifestaciones concretas de la diversidad y de la libertad. La estrecha relación entre democracia, dignidad humana, pluralismo y autonomía individual explica el frágil equilibrio de valores necesarios para lograr su realización. (Sentencia T-439, 1992).

De suerte que se requiere materializar garantías imprescindibles para el libre ejercicio de los derechos políticos los cuales trasciendan más allá de la existencia de un orden normativo de reconocimiento.

El Estado, para eximir su responsabilidad, no puede alegar que hay fenómenos que no puede controlar, o que son ajenos a una política estatal, o que solo son atribuibles a la iniciativa de agentes estatales individualmente, o de “manzanas podridas” (responsabilidad directa), o la acción de particulares (responsabilidad indirecta). La responsabilidad internacional para los Estados surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter erga omnes. No es necesaria la intencionalidad.

La Corte Interamericana señaló que para establecer si se ha producido una violación consagrada en la Convención Americana, “no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuye los hechos violatorios” (Sentencia 163 Serie C, 2007). Lo que requiere demostrar es si ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción o violación, si ha habido omisiones que hayan permitido la perpetración, o si hay una obligación del Estado que haya sido incumplida.

Debe existir una conexidad entre las causas de la violación y la acción u omisión de los agentes estatales que tengan la capacidad de comprometer la responsabilidad del Estado en sus distintos órganos del poder público: Congreso, rama ejecutiva, autoridades judiciales y órganos de control. La responsabilidad estatal se puede generar por actos cometidos por terceros o particulares, tema sobre el cual la Comisión Interamericana ha señalado que:

Las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados parte de la Convención, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009)

En el caso de los militantes de la Unión Patriótica encontramos que el Estado colombiano no cumplió con su deber de protegerlos, máxime ante la presencia de acciones sistemáticas de exterminio y de persecución cometidos contra la colectividad política.

En la jurisdicción nacional del Consejo de Estado (Sentencia 26 029, 2014) estableció que las circunstancias políticas al momento del exterminio, los hechos le son imputables al Estado colombiano a título de falla en el servicio ya que el reconocimiento y efectividad del derecho a la seguridad personal le imponen una carga prestacional que va a depender del grado y tipo de amenaza. Que la razón de ser de las instituciones y autoridades estatales es la defensa material y formal de todos los individuos, más aún, cuando se trata de personas con necesidades de protección especial.

11. El genocidio político de la UP

Para imputar la hipótesis del delito de genocidio por razones políticas o actos de genocidio en el caso UP, se parte de reconocer las normas de origen consuetudinarias en el derecho internacional y contrastarlas con las acciones criminales contrainsurgentes. De este modo lo afirma Giraldo: “Los actos de genocidio más comunes en Colombia, hacen parte de una estrategia contrainsurgente del Estado colombiano” (Giraldo Moreno, 2000), la cual se compone de dos elementos: la doctrina contrainsurgente y la estrategia operativa contrainsurgente.

Sin embargo, Villamil expone que en el caso de la UP no hay genocidio, aunque sí constituye crímenes contra la humanidad pues;

la intención de quien elimina masivamente personas pertenecientes a su propia nacionalidad por el hecho de no someterse a un determinado régimen político no es destruir su propia nacionalidad ni en todo ni en parte, sino, el contrario, destruir a la parte de sus nacionales que no se someten a sus dictados (Villamil Acevedo, 2014, pág. 66).

En consecuencia, considera que al definirse al grupo victimizado no por la nacionalidad sino por su carácter de opositor al régimen, se trataría de un grupo de

disidentes políticos lo que no es equiparable a la de una raza, etnia o pueblo, con lo que la aplicación es del tipo de crimen contra la humanidad y no el de genocidio (2014, pág. 67).

La anterior afirmación es lo que ya advertía Feierstein, de la tendencia hegemónica en la justicia internacional que ha ampliado el concepto de crímenes de lesa humanidad –que ahora incluye a los actos de “terrorismo”– con el fin de equipararlo con el de genocidio. Recuerda la diferencia jurídica entre ambas figuras en donde la primera engloba acciones indiscriminadas contra miembros de la población civil mientras que el “genocidio remite a acciones discriminadas contra grupos de población, buscando su destrucción total o parcial” (Feierstein, 2016, págs. 258- 261).

Javier Giraldo expresa un planteamiento algo distinto con lo anterior: en “Colombia las conductas y hechos que claramente han configurado la práctica sistemática del Genocidio durante muchas décadas tienen como elemento discriminatorio el elemento nacional” (2000, pág. 2). Así, las víctimas de estas violaciones fueron objeto de señalamiento como grupos de población civil que no se someten al parámetro de nacionalidad que los sujetos activos de los crímenes defienden:

(...) por cuanto estas víctimas se ubican en áreas de influencia, física o ideológica, activa o pasiva, supuesta o real, efectiva o afectiva, fundada o infundada, de grupos insurgentes que reivindican con métodos violentos una concreción práctica alternativa de nación. Esto hace que dichas poblaciones civiles sean victimizadas en cuanto grupos nacionales, según la interpretación autorizada, ya citada, de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (Giraldo Moreno, 2000, pág. 19).

Con lo cual le permite a Giraldo afirmar que la prolongada confrontación ha generado que la nacionalidad quede escindida “en *diversos grupos nacionales* en conflicto” (2000, pág. 4).

En cuanto a la sustentación de la tipificación de genocidio por razones políticas la expone Cepeda Castro en tres rasgos centrales de persecución sistemática e intencional en caso de los militantes de la UP: i) la intencionalidad de los autores en las acciones criminales de acabar con el grupo político, o al menos, expulsarlo de la vida pública; ii) es notorio que se trata de un proceso de exterminio hacia una fuerza política legal en condiciones de un Estado considerado democrático; y iii) los graves hechos de persecución se han llevado a cabo durante un prolongado periodo de tiempo y en diferentes gobiernos, aunado a que las autoridades públicas no les brindaron la protección efectiva en sus derechos (Cepeda Castro, 2006, pág. 102).

Así se ha elevado el caso al sistema regional de protección de derechos humanos, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1997), donde los peticionarios en el caso 11.227 han

argumentado el genocidio, ya que por la pertenencia al grupo político se ha producido una persecución sistemática que se manifiesta en acciones y omisiones estatales con resultados de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones, amenazas y atentados contra sus sedes, y que en algunos de estos delitos están comprometidos agentes estatales y particulares, con un propósito claro: eliminar al partido político.

En su Informe 5/97, la Comisión IDH (Ibídem) sobre la admisibilidad, se pronunció a favor de analizar el caso sobre la base de la existencia de suficientes elementos para determinar una pauta de persecución. La acción sistemática haría posible demostrar que los casos de la UP corresponden a una práctica dirigida de manera concertada.

La existencia de un patrón de sistematicidad de agresión configura una intencionalidad de sacar de la arena política, no al adversario político, sino al enemigo del sistema, al catalogarlo como parte de subversión desarmada o base política de la insurgencia, que actúa con el propósito definido en su lucha en el campo político con su estrategia de la combinación de las formas de lucha, en cuyo papel la UP cumplía con el objetivo de manipular a los sectores representativos de la sociedad.

Su exterminio tiene como móvil atacar a las personas teniendo en cuenta su pertenencia o militancia política en un grupo de oposición. El Consejo de Estado (Sentencia 26 029, 2014), reitera decisiones que han reconocido la persecución emprendida contra los miembros de la Unión Patriótica a finales de la década de los ochenta y principio de los noventa como un hecho notorio y ha declarado la responsabilidad patrimonial estatal por el incumplimiento del deber especial de protección a su cargo.

Estas circunstancias manifiestan una deuda histórica en dignificar la memoria y la verdad de las víctimas, a partir del reconocimiento estatal de su responsabilidad en el genocidio por razones políticas como elemento afirmativo de la tragedia sucedida, hecho que tendrá un impacto en la profundización de la democracia y en el afianzamiento del Estado de derecho, y también a que cese la estigmatización frente a la izquierda democrática.

12. La justicia transicional como respuesta

El ejercicio de reivindicar la memoria y la verdad histórica hace parte necesaria para lograr consensos y romper la inquietante situación de una sociedad indolente, que padece de anomia en medio de la tragedia humanitaria del país. La sociedad debe superar el régimen democrático disfuncional, como lo expresaba Fals Borda sobre la violencia bipartidista de los años cuarenta y cincuenta: "...no solo la falta

de tolerancia institucional sino también la intransigencia personal y lo débil de los fundamentos éticos del pueblo colombiano” (Sociología de la violencia. En *La violencia en Colombia*, 1962, pág. 29), son, entre otras, las características que facilitan el empleo de la violencia en la acción política colombiana.

Para Sánchez (Guerras, Memoria e Historia, 2004), en Colombia el sistema político tiene la capacidad de ocultar las peores atrocidades e incorporarlas a sus rutinarias “prácticas de la democracia” como un rasgo estructural de la política. Superar el fenómeno de la violencia socio política y el conflicto armado, son aspectos importantes a resolver durante la transición hacia la profundización de la democracia.

En esta transición, los mayores factores que desestabilizan los procesos de transición son los poseedores de poder y los victimarios. De modo que la rendición de cuentas varía en función de la capacidad y de la cultura ciudadana para lograr extender a todos los sectores las prácticas democráticas en los aspectos político, institucional, social e ideológico (Hayner, 2008).

Las políticas de verdad, memoria, reparación, justicia y garantías de no repetición dependen del modelo de transición. Entendida la transición no sólo como el simple cambio de gobierno o la simple firma de un acuerdo de terminación del conflicto armado pues esta también va a depender de las creencias y de los valores de la sociedad. Así, la transición negociada está orientada a la reforma institucional cuya característica es que la democracia tiene que coexistir y negociar el cambio, buscando un equilibrio entre el poder y las fuerzas de oposición.

En los estándares internacionales son inaceptables las políticas de perdón y olvido, los perdones recíprocos y las auto amnistías (Uprimny & Lasso, 2004). Es necesario romper este habitual escenario practicado en nuestra vida republicana de guerras civiles y de amnistías o indultos generales. Es indispensable lograr nuevos escenarios para las víctimas, como sujetos individuales o colectivos.

En consecuencia, una propuesta de justicia transicional puede constituirse en una oportunidad para afrontar el proceso de rendición de cuentas con el pasado y de garantía para las víctimas de conocer la verdad, obtener reparación integral, justicia y garantías de no repetición. En tanto que para la sociedad es la oportunidad de profundizar los cambios institucionales que consoliden la democracia pluralista a través de reformas institucionales.

Dentro de dicha aspiración está la de proscribir la acción armada de la contienda política, y en la que el Estado y sus agentes actúen respetando las diferentes formas de manifestación de inconformidad de la sociedad. Es la construcción de una cultura ciudadana para que la democracia pluralista se convierta en un imperativo ético-político que garantice la acción política a las diversas expresiones del pensamiento.

La legitimidad democrática se alcanza mediante la profundización de la democracia y el fortalecimiento del Estado de Derecho, de manera que se reduzcan los márgenes para la ilegalidad violenta de los agentes estatales o de los grupos de particulares que actúan en connivencia con ellos. En cuanto a la verdad histórica ésta se constituye en una condición no negociable en cualquier proceso de transición democrática. Es un camino que avanza con la mezcla de recuerdo y de olvido que, de acuerdo con Hayner, plantea una disyuntiva en la que la sociedad debe recordar pero también debe olvidar, porque “hay que recordar, pero a veces también es preciso desear fervientemente el olvido” (Verdades innombrables: el reto de las comisiones de la verdad, 2008, pág. 38).

La rendición de cuentas de ciertos periodos históricos oscuros es un paso importante en la restitución de la dignidad de las víctimas. Este proceso de articulación al concepto de memoria histórica lo expresa Antequera en el entendido de un “emergente político” que reivindica “la recuperación de la capacidad de articulación, de comprensión, de enfrentamiento al miedo, y demás efectos buscados con el sometimiento” (Antequera Guzmán, 2011, pág. 40).

13. El deber de la memoria y el derecho a la verdad histórica, un imperativo ético

Reivindicar la memoria requiere el ejercicio colectivo de un pueblo o comunidad, como lo señala Suárez: “La memoria es el resultado de una visión del pasado que se fija en el imaginario colectivo mediante un proceso de asimilación y de comprensión, es historia recordada colectivamente” (Suárez Pinzón, 2015). En este caso, el genocidio por razones políticas de los militantes de la Unión Patriótica es deber asumirlo como un problema vinculado a la existencia de un fenómeno de violencia político-social recurrente en la sociedad colombiana con heridas profundas de exclusión política, social y cultural.

La memoria como imperativo ético es acercarse a la memoria histórica bajo una mirada, “no como un anclaje en el pasado meramente motivado por el trauma, sino por su potencialidad en la determinación” (Antequera Guzmán, 2011), pues se trata de la transformación mental, de pensamiento y de acciones políticas afirmativas a favor de quienes se han resistido y deben retornar en calidad de ciudadanos que reivindican sus aspiraciones en la sociedad como sujetos políticos.

Se trata de acciones propositivas de reconstrucción, para lo cual Ortiz Palacios señala que se requiere la labor la revisión de los archivos para descongelar los hechos sucedidos “volviéndolos a contextualizar en el tiempo en que sucedieron y también

en el momento en que están siendo interpretados” (2009, pág. 72), el hoy, bajo la reinterpretación de los sobrevivientes y de las víctimas.

Se comprende la necesidad de conocer la verdad de lo acontecido para poder aplicar justicia y para poder reparar, tal como lo expresa Benavides Vanegas: “incluso el perdón depende de la verdad, pues solo se perdona lo que se sabe que sucedió” (2016, pág. 247). De allí que el testimonio de las víctimas directas, en los procesos de justicia transicional y en especial en las políticas de la memoria, “es escuchado con atención y tiene un valor superior por ser el relato de un sobreviviente” (Benavides Vanegas, 2016).

La aspiración máxima es preservarla del olvido y potenciarla como memoria colectiva a fin de que se constituya en un referente de la historia, como transformadora de identidad, y en cuanto a las víctimas es la reafirmación de su dignidad como sujetos políticos. Sería una memoria que ayude a evidenciar y develar el miedo que le tiene la clase dirigente colombiana a la democracia, pues su propuesta es de una democracia restringida formal, que combina actos represivos y violentos contra las aspiraciones populares de justicia social, rebajadas a la categoría de problemas de orden público y de seguridad.

El liderazgo popular de los de abajo alimenta el temor de los poderosos que, en aras de su seguridad, erosionan estas nuevas expresiones a través de la cooptación, el desmantelamiento o destrucción de las organizaciones políticas, sociales y sindicales que no se rinden, o que no le son funcionales. Serán necesarios muchos ejercicios para desmitificar los paradigmas construidos por las elites colombianas en lo que De Zubiría Samper señala como “El refuerzo dentro de las élites, a partir del 9 de abril, de lo popular como bárbaro e “incivilizado” o la expansión de la lógica del “enemigo” a los adversarios políticos” (2015, pág. 219).

El reconocimiento de tales imaginarios plurales permitirá reivindicar a la Unión Patriótica y su condición de movimiento alternativo, al cual las elites descargaron el peso de su odio de clase que con su doctrina de Seguridad Nacional en un intento de exterminar al “enemigo interno”, sin reconocerle la condición de adversario político como debería ser en un escenario democrático.

Conclusiones

La Unión Patriótica es expresión de la izquierda democrática desde su surgimiento a mediados de la década del ochenta del siglo pasado cuando proclama constituirse en un frente amplio de convergencia democrática y popular en respuesta a la agudización del conflicto armado interno colombiano y al bipartidismo, reivindicando la esperanza de una paz democrática con justicia social.

Es evidente que los logros electorales de la UP, importantes para la izquierda, pero de magnitud residual frente al poder total, recibieron una respuesta descalificadora de algunas élites locales y nacionales, siendo leídos en clave de la Guerra Fría, esto es, como un avance territorial de la subversión y del comunismo internacional. De modo que sus modestos avances sonaron alarmantes y peligrosos a quienes detentan el poder político y económico, reaccionando de forma tan violenta que no dudaron en aliarse con sectores militaristas, del narcotráfico y de la criminalidad para mantenerse aferrados al poder.

El genocidio por razones políticas de los militantes de la Unión Patriótica revela la confrontación clasista por el poder político, económico y social. Desde un punto de vista jurídico fáctico, los militantes quedaron expuestos a un nivel de riesgo y amenaza de tipo extremo, dadas las circunstancias políticas del contexto en las que se les atribuyó la categoría de enemigos y no la de contradictores políticos, de ciudadanos en ejercicio de sus derechos. La categorización de enemigo interno en la prolongada confrontación ha configurado la práctica sistemática del genocidio cuyo elemento discriminatorio es el elemento nacional por cuanto son diversos grupos nacionales en conflicto producto de la forma en que ha quedado escindida la nacionalidad.

La responsabilidad en el genocidio político puede ser imputada al Estado colombiano en su calidad de garante de los derechos, por tres razones: i) la omisión del Estado en la protección a militantes y simpatizantes al no adoptar medidas de acuerdo al grado y al tipo de amenaza existente; ii) la participación de servidores públicos en actos delictivos, con sus acciones y omisiones o con la colaboración o aquiescencia en la ejecutaron actos criminales; y iii) la impunidad en que se encuentran tales crímenes ha facilitado la práctica de persecución.

Esta tragedia humanitaria amerita reivindicar la memoria y la verdad histórica. La memoria de la resistencia y el reconocimiento de la pluralidad de relatos como respuesta al olvido, al revisionismo o al negacionismo de lo ocurrido. Acciones que permiten develar que el régimen colombiano actuó abrogándose las banderas de la guerra contrainsurgente bajo la doctrina de la Seguridad Nacional, ideología que activa el dispositivo de eliminación sistemática de los opositores y/o la criminalización de amplios sectores de la población.

La rendición de cuentas sobre ciertos periodos históricos oscuros es un paso importante en la restitución de la dignidad de las víctimas y la reivindicación del Estado de Derecho. Además, constituye un ejercicio de la memoria liberadora necesaria para lograr consensos que permitan romper la inquietante situación de una sociedad indolente ante la tragedia humanitaria y evitar así la repetición de esas desgracias. Por ello, en la actualidad, de acuerdo a los estándares internacionales, son inaceptables las políticas de perdón y olvido o de los perdones mutuos.

Asumir la memoria y la verdad histórica implica romper el escenario habitual de nuestra vida republicana de guerras civiles seguidas de amnistías o indultos generales. Es indispensable lograr nuevos escenarios para las víctimas, como sujetos activos individual o colectivos, especialmente frente al reconocimiento de los derechos políticos ya que estos no han sido garantizados al grupo de compatriotas que hoy mantienen en alto su resistencia para no perder su identidad colectiva.

Por último, la memoria y la verdad histórica sirven para reivindicar la reconciliación como catarsis social de recordar y olvidar. De manera propositiva este deber de memoria está dirigido principalmente a reintegrar a las víctimas a la sociedad con sus plenos derechos, a partir de su reconocimiento como sujeto social y político.

Referencias

- Antequera Guzmán, J. (2011). *La memoria histórica como relato emblemático*. Bogotá D.C.: Rocca S. A.
- Aranguen, M. (2001). *Mi confesión: Carlos Castaño revela sus secretos*. Bogotá: Oveja Negra.
- Arenas, J. (1985). *Cese el fuego. Una historia política de las FARC*. Bogotá D.C.: La Abeja Negra.
- Arenas, J. (1990). *Vicisitudes del proceso de paz. Memorando del Estado mayor de las FARC para el señor presidente Dr. Virgilio Barco Vargas*. La Abeja Negra.
- Arizala, J. (1989). *Unión Patriótica. En Entre movimientos y caudillos -50 años de bipartidismo, izquierda y alternativas populares en Colombia*. Bogotá D.C.: Cinep.
- 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. *Academia & Derecho*, 5(9), 153-182.
- Benavides Vanegas, F. S. (10 de Febrero de 2016). La verdad, las confesiones judiciales y la memoria del conflicto en el proceso de justicia transicional de Colombia. Barcelona, España: Universitat Pompeu Fabra. Obtenido de <https://www.tdx.cat/handle/10803/384319>
- Buenaventura, N. (1985). *Tregua y Unión Patriótica*. Centro de Estudios e Investigaciones Sociales.
- Calderón, A., & Serna, G. (2015). *Unión Patriótica: imágenes de un sueño* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos.

- Cepeda Castro, I. (Septiembre de 2006). Genocidio político: el caso de la Unión Patriótica. *Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*(2), 101-113. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24797.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1994). *2º Informe de la Situación de Derechos Humanos*. Washington D.C.: Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1994). *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia*. Washington D.C.: Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana. Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/justicia-verdad-reparacion-es.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1997). *Informe N° 5/97 Caso 11.227*. OEA. Obtenido de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Colombia11227.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia OEA/Ser.L/V/II.120 Doc. 60*. Washington D.C.: OEA. Obtenido de <https://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia04sp/indice.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Informe No.170/17 caso 11.227*. Washington D.C.: OEA. Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/11227FondoEs.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Informe Colombia OEA/Ser.L/V/II, Doc. 57*. Washington D.C.: OEA. Obtenido de <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>
- Consejo de Estado: Sección Tercera. (2017). *Graves Violaciones A Los Derechos Humanos E Infracciones Al Derecho Internacional Humanitario: Jurisprudencia básica del Consejo de Estado desde 1916*. Bogotá D.C., Colombia: Consejo de Estado. Obtenido de [https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20Y%20TEXTOS%20COMPLETOS/341%20-%20DERECHO%20INTERNACIONAL/46422_BELM-22030\(Graves%20violaciones%20a%20los-Consejo\).pdf](https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20Y%20TEXTOS%20COMPLETOS/341%20-%20DERECHO%20INTERNACIONAL/46422_BELM-22030(Graves%20violaciones%20a%20los-Consejo).pdf)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (22 de Noviembre de 1969). Secretaría General OEA. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*. San José, Costa Rica: Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de febrero del 1978. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Corporación Reiniciar. (2003). *La Unión Patriótica: el exterminio de una esperanza. Homenaje a Jaime Pardo Leal en el 16 aniversario de su asesinato*. Bogotá D.C.: Corporación Reiniciar.
- Corporación Reiniciar. (2005). Genocidio político: el caso de la Unión Patriótica. *Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, 101-113. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24797.pdf>

- De Sousa Santos, B. (2014). *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*. Madrid: Trotta.
- De Zubiría Samper, S. (2015). *Dimensiones políticas y culturales en el conflicto colombiano. Comisión histórica del conflicto y sus víctimas. En Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Bogotá D.C.: Desde Abajo.
- Decreto No. 434. (1 de Marzo de 1956). Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se reglamenta el Acto Legislativo número 6 de 1954*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial N. 28995 del 24 de marzo de 1956. Obtenido de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1851495>
- Dudley, S. (2008). *Armas y Urnas: Historias de un genocidio político*. Colombia: Planeta.
- Fals Borda, O. (1962). *Sociología de la violencia. En La violencia en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Tercer Mundo.
- Feierstein, D. (2016). *Introducción a los estudios sobre genocidio*. CDMX: Fondo de Cultura Económica.
- Giraldo Moreno, J. (Julio de 2000). javiergiraldo.org. Obtenido de https://www.javiergiraldo.org/IMG/pdf/Genocidio_en_Colombia_-_Tipicidad_y_Estrategia.pdf
- Giraldo Ramírez, J. (2015). *Política y guerra sin compasión. Comisión histórica del conflicto y sus víctimas*. Bogotá D.C.: Desde abajo.
- Gómez, L. (2011). Un espacio para la investigación documental. *Vanguardia Psicológica Clínica Teórica y Práctica*, 1(2), 226-233. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4815129>
- Grupo de Memoria Histórica. (2013). ¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad. *Historia y Sociedad*(26), 274-281. Obtenido de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/hisysoc/article/view/44516/47805>
- Hayner, P. (2008). *Verdades innombrables: el reto de las comisiones de la verdad*. Ciudad de México, Estados Unidos de México: Fondo de Cultura Económica.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2010). Metodología de la Investigación. *McGraw-Hill Interamericana*, 12, 1-20.
- Joinet, L. (1997). *La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos civiles y políticos, informe final, acompañado de un anexo con un conjunto de principios*. Bogotá D.C. Obtenido de https://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf
- Ley 589. (6 de Julio de 2000). Congreso de la República. *Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 44.073, de 7 de julio de 2000. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0589_2000.html

- Ley 599. (24 de Julio de 2000). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Organización de las Naciones Unidas. (19 de Diciembre de 1998). Asamblea General. *Resoluciones aprobadas por la Asamblea General durante el 53º período de sesiones*. Nueva York, EE.UU. Obtenido de <https://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/53>
- Oviedo Hernández, A., & Vásquez del Real, A. (2010). *Memoria y Luchas Sociales*. Bogotá D.C.: Izquierda Viva.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16 de Diciembre de 1966). Organización de Naciones Unidas. *Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General*. Nueva York, Nueva York, EE.UU.: Resolución 2200 A (XXI). Obtenido de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Ramelli Arteaga, A. (2011). *Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.
- Robinson, M. (1998). Tema de Portada. Los países pueden enriquecerse acogiendo a los oprimidos. Un triunfo para los países de acogida. *Refugiados*(99), 11-12.
- Sánchez, G., & Camacho Guizado, Á. (Febrero de 2004). Guerras, Memoria e Historia. *Revista de Estudios Sociales*. Obtenido de <https://journals.openedition.org/revestudsoc/25515>
- Sentencia 163 Serie C. (11 de Mayo de 2007). Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. San José, Costa Rica: Informe N° 29/05 Informe de Fondo. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/masacrerochela.pdf>
- Sentencia 26 029. (26 de Junio de 2014). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. *C.P. Danilo Rojas Betancourth*. Bogotá D.C., Colombia: Rad.: 500012331000199801262 01. Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_0c11e85784db014ae0530a010151014a
- Sentencia C-177. (14 de Febrero de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Fabio Morón Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-3120. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-177-01.htm>
- Sentencia T-439. (2 de Julio de 1992). Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-1088. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-439-92.htm>
- Silva Serna, J. (2009). La seguridad nacional en Colombia: espice pollum, militarización de lo civil y enemigo interno. *Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional, II*(2), 283-312. Obtenido de <https://revistas.usb.edu.co/index.php/criterios/article/view/1917/1661>

- Suárez Pinzón, I. (15 de Mayo de 2015). Colombia: Violencia de género y desplazamiento interno. *VI Congreso Fronterizo en Derechos Humanos. Acuerdos de paz y Mecanismos de Refrendación*. Cúcuta, Norte de Santander, Colombia. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/portal/saladeprensa/558-vi-congreso-fronterizo-de-derechos-humanos.html>
- Tantaleán Odar, R. (2011). Tipología de las Investigaciones Jurídicas. *Revista de Investigación Jurídica*, X(12), 107-135. Obtenido de <http://revistas.upagu.edu.pe/index.php/AV/article/download/173/124>
- Todorov, T. (13 de Agosto de 2015). 'La memoria tiene poder' Pensamiento sobre un elemento de reconciliación en esta entrevista con Tzvetan Todorov. (D. Gascón, Entrevistador) *El Tiempo*. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16229697>
- UN Comisión de Estudios sobre la Violencia. (1987). *Colombia: violencia y democracia*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Unión Patriótica. (1986). *IV Pleno Nacional. Informe central de la Coordinadora Nacional al Pleno nacional de la Unión Patriótica*. Bogotá D.C.
- Uprimny, J., & Lasso, L. (2004). *Verdad, reparación y justicia en Colombia. En Conflicto y seguridad democrática en Colombia*. Bogotá D.C.: Fundación Social-Fundación Ebert-Embajada de Alemania.
- Villamil Acevedo, S. (2014). La figura del genocidio y su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. (*tesis de pregrado*). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Militar Nueva Granada. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/11506/LA%20FIGURA%20DEL%20GENOCIDIO%20EN%20COLOMBIA%20-%20SINDY%20VILLAMIL%20ACEVEDO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Política de salud ocupacional para la creación de una cultura de la prevención de seguridad y la salud en el trabajo en las instituciones prestadoras de servicios de salud

Hugo Hernández Palma - Silvana Botero Quintero - Juannys Chiquillo Rodelo

Política de salud ocupacional para la creación de una cultura de la prevención de seguridad y la salud en el trabajo en las instituciones prestadoras de servicios de salud*

Occupational health policy for the creation of a culture of occupational safety and health prevention in the institutions providing health services

Recibido: septiembre 03 de 2019 - Evaluado: octubre 22 de 2019 - Aceptado: diciembre 11 de 2019

Hugo Hernández Palma**
Silvana Botero Quintero***
Juannys Chiquillo Rodelo****

Para citar este artículo / To cite this article

Hernández Palma, H., Botero Quintero, S., & Chiquillo Rodelo (2020). Política de salud ocupacional para la creación de una cultura de la prevención de seguridad y la salud en el trabajo en las instituciones prestadoras de servicios de salud. *Revista Academia & Derecho*, 11(20), 261-286.

* Artículo inédito. Artículo de Investigación y reflexión, desarrollado en el marco del proyecto de Investigación "Gestión proyecto estratégico para el sector salud para generación de valor de la región caribe", y vinculado a los Grupos de Investigación Organización sostenible de la universidad del Atlántico y, Tamakal de la universidad de la guajira.

** Ingeniero industrial, Universidad Libre, Barranquilla, Colombia. Magister en sistemas gestión, Universidad Autónoma del Caribe, Barranquilla, Colombia, Docente en la facultad de ciencias económicas, Universidad del Atlántico, Barranquilla, Colombia. Correo-e: Hugohernandezp@mail.uniatlantico.edu.co

*** Administradora de empresa, Universidad del Atlántico, Doctora en Ciencia Gerenciales, URBE, Docente en la facultad de ciencias económicas, Universidad del Atlántico, Barranquilla, Colombia. Correo-e: silvanabotero@mail.uniatlantico.edu.co

**** Psicólogo, Universidad Metropolitana, Doctor en ciencias políticas, URBE Facultad Ciencias Sociales y Humanas, Universidad de la Guajira, Guajira, Colombia, Correo-e: jchiquillo@uniguajira.edu.co

Resumen: Las instituciones prestadoras de servicios de salud deben esforzarse no solo por estructurar una política de salud ocupacional, sino por interiorizar en la mente de sus empleados los objetivos, programas y las prácticas propias de esta política a fin de conformar una cultura de la prevención, entendida como el conjunto de creencias, valores, conocimientos, habilidades y experiencias que conducen a los empleados a la adopción de comportamientos y hábitos dirigidos a reducir los accidentes y las enfermedades laborales. El presente artículo es resultado de una investigación cualitativa a partir de la cual se estudiaron las percepciones de diversos autores en torno al tema de políticas de salud ocupacional para la creación de una cultura de la prevención; se describen los hallazgos más relevantes y se analizan los resultados obtenidos mediante un ejercicio reflexivo y crítico. A partir del proceso investigativo realizado se concluye que, a partir de la creación de una cultura de la prevención los empleados pueden trabajar de manera libre, segura, responsable y autónoma, puesto que, al conocer los peligros y los riesgos de su lugar de trabajo pueden reconocer e implementar estrategias para prevenirlos y mitigarlos y que ciertamente Colombia ha tenido importantes avances en esta materia debido a los sistemas regulatorios, los cuales han provocado una importante presencia de normativas, políticas y procesos dentro de las organizaciones los cuales conjunto a una internalización de los trabajadores traerá de una verdadera cultura preventiva.

Palabras Clave: Política de Salud Ocupacional, cultura de la prevención, seguridad y la salud en el trabajo, clima organizacional, creencias compartidas.

Abstract: Institutions providing health services must strive not only to structure an occupational health policy, but to internalize the objectives, programs and practices of this policy in the minds of their employees in order to form a culture of prevention, understood as the set of beliefs, values, knowledge, skills and experiences that lead employees to adopt behaviors and habits aimed at reducing accidents and occupational diseases. This article is the result of a qualitative research from which the perceptions of various authors regarding the topic of occupational health policies for the creation of a culture of prevention were studied; The most relevant findings are described and the results obtained are analyzed through a reflective and critical exercise. From the research process carried out, it is concluded that, from the creation of a culture of prevention, employees can work freely, safely, responsibly and autonomously, since, knowing the dangers and risks of their workplace they can recognize and implement strategies to prevent and mitigate them and that Colombia has had important advances in this matter due to regulatory systems, which have caused an important presence of regulations, policies and processes within organizations, which together with an internalization of workers will bring a true preventive culture.

Keywords: Occupational Health Policy, culture of prevention, safety and health at work, organizational climate, shared beliefs.

Resumo: As instituições que prestam serviços de saúde devem se esforçar não apenas para estruturar uma política de saúde ocupacional, mas para internalizar na mente de

seus funcionários os objetivos, programas e práticas dessa política, a fim de moldar uma cultura de prevenção, entendida como o conjunto de crenças, valores, conhecimentos, habilidades e experiências que levam os funcionários a adotar comportamentos e hábitos voltados à redução de acidentes e doenças ocupacionais. Este artigo é resultado de uma investigação qualitativa a partir da qual foram estudadas as percepções de vários autores sobre o tema das políticas de saúde ocupacional para a criação de uma cultura de prevenção; Os achados mais relevantes são descritos e os resultados obtidos são analisados por meio de um exercício reflexivo e crítico. A partir do processo investigativo, conclui-se que, ao criar uma cultura de prevenção, os funcionários podem trabalhar de forma livre, segura, responsável e autônoma, pois, conhecendo os perigos e riscos de seu local de trabalho Eles podem reconhecer e implementar estratégias para evitá-los e mitigá-los e que a Colômbia certamente teve avanços importantes nesse assunto devido aos sistemas regulatórios, que causaram uma presença significativa de regulamentos, políticas e processos nas organizações, que juntamente com a internalização de os trabalhadores trarão uma verdadeira cultura preventiva.

Palavras-chave: Política de Saúde Ocupacional, cultura de prevenção, segurança e saúde no trabalho, clima organizacional, crenças compartilhadas.

Résumé: Les établissements dispensant des services de santé doivent s'efforcer non seulement de structurer une politique de santé au travail, mais d'internaliser dans l'esprit de leurs salariés les objectifs, programmes et pratiques de cette politique afin de façonner une culture de la prévention, comprise comme l'ensemble des croyances, des valeurs, des connaissances, des compétences et des expériences qui conduisent les employés à adopter des comportements et des habitudes visant à réduire les accidents et les maladies professionnelles. Cet article est le résultat d'une enquête qualitative à partir de laquelle ont été étudiées les perceptions de différents auteurs sur le thème des politiques de santé au travail pour la création d'une culture de la prévention; Les résultats les plus pertinents sont décrits et les résultats obtenus sont analysés au moyen d'un exercice réflexif et critique. D'après le processus d'enquête mené, il est conclu qu'en créant une culture de prévention, les employés peuvent travailler librement, en toute sécurité, de manière responsable et autonome, car, connaissant les dangers et les risques de leur lieu de travail Ils peuvent reconnaître et mettre en œuvre des stratégies pour les prévenir et les atténuer et que la Colombie a certainement réalisé des progrès importants dans ce domaine en raison des systèmes réglementaires, qui ont provoqué une présence importante de réglementations, de politiques et de processus au sein des organisations, ce qui, associé à une internalisation des les travailleurs apporteront une véritable culture préventive.

Mots clés: politique de santé au travail, culture de prévention, sécurité et santé au travail, climat organisationnel, croyances partagées.

SUMARIO: Introducción, Problema de investigación, Metodología, Plan de redacción. Esquema de resolución del problema jurídico, Plan de redacción, 1. Las políticas de salud ocupacional, 2. El sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo (SG-SST), 3. Desarrollo de Sistemas Socio Técnicos en el área de Seguridad y Salud en el Trabajo, 4. Enfoque y pensamiento sistémico en la creación de la cultura de la prevención SST, 5. Normas que intervienen en la creación de la cultura de la prevención SST, 6. La cultura de la prevención, 7. Condicionamientos de la cultura de la prevención, 8. Herramientas para interiorizar la cultura de la prevención, Resultados de investigación, Conclusiones y Referencias.

Introducción

Para abordar el caso del sector de la salud en Colombia, es necesario comprender que estos se rigen primera instancia bajo los lineamientos del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo el cual enuncia que estos factores permiten facilitar el estudio del bienestar y salud integral del trabajador de los colaboradores (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 2004). El sistema de salud colombiano representa uno de los puntos clave para el desarrollo de la sociedad actual, por lo que la calidad de este siempre se direcciona hacia los niveles óptimos (Hernández Palma, 2017)

En este sentido, uno de los factores más importantes en la vida de los seres humanos es el trabajo, pues es donde estos satisfacen sus necesidades básicas y realizan una contribución tanto a su grupo familiar como para la sociedad en general (Ortega, 2017). La seguridad de los trabajadores es hoy en día uno de los elementos más importantes y destacados de las organizaciones en la actualidad, por lo que las empresas cada vez muestran su preocupación en esta temática; enfocándose en los derechos de los trabajadores (Peirò, 1999).

Con independencia de la industria en donde desarrollen sus actividades laborales, los trabajadores están constantemente expuestos a diversos factores de riesgo y a eventos indeseados que pueden afectar de manera irremediable su salud y con ello, su calidad de vida (Muñoz Rojas, Orellano, & Hernández Palma, 2018). En atención a lo anterior, entidades multilaterales como la OIT y la OMS, han impulsado propuestas direccionadas a la protección integral de los trabajadores; de igual modo, diversos Estados, en aras de mantener la salud de su población, estructuran políticas públicas direccionadas a la seguridad y la salud en el trabajo y, así mismo, las empresas privadas, conscientes de que un empleado sano es un empleado productivo, no solo cumplen con la normatividad, sino que han venido implementado completos sistemas de gestión

que les permiten controlar aquellos factores que amenazan con desestabilizar a su personal (Chinchilla Sibaja, 2002).

Así mismo desde Colombia, en la actualidad existe un sistema de políticas y normativas legales encaminadas a la preservación de la seguridad y salud de los trabajadores dentro de su área de trabajo (Rodríguez & Maldonado, 2014).

Estas propuestas, políticas y acciones, si bien están estructuradas de manera adecuada, no tienen la cobertura ni el impacto esperado en la práctica. Los empleados son conscientes de las normas de seguridad pero no las aplican, saben cuáles elementos de protección personal deben utilizar, pero no lo hacen de la manera adecuada o simplemente los omiten; conocen acerca de los factores de riesgo propios de su puesto de trabajo, no obstante, no los interiorizan; todas estas acciones u omisiones trae profundos efectos negativos sobre la seguridad y la salud de los empleados, al tiempo que aumenta costos para las compañías y les resta entera competitividad (Rodríguez & Maldonado, 2014).

La explicación a la anterior problemática es simple: si bien se cuentan con los medios, el conocimiento y los recursos para proteger la integridad física y mental de los empleados, no se cuenta con una cultura de la prevención interiorizada en su mente y adherida a la cultura organizacional de la empresa. De este modo se considera que dentro de las organizaciones es fundamental que exista una cultura encaminada a la prevención, la cual permita la consolidación de un sistema dentro de las empresas donde los trabajadores se hagan partícipes activos de la misma prevención. Diversos estudios evidencian las falencias existentes en el sistema de seguridad y salud en el trabajo de muchas organizaciones colombianas (Hernandez-Palma, Ferreira-Simmonds, & Muñoz-Rojas, 2016).

Tomando en cuenta lo anterior, dentro de las organizaciones del sistema de salud es fundamental la existencia de esta cultura enmarcada en la prevención por los altos niveles de riesgos que se manejan dentro del sector; donde no solo se manipulan sustancias y equipos peligrosos, sino que dentro de estas se maneja la responsabilidad de tratar directamente con la vida de los seres humanos.

Problema de investigación

El problema de investigación del presente artículo se encamina a examinar la importancia de la cultura de la prevención y cómo esta puede ser creada y posicionada de manera sostenible a partir de las políticas de salud ocupacional propias de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS). En el escrito se retoman algunas ideas de autores que han indagado en torno a la cultura de la prevención y, con base en ello, se formula una serie de hipótesis relacionadas con la temática.

Metodología

La presente investigación plantea un enfoque cualitativo, este tipo de enfoque “establece que observadores competentes y cualificados pueden informar con objetividad, claridad y precisión acerca de sus propias observaciones del mundo, así como a las experiencias de los demás” (Rodríguez & García, 1996). Precisamente, en este estudio, se recogen las percepciones de diversos autores en torno al tema de políticas de salud ocupacional para la creación de una cultura de la prevención; para, posteriormente, elaborar un escrito reflexivo que recoja estas posturas y permita registrar las observaciones propias de una forma adecuada.

Tomando en cuenta que la metodología utilizada en este estudio fue documental (Morales, 2003); se explica que tomaron varias fuentes bibliográficas como referencia para responder la pregunta planteada sobre el problema de investigación para analizar los aspectos legales sobre las Políticas de salud ocupacional para la creación de una cultura de la prevención de seguridad y la salud en el trabajo en las instituciones prestadoras de servicios de salud. Las fuentes fueron seleccionadas de bases de datos como Google Scholar, Redalyc y Scielo.

En la primera parte se expone de manera sucinta el concepto y alcance de las políticas de salud ocupacional, el sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo (SG-SST), Sistemas Sociotécnicos en el área de Seguridad y Salud en el Trabajo y, así mismo, se hace un acercamiento a la noción de “cultura de la prevención”. En la segunda parte se muestran los mayores condicionantes para la cultura de la prevención y, las herramientas para llevar a cabo el proceso de interiorización de esta. En la última parte se establece la relación entre las políticas de salud ocupacional y la cultura de la prevención y se propone una serie de recomendaciones generales para que las compañías pueden emprender el proceso de formación e incorporación de la cultura de la prevención.

Esquema de resolución del problema jurídico

Para poder cumplir con el objetivo propuesto en el presente artículo de investigación se presentan los siguientes puntos claves a desarrollar en el plan de redacción del estudio los cuales se encaminan a las políticas de salud ocupacional, el sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo (SG-SST), desarrollo de Sistemas Socio Técnicos en el área de Seguridad y Salud en el Trabajo, el enfoque y pensamiento sistémico en la creación de la cultura de la prevención SST, normas que interviene en la creación de la cultura de la prevención SST, la cultura de la prevención, condicionamientos de la cultura de la prevención y por último, las herramientas para interiorizar la cultura de la prevención.

Plan de redacción

1. Las políticas de salud ocupacional

Para analizar las políticas de salud ocupacional, es indispensable realizar un análisis de los elementos jurídicos que a lo largo de los años han construido todos los lineamientos que se manejan en la actualidad por medio del reconocimiento de la salud ocupacional desde su complejidad y del trabajador como un ser humano y el centro de las organizaciones (Restrepo, 2013).

Uno de los primeros antecedentes para el desarrollo de las políticas de salud ocupacional en Colombia viene del Convenio No. 155 de 1981 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el cual se aporta que el concepto de salud en el trabajo no se refiere solamente a la ausencia de enfermedades, pues se direcciona a los físicos y mentales por parte de los trabajadores y que afectan y se relacionan directamente con la seguridad e higiene laboral (Organización Internacional del Trabajo, 1981).

Las políticas de salud ocupacional en Colombia están regidas por la legislación vigente en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, como es el caso de la Ley 1596 de 1994 la cual dictamina la organización y administración del sistema general de Riesgos laborales siendo uno de los pasos más importantes para dictaminar el desarrollo y la evolución de las políticas de salud ocupacional en Colombia (Congreso de la República, 1994).

El objetivo principal de las políticas de salud ocupacional es, según el Ministerio de Trabajo (2014) orientar el desarrollo del SGSST, el cual ha de estar basado en la mejora continua para la prevención de riesgos vinculados con las condiciones laborales y el lugar de trabajo, así mismo, otro de los objetivos de las políticas de salud ocupacional es asegurar el bienestar físico y mental de todas aquellas personas que se encuentran vinculadas en calidad de empleados.

En este sentido, se aporta que uno de los cambios más representativos a nivel jurisprudencial de la salud ocupacional en Colombia viene de la mano de la cual modifica el sistema de riesgos profesionales, de manera que este fuese más equitativo y justo; cumpliendo con los principios de la legalidad colombiana (Congreso de la República, 2012).

Las políticas de salud ocupacional reafirman la posición de la empresa para controlar las condiciones de trabajo y el entorno donde los empleados realizan sus labores, bajo el esquema de la adecuada planeación, programación y evaluación de los riesgos por medio de programas específicos de medicina de trabajo e higiene

industrial. Ahora bien, para que esta política sea efectiva debe cumplir con cinco aspectos básicos, consignados en el artículo 6 del Ministerio del Trabajo y se exponen a continuación:

1. Establecer el compromiso de la empresa hacia la implementación del plan la gestión de los riesgos laborales.
2. Ser específica para la empresa y apropiada para la naturaleza de sus peligros y el tamaño de la organización.
3. Ser concisa, redactada con claridad, estar fechada y firmada por el representante legal de la empresa.
4. Debe ser difundida a todos los niveles de la organización y estar accesible a todos los trabajadores y demás partes interesadas, en el lugar de trabajo.
5. Ser revisada como mínimo una vez al año y de requerirse, actualizada acorde con los cambios tanto en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo (SST). (Ministerio del Trabajo, 2014).

El cuarto de estos aspectos, “la difusión”, no debe de referirse, exclusivamente a informar a todos los niveles de la organización acerca de los objetivos y programas de la política de salud ocupacional, sino que esta difusión debería ir acompañada de la sensibilización de las partes de interés, mayormente conocidas con el anglicismo *stakeholders*, de este modo, tanto la dirección, como los colaboradores e incluso los clientes y los proveedores que visitan la empresa creen una cultura de la prevención (Alfonso, 2013).

Del mismo modo, el Plan Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo 2013-2021 fue adoptado por medio de la resolución 6045 en la que se contemplaron cuatro estrategias principales encaminadas a:

- Fomentar la transversalidad de la gestión de la SG-SST en colaboración de políticas públicas coherentes.
- Fortalecer desde las instituciones públicas la SG-SST.
- Promover la cultura de la SG-SST en el país.
- Optimizar y garantizar el reconocimiento de las prestaciones al trabajador (Plan Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo 2013-2021, 2013).

Es importante resaltar que dicha resolución 6045 se contempla el desarrollo de la cultura preventiva dentro de las organizaciones como medio para el logro de las metas planteados dentro del plan nacional de Nacional de Seguridad y Salud

en el Trabajo; siendo este uno de los factores clave para dicho proceso (Ministerio del Trabajo, 2014).

2. El sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo (SG-SST)

En primera instancia se aporta que “la adopción del SG-SST trata de responder a las demandas y presiones de los entes regulatorios, empleadores y trabajadores para garantizar un ambiente de trabajo seguro previniendo los accidentes y reduciendo el número de lesionados” (Riaño, Hoyos, & Valero, 2016, pág. 1) este sistema se enmarca bajo la norma internacional OHSAS18001 y, hace énfasis en seis aspectos fundamentales: Política de seguridad y salud en el trabajo (SST), identificación de peligros, objetivos y programas SST, control operacional, medición del desempeño en la aplicación de políticas y programas e investigación de accidentes.

Así mismo, se cita el artículo primero de la Ley 1562 del Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia la cual establece que esta es un conjunto de entes públicos y privados, normativas y procesos lo cuales se destinan a la prevención, protección y atención de los colaboradores de las enfermedades que se desarrollan en el área de trabajo; así mismo se dispone que: “Las disposiciones vigentes de salud ocupacional relacionadas con la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades laborales y el mejoramiento de las condiciones de trabajo, hacen parte integrante del Sistema General de Riesgos Laborales” (Congreso de la República, 2012, pág. 1).

Ahora bien, para que el SG-SST se lleve a cabo de la manera efectiva, es indispensable contar con el compromiso total por parte de la empresa, la cual debe hacer una correcta y estratégica asignación de las funciones y responsabilidades a sus colaboradores, para que la incorporación y mantenimiento del SG-SST sea llevado a cabo de manera sostenible y, así mismo, pueda mejorarse de manera continua (Grimaldi, 2011). Se considera entonces que uno de los elementos fundamentales para sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo es el proceso de identificación de los riesgos como proceso fundamental.

De este modo para Santos el término riesgo, utilizado en ámbitos de la vida muy diversos, connota siempre la existencia de un daño, futuro e hipotético, es decir, cuya producción no está completamente determinada por los acontecimientos o condiciones causales que somos capaces de identificar y caracterizar, tales condiciones, sea el daño del tipo que sea, son siempre de dos grandes clases: personales y ambientales (Santos, 2018).

Entre las primeras, se podría citar, a título de ejemplo, las características, la condición física, el estado de salud, el nivel de atención, el grado de conocimiento

y destreza. Las ambientales abarcan el amplio campo de las condiciones de trabajo, tanto materiales como organizativas. De este modo, eliminar un riesgo exige, por tanto, ir más allá de la corrección de las deficiencias preventivas detectadas: implica, pura y simplemente, suprimir la posibilidad de ocurrencia del daño (Ministerio de Trabajo, 2014).

En general, los riesgos se identifican aludiendo al daño al que se refieren (por ejemplo, riesgo de caída a distinto nivel, riesgo de contacto eléctrico) o a la exposición que se considera causante del daño (riesgo higiénico por exposición a ruido, riesgo asociado a la manipulación manual de cargas). Bajo este contexto, se considera el riesgo como la magnitud del daño que un conjunto de factores de riesgo producirá en un período de tiempo dado (Mora, 2017).

Para Hernández, los riesgos, se definen como el efecto supuesto de un peligro no controlado, apreciado en términos de probabilidad de que sucederá, la severidad máxima de cualquier lesión o daño, la sensibilidad del público a tal incidencia. Por otro lado, Ramírez (2012) define el enfoque de riesgo como un método que se emplea para medir la necesidad de atención, por parte de grupos específicos (Hernández, 2012).

En este orden de ideas, se define el factor de riesgo como una característica, condición o circunstancia detectable en un individuo o grupo de personas y el ambiente, que se asocia con una probabilidad incrementada de desarrollar o experimentar una enfermedad o desviación de la salud. Deben tenerse en cuenta algunas condiciones o requerimientos mínimos necesarios que deben cumplirse para establecer una probable relación de causalidad entre el llamado FR y el daño provocado (Muchinsky, 2013).

Volviendo al SG-SST, se aporta que este se vuelve una técnica indispensable en las entidades del sector salud, específicamente en las IPS, puesto que, en estas entidades convergen diversos peligros y factores de riesgo de tipo biológico, químico, físico, ergonómico, y psicosocial, que, de no ser intervenidos de la manera adecuada, no solo se amenaza contra el bienestar integral de los empleados, sino, contra la seguridad y la salud de los usuarios de los servicios (pacientes y acompañantes) (Ministerio del Trabajo, 2014).

El control de la seguridad y la salud en los empleados de las IPS se enmarca en una situación compleja, puesto que, en ocasiones no se le brinda suficiente atención a cómo se están llevando los procesos, políticas y programas de SST y no se mide de manera objetiva, si estos están cumpliendo con los indicadores mínimos que permitan a la IPS constatar la efectividad de dichos procesos. De modo que “esta situación refleja una paradoja, ya que mientras la comunidad acude a los centros asistenciales en busca de salud, los trabajadores de esas instituciones se ven

expuestos” (Galindez, 2007, pág. 1). “Las organizaciones del sector salud requieren de un sistema dinámico para sobreponer las diversas restricciones de procesos que se dan en estas para la consecución de los objetivos estratégicos” (Palma, Movilla, & Torres, 2020).

Por fortuna esta situación tiende a desaparecer a partir del decreto 1072 del 2015, en el cual se obliga a todas las compañías, independientemente de su actividad productiva a que incorporen dentro de sus procesos administrativos, un SG-SST; este sistema les permita preservar y promover la salud de los trabajadores, pero así mismo, sugiere que la entidad disponga de recursos económicos, financieros, tecnológicos, técnicos y del capital humano idóneo para que la implementación del mismo sea desarrollada completamente (Ministerio del Trabajo, 2015).

Antes de incorporar un SG-SST la IPS debe hacer una evaluación inicial de la seguridad y la salud en el trabajo, la cual tiene el objetivo de identificar las prioridades en seguridad y salud en el trabajo para establecer un plan de trabajo, el cual, generalmente es anual. Luego de efectuar la evaluación inicial, la IPS debe iniciar el proceso de incorporación y puesta en marcha del SG-SST se divide en 6 fases: definición de políticas, planificación, implementación, verificación, revisión por parte de la dirección y auditoría, los cuales se detallan en la figura N° 1.

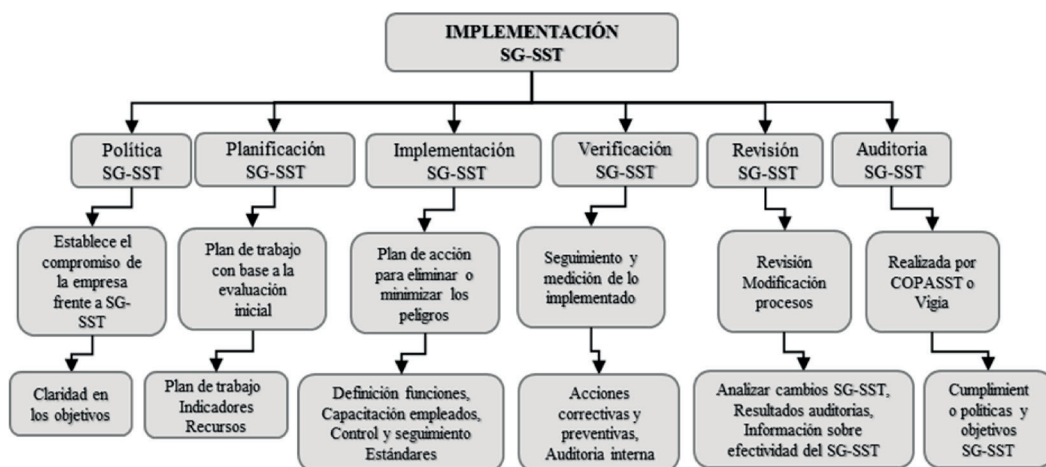


Figura 1. Implementación SG-SS

Luego del desarrollo de las etapas descritas y, la obtener los resultados de la auditoria, la empresa puede hacer las modificaciones pertinentes en sus planes de trabajo SG-SST, de este modo se pueda garantizar que los programas de seguridad y salud en el trabajo sean mejorados de manera continua.

3. Desarrollo de Sistemas Socio Técnicos en el área de Seguridad y Salud en el Trabajo

En la actualidad las IPS deben estructurar sus políticas y objetivos con base en los cambios que se presenta a nivel social y, así mismo, a partir de los valores individuales propios de sus partes de interés, enfatizando en su activo más importante: sus colaboradores. Este proceso se conoce con el nombre de sistema sociotécnico, el cual permite a las organizaciones identificar los factores que pueden favorecer la generación, la transferencia y la integración del conocimiento organizativo, acción que repercute de manera positiva en la eficiencia y efectividad de su gestión empresarial (De la Roca, 2016).

En este sentido, se aporta que el sistema socio-técnico, permite un cambio en la mentalidad de los colaboradores, los cuales pasan de cumplir únicamente con sus funciones, para centrarse en la mejora continua, la reducción de costos y el incremento de la productividad” (pág. 80), esto se logra, a partir de que el enfoque socio- técnico se centra en las necesidad psicológicas y sociales de los seres humanos articulándolas con las metas organizacionales, es decir, los objetivos de la empresa se cumplen en consonancia con las expectativas de sus partes de interés y, garantizando la calidad de vida de las personas en el trabajo (Manrique, 2013). De este modo se manifiesta que las organizaciones dentro de un enfoque de sistema socio técnico están constituidas de tres subsistemas o elementos principales (Manrique, 2013):

Sistemas Socio Técnicos		
Sistema técnico o de áreas, que involucra el flujo de trabajo, la tecnología y las actividades.	Sistema gerencial o administrativo, que involucra la estructura organizacional, las políticas, los procedimientos y las normas, el sistema de incentivos y de sanciones, la toma de decisiones, etc.	Sistema Social, que involucra la cultura organizacional, con los valores, las normas y la satisfacción de las necesidades personales, tales como el nivel motivacional de los colaboradores y sus actitudes individuales.

Figura 2. *Sistemas Socio Técnicos*

Cuando estos subsistemas o elementos se integran y son tomados en cuenta para formular y poner en marcha el SG-SST, se obtienen beneficios tal y como el mejoramiento del clima organizacional, el empoderamiento, la motivación laboral, la autorregulación de los grupos de trabajo, entre otros aspectos que, se verán reflejados en la reducción de los tiempos, la flexibilidad horaria, el aumento de la productividad y por tanto de la competitividad. Lo anterior, de igual manera, puede repercutir en el aumento de la calidad de los servicios de salud y, así mismo, en la satisfacción del cliente externo, pues si los empleados se sienten motivados y protegidos por la IPS, efectuarán sus funciones de una mejor manera, situación que podrá evidenciar por los usuarios del servicio.

Ahora bien, el desarrollo del área de seguridad y salud en el trabajo de una IPS que encamina su gestión al sistema socio técnico, sugiere la participación de los colaboradores, la integración de los aspectos sociales, ambientales, culturales y, de igual manera, el compromiso de la dirección, la cual debe centrarse en ejecutar el SG-SST, teniendo como base las necesidades y opiniones de su capital humano. A partir de este proceso, no solo se puede garantizar la efectividad en los programas de SST, sino la creación de una cultura de la prevención en SST.

4. Enfoque y pensamiento sistémico en la creación de la cultura de la prevención SST

En primera instancia, se considera que “El pensamiento sistémico está asociado con una estructura que permite, a través de bucles de retroalimentación, una transformación constante” (O’Connor, 2009, pág. 4), por tanto, si una de las partes del sistema cambia, todo el sistema en conjunto cambiará, por ejemplo, si la una IPS interioriza un programa de SST que no se corresponda con las necesidades de los colaboradores, se podrán producir accidentes laborales, los cuales ralentizarán la prestación del servicio, y, así mismo, afectará la credibilidad de la IPS a los ojos de sus clientes internos y externos. En el ejemplo anterior pude evidenciarse, como solo una acción inadecuada basta para alterar todo un sistema.

El enfoque sistémico puede ser utilizado por la organización, para estructurar sus estrategias en SST y direccionarlas como medio para el mejoramiento en los niveles de desempeño organizacional, este enfoque “genera una forma de repensar las actividades de diseño de procesos de producción o servicios encaminadas al mejoramiento continuo” (Herrera & Becerra, 2013, pág. 2); los cuales deben estar direccionados al bienestar integral del talento humano, pues como se mostró en el ejemplo anterior, lo que afecte una parte del sistema se ve reflejado en todo el sistema y, los colaboradores, son las partes integrativas más importantes de los procesos de las compañías.

5. Normas que intervienen en la creación de la cultura de la prevención SST

Existe una amplia gama normativa en lo que respecta a la seguridad y salud en el trabajo, dentro de estas normas se encuentra las OHSAS 18001, la ISO 45001, la ISO y la 31000, la cuales serán descritas a continuación:

- OSHAS 18001: Esta norma específica los requisitos necesarios para la implementación, seguimiento y evaluación del SG-SST, permitiendo a las empresas formular políticas y objetivos, teniendo como base los requisitos legales y, la información real y actualizada acerca de los riesgos que la empresa identifica en los lugares de trabajo. Esta norma puede aplicarse a todos los tipos de empresas y el éxito de su incorporación depende el nivel de compromiso tanto de la dirección como de los colaboradores, independiente de su cargo o función. El objetivo general de la norma OSHAS 18001 es promover las buenas prácticas SST.
- La ISO 45001: Esta norma hace referencia al “Sistema de Gestión de Alto Nivel”, esta acoge los postulados de las OSHAS 18001, sin embargo, tiene unos cambios significativos con relación a la comunicación, la dirección estratégica y la documentación del SG-SST. En la comunicación la empresa desarrolla mecanismos para que sus empleados puedan hacer sugerencias sobre la mejora del SG-SST; en la gestión estratégica, la empresa se centra en entender su contexto para identificar y aprovechar las oportunidades en beneficio de SST, así mismo, “para asegurar el éxito del sistema, se asigna responsabilidades específicas para que empleados en posiciones de liderazgo promuevan la gestión de SST dentro de la empresa” (De la Roca, 2016, pág. 32). En la documentación, la empresa hace uso de las TIC, por tanto, no se trata de documentos y registros como en la norma OSHAS 18001, sino, en la información documentada.
- ISO 31000: Esta es una herramienta para evaluar la gestión de riesgos, que “establece un conjunto de principios que se deben satisfacer para que la gestión del riesgo sea eficaz” (Serra, 2011, pág. 11), esta norma recomienda a las empresas que incorporen un marco de trabajo con la finalidad de integrar el proceso de gestión del riesgo en los procesos de gestión.
- La norma ISO 31000 permite mejorar la eficacia operativa y la gestión en las organizaciones, generar confianza en los clientes tanto externos como internos, además, mejorar el desempeño del SG-SST.

Si las anteriores normas son interiorizadas por las IPS y aplicadas a su sistema de SST, es menos complejo que se cree una cultura de la prevención,

puesto que tanto los objetivos como las políticas SST, podrán ser más claras para las partes de interés, lo que contribuye, a la formación de creencias y de hábitos preventivos.

6. La cultura de la prevención

Se considera que “el sector empresarial reconoce que el cumplimiento de las disposiciones legales no es garantía suficiente para prevenir los eventos indeseados” de (Herrera P. , 2009, pág. 48) y como ya se mencionó, el hecho de que la empresa tenga políticas de seguridad y salud en el trabajo tampoco asegura que los empleados estén a salvo. Aquí toma protagonismo un concepto poco conocido a nivel empresarial, la cultura empresarial, la cual “Es el conjunto de creencias, valores, conocimientos, habilidades y experiencias, que conducen a la adopción de decisiones, comportamientos y hábitos, individuales y colectivos, dirigidos a evitar y reducir riesgos” (Dueñas, 2014, pág. 5).

La cultura preventiva, puede ser considerado, en el ámbito organizacional, un término que toma alta importancia entre los altos cargos directivos y de talento humano, ya que este se traduce en la resolución de las diferentes problemáticas relacionadas a la seguridad, salud y bienestar de los colaboradores en el área de trabajo (Hernández, Monterrosa, & Muñoz, 2017).

Del mismo modo, se destaca que no se puede dar una única definición de cultura preventiva, pues esta viene determinada por una serie de actitudes y creencias que toman los miembros de la organización y sociedad en lo relacionado a los accidentes, la salud, los riesgos, enfermedades y medidas de prevención (Martínez M., 2017).

Desde el punto de vista histórico, se puede decir que la cultura preventiva tiene sus inicios en la década de los años 80, cuando en la ciudad europea de Chernóbil ocurre un accidente nuclear el cual dejó una gran huella sobre la comunidad internacional, despertando así la preocupación de contar con medios para evitar que hechos como ese volviesen a ocurrir. Con el tiempo esta denominación se amplía al conjunto de riesgos y adopta una dimensión más globalizada (Ramírez, 2012).

En este mismo sentido, en la cultura preventiva existen dos elementos básicos los cuales son la Dirección y la Educación Preventiva. Según este mismo autor, cuando existe un correcto empleo de estos dos elementos la cultura preventiva tendrá un éxito real sobre el entorno donde se está trabajando (Martínez M. , 2017). Del mismo modo propone cinco niveles por los cuales está compuesta la cultura preventiva:

- Nivel Patológico: En este nivel se encuentran agrupadas todas aquellas organizaciones que no tienen un interés real sobre la seguridad del personal, ya que actúan sólo en caso de riesgo a ser sancionadas como resultado de una inspección de la entidad responsable de sancionar.
- Nivel Reactivo: En este nivel se encuentran situadas aquellas organizaciones que se solo preocupan por la seguridad del personal cuando sucede algún acontecimiento. Si ocurre el accidente o se ha materializado el riesgo.
- Nivel Formalista: En este nivel se pueden clasificar a todas aquellas organizaciones que trabajan con un sistema de gestión y que se preocupan por cumplir las reglas establecidas. Dan uso de sistemas que generan datos relacionados con el desarrollo de los programas de seguridad y salud, los cuales modifican procesos y realizan auditorías de seguridad y salud de forma ocasional.
- Nivel Proactivo: Nivel en el que las empresas mejoran continuamente para prevenir los accidentes antes de que ocurran. Los trabajadores están involucrados y comprometidos por la seguridad y salud, los líderes se ocupan en ella.
- Nivel Generativo: Este nivel está conformado por las organizaciones donde la seguridad es parte de su sello al momento de desarrollar sus actividades. Trabajan bajo altos estándares de seguridad y prevención, aquí los errores y fallos son sinónimo de experiencia utilizada para mejorar. La salud y seguridad de los colaboradores cobra gran valor de manera que se enfocan en la prevención de los riesgos.

La cultura de la prevención sólo puede darse como el resultado de un proceso de aprendizaje y, este proceso, supone que la IPS promocióne prácticas de integración de valores como la salud y las actividades preventivas, bajo la premisa de que un trabajo está bien hecho solo si se realiza de manera segura. Aquí entra a jugar la disposición de la IPS por crear y mantener una cultura, la cual debe ser reforzada de manera constante, a partir de la participación de todos y cada uno de los colaboradores, independientemente de su cargo o funciones (Fernández, 2013).

Martínez, Montenegro & Carvache por su parte, consideran que el componente formativo es una de las más importantes herramientas para poder crear una cultura enfocada a la prevención, la cual se apoye en el plan organizacional para la gestión de los riesgos laborales (Martínez, Montenegro, & Carvache, 2018). Las organizaciones deben ser conscientes de la importancia de la educación, capacitación y formación de sus colaboradores y del reforzamiento de su clima organizacional para crear

una cultura enfocada en la prevención que traiga efectos altamente positivos en la productividad organizacional.

7. Condicionamientos de la cultura de la prevención

Dar génesis a una cultura de la prevención no es una tarea sencilla, menos para las compañías contemporáneas, las cuales están, por lo general enfocadas en sostener una cultura organizacional general que “les permita mejorar sus procesos internos para hacer frente a su competencia” (Santana, 2012, pág. 1). Crear una cultura de la prevención, requiere de esfuerzo por parte de la IPS, la cual debe, además, combatir sus propios condicionamientos basados en creencias y los condicionamientos de los colaboradores, los cuales se manifiestan en dudas y temores.

Los condicionamientos propios de la IPS pueden reducirse a dos aspectos centrales: la inversión económica y el desperdicio de tiempo. Algunas compañías temen en invertir en procesos de talento humano nuevos ignorando que la inversión en talento humano permite mejorar el clima organizacional, aumentar la competitividad y generar compromiso y liderazgo en los colaboradores (Cristacho, 2015).

La cultura de la prevención no es un proceso costoso, en términos económicos, pero si es un proceso que requiere tiempo y aquí aparece el segundo condicionamiento de las IPS, invertir tiempo de la jornada laboral a sabiendas que ese mismo tiempo puede ser usado en producir. Quizás este último sea el condicionante más relevante, que impida que la IPS tome la decisión de emprender el camino de creación y mantenimiento de la cultura de la prevención; no obstante, es preciso que los directivos entiendan que, al invertir este tiempo se podrían estar disminuyendo las posibilidades de ocurrencia de accidentes y enfermedades laborales, lo que a su vez repercute de manera positiva en la disminución de las tasas de rotación y ausentismo laboral. En relación con los condicionantes de los empleados se manifiesta que “Las actitudes de los individuos frente a los cambios organizacionales son consideradas como las grandes responsables de la resistencia ante el cambio y estas resistencias, a su vez, responsables, de los fracasos de estos procesos” , (Ros, 2004, pág. 9); así pues, el mayor, condicionante para adoptar la cultura de la prevención es la resistencia al cambio.

Algunos empleados están inmersos en una “zona de confort”, en la cual se acostumbran a un mismo horario, actividades, procesos e incluso, a unos mismos compañeros, creen que simplemente todo está bien; por tanto, cuando la IPS les presenta la idea de modificar algunos esquemas de control del riesgo, basados en la apropiación y la participación activa de todos los empleados estos pueden estar

faltos de interés, resistirse a esa modificación o simplemente manifestar de forma abierta un sentimiento de invulnerabilidad.

8. Herramientas para interiorizar la cultura de la prevención

Las herramientas que la IPS necesita para sensibilizar a sus colaboradores con relación a la importancia de la cultura de la prevención se presentan a continuación en la figura N° 2.

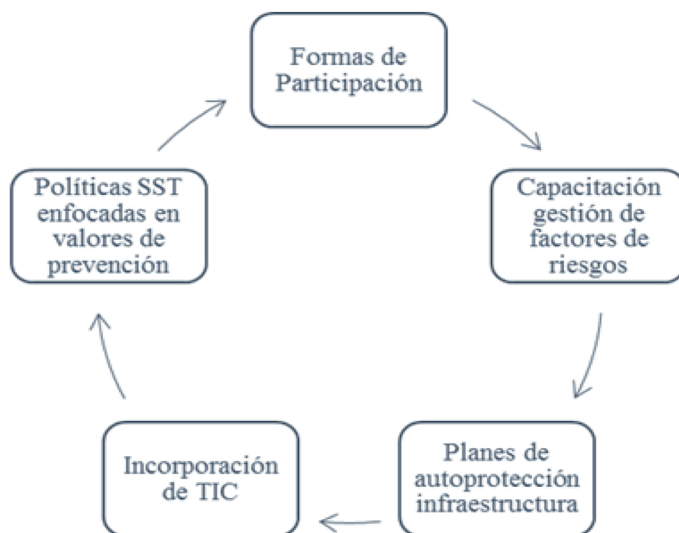


Figura 3. Herramientas incorporación cultura de la prevención

Las formas de participación se dividen en: participación como motivación y participación como reconocimiento; la primera hace referencia “a que la mayoría de los trabajadores tienen conocimientos tanto de los problemas como de las soluciones en su labor. Por consiguiente, la forma correcta de participación produce tanto motivación como conocimientos valiosos para el éxito de la empresa” (Escat, 2007, pág. 1); la segunda, explica la autora, resulta atractiva para la necesidad de afiliación y aceptación, en esta el colaborador por el mero hecho de ayudar y de participar se siente importante para la organización y empoderado.

Para capacitar a los empleados en la gestión de factores de riesgo “se deben tener como base los manuales de seguridad, en los que se debe describir las normas y los procedimientos correctos del trabajo mediante la identificación de oficios, equipos interdisciplinarios, procedimientos, riesgos y elementos de protección personal” (Rodríguez & Maldonado, 2014, pág. 6).

En relación con los planes de autoprotección de infraestructura, este es el proceso de mejorar la seguridad de las locaciones, para que el empleado se sienta más confiado al realizar las distintas actividades propias de su labor. La IPS, de igual modo, puede incorporar TIC en los procesos de creación de cultura de la prevención, por ejemplo, en su página web puede presentar tips para la prevención y la promoción de la seguridad y la salud en el trabajo (Barrionuevo-Grijalva, 2019). Finalmente, con relación a las políticas SST enfocadas en valores de prevención, la empresa debe estructurar políticas claras basadas en un enfoque axiológico, de este modo se introduzcan en la mente del personal (Alarcón, 2017).

Resultados de investigación

De manera evidente, hay una relación directa entre las políticas de salud ocupacional y la creación de la cultura de la prevención en las organizaciones. Si una compañía se enfoca en desarrollar políticas pensadas en la participación de los colaboradores y en modificar las prácticas de prevención y promoción en el marco de la seguridad y la salud en el trabajo y, además, formula estrategias para interiorizar estas prácticas en la mente de los colaborador, puede generar valores, experiencias, hábitos, costumbres y creencias compartidas, que influirán en el comportamiento de los colaboradores con relación a la actitud que tomen en frente de los factores de riesgo laborales.

Lo importante es que estas políticas SST estén integradas a un SG-SST, el cual, a su vez, debe basarse en normas como la OSHAS 180001, La ISO 45001 y la ISO 31000, estándares que tienen como objetivo de perfilar los procesos y objetivos de un sistema direccionado a salvaguardar el bienestar físico y psicosociales de los empleados (Velasco, Mera, & Arias, 2018). De igual modo, la empresa debe tener interiorizado un sistema de gestión por procesos, en donde reconozca que, si una sola parte del sistema falla, esta afectará de manera profunda a todo el sistema (Puche-Carrascal, Arza-Castilla, & Hoyos-Pontón, 2019); tomando en cuenta esta premisa la empresa podrá formular políticas de SST que impidan que las partes más importantes del sistema, que son los colaboradores, fallen de manera involuntaria a causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad laboral y que, incentive la creación de una cultura SST (Rui, Xiao-yu, & Peng, 2017), que ayude a prevenir la ocurrencia de los siniestros.

Es claro, que existen diversos condicionantes que impiden que dentro de la empresa se cree una cultura de la prevención, pero quizás, el mayor condicionante es ideológico: por un lado, la empresa puede llegar a pensar que malgastará el tiempo en procesos que pueden ser o no efectivos y preferir no apostar por la cultura de la

prevención y, por otro lado los empleados, generalmente los más antiguos, pueden ser resistentes al cambio, ya que se acostumbran a modos de trabajo que consideran buenos, y piensan que podría alterarse esa “estabilidad” a partir de la incorporación de nuevas prácticas (Subirats-Cid, y otros, 2018).

Lo importante es que las empresas identifiquen el valor que tiene la cultura de la prevención en el trabajo y, con ello, puedan crear conciencia entre sus empleados y que estos adopten nuevas conductas y una actitud responsable y de respeto por la protección de la vida. Se considera que “la cultura de la prevención implica, una actitud colectiva que solo puede construirse mediante un largo proceso, donde cada ser humano, sea capaz de cambiar situaciones amenazantes” la (Sura, 2016, pág. 1).

De este modo, existen esfuerzos institucionales para lograr estos ambientes sanos dentro de las empresas donde se puede destacar la existencia de las administradoras de riesgos laboral (ARL) la cuales son “entidades que tienen como objetivo prevenir, proteger y atender a los trabajadores contra Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales que puedan ocurrir en el trabajo que desarrollan” (Ministerio de Trabajo, 2014). Dentro de las recomendaciones generales para que las compañías pueden emprender el proceso de formación e incorporación de la cultura de la prevención, se encuentran las siguientes:

- **Comunicación abierta:** para la empresa es importante difundir las prácticas de Seguridad y salud en el trabajo (SST), pero, así mismo, escuchar las percepciones, opiniones y recomendaciones de sus colaboradores con relación a las mismas, por tanto, la comunicación entre las partes debe ser abierta y constante.
- **Aceptar la diversidad:** las empresas están compuestas por personas cuyas personalidades, habilidades, expectativas e intereses son distintos, pero, precisamente en la diversidad está la posibilidad de configurar una cultura de la prevención efectiva. La empresa no puede pretender generar una cultura de valores compartidos desconociendo los rasgos diferenciales de su fuerza laboral, porque esto impedirá un consenso con relación a si interiorizar o no las prácticas de SST.
- **Mantener una identidad propia:** los colaboradores deben sentirse identificados con los valores y principios de la empresa, de este modo, generen sentido de pertenencia y se empoderen en el desarrollo de las prácticas de prevención y promoción de la SST.

Conclusiones

Las políticas de salud ocupacional son fundamentales para la estructuración de objetivos y programas precisos direccionados a formar una cultura de la prevención, la cual es un factor clave para el desempeño efectivo de las empresas en materia de seguridad y salud en el trabajo, puesto que permite, por un lado, que el SGSST de la empresa sea sólido y esté definido por procedimientos y reglas flexibles, adaptables e interiorizadas por los empleados y, por otro lado, favorece la formación de nuevos comportamientos y hábitos en prevención y promoción de la seguridad y la salud en el trabajo por parte del personal.

La cultura de la prevención, de igual modo, incentiva la creación de lugares de trabajo favorables que se correspondan con los intereses y necesidades particulares y colectivos, lo que da pie al desarrollo y manteniendo de un clima organizacional afable. Se reconoce que a partir de la creación de una cultura de la prevención los empleados pueden trabajar de manera libre, segura, autónoma y responsable, porque son conocedores de los peligros y los riesgos de su lugar de trabajo y, así mismo, saben cómo mitigarlos y evitarlos.

Para las organizaciones del sector salud de Colombia es fundamental seguir trabajando en la creación de una verdadera cultura de prevención dentro de estas asegurando la calidad de los procesos y consolidando los sistemas de gestión de riesgos laborales de estas organizaciones. que la cultura preventiva es sumamente importante para el desarrollo de cualquier organización. De modo que cada vez más las organizaciones enfocan sus intereses brindar un ambiente seguro y de prevención para sus trabajadores.

En este sentido, se destaca que al momento de hablar de la cultura preventiva en las organizaciones es sumamente importante lograr reconocer los diferentes elementos que la componen, de manera que esta pueda trabajar en de lograr una verdadera cultura preventiva para combatir los riesgos en el área de trabajo.

Para lograr brindar ese ambiente de calidad hacia los que asisten al sector salud es primordial que quienes hacen vida laboral dentro de esta área cuenten con las condiciones óptimas para llevar a cabo sus labores de la forma más adecuada dentro de un ambiente seguro.

En esta consecución de párrafos, se reconoce que para lograr esto es necesario que se busquen disminuir los diversos elementos que puede afectar su calidad de vida, dentro y fuera del trabajo.

Referencias

- Alarcón, J. (2017). Importancia de la seguridad de los trabajadores en el cumplimiento de procesos, procedimientos y funciones. *Academia & Derecho*, 155-175.
- Alfonso, M. (2013). Empresas y Derechos Humanos: Una Responsabilidad en Construcción. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*.
- Barrionuevo-Grijalva, C. (2019). *Plan de Autoprotección del Instituto Tecnológico Superior Sucre*. Sincelejo: Instituto Tecnológico Superior Sucre. Obtenido de <https://reunir.unir.net/handle/123456789/8243>
- Chinchilla Sibaja, R. (2002). *Salud y seguridad en el trabajo* (1 ed.). San José, Costa Rica: Editorial Euned.
- Congreso de la Republica. (1994). *Ley 1592*. Bogota. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2629>
- Congreso de la Republica. (2012). Ley 1562. *Biblioteca Digital, RIDE*.
- Cristacho, F. (2015). *4 razones para invertir en su talento humano*. Obtenido de <http://www.acsendo.com/es/blog/4-razones-para-invertir-en-su-talento-humano/>
- De la Roca, L. (2016). *ISO 45001 y Sistema de Gestion de Alto Nivel*.
- Desarrollo de Sistemas Socio Tecnicos en el area de Seguridad y Salud en el Trabajo de una empresa de servicios*. (2013). Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5517/MANRIQUE_VALENZUELA_KATY_DESARROLLO_SERVICIOS.pdf?sequence=1
- Dueñas, C. &. (2014). *La cultura de prevencion y resiliencia social en la gestion del riesgo de desastres*. Obtenido de <http://190.104.117.163/2014/septiembre/proteccion/contenido/ponencias/Elena%20Puertas%20Lopez/Cultura%20de%20prevencion%20y%20resiliencia.pdf>
- Escat, M. (2007). La participacion de los trabajadores en la empresa. *Arearh*.
- Fernandez, R. (2013). *Cultura de la prevencion en centros docentes universitarios*. Obtenido de <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/3408/b1575649x%20.pdf;jsessionid=FDC7781DF0D3784B76E0CDF8D740FFB6?sequence=1>
- Galindez, L. (2007). Riesgos Laborales de los Trabajadores de la Salud . *Salud de los Trabajadores*, 67-69.
- Grimaldi, J. y. (2011). *La seguridad industrial, su administración*. Ciudad de México.: Editorial Alfaomega.
- Hénandez, A. (2012). *Seguridad e Higiene Industrial*. Ciudad de México: Limusa.
- Hernández Palma, H. (2017). Sistemas de gestión integrados en el sector salud para la optimización de la calidad en el departamento del atlántico. *Revista Dictamen*

- Libre*(20), 99-106. Obtenido de file:///C:/Users/HOME/Downloads/Dialnet-Sistem asDeGestionIntegradosEnElSectorSaludParaLaOp-6154116.pdf
- Hernández, H., Monterrosa, A., & Muñoz, D. (2017). Cultura de prevención para la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito colombiano. *Advocatus*.
- Hernández, H., Monterrosa, F., & Muñoz, D. (2017). Cultura de prevención para la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito colombiano. *Advocatus*.
- Hernandez-Palma, H., Ferreira-Simmonds, J., & Muñoz-Rojas, D. (2016). Miembros del comité paritario de seguridad y salud en el trabajo en el contexto empresaria-universitario. *Revista Jurídicas CUC*, 16(1), 91-108. Obtenido de file:///C:/Users/HOME/Downloads/Dialnet-MiembrosDelComiteParitarioDeSeguridadYSaludEnElTra-5759637.pdf
- Herrera, M., & Becerra, M. (2013). *Salud y Seguridad en el Trabajo: una vision sisteimca del entorno*. Seguridad y Salud Ocupacionales.
- Herrera, P. (2009). *Seguridad y Salud en el Trabajo en empresas de Servicios*. Mcgraw-hill.
- Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. (2004). Retrieved from *Estrés*.
- Manrique, K. (2013). *Desarrollode Sistemas Socio Tecnicos en el area de Seguridad y Salud en el Trabajo de una empresa de servicios*. Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5517/MANRIQUE_VALENZUELA_KATY_DESARROLLO_SERVICIOS.pdf?sequence=1
- Martínez, M. (2017). *La Cultura Preventiva. Artículos*.
- Martínez, N., Montenegro, J., & Carvache, K. (2018). Riesgo laboral en docentes de instituciones de educación superior, análisis de la aplicación de plan de prevención. *Revista Científica de la Investigación y el Conocimiento*, 2(3), 666-679. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6732825>
- Ministerio de Trabajo. (2014). *Cartilla de riesgos laborales para trabajadores*. Bogotá.
- Ministerio del Trabajo. (2014). Ley 1443. Obtenido de www.mintrabajo.gov.co/component/docman/doc.../2095-decreto1443sgsss.html
- Ministerio del Trabajo. (2014). Resolución 6045. *Diario Oficial*, 3.
- Ministerio del Trabajo. (2015). *Decreto 1072*. Bogota.
- Mora, L. P. (2017). *Análisis de la gestión del riesgo psicosocial y riesgo laboral, en empresas públicas de generación, comercialización y distribución de energía eléctrica en Ecuador*. Universidad de Extremadura.
- Morales, O. (2003). *Fundamentos de la investigación documental y la monografía. Manual para la elaboración y presentación de la monografía*. Mérida: Universidad de Los Andes.

- Muchinsky, P. (2013). *Psicología Aplicada al Trabajo*. Ciudad de México: Thomson Editores.
- Muñoz Rojas, D., Orellano, N., & Hernández Palma, H. (2018). Riesgo psicosocial: tendencias y nuevas orientaciones laborales. *Revista Psicogente*, 40, 532-544. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/psico/v21n40/0124-0137-psico-21-40-00532.pdf>
- O'Connor, J. &. (2009). *Introduccion al pensamiento sistemico* . Cali, Colombia: Universidad del Valle.
- Organización Internacional del Trabajo. (1981). *Convenio No.115*.
- Ortega, J. R. (2017). *Importancia de la seguridad de los trabajadores en el cumplimiento de procesos, procedimientos y funciones* . Academia & Derecho.
- Palma, H., Movilla, J., & Torres, J. (2020). La Teoría de restricciones para los procesos de gestión y control en las IPS del Caribe Colombiano. *Revista Investigación e Innovación en Ingenierías*, 8(1), 54-68. doi:<https://doi.org/10.17081/invinno.8.1.3624>
- Peirò, J. B. (1999). *Factores psicosociales en la prevencion de riesgos laborales* . Journal o Work and Organizational Psychology.
- Plan Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo 2013-2021*. (2013).
- Puche-Carrascal, K., Arza-Castilla, N., & Hoyos-Pontón, C. (2019). Intensidad de un tratamiento: efectos de un programa de capacitación para el diseño del SG-SSGT en una muestra de empresas de la ciudad de Barranquilla. *Enfoque Latinoamericano*, 2(2), 23-50. doi:<https://doi.org/10.32012/26195399/rel22201959>
- Ramírez, C. (2012). *Seguridad industrial un enfoque integral* . . Ciudad de México: Editorial Limusa.
- Restrepo, J. (2013). Análisis de la Evolución Normativa y Jurisprudencial laboral por culpa del empleador en Colombia. *Revista Advocatus*.
- Riaño, M. I., Hoyos, E., & Valero, I. (2016). Evolución de un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo e impacto en la accidentalidad laboral: Estudio de caso en empresas del sector petroquímico en Colombia. *Cienc Trab*.
- Rodriguez, G., & Garcia, E. (1996). *Metodologia de la investigacion cualitativa*. Madrid, España: Algibe.
- Rodriguez, S., & Maldonado, C. (2014). *Programa de capacitacion en seguridad y salud en el trabajo, basado en los factores de riesgo laborales, de las actividades de belleza en el sector informal del barrio San Cristobal*. Bogota: Nueva Granada.
- Ros, M. T. (2004). Validacion de una escala de actitudes ante el cambio organizacional. *Psicologia del Trabajo y de las Organizacones*, 9-30.
- Rui, W., Xiao-yu, W., & Peng, L. (2017). A Cultural Survey of Technological Innovation from the Perspective of SST. *Revista International Journal of Social Sciences and English Literature*, 1(1), 1-4. doi:<https://doi.org/10.20448/journal.527.2017.11.1.4>

- Santana, C. (2012). *Cultura Organizacional: clave para el éxito de la compañía*. Obtenido de <http://www.acsendo.com/es/blog/cultura-organizacional-clave-en-el-exito-de-la-compania/>
- Santos, F. R. (2018). El concepto y la teoría general del riesgo laboral en la jurisprudencia y sus efectos. *Revista de información laboral*.
- Serra, C. (2011). *Herramienta para evaluar la gestión de riesgos*. Montevideo: Editorial Isaca. Obtenido de <https://engage.isaca.org/communities/chapter>
- Subirats-Cid, P., Bretau-Viñas, F., Vilardell-Ynaraja, M., Carreras-Valls, R., Sanchez-Flores, E., Guixeras-Campos, A., & Colomé Figuera, I. (2018). ¿Podemos medir la cultura preventiva?: elaboración y validación de un cuestionario de cultura preven. *¿Podemos medir la cultura preventiva?: elaboración y validación de un cuestionario de cultura preventiva*. .
- Sura, A. (2016). *¿Que es cultura de prevencion?* Obtenido de <https://www.arlsura.com/index.php/component/content/article/66-centro-de-documentacion-anterior/prevencion-de-riesgos-/1470-ique-es-cultura-de-prevencion>
- Velasco, G., Mera, W., & Arias, J. (2018). Gestión de seguridad y salud en el trabajo. *Caribeña de Ciencias Sociales*, 50-62. Obtenido de <https://www.eumed.net/rev/caribe/2018/03/seguridad-salud-trabajo.html>

Percepciones fiscales de los contribuyentes a la luz de las Teorías de las Relaciones Tributarias*

Tax perceptions of taxpayers in light of the Theories of Tax Relations

Recibido: agosto 13 de 2019 - Evaluado: octubre 03 de 2019 - Aceptado: diciembre 04 de 2019

María Alejandra Mora Muñoz**

José Luís Villarreal***

Para citar este artículo / To cite this article

Mora Muñoz, M. A., & Villarreal, J. L. (2020). Percepciones fiscales de los contribuyentes a la luz de las Teorías de las Relaciones Tributarias. *Revista Academia & Derecho*, 11(20), 287-318.

Resumen: En este artículo se aborda el instituto del tributo como un fenómeno presente a lo largo de la historia de la humanidad, considerado además desde aquellas épocas como impopular y complejo por las implicaciones económicas, sociales, políticas y culturales que entraña. Sin embargo y sobre todo en la edad moderna, sin desconocer los aportes en la materia anteriores a este período, tratadistas y estudiosos han debelado los fundamentos teóricos, filosóficos y las concepciones que sobre los impuestos se plasman en el ordenamiento jurídico de los Estados de Derecho. La revisión teórica desarrollada en este documento tiene como propósito analizar, a la luz de las teorías modernas tributarias, las percepciones que sobre los impuestos tienen los contribuyentes de la ciudad de Pasto. Para tal cometido la investigación es de carácter cuantitativo y de tipo transeccional

* Artículo inédito. Artículo de resultados de investigación. Este documento es resultado del proyecto de investigación profesoral “Iniciativas de recaudo basadas en el cumplimiento voluntario que utiliza la DIAN de Pasto para el recaudo de los tributos a los contribuyentes del municipio de Pasto”. Universidad Mariana – Pasto.

** Contadora Pública de la Universidad del Valle – Colombia, Magister en Administración Educativa del Instituto Tecnológico de Monterrey – México, Docente Investigadora Especialización en Gerencia Tributaria Universidad Mariana. Correo: mamora@umariana.edu.co

*** Contador Público de la Universidad Mariana – Colombia, Magister en Gestión Empresarial Universidad Libre Seccional Cali, Docente Investigador Contaduría Pública Universidad Mariana. Correo: jvillarreal@umariana.edu.co

descriptivo. El instrumento de recolección usado fue la encuesta, aplicada a 281 personas naturales, contribuyentes del impuesto de renta, no obligados a llevar contabilidad. Las reflexiones sobre los resultados del estudio opiniones fiscales de los contribuyentes de la ciudad permitieron concluir que tan afín son los modelos teóricos y los sentires de los encuestados frente al fenómeno tributario. De acuerdo a su percepción, en el país la estructura impositiva está alineada con la teoría de la función tributaria, establecida por el poder de coacción que ejerce el Estado a la hora de hacer cumplir las obligaciones tributarias y por el deber de tributar.

Palabras clave: Sistema tributario, instituto del tributo, poder tributario, relación jurídica tributaria, función tributaria, opiniones fiscales.

Abstract: In this article, the tax institute is considered as a phenomenon that is presented throughout the history of humanity, considered also from those times as unpopular and complex due to the economic, social, political and cultural implications it entails. However, and especially in the modern age, without ignoring the contributions in the matter prior to this period, experts and scholars have revealed the theoretical, philosophical fundamentals and the conceptions that about taxes are incorporated in the legal system of the States of Law. The theoretical revision developed in this document has the purpose of analyzing, in the light of modern tax theories, the perceptions that about taxes have taxpayers in the city of Pasto (Colombia). For this purpose, the research is of quantitative nature and of descriptive cross sectional type. The collection instrument used was the survey, applied to 281 natural people, taxpayers of Income Tax, not required to keep accounts.

The reflections on the results of the Tax Opinions Study of the taxpayers of the city allowed to decide how similar are the theoretical models and the feelings of the surveyed about the tax phenomenon. According to its perception, in the country the tax structure is aligned with the theory of the tax function, established by the imposition power exercised by the State when enforcing tax obligations

Key words: Tax system, concept of tax, tax power, tax obligation relationship, tax function, tax opinions.

Resumo: Neste artigo, o instituto do tributo é abordado como um fenômeno presente ao longo da história da humanidade, também considerado desde então como impopular e complexo devido às implicações econômicas, sociais, políticas e culturais que implica. No entanto, e especialmente na era moderna, sem desconsiderar as contribuições à matéria anteriores a esse período, estudiosos e acadêmicos debateram os fundamentos teóricos, filosóficos e as concepções de que os impostos estão incorporados na ordem jurídica dos Estados de Direito. O objetivo da revisão teórica desenvolvida neste documento é analisar, à luz das teorias tributárias modernas, as percepções que os contribuintes da cidade de Pasto têm sobre impostos. Para esse fim, a pesquisa é quantitativa e de tipo transeccional descritivo. O instrumento de coleta utilizado foi a pesquisa, aplicada a 281 indivíduos, contribuintes, não obrigados a manter contas. Reflexões sobre os resultados do estudo das opiniões tributárias dos contribuintes da cidade permitiram concluir como os modelos teóricos e os sentimentos dos entrevistados são semelhantes ao fenômeno tributário.

Segundo ele, no país a estrutura tributária está alinhada com a teoria da função tributária, estabelecida pelo poder coercitivo exercido pelo Estado no cumprimento das obrigações tributárias e pelo dever de pagar impostos.

Palavras-chave: sistema tributário, instituto tributário, poder tributário, relação jurídica tributária, função tributária, pareceres tributários.

Résumé: Dans cet article, l'institut hommage est abordé comme un phénomène présent tout au long de l'histoire de l'humanité, également considéré à cette époque comme impopulaire et complexe en raison des implications économiques, sociales, politiques et culturelles qu'il implique. Cependant, et en particulier à l'époque moderne, sans ignorer les contributions en la matière avant cette période, les universitaires et les universitaires ont débattu des fondements théoriques et philosophiques et des conceptions selon lesquelles les impôts sont incorporés dans l'ordre juridique des États de droit. . L'objectif de la revue théorique développée dans ce document est d'analyser, à la lumière des théories fiscales modernes, les perceptions qu'ont les contribuables de la ville de Pasto des impôts. A cet effet, la recherche est quantitative et de type transectionnel descriptif. L'instrument de collecte utilisé était l'enquête, appliquée à 281 particuliers, contribuables, non tenus de tenir des comptes. Des réflexions sur les résultats de l'étude des avis fiscaux des contribuables de la ville nous ont permis de conclure à la similitude des modèles théoriques et des sentiments des répondants avec le phénomène fiscal. Selon lui, dans le pays, la structure fiscale est alignée sur la théorie de la fonction fiscale, établie par le pouvoir coercitif exercé par l'État lors de l'exécution des obligations fiscales et par l'obligation de payer des impôts.

Mots-clés: système fiscal, institut fiscal, pouvoir fiscal, relation juridique fiscale, fonction fiscale, avis fiscauxl.

SUMARIO: Introducción. – Problema de investigación. – Metodología. – Esquema de resolución. - 1. Concepciones pre modernas acerca del instituto del tributo. –2. Teorías modernas de la relación tributaria. –2.1. Teoría de la relación de poder –2.2. Teoría de la relación jurídica tributaria. –2.2.1. Teoría de la relación jurídica compleja. –2.3. Teoría de la función tributaria. –3. Análisis de la encuesta de opinión. – Conclusiones. – Referencias.

Introducción

Un Sistema Tributario, en general, está conformado por un conjunto de tributos iluminados por unos principios, que se convierte en un camino apto para que los ciudadanos cumplan con la obligación de tributar, contribuyendo al sostenimiento de los gastos del Estado y a la satisfacción de determinados fines constitucionales (García Dorantes, 2002). En tal sentido, se dice que la tributación es un elemento clave para alcanzar el desarrollo económico, porque tiene una función social muy importante en el proceso de redistribución de la riqueza de una sociedad democrática; por lo tanto, bajo esta premisa, el cumplimiento de las obligaciones

tributarias es crucial pues constituye la forma más activa de ejercer la ciudadanía. Así, la tributación, en el estado moderno, ya no es solo una expresión del poder estatal, sino una conquista de los ciudadanos, un escudo contra las arbitrariedades de los gobernantes, pues se instaura atendiendo a una finalidad pública y cobijada por principios como los de solidaridad y fraternidad (Domingues & González, 2013).

Se deduce entonces que, una característica esencial del sistema tributario es su coherencia interna que obliga que todos los tributos, sean cuales fueren, se originen con base en los mismos fundamentos, de manera que conformen un todo ordenado hacia un fin que no es otro que lograr un sistema justo. (Colombia, 1991).

Existen diversos estudios sobre el origen y avance de los impuestos, en el escrito presentado por Mora y Bernal se hace una revisión teórico-conceptual sobre el tema; afirman: “Al ritmo de los cambios producidos en la organización social, económica y política de los pueblos, los tributos han sufrido grandes transformaciones en su esencia, objeto, finalidad y formas y técnicas de recaudación” (Mora Muñoz & Bernal Ortiz, 2016, pág. 204). De igual forma, la evolución de los impuestos se la puede considerar desde un enfoque de cobertura de necesidades hasta fuente permanente para respaldar el gasto público y de medio financiero de la hacienda pública a instrumento para el logro de fines políticos como la redistribución de la riqueza y la promoción de actividades económicas (Gerloff, 1961).

Conviene entonces establecer que se entiende por tributo, señalando que definirlo no ha sido fácil al punto que no existe consenso al respecto, sin embargo, pueden mencionarse tres tendencias que contienen el mayor número de opiniones: i) tributo como obligación, ii) como prestación coactiva, iii) como norma jurídica. (Bravo Cucci, 2018).

En este trabajo se adopta la siguiente definición de tributo concebido como obligación: Los tributos son “aquellos (recursos) que el Estado obtiene mediante el ejercicio del poder de imperio, o sea por leyes que crean obligaciones a cargo de sujetos-individuos y entidades en la forma y cuantía que dichas leyes establezcan” (Jiménez González, 2002, pág. 60). De la definición, se colige la existencia de dos sujetos que participan en esta relación: Estado y contribuyente. El primero obtiene recursos para el cumplimiento de sus fines y el segundo es quien debe realizar la retribución pecuniaria a favor del Estado (Santos Ibarra, 2017). En síntesis, éstos son los que en la norma tributaria se designan como sujeto activo y sujeto pasivo.

En el contexto colombiano, al revisar la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 20 de mayo de 1966, citada por Bravo, expone que “el impuesto se distingue por ser una prestación pecuniaria que debe erogar el contribuyente sin ninguna contraprestación y que se cubre solo por el hecho de pertenecer a una comunidad” (Bravo Arteaga, 1997, pág. 47), por ende, las normas

tributarias tienen carácter legal y se establecen con el propósito de financiar el gasto público. Así, en el campo de la Hacienda Pública, el logro de los objetivos estatales requiere ineludiblemente de la percepción de ingresos; ésta se justifica en el denominado poder tributario, el cual constituye la manifestación del poder estatal general aplicado estrictamente al ámbito de la imposición tributaria, así en el campo de la actividad financiera del Estado, se establecen los ingresos y gastos públicos.

De lo expuesto anteriormente y haciendo referencia a los impuestos se esbozan a continuación sus principales características: i) unilateralidad: los impuestos son un aporte económico que hacen los ciudadanos (sujetos pasivos) de manera unilateral, sin esperar una contraprestación particular y definida por parte del Estado; la retribución que se deriva de ellos es colectiva. ii) Obligatoriedad del impuesto: el tributo es obligatorio derivado del poder de imperio del Estado; el ciudadano está obligado a cumplir, de lo contrario la administración tributaria puede exigirlos de manera coactiva. iii) Los impuestos deben estar expresamente establecidos en la ley, ex lege, señalándose en la misma quienes están obligados al pago, cuáles son los supuestos que los causan, sobre qué cantidad se va a grabar, cuál es la tarifa a aplicar, la forma y la fecha de pago y las sanciones en caso de incumplimiento (Dorante Chávez & Gómez Marín, 2014); más aún

el hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente. Se exige sin referencia a ninguna actividad administrativa: no tiene otro fundamento que la sujeción del contribuyente al poder financiero del ente público se modula según la capacidad económica (Gorospe Oviedo, 2012, pág. 51)

iv). Es una prestación que, por lo general se paga en dinero; con contadas excepciones en casos muy particulares, la administración de impuestos puede recibir un bien mueble o inmueble como pago de una deuda fiscal.

Así entonces, al fenómeno tributario le es inherente la relación Estado-contribuyente y en dependencia del despliegue de dicha relación se han formulado diversas teorías que son el fundamento de los desarrollos normativos, en materia tributaria, de los Estados. Al respecto es importante resaltar:

Las relaciones entre el Estado y los particulares, desde el punto de vista tributario, han servido de base para la construcción de diversos modelos teóricos que responden básicamente a la pregunta por la justificación de la imposición, pero permiten además explicar el sentido, funcionamiento y desarrollo de las relaciones entre las tres funciones estatales¹. (Tapia C, 2005, pág. 33).

¹ Las tres funciones estatales hacen referencia a la función elaboradora de normas, función de aplicación administrativa y función de aplicación judicial.

Así las cosas, en este estudio se esbozan los fundamentos de las principales teorías tributarias desarrolladas en el Estado moderno, son ellas: i) La teoría de la Relación de Poder; ii) la Teoría de la Relación Jurídica Tributaria y su variante, la teoría de la Relación Jurídica Compleja y finalmente iii) la Teoría de la Función Tributaria, no sin antes hacer referencia, por su importancia, a los postulados de Santo Tomás de Aquino y del barón de *Montesquieu*. El propósito de esta revisión es analizar, a la luz de este referente teórico, las percepciones que sobre los impuestos tienen los contribuyentes de la ciudad de Pasto, personas naturales, declarantes del impuesto de renta y decidir qué tan convergentes son los fundamentos teóricos con los sentires de los encuestados.

Problema de investigación

¿Cuáles son las percepciones sobre los impuestos que tienen los contribuyentes, personas naturales de la ciudad de Pasto a la luz de las teorías tributarias modernas?

Metodología

El paradigma cuantitativo analítico fue el utilizado para el análisis de las percepciones sobre los impuestos que tienen los contribuyentes, personas naturales de la ciudad de Pasto a la luz de las teorías tributarias. En ese sentido la investigación pretendió obtener una mayor comprensión acerca del objeto de estudio a través de la relación de variables percepciones y teoría tributaria, buscando generalizar y replicar los hallazgos (Creswell, 2009) para resolver el objetivo planteado.

El diseño de la investigación es transeccional descriptivo. Para Hernández, Fernández y Baptista, “su propósito es describir variables y analizar su incidencia en un momento dado” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, pág. 151). Es así como el presente estudio buscó medir las percepciones y actitudes fiscales de ciudadanos contribuyentes del impuesto de renta, no obligados a llevar contabilidad de la ciudad de Pasto.

El instrumento de recolección de información fue la encuesta, tomada del informe de investigación profesoral denominado: Iniciativas de recaudo basadas en el cumplimiento voluntario que utiliza la DIAN de Pasto para el recaudo de los tributos a los contribuyentes del municipio de Pasto, elaborada por los docentes investigadores María Alejandra Mora Muñoz y Jairo Antonio Enríquez Martínez en la Universidad Mariana de Pasto.

El número de reactivos de la encuesta es de 27 y 20 de las preguntas se adoptaron y adaptaron de dos estudios españoles así: El barómetro fiscal, realizado en el año 2015, estudio que pretende anualmente indagar las opiniones y actitudes fiscales de los españoles. El estudio es aplicado por el Instituto de Estudios Fiscales de España (Área de Sociología Tributaria, 2015) y el Estudio No. 3105 opinión pública y política fiscal (XXXII) realizado en julio de 2015 por el Centro de Investigaciones Sociológicas de España. (Mora Muñoz & Enríquez Martínez, 2018, pág. 97)

Para el presente artículo, la encuesta se aplicó a 281 individuos personas naturales, declarantes del impuesto de renta, no obligados a llevar contabilidad con el fin de conocer sus opiniones y actitudes fiscales, durante el periodo comprendido entre julio de 2018 y enero de 2019.

El procesamiento de la información se hizo mediante el programa estadístico informático SPSS y Excel. En este documento se presenta el análisis a cinco preguntas, mediante figuras de elaboración propia, y se comparan las respuestas de los contribuyentes con las teorías de las relaciones tributarias, discutidas en los referentes teóricos. La validez de las preguntas se constató a través de la técnica del juicio de expertos. En su revisión se contó con la participación del Magister Luis Carlos Gonzáles Ariza, reconocido tributarista a nivel nacional; Magister Francisco Palacios, funcionario de la división de fiscalización de la DIAN de Pasto y el Especialista Diego David funcionario de la división de cobranzas de la DIAN de Pasto.

Esquema de resolución

Con el fin de dar solución objetivo planteado, que busca analizar las percepciones que sobre los impuestos tienen los contribuyentes de la ciudad de Pasto a la luz de teorías tributarias, se abordarán dentro de este artículo las siguientes temáticas: i) las concepciones premodernas acerca del instituto del tributo, ii) las teorías modernas del instituto del tributo, iii) presentación de resultados, y finalmente, iv) conclusiones.

1. Concepciones premodernas acerca del instituto del tributo.

Mucho antes de la aparición del Estado moderno se encuentran concepciones elaboradas sobre el instituto del tributo, entre ellas, se destacan las reflexiones que hace Santo Tomás de Aquino en su obra la “*Suma Teológica*” y las aportaciones del pensador francés *Charles-Louis de Secondat*, conocido como el barón de *Montesquieu*.

La Teoría Escolástica sobre los impuestos formulada por Santo Tomás de Aquino establece los fundamentos del impuesto justo en cuatro causas: final, eficiente, material y formal. Así entonces, los impuestos se justifican por el fin para el cual son establecidos, y ese fin no puede ser otro que la utilidad que de ellos derivan los ciudadanos, en consecuencia, los impuestos y la ley deben dirigirse hacia el bien común y no a los intereses particulares y personales de un pequeño grupo de privilegiados (Pérez de Ayala, 2003). Es decir, la causa final no es otra sino el bien común². Para Santo Tomás

si los príncipes exigen a los súbditos lo que según justicia (se refiere a la justicia legal) les deben pagar para conservar el bien común, aunque empleen violencia no es rapiña. Pero si los príncipes toman injustamente algo por la violencia es rapiña lo mismo que el latrocinio. (Pérez de Ayala, 2003, pág. 18).

Es decir, los impuestos se justifican en la medida en que ellos estén destinados al bien común, así se hayan obtenido por la fuerza, hay entonces en Aquino justificación de la coacción que el monarca puede ejercer sobre los súbditos incluso empleando métodos violentos. En esta concepción se presiente que el fin, que es un fin superior, justifica los medios, juicio superado en el estado democrático.

La causa formal en Santo Tomás de Aquino se revela cuando afirma que los súbditos deben concurrir con el pago de los tributos según la capacidad que tengan para ello, esto es la forma justa o causa formal y para ello tienen que seleccionarse adecuadamente las materias objeto de imposición, aquí entonces los tributos se justifican también por su causa material (Pérez de Ayala, 2003). Pero, además, Aquino bogaba por la generalidad de los impuestos, cuando reclamaba que deben ser cobrados a todos, constituyendo un gran avance para su época, puesto que en aquellos tiempos las cargas tributarias recaían en determinados grupos sociales (Soler Belda, 2015).

La Causa eficiente en Santo Tomás hace referencia a que los tributos sean impuestos por la autoridad competente y legítima (Gorospe Oviedo, 2012).

² Prevalencia del interés general establecido en la constitución política de Colombia de 1991. La Constitución Política de 1991, destaca como una de las funciones del Estado la prevalencia del interés general sobre el particular y la búsqueda del bien común: “**Artículo 2.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Por otra parte, las consideraciones tomistas relativas a que “la fuente tributaria debe operar solo en casos de absoluta necesidad son, al menos en el plano teórico, válidas, y no se ven aminoradas por el escaso volumen efectivo que representan los ingresos patrimoniales en el Estado moderno”. (Tapia C, 2005, pág. 334). De igual manera, la actuación del Estado debe estar dirigida a buscar el interés general de la sociedad y en esa dirección los tributos deben estar orientados sobre el mismo propósito, señalando con ello la pervivencia de algunos de los postulados del Aquinate.

Más adelante, en el siglo XVIII, el barón de *Montesquieu* en su obra “*El Espíritu de las leyes*”, dedica varios capítulos para desarrollar sus planteamientos referidos al ámbito tributario, ideas que como se verá en seguida tienen vigencia actual a pesar de que no todos los tributaristas tienden a darles el mismo valor (Pérez de Ayala, 2003). Aquí se presenta una síntesis de las mismas según el autor en comentario:

- a) La ley como fuente de la obligación tributaria: la regulación tributaria es uno de los principales aspectos que deben ser reservados al poder legislativo en la tripartición del poder. Y es necesario para la seguridad jurídica del contribuyente y para evitar los abusos de la administración real. Este principio en la doctrina tributaria actual se conoce como principio de la reserva de la ley, el cual es de rango constitucional (Pérez de Ayala, 2003).
- b) La distinción entre la legalidad y la justicia en el tributo: la justicia del tributo hay que buscarla en otras circunstancias como: i) el tributo que se recaude debe ser invertido en el bienestar general de la sociedad y de los ciudadanos; ii) debe ser exigible únicamente a aquellos contribuyentes que tienen capacidad para pagarlo; iii) el mecanismo para determinar el monto a pagar debe tener en cuenta únicamente la diferencia de capacidades de los contribuyentes. Es decir, el principio de reserva de la ley no determina si la obligación *ex lege* corresponde a criterios éticos o de justicia, significando con ello que la ley es, solo, la fuente de la obligación tributaria, pero no es la causa de la obligación, en el sentido técnico-jurídico del término (Pérez de Ayala, 2003).
- c) El principio de la vigencia temporal predeterminada de las leyes: el período de un año es el máximo periodo con que se deben establecer los impuestos; transcurrido éste el legislador debe prorrogar, modificar o derogar una ley tributaria. Se señala aquí que estas leyes no pueden tener vigencia indefinida, deben ser limitadas en el tiempo (Pérez de Ayala, 2003).
- d) La función de las leyes tributarias en orden a la justicia y libertad: las leyes tributarias deben limitar lo menos posible la libertad de los ciudadanos. Plantea *Montesquieu* que la libertad de los ciudadanos se ve limitada cuando

el Estado instituye tributos excesivos y que los impuestos que ahora se llaman directos son más perjudiciales para la libertad humana que los que son de carácter indirecto. (Pérez de Ayala, 2003).

Conviene ahora, traer a colación el concepto de impuestos que maneja Montesquieu, por las implicaciones que en la dogmática tributaria ha tenido dicha formulación: “*Montesquieu* afirmó que las rentas estatales son la proporción que cada ciudadano da de sus bienes para tener la seguridad de poder disfrutar del resto de sus rentas en forma tranquila” (Tapia C, 2005, pág. 333) A partir de esta formulación se desarrolló la teoría del impuesto como precio, según la cual se considera al impuesto como un fenómeno de cambio o de contraprestación por los servicios que se obtienen del Estado (Pérez de Ayala, 2003). Desde el punto de vista del contribuyente, este planteamiento significa que quienes se benefician más de los servicios que el Estado presta deben contribuir en mayor medida con las cargas fiscales (Tapia C, 2005); desde el punto de vista del Estado, si éste quiere recaudar más impuestos debe, en consecuencia, prestar más y mejores servicios, es decir, entre más eficiente sea el gobierno mayores recursos recaudará.

La teoría del precio o del beneficio es una teoría que surge del iusnaturalismo racionalista y del individualismo imperante desde mediados del siglo XVIII y desde esta concepción surge un criterio de justicia, a la hora de establecer las contribuciones, basado en la equivalencia o contraprestación por los servicios prestados (Pérez de Ayala, 2003). Así, entonces, existe correspondencia entre el deber de pagar impuestos con la obligación de ofrecer servicios y en consecuencia es la renta el indicador de la demanda de servicios públicos (Soler Belda, 2011). Al respecto, si bien en la actualidad la teoría del beneficio presenta grandes inconvenientes para el sector público no se le puede negar el aporte que la misma ha hecho al desarrollo teórico de la Hacienda Pública. (Dominguez Martínez, 2016).

A partir de esta concepción se desprenden otras que van en la misma dirección, así por ejemplo, aparece la teoría que considera a las cargas tributarias como primas de seguro, en este sentido, los impuestos personales se asimilan a un seguro por la protección de la vida y los impuestos patrimoniales se conciben como un seguro para la protección de los bienes, protección que el Estado debe a sus ciudadanos Schomölders citado por (Pérez de Ayala, 2003).

La teoría tributaria del beneficio ha sido superada por la doctrina moderna. Son varias las razones que permiten apartarse de esta concepción, entre ellas se destacan: i) no puede establecerse una equivalencia cuantitativa entre lo que el ciudadano paga como impuesto y los servicios que el estado le presta; ii) de ninguna manera puede colegirse que la relación entre el estado y los contribuyentes es una relación de cambio, el estado ofrece a sus ciudadanos una serie de servicios públicos sin

pensar cuál es el grado de utilidad o beneficio para un contribuyente en particular; iii) es finalidad del estado propiciar el bien común para todos sus ciudadanos contribuyentes o no y en consecuencia no se puede hablar de una contraprestación entre el estado y los ciudadanos; iv) en los estados sociales de derecho, uno de los principios constitucionales es la solidaridad, de aceptarse la teoría del cambio, ésta no sería posible por cuanto quienes más necesitan de la presencia del estado en el ofrecimiento de los servicios públicos son la personas que menos capacidad contributiva tienen, contrariando la teoría de cambio que señala una relación directa entre contribución y servicios públicos. (Tapia C, 2005).

Por otra parte, las consideraciones anteriores muestran que el criterio de justicia que se desprende de concebir los impuestos como precio no es dable, ya que no es posible cuantificar el grado de beneficio que obtiene el ciudadano, pero además la capacidad de pago como uno de los criterios de justicia adoptado en los estados modernos va en contravía de lo preceptuado por la teoría en comento.

Cabe anotar que para varios tratadistas *Montesquieu* es uno de los precursores de la teoría del tributo como precio; sin embargo, otros contradicen esta posición señalando que no se hace justicia con la profundidad de su planteamiento tributario (Pérez de Ayala, 2003) del cual algunos elementos se han esbozado en líneas anteriores.

La insuficiencia de la Teoría de cambio llevó a nuevos planteamientos buscando desentrañar la relación entre el Estado y los ciudadanos en el plano tributario, y es así que nacen las teorías de las relaciones tributarias que se abordan a continuación.

2. Teorías modernas de la relación tributaria.

El enfoque teórico de la doctrina tributaria se sustenta en la relación entre el Estado y los contribuyentes y en dependencia de la forma como se despliega dicha relación se han desarrollado diversos planteamientos que sirven de sustento a los sistemas tributarios de los países democráticos (Fernández Rodríguez (2005) y Ferreiro Lapatza (2010)). En la búsqueda de lograr el cumplimiento de los fines esenciales establecidos en la constitución y la ley

en el Estado contemporáneo se deben diseñar y ejecutar políticas, planes y programas para lograr un desarrollo armónico de las aspiraciones del ser humano. Pero, más allá de la simple declaración formal, se encuentra la efectiva realización de los derechos en la vida cotidiana de las personas, donde el Estado es interventor social por excelencia a través de la gestión estatal, hoy conocida como gobernanza democrática. (Bolaños Bolaños, 2017, pág. 56).

En este orden de ideas, en el Estado moderno (mediados del siglo XIX en adelante) son tres las teorías que buscan fortalecer la relación Estado-contribuyente y han servido de base para analizar desde distintas perspectivas el fenómeno impositivo. Estas son: a) La teoría de la Relación de poder, b) la Teoría de la relación jurídica tributaria y su variante, la teoría de la relación jurídica compleja y c) la Teoría de la función tributaria. (Tapia C, 2005).

2.1. Teoría de la relación de poder

Según esta teoría la relación entre el Estado y los contribuyentes es una relación de fuerza o de poder, por la cual el Estado impone a sus súbditos los tributos y éstos deben sujetarse llanamente a este poder. Esta teoría considera que el Estado, por el solo hecho de serlo, tiene el poder suficiente de imponer a sus ciudadanos contribuciones; en esta relación a los contribuyentes solo les asiste el cumplimiento cabal de las imposiciones tributarias mientras el Fisco está dotado de derechos y pretensiones (Montero Traibel, 1985).

El principal teórico de esta teoría anterior al Estado moderno, es Ziegler quien expuso sus fundamentos en su obra *De Iuribus Majestatis Tractatus Academicus* en 1681 (Pérez de Ayala, 2003); sin embargo, las raíces profundas de este pensamiento se encuentran en la edad media donde autores como Baldo afirman que la fuente del derecho de imposición radica en la soberanía del Estado (Tapia C, 2005). La relación de sujeción derivada de la soberanía que el Estado ejerce sobre los súbditos, los obliga a pagar los tributos en la forma que el Estado determine.

No obstante, el desarrollo de la teoría de la relación de poder se presenta en la Alemania del siglo XIX y tiene a Otto Mayer, entre otros, como uno de sus principales exponentes y se encuentra ligada a la concepción del Estado-Policía, anterior al Estado de Derecho. (Montero Traibel, 1985).

Según autores como Berliri (1971), Giuliani (1997), González (2003) el Estado cuenta con el poder de imponer obligaciones a los conciudadanos, como parte de su potestad de dictaminar leyes que generen obligaciones de pagar un impuesto. A Esto se suma, el fundamento del carácter irrenunciable y como un deber obligatorio como parte del poder del Estado con relevancia jurídica y de permanencia donde el Estado ejerce su poder mediante fuentes constitucionales y legales. (Amorós Rica, 1963); (Agudelo Ibáñez, 2015).

En ese orden de ideas, la finalidad de la existencia del Estado y de su actuación radica en la fuerza y la grandeza de la cosa pública; es el príncipe quien ostenta y ejerce el poder público sin cortapisas o limitaciones y es en su persona, encarnación ideal de la persona que representa, donde reside todo el poder, sus dictámenes son

de obligatorio cumplimiento (Pérez de Ayala, 2003). A los súbditos les corresponde únicamente cumplir la voluntad del soberano y aunque pueden recurrir dichos mandatos, es el criterio del monarca es el que finalmente se impone.

Continuando con su análisis Pérez de Ayala hace una diferencia entre lo que son las leyes de derecho civil y las leyes de policía; si bien las primeras son dictadas por el príncipe su aplicación corresponde a los jueces y son de obligatorio cumplimiento para el monarca; las segundas, en cambio, las dicta y aplica el príncipe apoyándose en sus funcionarios a quienes concede ciertas potestades incluso para no aplicarlas; el príncipe puede apartarse de la ley decidiendo por sí mismo. Las leyes de la economía y de la hacienda pública se enmarcan dentro de las leyes de policía y en consecuencia, en materia tributaria, la relación entre el príncipe y los súbditos es una *relación de poder*, el contribuyente está sujeto a la voluntad del gobernante. (Pérez de Ayala, 2003).

Tapia (2005) y Pérez de Ayala (2003) señalan a Meyer como el constructor metodológico de esta teoría. Los citados autores refieren que, para el tratadista alemán las normas o reglas de tributación no conceden derechos subjetivos, es decir los ciudadanos no tienen capacidad de decisión, ni pueden objetar la imposición de la tributación y por tanto dichas normas no tienen contenido jurídico, son únicamente de carácter administrativo. Pero el carácter administrativo que Meyer concede a las normas tributarias conduce a que la relación entre el Estado y los ciudadanos sea exclusivamente una relación de poder, por cuanto al no requerir la participación de los representantes del pueblo, es una actividad de la competencia natural del monarca. (Montero Traibel, 1985).

Si bien Meyer admite que el establecimiento y la definición de los tributos debían hacerse por una ley general, para la actividad administrativa tributaria lo acepta solo excepcionalmente:

Solo para ciertos objetos particularmente importantes se ha hecho de la ley (...) una condición indispensable de la actividad del Estado. Para todos los otros casos el poder ejecutivo queda libre, obra en virtud de su propia fuerza y no por la fuerza de la ley. (Pérez de Ayala, 2003, pág. 70).

Así entonces, Meyer concibe el poder tributario similar al poder de policía en el sentido que los dos son poderes existentes, diferenciándose por su finalidad: el primero, procura dotar al Estado de los recursos suficientes para el cumplimiento de sus propósitos, el segundo busca la protección y seguridad de sus ciudadanos (Tapia C, 2005). Esta concepción llevó a que las leyes tributarias no fueran consideradas como leyes de justicia, tornándose el poder tributario de carácter unilateral e ilimitado y a definir al tributo como “la manifestación del poder del Estado sobre el súbdito”. (Vanoni, 1961, pág. 144). Esa naturaleza ilimitada del Estado se presenta

ante los habitantes de una nación mediante los deberes, principios y derechos establecidos en su constitución política, de tal forma que los obliga a obedecer las leyes y a destinar recursos para el beneficio del interés general (Loewenstein, 2018).

Sin embargo, como respuesta a la potestad tributaria todopoderosa e ilimitada concedida al Estado, surge en la sociedad y en los individuos la necesidad de buscar mecanismos y medios para defenderse de la arbitrariedad y el abuso en el tema impositivo, dando nacimiento a una serie de principios de gran contenido moral que se constituyen en los pilares en que se debe cimentar el sistema tributario, entre ellos están: el principio de legalidad, el respeto a la propiedad privada y la igualdad (Tapia C, 2005).

La consolidación de unos principios constitucionales, con alto contenido político y moral, permearon la esencia misma del Estado, lo que delimitó la actuación del poder público al cumplimiento de las normas y principios constitucionales, siempre en busca del interés general y para la consecución de los fines esenciales del Estado. Estos principios, además, se convirtieron en criterios hermenéuticos para el ejercicio de la función judicial³, al servir como base en la interpretación y aplicación de las normas legales y constitucionales en la solución de los casos jurídicos concretos (Cárdenas Caycedo, 2016). La configuración de los principios constitucionales, más allá de meros criterios orientadores y heurísticos, permitió el paso de un Estado de Derecho fundado en el principio de legalidad, a un Estado moderno constitucional y democrático de Derecho, fundado en la supremacía de la Constitución.

Y es así, con el advenimiento del Estado moderno constitucional y democrático como el andamiaje en que se sustentó la teoría de la relación de poder, empieza a derrumbarse para dar paso a otra que quite las potestades omnímodas del estado y ofrezca garantías a los contribuyentes. El contenido de la nueva teoría se presenta en los párrafos siguientes.

2.2. Teoría de la relación jurídica tributaria

Esta teoría comienza a esbozarse a partir de la expedición de la Ordenanza General de los impuestos alemana en 1919. En ella se definió a la obligación tributaria como obligación *ex-lege* cuyo nacimiento estaba sujeto a la realización

³ De acuerdo con Cárdenas Caycedo (2016) “Es moneda común reconocer que el esquema de principios se constituye en una guía fundamental a la hora de aplicar el derecho (Dworkin, 1989) En esta lógica discursiva, algunos autores como (Ramírez Gómez, 1999) identifican unas funciones claras de los principios en el derecho” (Cárdenas Caycedo, 2016, pág. 269): una función creativa, una función hermenéutica y una función integradora.

del hecho imponible y reglamentó además todas aquellas cuestiones relacionadas con las competencias de la Administración, la liquidación y recaudación de los impuestos. (Pérez de Ayala, 2003).

Por otra parte, la conceptualización inicial de dicha teoría se debe a los tratadistas alemanes *Hensel* y *Nawiasky*, perfeccionada con posterioridad por la doctrina italiana, *Giannini*, *Berliri* y *Vanoni*; francesa, *Jeze*; española, Bujanda y latinoamericana, *Jarach*, Valdés Costa, Araujo Falcao y Montero. (Tapia C, 2005).

Antes de considerar los principales elementos de esta teoría, conviene definir el significado de Poder tributario: Para Berliri es:

el poder de establecer impuestos o prohibiciones de naturaleza fiscal, es decir, el poder de dictar normas jurídicas de las cuales nacen, o pueden nacer, a cargo de determinados individuos o de determinadas categorías de individuos, la obligación de pagar un impuesto o de respetar un límite tributario (Berliri, 1971, pág. 1968).

Para Calvo Ortega el Poder Tributario es

una posición jurídica abstracta y permanente que tiene diversas manifestaciones concretas y limitadas: establecimiento de tributos y un conjunto de potestades de naturaleza heterogénea: reglamentaria, de interpretación, de inspección (investigación), de organización, de decisión de pretensiones. (Calvo Ortega, 1997, pág. 128).

Como puede observarse la definición de Calvo Ortega incluye además de la potestad normativa, aquellas otras potestades de diversa índole, que por lo general corresponden a la administración tributaria con objeto de la recaudación de los tributos. Así entonces, la doctrina tributaria moderna distingue con claridad entre la potestad tributaria normativa y la potestad de imposición, con el objeto de que cada una de las atribuciones en estas dos esferas sean asumidas por el órgano del Estado competente para ello, como son para el primer caso, el poder legislativo y en el segundo el ejecutivo.

En el mismo sentido que Calvo Ortega, Luchena Mozo considera que el poder tributario es tanto poder normativo como función administrativa en cuanto a la aplicación de la norma y la percepción de los tributos, tarea confiada a la Administración tributaria haciéndola titular de derechos y de obligaciones frente al contribuyente; pero los administrados son igualmente titulares de derechos y deberes frente a la Administración,

(...) lo que supone que entre ambos sujetos Administración financiera y administrado- se establezcan una serie de vínculos y relaciones con alcance y contenido diverso disciplinados por el Derecho y, más concretamente, por el Derecho Tributario. Son vínculos y relaciones jurídicas tributarias. (Luchena Mozo, 2006, pág. 1).

De lo anterior se colige, que la relación entre la administración tributaria y los contribuyentes asume la forma de una relación jurídica, tal cual se concibe en el ámbito de las relaciones privadas, “es decir de contenido obligacional” (Tapia C, 2005, pág. 341). En consecuencia, el Estado es el acreedor, el ciudadano contribuyente es el deudor y el vínculo entre ellos está dado por la obligación tributaria cuya fuente es la ley. Dicho de otra manera, la relación jurídica entre el Estado y los administrados se establece cuando el primero haciendo uso de su poder tributario instituye un tributo, la ley que lo determina genera vínculos entre el Estado y las personas que deben cumplir con la obligación allí determinada (Mitre Bethancourt, 2013).

Es así como el punto común de los clásicos de la Teoría de la relación jurídica tributaria, es el sometimiento a la ley, significando con ello que el Estado es igual a los particulares y como ellos también está sometido a la ley, es entonces, sujeto de derechos y obligaciones como son los contribuyentes y por tanto no se puede hablar de una relación de poder, sino de una relación entre iguales unidos por un lazo obligacional (Montero Traibel, 1985).

Continuando con el análisis de esta relación, Pérez de Ayala (2003) y Tapia (2005) señalan que Hensel distingue tres fases en la vida del tributo: i) la existencia del tributo como institución, lo cual supone la creación del tributo con todos los elementos que le son característicos al igual que los procedimientos administrativos para aplicarlos, aspectos todos derivados de la ley; ii) la existencia del impuesto como una relación jurídica obligacional, etapa que se abre con la realización del hecho imponible produciendo el nacimiento de la obligación tributaria; iii) momento del tributo, donde el Estado a través de la administración tributaria busca hacer efectiva la pretensión del tributo. En esta fase, el acreedor (Administración tributaria) tiene una especie de superioridad frente al deudor (contribuyente), sin embargo, no se puede olvidar que todas las actuaciones administrativas están reguladas por la ley y en consecuencia las relaciones que se despliegan son de igualdad y no de predominio.

Por su parte, Luchena leyendo a Hensel afirma que el tratadista alemán tiene como foco central de su teoría “*el hecho imponible*”, entendido como “una situación descrita en la disposición legal, que al concretarse va a originar la obligación tributaria, y como consecuencia el efecto que la obligación persigue: el pago de una prestación pecuniaria” (Luchena Mozo, 2006, pág. 1). Este medio técnico-jurídico le permite sustentar que la relación Estado-contribuyente no es una relación de poder, habida cuenta de que su contenido se encuentra preestablecido en la ley y tanto la administración como el administrado están por igual sometidos a su imperio. La teoría de la relación jurídica tributaria ha permeado los estatutos tributarios de la mayoría de los países latinoamericanos, ello se debe a *Dino Jarach* con su magistral obra “*El hecho imponible*” (Montero Traibel, 1985).

No obstante, es preciso aclarar que con Jarach el eje de la teoría centrado en la obligación tributaria se desplaza hacia la realización de los presupuestos generadores de dicha obligación, es decir el peso de la relación debe estar puesto en las circunstancias que la originan. (Jarach, 1996) Sin embargo, las críticas al concepto de *hecho imponible* surgieron de diversas fuentes y en distintas épocas. Es así como se señala que no es exclusivamente la ocurrencia de un hecho el que da nacimiento a una obligación tributaria, sino que es indispensable la comprobación de otros antecedentes que en conjunto soportan tal obligación (Castro Hidalgo, 2017).

La teoría de la relación jurídico tributaria, también se vincula con su naturaleza jurisdiccional, al sustituirse la voluntad de los destinatarios directos y como una garantía de justicia en el procedimiento de determinación. (Bielsa, 1952).

2.2.1. Teoría de la relación jurídica compleja. Para autores como Giannini la Teoría de la relación jurídica tributaria de contenido obligacional es insuficiente para abarcar todo el conjunto de relaciones que se despliegan con la administración tributaria y que a su juicio deben ser incluidas; por ello llama a la relación jurídica tributaria de contenido complejo. (Luchena Mozo, 2006). Según Tapia estas obligaciones accesorias son de diversa índole:

(...) tales como obligaciones de recargo, obligaciones que tienen por objeto una prestación de hacer, de no hacer o de soportar, etc. Incluso algunos autores colocan como objeto de tal relación a las de naturaleza penal. Todo ello, en definitiva, confiere un carácter complejo a la relación tributaria. (Tapia C, 2005, pág. 342).

En la concepción de *Giannini* la esencia misma de su teoría está en la deuda tributaria originada en la ley y la equipara con la deuda civil (Montero Traibel, 1985), sin embargo, no se puede olvidar que “si bien es cierto, la obligación tributaria mantiene identidad estructural con la obligación del Derecho Civil, no le son aplicables todos los medios de extinción contenidos en el Código Civil”. (Aguayo López, 2014, pág. 254).

Entre los partidarios de esta teoría se encuentran *Giannini & Sainz de Bujanda, Berliri, Plugiesse, Blumenstein* entre otros. Sin embargo, algunos tratadistas consideran que la Teoría de la relación jurídica es en sí misma de contenido complejo, puestos que en ella están contenidas tanto la obligación tributaria principal como las demás accesorias, derivadas de la normatividad y que están en relación con aquella (Aguayo López, 2014) y en este sentido no habría necesidad de hacer distinciones entre una y otra. *Dino Jarach* comparte este criterio, para él en el fenómeno tributario solamente se da una única relación material, de la cual se desprende una serie de deberes ya sean formales, administrativos, procesales e incluso penales, cada uno de los cuales es una rama de dicho fenómeno (Tapia C, 2005).

En síntesis, las tres teorías anteriores, se las conoce como de *perspectiva estática* por cuanto centran el fenómeno tributario en un elemento fijo (obligación tributaria, hecho imponible) y han sido rebatidas o al menos consideradas insuficientes para una explicación satisfactoria del fenómeno, por cuanto con ellas no se pueden dar respuesta a toda una serie de relaciones tributarias que no tienen cabida en la obligación impositiva. Al respecto Montero señala que al tomar como fundamento de la teoría la deuda impositiva Giannini olvida que existen relaciones de contenido patrimonial entre la administración y el contribuyente que no necesariamente se desprenden de la obligación de dar (Montero Traibel, 1985).

Como consecuencia de los planteamientos anteriores, en la doctrina tributaria de finales de los años 60 del siglo pasado, se abre paso una nueva dogmática conocida como perspectiva dinámica del fenómeno tributario, cuyos principales fundamentos se presentan en seguida.

2.3. Teoría de la función tributaria

Los tributaristas italianos *Micheli*, *Mafezzoni*, *Fedele*, entre otros, comienzan a concebir el fenómeno tributario desde una óptica diferente a la de la relación jurídica; para ellos las explicaciones de las normas impositivas deben venir desde el derecho público y no del derecho intersubjetivo (derecho civil) como lo plantea la teoría que se critica (Tapia C, 2005). Así comienza a hablarse no ya de una obligación (acreedor-deudor) sino del ejercicio de un poder de imposición y la realización del mandato mediante el cumplimiento de deberes contemplados en la ley. (Montero Traibel, 1985).

En este orden de ideas, es *Micheli* quien desarrolla el concepto de poder de imposición, clave, desde la nueva óptica, para la comprensión teórica del fenómeno; el tratadista italiano señala la no coincidencia entre el ejercicio del poder de imposición con el ejercicio del derecho de crédito, pues para él no siempre, en el tema tributario, hay coincidencia entre crédito y deuda puesto que si bien algunos tributos pueden considerarse como obligación hay otros que se derivan del deber de contribución (Micheli, 1989).

En la obra de *Micheli* se divide el concepto de potestad tributaria en dos estamentos: potestad tributaria normativa y potestad de imposición (Lago Montero, 2002). La primera es la manifestación del poder del Estado en la regulación de las normas tributarias, y la segunda es la “potestad administrativa de carácter instrumental a través de cuyo procedimiento se determina si existe y que dimensiones tiene el presupuesto de hecho del tributo, si el sujeto pasivo ha cumplido correctamente, si junto a él se colocan otros sujetos obligados”. (González García, 1974, pág. 1562).

Así entonces, el análisis del instituto del tributo debe provenir desde la consideración de la finalidad de las normas tributarias iluminada por el derecho público; dicha finalidad está orientada hacia los intereses generales de la sociedad y es tarea de la administración tributaria tutelarlos y materializarlos.

En la teoría de la función tributaria, reitera Tapia, la administración actúa en la defensa del bien común, del interés general y en ese sentido corresponde al derecho público orientar dicha actuación (Tapia C, 2005). Entonces, no se trata aquí de que haya una norma que establezca dicha finalidad, sino de que se materialice más allá de la Constitución y se convierta en el pilar cardinal de la justicia social (Pulgarín Arias, Bustamante García, & Zapata Zuluaga, 2019)

Con la realización de esta teoría la administración se enfrenta a diversas situaciones jurídicas tales como exigir el pago del tributo, liquidar la deuda, realizar acciones de fiscalización, devolver los excedentes, orientar a los contribuyentes, resolver las inquietudes que éstos le presenten, etc. y para el administrado surgen las correlativas que correspondan. Como se puede observar no todas ellas pueden ser enmarcadas en el concepto estático de obligación, sino que es necesario tratar el fenómeno tributario desde un foco más amplio como es el de deber de contribución, sin negar claro está que en ocasiones se pueda utilizar la figura jurídica de obligación. (Tapia C, 2005).

Maffezzoni (1965) defensor de esta teoría, adopta como elemento central la noción de procedimiento tributario, y coincidiendo con *Mordeglia* (1994) lo conciben como el mecanismo más pertinente para relacionar los derechos y deberes tanto de la administración tributaria como de los contribuyentes, el vínculo que los une no es ya de acreedor-deudor, sino la de sujetos de ese procedimiento, reflejándose con ello el dinamismo de la vida del tributo. Por su parte *Fedele* (1974), asegura que este procedimiento es un esquema utilizado para reconstruir y sistematizar el fenómeno tributario.

Continuando con el análisis de esta nueva concepción, el fenómeno tributario no se reduce a esa estática y eterna oposición acreedor-deudor, por el contrario, el fenómeno es dinámico por cuanto se asiste a un *procedimiento* donde administración y administrado tienen diversas posiciones y funciones; esto no supone abandonar completamente la teoría de la relación jurídica, sino de actualizar y adaptar los conceptos claves de la misma; así, por ejemplo, “el hecho imponible si bien deja de ser el centro, como fuente de obligación, se convierte en el único elemento que sirve para valorar la legitimidad del tributo”. (Montero Traibel, 1985, págs. 14-15).

Más aún, la concepción dinámica del instituto del tributo amplía el campo de acción de los contribuyentes y permite examinar las distintas fases por las cuales atraviesa el deber de contribuir; se aparta de la concepción rígida estática del modelo

“obligacional” generado por la realización del hecho imponible, para dar paso a una nueva forma de concebir y analizar todos los aspectos relacionados con las cargas tributarias. (Luchena Mozo, 2006).

Pero, además, la nueva concepción del tributo es una concepción más flexible, donde la relación jurídico-tributaria hace parte de una de mayor contenido que bajo categorías técnicas como potestad de imposición, función tributaria, procedimiento tributario ponen de relieve aspectos administrativos del tributo, ocultos en la concepción anterior, valorizándolos en su real dimensión. (Pérez de Ayala, 2003).

La doctrina expuesta en los párrafos que anteceden ha sido igualmente objeto de fuertes críticas, provenientes fundamentalmente de quienes defienden la teoría de la relación jurídica tributaria. Los principales argumentos esgrimidos hacen referencia a los siguientes aspectos: i) Señalar que el vínculo entre administración- administrado se deriva de una potestad de imposición es desandar el camino de la evolución teórica para regresar a las concepciones premodernas fuertemente asociadas con el Estado-policía, donde el soberano o monarca a su arbitrio imponía los tributos; en el estado moderno, subrayan, la relación es de igualdad puesto que es la ley la que regula la actuación tanto para la administración como para el contribuyente y cuando la teoría de la función, sobrevalora desmedidamente la actuación de la administración tributaria frente a los contribuyentes sustituye una relación de igualdad por una de supremacía de la administración. ii) La noción de procedimiento en la teoría de función es un concepto jurídico de mayor pertinencia para abarcar todas las situaciones jurídicas que se presentan en el fenómeno tributario reduciéndolas al esquema de la relación jurídica tributaria de contenido complejo y en consecuencia resulta inocuo hablar de una nueva perspectiva teórica.

3. Análisis de la encuesta de opinión

Como puede observarse, la discusión sobre la concepción teórica del instituto del tributo está lejos de ser resuelta, importantes tributaristas están en una u otra orilla. Así, la Teoría de la relación jurídica tributaria, que tiene en Hensel como su principal impulsor, con variantes como las de Giannini y de Jarach, entre otros, ha sido respetada y continúa vigente en varios países europeos como latinoamericanos (Tapia C, 2005); en el ordenamiento tributario colombiano se encuentran disposiciones que parecen indicar su inclinación sobre la teoría de la Relación jurídica tributaria. Baste observar como la Constitución Política en su artículo 338 establece implícitamente el Principio de Legalidad pilar fundamental de la citada teoría. Por otra parte, el Título Preliminar del Estatuto Tributario es sobre La obligación tributaria y en el artículo primero al referirse al origen de la

misma señala que ésta se produce con la realización de los presupuestos previstos en la ley, es decir con la generación del *hecho imponible*; tanto en el artículo 2º como en el artículo 792 se definen los *sujetos pasivos* de la obligación tributaria como aquellos contribuyentes respecto de los cuales se realiza el hecho generador de la obligación tributaria, vislumbrándose en ellos la influencia que por la época de expedición del Estatuto ejercía Dino Jarach en Latinoamérica, con su magistral obra “*El hecho imponible*”.

Pero también, en las constituciones de los estados sociales de derecho, Colombia es uno de ellos, se consagra el deber que les asiste a los ciudadanos de contribuir a financiar las actividades del estado; es así como el artículo 95 de la Carta Política colombiana al referirse a los deberes de los ciudadanos, en el numeral 9 estipula “Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”. Se señala entonces, que en el fenómeno tributario está consagrado un deber de ciudadanía antes que una obligación de dar, visión adoptada por la teoría de la función tributaria.

Es más, la Corte Constitucional (2009) al referirse a los tributos señala: “son tributos las prestaciones pecuniarias establecidas por la autoridad estatal, en ejercicio de su **poder de imperio**, para el cumplimiento de sus fines” (Sentencia C-134, 2009), (resaltado fuera del texto), mostrando así que la teoría de la función tributaria ha permeado la normatividad y la jurisprudencia constitucionales.

Conviene ahora examinar los resultados de la encuesta de opiniones fiscales aplicada entre julio de 2018 y enero de 2019, descrita con detalle en la metodología, a los contribuyentes del impuesto de renta, personales naturales del municipio de Pasto, departamento de Nariño, a la luz de los referentes teóricos expuestos en las líneas anteriores.

Al indagar a los encuestados sobre su percepción frente al uso que el Estado da a los impuestos, afirman que éstos son necesarios para la inversión social, figura 1, la respuesta sugiere que los ciudadanos son conscientes acerca de la tributación, la conciben como un deber cuya finalidad es el bien común y propende por los intereses generales de la sociedad, por esto la administración tributaria estatal actúa en la defensa del bien común; apreciación ésta concordante con la teoría de la función tributaria. Aunque el ciudadano del común esté ajeno a las reflexiones teóricas propias de los especialistas, la convivencia en comunidad y las necesidades específicas de su entorno social lo llevan al convencimiento de que los tributos deben servir para satisfacer las necesidades esenciales de la población. Es el deber ser de pagar los impuestos.

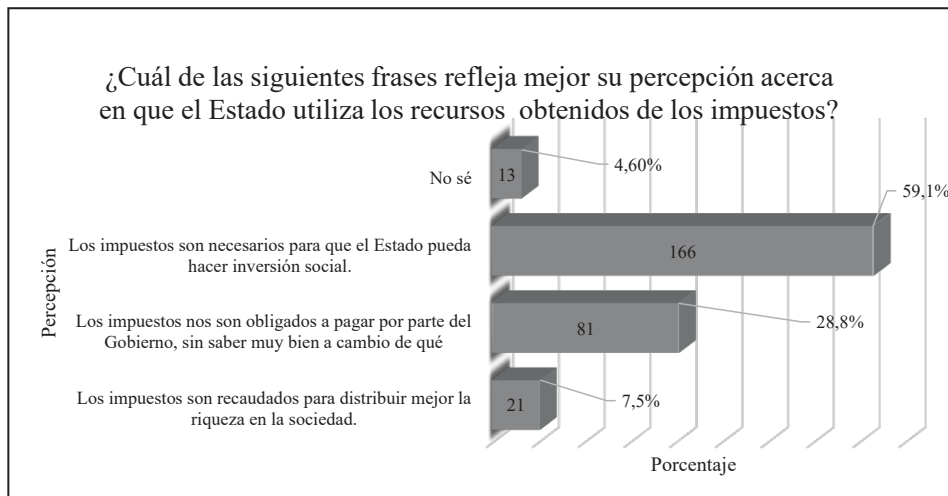


Figura 1. Finalidad de los impuestos

Fuente: elaboración propia

Al preguntarles a los contribuyentes su opinión sobre los recursos que el Estado invierte en servicios básicos (educación, servicios públicos, vivienda, vías, infraestructura, desempleo, transporte, investigación en ciencia y tecnología, entre otros), Figura 2, manifiestan que es muy poca la inversión estatal, mostrando como la finalidad de los tributos planteada por la teoría de la *función tributaria* no se cumple. Para el ciudadano contribuyente del impuesto de renta del Municipio de Pasto, el deber de tributar no está en relación armónica con la inversión social, situación que sin lugar a duda influye no solo en su conciencia y cultura tributarias, sino en el imaginario colectivo frente a los impuestos. Si bien el Estado es el administrador de los recursos que recauda a través de los tributos, a quien realmente pertenecen es a la población, por lo tanto, el Estado se los debe reintegrar en bienes y servicios públicos (Gómez Gallardo & Macedo Buleje, 2008).

Aunque, constitucionalmente Colombia es un Estado Social de Derecho dentro del cual debe prevalecer el bien común y el interés general⁴, y los impuestos son

⁴ Sobre la naturaleza del Estado Social de Derecho en Colombia y su relación con el interés general y la identidad constitucional, Agudelo (2015) señala: “En la construcción de la doctrina desde el año 2003 a la fecha, la Corte Constitucional ha señalado como elementos esenciales de la identidad constitucional, el sistema presidencial de gobierno, la separación del poder público, el sistema de frenos y contrapesos, el derecho de igualdad, el principio de meritocracia en la carrera administrativa, el principio de supremacía constitucional, la independencia y autonomía de la jueces de la república, el principio de alternación y

necesarios para que el Estado pueda cumplir con las tareas que benefician a la comunidad en general (Bravo Arteaga, 1997), en tanto “la Hacienda Pública cobra mayor relevancia, puesto que su objeto es el análisis de los objetivos del sector público a través de ingresos y gastos presupuestales, donde el Estado es receptor de recursos fiscales e inversor de estos” (Bolaños Bolaños, 2017, pág. 13) no obstante, por diversos factores, uno de ellos es, sin duda, el alto nivel de corrupción entronizado en el país, las inversiones estatales muchas veces se desvían hacia objetivos que no tienen que ver con la finalidad superior de propiciar el bienestar general.

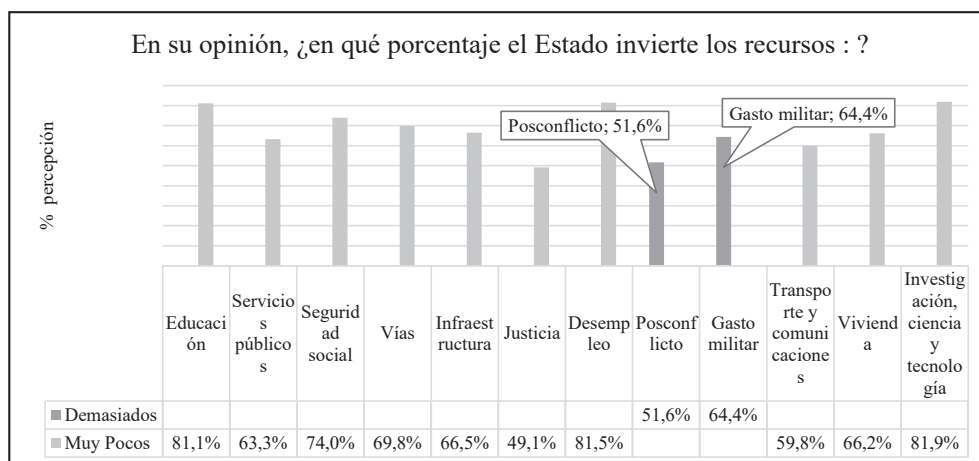


Figura 2. Inversión social del Estado

Fuente: elaboración propia

Cuando se interroga a los ciudadanos sobre cuánto se beneficia por el pago de sus impuestos, su respuesta es que el beneficio obtenido es poco (Figura 3) y en esa dirección, también afirman que la retribución que recibe del Estado es menor comparada con el monto de los impuestos que pagan (Figura 4).

períodos preestablecidos, el deber de los congresistas de actuar en todo momento consultando la justicia y el bien común, el principio de moralidad pública, el marco democrático participativo y el principio de Estado social y democrático de derecho. A estos elementos le ha dado diferentes denominaciones: principios definitorios de la constitución (C-1200 de 2003); principios y valores esenciales (C-551 de 2003); valores y principios medulares del Estado Constitucional de derecho (C-153 de 2007); aspectos definitorios de la identidad constitucional (C-588 de 2009); mandatos o principios constitucionales (C-153/07-C-310 de 2010); elementos y principios estructurantes (C-288-2012) y ejes definitorios de la identidad constitucional (C010/13, C-579 de 2013). Estos elementos definitorios de la Constitución Política son verdaderos límites materiales implícitos al poder constituido de reforma constitucional, quien no podría sustituir total ni parcialmente la Constitución”. (Agudelo Ibáñez, 2015, pág. 134),

Estas percepciones son consecuencia obvia de la apreciación que tienen los contribuyentes sobre la finalidad que deben tener los impuestos y la realidad que, desde su óptica, observan sobre el destino de los mismos. Como se conoce bien, con frecuencia la relación Estado - Ciudadanos entra en conflicto y requiere de un proceso de legitimación que posibilite el conocimiento y la confianza de los contribuyentes en la política fiscal del Estado. (Bedoya & Vásconez, 2010).

Sin embargo, hay que tener presente que la inversión social que haga el Estado con lleva explícito el beneficio que recibe el ciudadano cuando hace parte de un conglomerado social, aspecto vinculado con la teoría de función tributaria, donde la administración actúa en la defensa del bien común, del interés general y en ese sentido corresponde al derecho público orientar dicha actuación, situación afirmada en Colombia como lo señala con claridad meridiana la Corte Constitucional cuando afirma:

Los beneficios que representan para el individuo las relaciones conmutativas de la vida en sociedad deben ser compensados por éste a fin de mejorar las condiciones materiales y espirituales de la convivencia social y ampliar permanentemente el número de miembros de la comunidad capaces de gozar de una existencia digna. (Sentencia T-532, 1992).

Así entonces, los contribuyentes al apreciar que sus impuestos no se destinan al bienestar general, piensan que como individuos tampoco obtienen favor alguno y en ese sentido, se puede afirmar que la finalidad planteada en la teoría de la función tributaria y establecida formalmente en el ordenamiento tributario del país en la realidad de estos contribuyentes no se percibe.

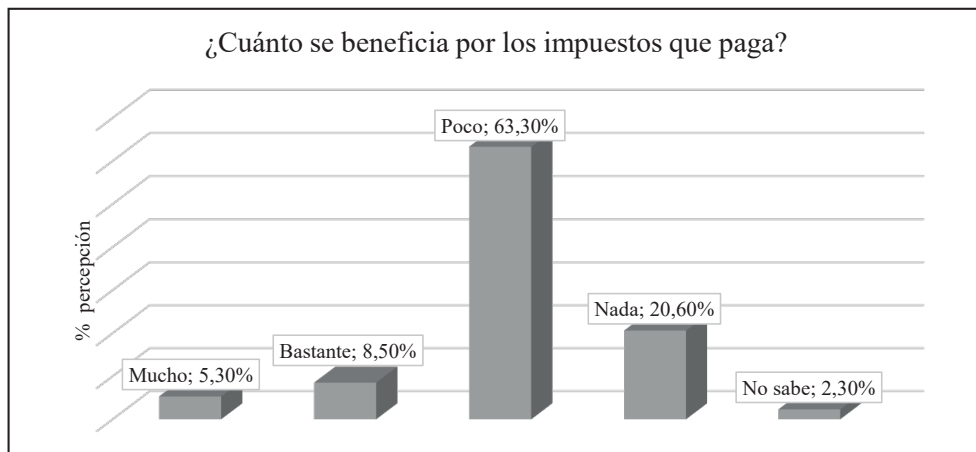


Figura 3. Beneficios por los impuestos que paga

Fuente: elaboración propia

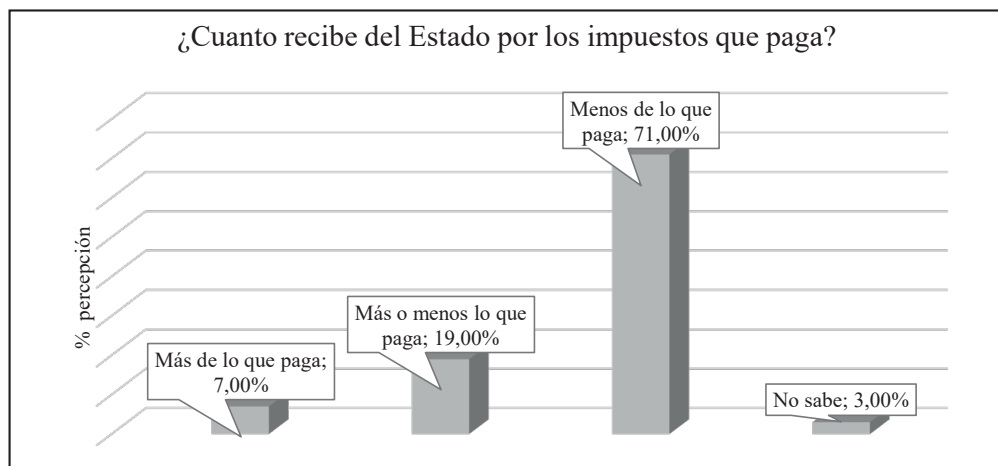


Figura 4. *Retribución del Estado hacia el contribuyente*

Fuente: elaboración propia

En los resultados de la encuesta se encuentra que los contribuyentes están de acuerdo y muy de acuerdo en que la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN- les produce temor (Figura 5), esta afirmación muestra que para éstos su relación con el Estado en el tema de los impuestos no es una relación de igualdad a pesar de que la DIAN cumple su función con sujeción a las normas preexistentes que establecen deberes y derechos para unos y otros. Esto se relaciona con la teoría de la función tributaria donde el ciudadano del común mira al ente estatal desde una posición de inferioridad; donde el Estado tiene un conjunto de potestades de naturaleza heterogénea: reglamentaria, de interpretación, de inspección (investigación).

Así entonces, la doctrina tributaria moderna distingue con claridad entre la potestad tributaria normativa y la potestad de imposición, el Estado representado en la DIAN está dotado de poderes y en cambio el contribuyente asiste con temor al cumplimiento de su obligación impositiva. La relación es percibida entonces, de “plano inclinado” donde el binomio oponente lo constituyen por un lado el poder de imposición y por el otro el deber de tributar (Tapia C, 2005), visión más acorde con la teoría de la función tributaria que con la de la relación jurídica tributaria.

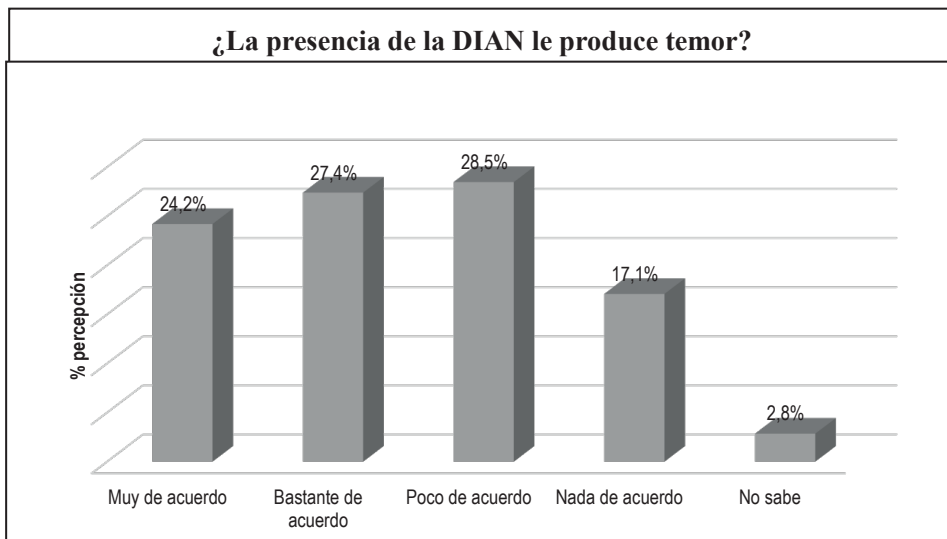


Figura 5. *Temor ante la presencia de la DIAN*

Fuente: elaboración propia

Finalmente, en la figura 6 se muestra otro de los resultados de la encuesta: Los contribuyentes mayoritariamente dicen que pagan los impuestos porque se ven obligados a ello, visión que deja entrever el poder de coacción que ejerce el Estado para lograr el cumplimiento de las obligaciones contributivas.

Para la Corte Constitucional Colombiana, ese poder de coacción varía según la naturaleza del tributo (Sentencia C-134, 2009) y en consecuencia, la pendiente del plano inclinado de la relación que se despliega en la teoría de la función tributaria está en dependencia del poder de coacción y del deber de tributar (Tapia C, 2005); en los impuestos, como el de renta, al decir de la propia Corte Constitucional en la sentencia referenciada en este párrafo es mayor que en otro tipo de contribuciones y así lo perciben los encuestados.



Fuente: elaboración propia

Conclusiones

El propósito de este documento fue analizar las percepciones que sobre los impuestos tienen los contribuyentes, personas naturales de la ciudad de Pasto a la luz de las teorías tributarias, siendo el impuesto una prestación pecuniaria que debe pagar el contribuyente por ser parte del país y cuyo recaudo y administración le corresponde al Estado colombiano para financiar el gasto público. En el documento se identificó que el juicio teórico acerca del instituto del tributo aún no está resuelto; por cuanto en este fenómeno es inherente la relación Estado-contribuyente y en dependencia de ella se han formulado diversas teorías que son el fundamento de los desarrollos legislativos y normativos, en materia tributaria, de los Estados.

Con respecto a los resultados presentados sobre la encuesta de opiniones fiscales aplicada a los contribuyentes del impuesto de renta entre el mes de julio de 2018 y enero de 2019, se muestra que las percepciones que éstos tienen frente al fenómeno tributario se inclinan hacia la teoría *de la función tributaria*, adoptada como un deber de ciudadanía, antes que a la teoría de la *relación jurídica*. Son varios elementos desprendidos de sus respuestas los que permiten hacer la aseveración anterior: i) el reconocimiento de que los impuestos cumplen una finalidad hacia el bien común; ii) la percepción de que los mismos no se dirigen a satisfacer las necesidades esenciales de la sociedad, incumpléndose el deber ser de los mismos; iii) la percepción de

la supremacía del Estado frente al ciudadano en el tema impositivo; iv) el poder de coacción que ejerce el Estado a la hora de hacer cumplir con las obligaciones tributarias. Estos elementos reafirman la teoría de la función tributaria en tanto el poder tributario es normativo y el Estado al ejercer su poder es titular de estipendios y obliga a los contribuyes al sometimiento, haciéndose titular de derechos.

También se puede afirmar que el adentrarse en las relaciones entre el Estado y los contribuyentes que se despliegan en el instituto del tributo es labor de expertos, sin embargo, los ciudadanos ajenos a las reflexiones teóricas sí pueden dar cuenta con sus percepciones de cuan acertadas son las conclusiones a que llegan los especialistas. Por su parte el Estado como administrador de los recursos tributarios debe desarrollar estrategias para su apropiado manejo y generar alternativas de solución frente a las dificultades que surjan en torno a la aplicación de las normas tributarias. Este estudio teórico y de carácter cuantitativo contribuye a generar cultura y sensibilización para el pago de impuestos, en tanto el Estado ejerce una supremacía frente a la ciudadanía y busca aportar a la tradición hermenéutica de las teorías tributarias plasmados en el ordenamiento jurídico de los Estados de Derecho.

Otro hallazgo del estudio demuestra que los contribuyentes manifiestan en sus respuestas los términos oponentes de la relación base de la teoría de la *función tributaria*: por un lado, el *Estado con su poder de imperio* y por otra *el ciudadano con su deber de tributar*. El primer elemento está implícito al señalar *su temor a la DIAN* a quien reconocen la facultad de hacer cumplir las leyes tributarias que el Estado expide y la fuerza de coacción que le asiste, el segundo elemento se vislumbra cuando señala la finalidad de los impuestos y en consecuencia el deber que como ciudadano tiene de tributar y pagar.

Referencias.

- Aguayo López, J. (2014). La Obligación Tributaria y el Pago: Antes del Inicio de la Cobranza Coactiva- en la Legislación Peruana. Apuntes y Disquisiciones. *Revista Derecho & Sociedad*(43), 239-254. Recuperado el 30 de 4 de 2020, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/12573/13131>
- Agudelo Ibáñez, S. J. (2015). Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India. *Academia & Derecho*, 6(11), 123-154.
- Amorós Rica, N. (1963). *Derecho Tributario (explicaciones)*. Madrid: Derecho Financiero. Área de Sociología Tributaria. (2015). *Opiniones y actitudes fiscales de los Españoles. Doc. No. 25*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

- Bedoya, A., & Vásconez, B. (2010). Entendiendo la moral tributaria en Ecuador. *Fiscalidad. Revista Institucional del Servicio de Rentas Internas*(5), 91-132. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10469/3873>
- Berliri, A. (1971). *Principios de Derecho Tributario* (Vol. 3). Madrid: Derecho Financiero.
- Bielsa, R. (1952). *Estudios de derecho público* (Vol. 3). Michigan: Universidad de Michigan.
- Bolaños Bolaños, L. d. (2017). Justicia tributaria como principio constitucional en el Estado social de derecho. *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas*, 54-81. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/851/85152301004.pdf>
- Bravo Arteaga, J. R. (1997). *Nociones Fundamentales de Derecho Tributario* (2 ed.). Bogotá: Ediciones Rosaristas.
- Bravo Cucci, J. (2018). *Fundamentos de Derecho Tributario* (6 ed.). Lima, Perú: Jorge Bravo Gucci. Obtenido de <https://www.peruebooks.com/ebook/0276229/fundamentos-de-derecho-tributario>
- Calvo Ortega, R. (1997). *Curso de Derecho Financiero Derecho Tributario (parte general)*. Madrid: S.L. Civitas Ediciones.
- Cárdenas Caycedo, O. A. (2016). Contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia. *Academia & Derecho*, 7(13), 265-308.
- Castro Hidalgo, B. (2017). Evolución del concepto de hecho imponible y su aplicación en el sistema tributario chileno. Obtenido de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/147526/Castro%20Hidalgo%20B%20c3%a1rbara.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Centro de Investigaciones Sociológicas. (2015). *Opinión Pública y Política Fiscal (XXXII). Estudio No. 3105*. Madrid. Obtenido de http://datos.cis.es/pdf/Es3105mar_A.pdf
- Colombia, C. P. (4 de Julio de 1991). 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
- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 4 [título I]. *Sda Ed. Legis*.
- Creswell, J. W. (2009). *Research Design. Qualitative, Quantitative and Mixed Methods Approaches*. (3 ed.). Thousand Oaks C.A.: Sage Publications, Inc.
- Domingues, J. M., & González, C. C. (Diciembre de 2013). Concepto de tributo: una perspectiva comparada Brasil-España. *Direito GV [online]*, 9(2), 573-614. doi:<https://doi.org/10.1590/S1808-24322013000200009>
- Domínguez Martínez, J. (2016). La noción de progresividad impositiva : de la teoría a la praxis. *La noción de progresividad impositiva : de la teoría a la praxis*(5). (U. d. IAES-Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, Recopilador) Madrid, España. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10017/26297>

- Dorante Chávez, L., & Gómez Marín, M. E. (2014). *Derecho Fiscal* (1 ed.). México D.F.: Grupo Editorial Patria.
- Fedele, A. (1974). La teoría del procedimiento de imposición y la denominada anticipación del tributo. *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, 1745.
- Fernández Rodríguez, C. (2005). La Constitución Financiera Europea. *Revista de Derecho de la Unión Europea*(8), 229-239. Obtenido de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:19689/CfinEur.pdf>
- Ferreiro Lapatza, J. (2010). *Instituciones de Derecho financiero*. Madrid: Marcial Pons.
- García Dorantes, F. (2002). *Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber de tributación*. Madrid: Dykinson, S.L.
- Gerloff, W. (1961). Doctrina de la Economía Tributaria. En W. & Gerloff, *Tratado de Finanzas* (pág. 823). Buenos Aires: El Ateneo.
- Giannini, A., & Sainz de Bujanda, F. (1957). *Instituciones de derecho tributario* (Vol. 1). Madrid: Editorial de Derecho financiero.
- Giuliani Fonrouge, C. M. (1997). *Derecho Financiero* (6 ed., Vol. 3). Buenos Aires: De Palma.
- Gómez Gallardo, L. M., & Macedo Buleje, J. C. (2008). La difusión de la cultura tributaria y su influencia en el sistema educativo peruano. *Investigación Educativa*, 12(21), 143-153. Obtenido de http://200.62.146.19/bibvirtualdata/publicaciones/inv_educativa/2008_n21/a11v12n21.pdf
- González García, E. (1974). Los esquemas fundamentales de Derecho Tributario. *Derecho Financiero*(114), 1551 y ss.
- Gorospe Oviedo, J. (2012). *Derecho Financiero y Tributario (Esquemas y resúmenes)* (2 ed.). Madrid: Dykinson, S.L.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2010). *Metodología de la Investigación* (5 ed.). Lima: El Comercio S.A.
- Jarach, D. (1996). *El Hecho Imponible. Teoría general del derecho tributario sustantivo* (3 ed.). Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Jiménez González, A. (2002). *Lecciones de Derecho Tributario*. México D.F.: Thomson.
- Lago Montero, J. M. (2002). El control judicial de la actividad administrativa, financiera y tributaria. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXV(103), 477-516. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/427/42710305.pdf>
- Loewenstein, K. (2018). *Teoría de la Constitución* (2 ed.). (A. Gallego Anabitarte, Trad.) Barcelona: Ariel. Obtenido de https://static0planetadelibrocom.cdnstatics.com/libros_contenido_extra/38/37625_Teoria_de_la_Constitucion.pdf

- Luchena Mozo, G. (2006). *La relación jurídico-tributaria. El hecho imponible*. Castilla - La Mancha: Universidad de Castilla-La Mancha. Obtenido de <https://www.uclm.es/-/media/Files/C01-Centros/cief/pdfs-publicaciones/06-La-relacin-juridico-tributaria.ashx>
- Maffezzoni, F. (1965). *Il procedimento di imposizione nell'imposta generale sull'entrata*. Napoli: Morano.
- Micheli, G. (1989). *Corso di Diritto tributario* (8 ed.). Roma: UTET.
- Mitre Bethancourt, J. A. (2013). La Relación Jurídica Tributaria: “El Hecho Imponible”. *La Relación Jurídica Tributaria: “El Hecho Imponible”*. Panamá. Obtenido de <https://studylib.es/doc/5155596/la-relaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-tributaria--%E2%80%9C-el-hecho-imponible%E2%80%9D>
- Montero Traibel, J. (27 de 5 de 1985). Las Doctrinas Tributarias: Su evolución y Estado Actual. Obtenido de http://www.ipdt.org/editor/docs/02_Rev08_JPMT.pdf
- Mora Muñoz, M., & Bernal Ortiz, O. A. (2016). El Sistema Tributario colombiano, desarrollo y principios básicos. *UNIMAR*, 34(2), 201-219. Obtenido de <http://editorial.umariana.edu.co/revistas/index.php/unimar/article/view/1251>
- Mora Muñoz, M., & Enríquez Martínez, J. A. (2018). *Iniciativas de recaudo basadas en el cumplimiento voluntario que utiliza la DIAN de Pasto para el recaudo de los tributos a los contribuyentes del municipio de Pasto*. Investigación profesoral, Universidad Mariana, Pasto.
- Mordegliá, R. (1994). *Derecho administrativo y tributario. El poder de policía como punto de articulación*. Buenos Aires: Interoceánica S.A.
- Pérez de Ayala, J. L. (2003). Evolución del concepto jurídico del Tributo en el derecho positivo español. *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*(33), 454-473. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=784747>
- Pulgarín Arias, F. A., Bustamante García, H. C., & Zapata Zuluaga, L. M. (2019). Noción de interés público en las constituciones de Iberoamérica. *Contaduría Universidad de Antioquia*(75), 13-42. doi:<https://doi.org/10.17533/udea.rc.n75a01>
- 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*(15), 85-110. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/231/224>
- Sentencia C-134, 2. (25 de Febrero de 2009). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Mauricio González Cuervo*. Bogotá. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-134-09.htm>
- Sentencia T-532, 1. (23 de Septiembre de 1992). Corte Constitucional. Sala segunda de revisión. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-532-92.htm>

- Soler Belda, R. (17 de 11 de 2011). La evolución del principio constitucional de progresividad en el ordenamiento tributario (Tesis Doctoral). *La evolución del principio constitucional de progresividad en el ordenamiento tributario*. Jaén, Andalucía, España: Universidad Jéan. Obtenido de <http://ruja.ujaen.es/bitstream/10953/552/1/9788484398493.pdf>
- Soler Belda, R. (2015). *La Progresividad en las reformas Triburarias*. Madrid, ESPAÑA: Dykinson, S.L. doi:10.2307/j.ctt1k232fk
- Tapia C, J. (2005). Bases para un Debido Proceso Tributario: Tres teorías acerca de la relación entre el Estado y los contribuyentes. *Revista Chilena de Derecho*, 32(2), 329-362. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177021336006>
- Vanoni, E. (1961). *Naturaleza e interpretación de las leyes tributaria*. (M. Queralt, Trad.) Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

Victimización y garantismo de los sujetos activos (FARC) en la Jurisdicción Especial para la Paz*

Victimization and guarantee of active subjects (FARC) in the Special Jurisdiction for Peace

Recibido: julio 17 de 2019 - Evaluado: octubre 11 de 2019 - Aceptado: noviembre 22 de 2019

Daniela Alexandra Puerto Gutiérrez**

Leonel Antonio Vega Pérez***

Para citar este artículo / To cite this article

Puerto Gutiérrez, D. A., & Vega Pérez, L. A. (2020) Victimización y garantismo de los sujetos activos (FARC) como víctimas en la Jurisdicción Especial para la Paz. *Revista Academia & Derecho*, 11(20), 319-364.

Resumen: La búsqueda de la solución del conflicto armado ha generado diferentes estrategias políticas, sociales y militares que entre otras han llevado a construir más que en derecho, una política criminal del enemigo cuya imagen del *combatiente* se ha direccionado a su sentido literal de ser *combatido*, no *juzgado*; bajo una etiqueta de “*Terrorista*” que sigue vigente, todavía luego de un Acuerdo de paz; consecuencia de una fuerte tendencia de oposición y resistencia a los actores y al acuerdo mismo.

* Artículo inédito. Artículo de investigación. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Este artículo se enmarca y desarrolla la investigación (tesis de pregrado, sustentada en marzo de 2019) “Reconocimiento de los Sujetos Activos del Conflicto armado interno (FARC) como víctimas dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz”, (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019) del grupo de investigación Cuerpo Investigativo de Técnica Jurídica (CITEC) en la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

** Daniela Alexandra Puerto Gutiérrez. Miembro del grupo de investigación CITEC. Abogada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC) Correo institucional: daniela.puerto@uptc.edu.co. Correo personal: daniela-puerto@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1175-2905>.

*** Abogado, Universidad INCCA de Colombia. Magister en Historia, UPTC. Especialista en instituciones jurídico políticas, Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho contractual y negocial, Universidad Externado de Colombia. Director del grupo de investigación CITEC. Decano de la Facultad de Derecho y ciencias Sociales de la UPTC. Correo electrónico: leonel.vega@uptc.edu.co.

Esta investigación se enfrenta al reto de partir del reconocimiento como *personas* que implica la reincorporación bajo el marco internacional de los derechos humanos, para entender el estatus de *víctima* ante la vulneración conforme al derecho aplicable; en principio en toda la población combatiente de las FARC; mediante un estudio histórico, psicológico, económico, social y jurídico, a través del enfoque de la teoría garantista, cuya Constitución como eje de gravitación ha sido determinante en la consolidación de una política de paz sustentada en la verdad y la garantía de derechos de las víctimas bajo el principio de igualdad.

Finalmente, y para sustentar la tesis teórica, se presentan las conclusiones de la entrevista semiestructurada a ex guerrilleros de la zona veredal “Héctor Ramírez” del departamento de Caquetá, a manera de vislumbrar la posición subjetiva como víctimas; así como un análisis del plebiscito en cuanto a la aceptación social actual y la relación e implicaciones con el desarrollo jurídico y la garantía de derechos humanos.

Palabras clave: Garantismo, Víctimas, Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Clasificación JEL: D63, D74, D72, F53, K10, K14, K33, Q15.

Abstract: The search for a solution to the armed conflict has generated different political, social and military strategies that, among others, have led to the construction, rather than in law, of a criminal policy of the enemy whose image of the combatant has been directed to its literal sense of being fought, not court; under a “Terrorist” label that is still in force, even after a peace agreement; consequence of a strong tendency of opposition and resistance to the actors and to the agreement itself.

This investigation faces the challenge of starting from recognition as persons that implies the reincorporation under the international framework of human rights, to understand the status of victim in the face of the violation under applicable law; in principle in the entire FARC fighting population; through a historical, psychological, economic, social and legal study, through the guarantee theory approach, whose Constitution as the axis of gravitation has been decisive in the consolidation of a peace policy based on truth and the guarantee of rights of the victims under the principle of equality.

Finally, and to support the theoretical thesis, the conclusions of the semi-structured interview with former guerrillas from the “Héctor Ramírez” neighborhood of the department of Caquetá are presented, in order to glimpse the subjective position as victims; as well as an analysis of the plebiscite regarding current social acceptance and the relationship and implications with legal development and the guarantee of human rights.

Keywords: Guarantee, Victims, Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC), Special Jurisdiction for Peace (JEP)

Resumo: A busca de uma solução para o conflito armado gerou diferentes estratégias políticas, sociais e militares que, entre outras, levaram à construção, e não à lei, de uma

política criminal do inimigo cuja imagem do combatente foi direcionada ao sentido literal de ser combatido, não Tribunal; sob um rótulo de “terrorista” que ainda está em vigor, mesmo após um acordo de paz; consequência de uma forte tendência de oposição e resistência aos atores e ao próprio acordo.

Esta investigação enfrenta o desafio de partir do reconhecimento como pessoas que implicam a reincorporação sob a estrutura internacional de direitos humanos, para entender o status da vítima diante da violação da lei aplicável; em princípio em toda a população combatente das FARC; através de um estudo histórico, psicológico, econômico, social e jurídico, através da abordagem da teoria da garantia, cuja Constituição como eixo da gravitação foi decisiva na consolidação de uma política de paz baseada na verdade e na garantia de direitos dos vítimas sob o princípio da igualdade.

Por fim, e para sustentar a tese teórica, são apresentadas as conclusões da entrevista semiestruturada com ex-guerrilheiros do bairro “Héctor Ramírez” do departamento de Caquetá, a fim de vislumbrar a posição subjetiva como vítimas; bem como uma análise do plebiscito sobre a aceitação social atual e a relação e implicações com o desenvolvimento jurídico e a garantia dos direitos humanos.

Palavras-chave: Garantia, Vítimas, Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), Jurisdicção Especial para a Paz (JEP)

Résumé: La recherche d’une solution au conflit armé a généré différentes stratégies politiques, sociales et militaires qui, entre autres, ont conduit à la construction, plutôt qu’en droit, d’une politique criminelle de l’ennemi dont l’image du combattant a été dirigée vers son sens littéral d’être combattu, non tribunal; sous un label «terroriste» qui est toujours en vigueur, même après un accord de paix; conséquence d’une forte tendance d’opposition et de résistance aux acteurs et à l’accord lui-même.

Cette enquête est confrontée au défi de commencer la reconnaissance en tant que personnes qui implique la réintégration dans le cadre international des droits de l’homme, pour comprendre le statut de la victime avant la violation conformément à la loi applicable; en principe dans l’ensemble de la population combattante des FARC; à travers une étude historique, psychologique, économique, sociale et juridique, à travers l’approche de la théorie de la garantie, dont la Constitution comme axe de gravitation a été décisive dans la consolidation d’une politique de paix fondée sur la vérité et la garantie des droits des victimes en vertu du principe de l’égalité.

Enfin, et pour étayer la thèse théorique, les conclusions de l’entretien semi-structuré avec d’anciennes guérilleros du quartier “Héctor Ramírez” du département de Caquetá sont présentées, afin d’apercevoir la position subjective des victimes; ainsi qu’une analyse du plebiscite concernant l’acceptation sociale actuelle et la relation et les implications avec le développement juridique et la garantie des droits de l’homme.

Mots-clés: Garantie, Victimes, Forces armées révolutionnaires de Colombie (FARC), Juridiction spéciale pour la paix (JEP)

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - 1. Antecedentes jurídicos de la justicia transicional en Colombia a través de los componentes de verdad, justicia y reparación -2. Reconocimiento del desmovilizado de las FARC como víctima en el conflicto armado- 2.1. Concepción victimológica del desmovilizado de las FARC como víctima -2.1.1. Circunstancias históricas. -2.1.2. Circunstancias económicas y sociológicas. -2.1.3. Circunstancias psicológicas. -2.2. Concepción jurídica del desmovilizado de las FARC como víctima. -2.2.1. Normatividad internacional aplicable al reconocimiento de víctima. -2.2.2. Normatividad interna y jurisprudencial aplicable al reconocimiento de victimización -2.2.3. Visualización y tratamiento jurídico del desmovilizado: Situación actual. -3. Concepción de víctima del desmovilizado y aceptación social -3.1. Victimización en los factores de ingreso y autorreconocimiento del desmovilizado como víctima. -3.2. Análisis de los resultados frente a la concepción social. - Conclusiones. - Referencias.

Introducción

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), es el nombre que se le ha otorgado a aquel ámbito de competencia y modelo de justicia transicional establecido en los acuerdos finales de paz, firmados el 12 de noviembre de 2016 entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC); con el objetivo de satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia, ofrecerles verdad y contribuir a su reparación, para construir una “paz estable y duradera”. (JEP, 2018)

A pesar de que el sujeto central de la JEP es la víctima, de quien surge el Sistema Integral de Verdad Justicia y Reparación (SIVJR), poco o nada se ha desarrollado la concepción de víctima de los que fueron integrantes de los grupos subversivos. Esta negativa dificulta la reincorporación y garantía plena de los derechos promulgados por medio del acuerdo de paz, aunado al vacío normativo en el reconocimiento de responsabilidad estatal.

Si bien es cierto, el Acuerdo de Paz en sí mismo es de índole político (Sentencia C-630, 2017) se encuentra más que limitado, determinado por la Constitución; es decir, obedece al criterio de democracia constitucional, pues la política se convierte en instrumento de actuación del derecho en la medida en que el Acuerdo es respetuoso y garante de las normas sustanciales (Ferrajoli L., 2008, pág. 31).

Con relación a lo anterior, el acuerdo de paz en su estructura y desarrollo obedece a una corriente garantista, cuya protección se inclina al más débil que puede cambiar de sujeto conforme la circunstancia; bien puede ser la víctima en

el momento del delito, el imputado en el momento del proceso, o el detenido en el momento de la ejecución penal (Ferrajoli L., 2008, pág. 17). Aunque el artículo se concentrará en la faceta de víctima del que fue miembro de las FARC, también hace hincapié en el garantismo aplicable como victimario, luego de la comisión del delito.

Se realiza entonces un estudio sobre el marco legal de la justicia transicional en el país y sus antecedentes, de donde desprenden los conceptos de víctima, verdad, justicia y reparación como componentes de la justicia transicional; en el segundo ítem se aborda un estudio criminológico y jurídico frente al rol de los ex integrantes de las FARC como víctimas, con el Derecho Internacional como principio del reconocimiento a los mismos, y el Acuerdo de Paz como principal eje de estudio.

Por último, se encontrará el análisis del derecho a la paz, como fundamento del Acuerdo y la concepción de víctima desde la perspectiva de quienes fueron integrantes de las FARC -trabajo de campo realizado en la Zona Veredal Transitoria de Normalización “Héctor Ramírez”, Caquetá (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 126) - frente a la concepción y aceptación popular en el estudio del plebiscito, para cerrar con la sección de conclusiones.

Problema de investigación.

¿Son los antiguos integrantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia víctimas como sujetos activos del conflicto armado interno en la JEP?

Metodología.

La técnica para recolección de datos del que se basa el análisis del capítulo tercero es la entrevista semiestructurada (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 126), por medio de preguntas abiertas; la muestra poblacional utilizada fueron 10 ex integrantes de las FARC en la Zona Veredal Transitoria de Normalización “Héctor Ramírez”, en el municipio de la Montañita, departamento de Caquetá.

Debido a que se trata de un artículo jurídico con base en un fenómeno social complejo, a nivel general se implementarán tablas y figuras que sinteticen y faciliten la comprensión del artículo, acorde al análisis cualitativo de contenido (Cáceres, 2003) que se ilustra a continuación.

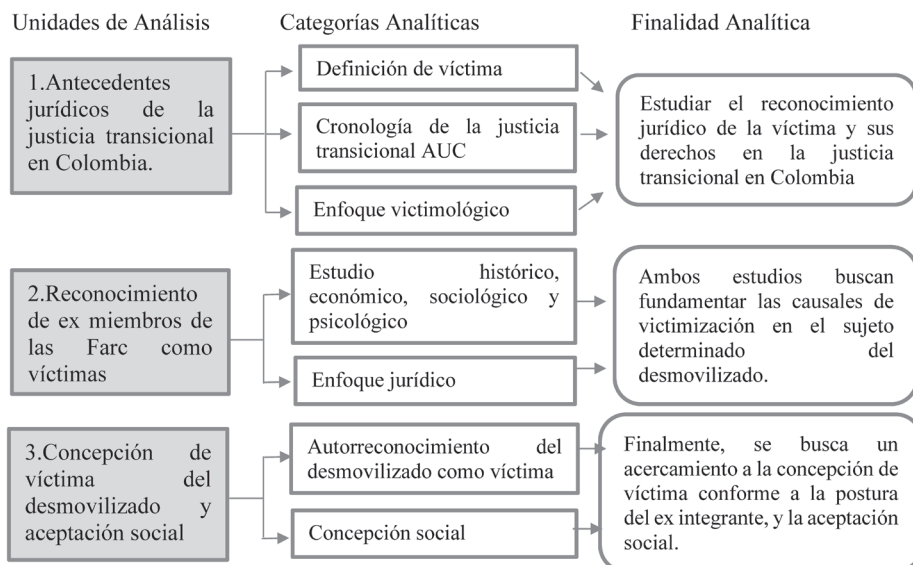


Figura 1. Análisis cualitativo de contenido (Puerto Gutiérrez & Vega, Pérez, L. A., 2020)
(Autoría propia)

Plan de redacción

El presente artículo se desarrollará a partir de tres ejes principales: Primero, se describirán los antecedentes jurídicos de la justicia transicional en Colombia a través de los componentes de verdad, justicia y reparación; segundo, se desarrollará el reconocimiento del desmovilizado de las FARC como víctima en el conflicto armado— 2.1. Concepción victimológica del desmovilizado de las FARC como víctima -2.1.1. Circunstancias históricas. -2.1.2. Circunstancias económicas y sociológicas. -2.1.3. Circunstancias psicológicas. -2.2. Concepción jurídica del desmovilizado de las FARC como víctima. -2.2.1. Normatividad internacional aplicable al reconocimiento de víctima. -2.2.2. Normatividad interna y jurisprudencial aplicable al reconocimiento de victimización -2.2.3.

1. Antecedentes jurídicos de la justicia transicional en Colombia a través de los componentes de verdad, justicia y reparación.

Para la teoría garantista (Ferrajoli, 2016, pág. 4) es procedente la justicia transicional como consecuencia de un Acuerdo por dos razones fundamentales;

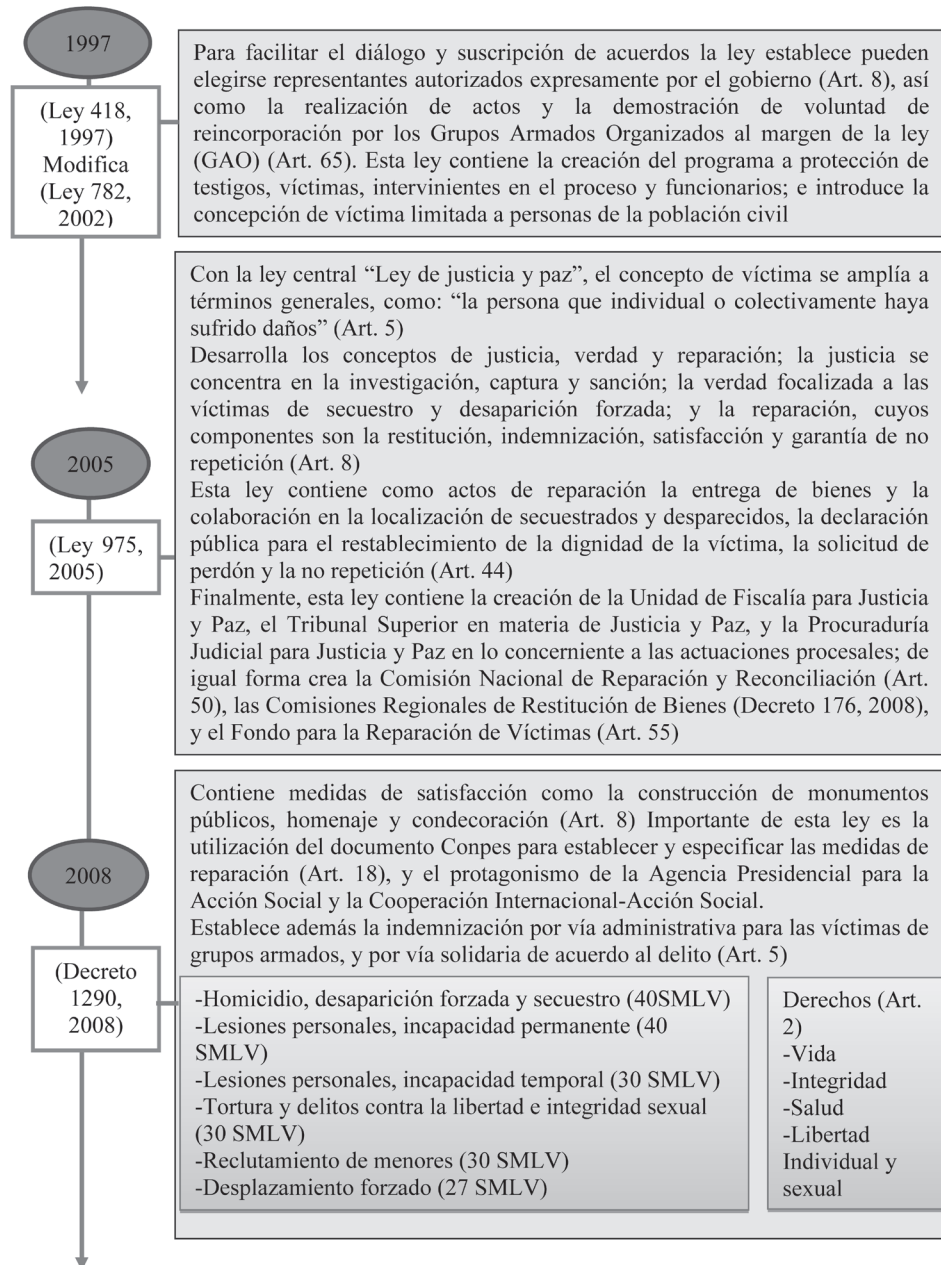
la primera es de orden jurídico, frente a la diferencia de un estado de guerra cuya naturaleza no hace aplicable el derecho penal ordinario –que obedece a la máxima del derecho romano *inter arma silent leges*, es decir, *en medio de las armas la ley calla* (Mercado Pérez, 2017)-; la segunda razón es de carácter político, puesto que para hacerse una efectiva pacificación nacional no puede tratarse a los combatientes como delincuentes. De acuerdo a esta línea de carácter político, la Corte Constitucional determinó que para que se diera la existencia de la *paz estable y duradera* era necesaria la implementación y la adopción de la justicia transicional, donde los derechos de las víctimas y los derechos de la población que a futuro puedan verse violentados, sean el motor para lograr la paz. (Sentencia C-579, 2013).

Resulta necesario para el presente artículo partir de la definición de víctima como eje central de la justicia transicional; según las Naciones Unidas son “las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente” (Organización de Las Naciones Unidas, 1985)

Con la ley de víctimas, en el marco del conflicto armado (únicamente con ocasión del mismo), se puede llegar a una definición de víctima como en resumidas cuentas el sujeto pasivo de un daño, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos (Ley 1448, 2011, pág. Art 3). La Corte Constitucional ha señalado que es necesario examinar en cada caso concreto si existe una relación cercana y suficiente con el conflicto armado (Sentencia C-781, 2012). A la par, la Corte Constitucional reafirmó el carácter especial de la ley de víctimas (Sentencia C-280, 2013), aplicable sólo a determinadas situaciones definidas en la legislación interna (Ley 1448, 2011, pág. Art 3).¹

El referente de Justicia Transicional interna es el empleado con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC); por consiguiente, se realizará inicialmente el análisis de la normatividad y decretos durante los años comprendidos entre 1997 y 2012, las cuales tuvieron como fundamento la regulación del proceso de paz llevado a cabo a partir del año 2002 (INDEPAZ, 2016)

¹ Esto es importante porque la ley hace precisiones en el periodo de victimización (A partir del 1º de enero de 1985) e incluye al cónyuge o compañero permanente y al familiar en primer grado de consanguinidad (padres e hijos) siempre que la víctima directa haya muerto o desaparecido; de igual forma reconoce a los miembros de la fuerza pública, y únicamente en el caso de reclutamiento de menores a los miembros de los grupos al margen de la ley desvinculados únicamente como menores de edad.



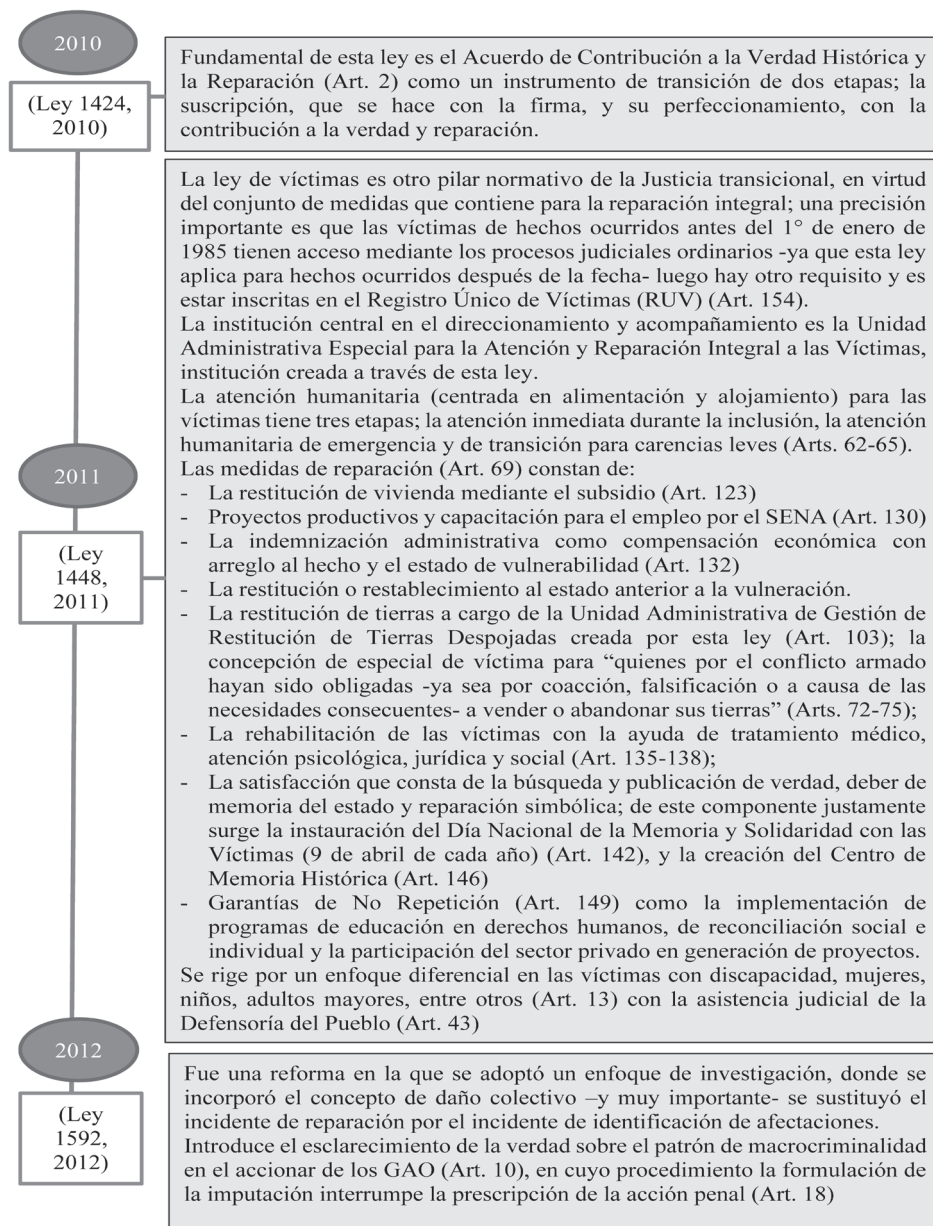


Figura 2. Cronología de leyes y decretos en relación a las víctimas aplicables a la Justicia Transicional de las AUC (Puerto Gutiérrez & Vega, Pérez, L. A., 2020) (Autoría propia)

La Justicia Transicional se caracteriza porque no sólo obedece al carácter “retributivo”, sino que se inclina también (y esencialmente) por la justicia “restaurativa” (Sentencia C-080, 2018), propia de la corriente garantista; esta justicia consiste en el reconocimiento de valores direccionados a “la reconciliación nacional, la reparación de las injusticias y, sobre todo, la reconstrucción de la verdad histórica (...) rehabilitándolas en su dignidad de personas”. (Ferrajoli, 2016, pág. 23)

Han sido claves para el establecimiento de los derechos de las víctimas relatores como Louis Joiner, Van Boven, Cherif Bassiouni, entre otros, debido a que elaboraron los *Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y de abuso del poder* (Rodríguez Barón, 2013), reunidos en tres grandes bloques, que justamente son la verdad, la justicia y la reparación; estos han sido conceptualizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y abordados por la teoría garantista en relación a la justicia transicional.

Tabla 1.

Análisis de los componentes de la Justicia Transicional desde el concepto de la CIDH y la Teoría Garantista (Puerto Gutiérrez & Vega, Pérez, L. A., 2020)
(Autoría propia)

Componentes de la Justicia Transicional		
	<i>Concepto Derecho Internacional</i>	<i>Teoría Garantista</i>
Verdad	<p>Concibe el derecho a la verdad como medida de reparación, ya que significa “una forma de admitir la importancia y el valor de las personas en tanto individuos, víctimas y titulares de derechos” (Organización de las Naciones Unidas, 2012)</p> <p>De igual forma, se resaltan como elementos fundamentales las circunstancias de “modo, tiempo y lugar, las motivaciones y la identificación de los perpetradores” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, pág. 20)</p>	<p>La pacificación requiere de la reconciliación “solamente posible con el resarcimiento moral a las víctimas” por medio del reconocimiento público de todos los crímenes de guerra; “requiere para que la guerra no vuelva a repetirse, la construcción de la memoria colectiva y compartida de los horrores del pasado”, la comprobación de la verdad “promovida por las víctimas o por sus familiares y basado sobre todo en sus testimonios” (Ferrajoli, 2016, pág. 6)</p>

Justicia	<p>La Corte Interamericana ha establecido que el acceso a la justicia se encuentra consagrado en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana (Ventura Robles, 2005)</p> <p>Ello consiste en el “derecho a ser oída –la víctima- con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o autoridad competente, independiente e imparcial”; así como el “derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales” (Organización de los Estados Americanos, 1969)</p>	<p>Esta justicia tiene que tratar “todos y sólo los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad” (Ferrajoli, 2016, pág. 4); con la característica de una pena a cargo de los responsables, es decir, esta se inclina por la “comprobación pública de sus responsabilidades y por tanto por la estigmatización moral y política de sus acciones” (Ferrajoli, 2016, pág. 7)</p>
Reparación	<p>Conforme a Naciones Unidas, (Organización de las Naciones Unidas, 2005) la ausencia de reparación implica o genera impunidad, por tanto, es una obligación del Estado suministrarla y facilitarla.</p> <p>La reparación debe darse tanto por la vía penal como por la civil, administrativa o disciplinaria, para la protección contra actos de intimidación y represalias; de igual modo la reparación también puede proporcionarse mediante programas, basados en medidas legislativas o administrativas (Principio 32), como la garantía de no repetición que puede incluir reformas institucionales estatales (Principio 36)</p>	<p>Su carácter restaurativo se caracteriza por ser tendiente al resarcimiento de las víctimas, antes de ser retributiva (Ferrajoli, 2016, pág. 5), lo cual no es sinónimo de impunidad, pues –la garantía de no repetición excluye la simple impunidad, “sustentada en el olvido del pasado”. (Ferrajoli, 2016, pág. 6).</p> <p>La reparación incluye la garantía de no repetición o “la garantía del nunca más”, como la reconciliación fundamentalmente posible con el resarcimiento moral (Ferrajoli, 2016, pág. 6)</p>

La Corte Constitucional al desarrollar la reparación integral, establece un trato diferenciado como civil o miembro de la fuerza pública; así, aplica únicamente la Ley 1448 de 2011 para la población civil (Sentencia C-161, 2016). A su vez la Corte ha determinado la restitución plena como componente del restablecimiento de la víctima a la situación inicial (Sentencia C-912, 2013).

Tanto el reconocimiento de victimización como el derecho a la reparación de las víctimas es fundamental, no puede ser limitado, negado o desconocido por razones de sostenibilidad fiscal;² a propósito la Corte Constitucional (Sentencia C-753, 2013) ha considerado que este es solo un criterio orientador de las ramas del poder para conseguir los fines del Estado, bajo la misma lógica, la estabilidad fiscal tampoco constituye un criterio que pueda limitar o socavar los derechos fundamentales.

Para entender lo anterior es necesario hacer una precisión sobre la sostenibilidad fiscal, la Corte Constitucional la ha señalado como un fin disciplinar de las finanzas públicas para reducir el déficit fiscal³ y limitar la diferencia entre los ingresos nacionales y el gasto público; “de otro lado, se introdujo el denominado Incidente de Impacto Fiscal, del cual son titulares el Procurador General y los Ministros de Gobierno, para proponer la adecuación de las decisiones judiciales a los recursos fiscales disponibles”. (Sentencia C-753, 2013)

¿Por qué la importancia de recordar la reparación y de establecer el alcance de la sostenibilidad fiscal? Porque la Corte Constitucional destacó también que en escenarios de transición “es necesario hacer ciertas concesiones para lograr la reconciliación y la paz definitiva, siendo que la reparación misma no comprende sólo el componente de indemnización” (Sentencia C-753, 2013). Por último, queda afirmar que es quizá la garantía de no repetición el componente principal de la reparación integral, la cual se sustenta en el aseguramiento de que las organizaciones que perpetraron los crímenes investigados sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión removidas, a fin de evitar que las vulneraciones continuas, masivas y sistemáticas de derechos se repitan (Sentencia C-912, 2013).

El acuerdo de paz en su estructura y desarrollo constituye un conjunto de garantías, “a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación de derechos” (Ferrajoli L. , 2008, pág. 62), desde la centralidad de la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento (Alto Comisionado Para la Paz, 2016, págs. 1-4), (Constitución Política de Colombia, 1991, pág. Art 22).

² La sostenibilidad fiscal consiste en la *Capacidad de un gobierno de hacer frente a sus obligaciones de pago y de mantener la estabilidad macroeconómica*. (Sentencia C-753, 2013)

³ Se presenta un déficit fiscal básicamente cuando el Estado gasta más dinero del que recibe. (Banco de la República de Colombia, 2017)

2. Reconocimiento del desmovilizado de las FARC como víctima en el conflicto armado.

Los derechos fundamentales, como enseña la experiencia, jamás caen de lo alto, sino que se consagran sólo cuando la presión de quien está excluido sobre las puertas de quien está incluido se hace irresistible. Esto significa admitir, en realidad, que no existe, a largo plazo otra alternativa a las guerras y al terrorismo que no sea la efectiva universalización de los derechos fundamentales, de modo que jamás fue más actual e ineludible el nexo entre derechos fundamentales y paz (Ferrajoli L., 2008, pág. 39)

En este capítulo se abordarán principalmente los fundamentos de sustento de victimización de ex miembros de las FARC en el conflicto armado como población no incluida y no reconocida en sus derechos fundamentales; desde la concepción victimológica, hasta la concepción jurídica aplicable en la JEP.

2.1. Concepción victimológica del desmovilizado de las FARC.

Para Peters, (Rodríguez Manzanera, 2002, pág. 107) la victimología tradicional tiene dos clasificaciones pertinentes para el artículo; según a las circunstancias históricas, económicas y sociológicas, y de acuerdo a las variables psicológicas. Es entonces este el marco del cual partiremos para abordar el presente capítulo aterrizado a nuestras víctimas en concreto, los ex integrantes de las FARC como sujetos activos del conflicto armado interno.

2.1.1. Circunstancias históricas

Conforme a Ferrajoli, “en la historia, toda conquista de derechos, todo progreso de la igualdad y de las garantías de la persona, ha sido determinada por el desvelamiento de una discriminación, o de una opresión de sujetos débiles *o distintos*” (Ferrajoli L., 2008, pág. 37) El medio principal para quitar ese velo de “normalidad” que oculta el desconocimiento de derechos en la falta de reconocimiento de toda victimización es justamente la historia, de allí la importancia del componente de verdad en las víctimas.

El origen de las guerrillas surge desde la división política entre los partidos Liberal y Conservador, fundamentalmente a raíz del periodo conocido como *La Violencia*, comprendido desde 1946 hasta 1958 (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pág. 112); con el ascenso del general Rojas Pinilla a la presidencia, se ofrece una amnistía a las guerrillas liberales y a las autodefensas campesinas, amnistía que es rechazada por las segundas en razón a la ofensiva militar que a su vez se desplegó y que precipitaron su transformación en guerrillas revolucionarias.

Se presenta entonces la respuesta estatal durante la presidencia de Guillermo León Valencia (1962-1966) con la operación a Marquetalia, que representó para las FARC la mayor agresión y por tanto victimización campesina; hecho que precipitó el tránsito hacia su definición como organización guerrillera (Pizarro Leongómez, 2004). Con el tiempo, las FARC empieza un proceso de expansión hacia el Magdalena Medio y el Urabá, lo que origina que a su turno, el Gobierno de Turbay Ayala pusiera en marcha una política de *Seguridad Nacional* y con ella el concepto de enemigo interno (Turbay, 1998).

Con el gobierno de Belisario Betancur (1982-1986) surge el deseo de dialogar, dando paso al otorgamiento de amnistías para los delitos políticos de sedición y asonada –lo que significó un cambio en la historia en el tratamiento del orden público, y lo que es más, el reconocimiento político de las guerrillas; esto representó también la creación de la Unión Patriótica (UP) como mecanismo de inserción de guerrilleros de las FARC en la política, con algunos simpatizantes de la izquierda democrática (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pág. 135).

La Constitución actual representó un pacto de paz (Constitución Política de Colombia, 1991, pág. 1) que por demás significaba la esperanza de un Estado Social de Derecho fundamentado en la convivencia pacífica y pluralista, y la garantía de los Derechos Humanos; pero también significó la descentralización política y administrativa (García Largo, Colmenares Laguado, & Rolon Omaña, 2014) -y aun cuando fue un paso importante en el Estado Colombiano- significó también el aprovechamiento por parte de los grupos armados, para su financiación, crecimiento y respaldo político, ya que se establecieron relaciones con candidaturas locales (CNMH, 2014, pág. 225; 257), a tal punto que en algunos territorios ejercían enjuiciamientos y por demás acciones como “ejército del pueblo”⁴.

Sin embargo, la ley de Reforma Agraria y de Desarrollo Rural, aunada a los beneficios de dotación de tierras para los desmovilizados de los acuerdos de paz, el colapso de los referentes internacionales comunistas y la Constitución significaron la deslegitimación de la lucha armada y por tanto de las FARC (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pág. 152), que además fue excluida de la Asamblea Nacional Constituyente.

Se presentó además durante estos años la victimización de lo que representaba la izquierda política con el exterminio de la UP⁵, como también la violencia contra

⁴ Este apelativo surgió de la VII Conferencia Nacional del Secretariado del Estado Mayor Central de las FARC-EP (FARC-EP, 1982)

⁵ Es necesario acotar que la JEP, avocó conocimiento del Caso No. 6 en referencia a la victimización de miembros de la UP por parte de agentes del Estado. De este se extrae el informe de la corporación Reini-

los movimientos políticos que surgieron de las guerrillas y que habían abandonado las armas como fueron la Corriente de Renovación Socialista, Esperanza, Paz y Libertad, y en menor medida, Alianza Democrática M-19; esto dio origen a la VIII Conferencia de 1993, la cual fue crucial para las FARC, debido a que significó la conformación como “ejército revolucionario” direccionado a atacar a las Fuerzas Militares, la entrada del conflicto armado a zona urbana y el desarrollo de un pensamiento político autónomo (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pág. 46).

El cambio se da con la presidencia de Andrés Pastrana, es así como renació el deseo de reactivar el proceso de paz donde los temas centrales fueron el canje de secuestrados por presos políticos, la lucha contra el paramilitarismo y el mantenimiento de una zona de despeje del Caguán; lo que significó el aprovechamiento para el fortalecimiento de su posición militar y sus corredores estratégicos de movilidad (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pág. 166).

Sin embargo, ambos actores desplegaban una lógica política y militar como una forma de hacer la guerra en medio de la paz –lo cual- produjo que el conflicto armado alcanzara la mayor intensidad de la historia colombiana (...) Pero tal vez la acción que afectó la negociación de forma irremediable fue el secuestro y asesinato de tres indigenistas norteamericanos que estaban realizando una campaña de solidaridad a favor de los indígenas uwa en Arauca (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pág. 166).

Lo que finalmente generó el rompimiento de los diálogos fue el secuestro de Jorge Eduardo Gechem Turbay, presidente de la Comisión de Paz del Senado, cometido el 20 de febrero del 2002, por un comando de la columna móvil Teófilo Forero de las FARC (Palacio & Quintero, 2002).

Consecuencia del fracaso mismo de las negociaciones en el Gobierno de Pastrana y el conflicto armado generado a raíz de ello, sube a la presidencia Álvaro Uribe Vélez para el año 2002, este gobierno a través de su política de *Seguridad Democrática* implicó la “presencia permanente y definitiva” de la Fuerza Pública (Presidencia de la República, 2003, pág. 16), así como la “respuesta inmediata con los medios disponibles” (Presidencia de la República, 2003, pág. 18); lo que significó la exclusión de toda posibilidad de diálogos con la guerrilla e implicó la mayor ofensiva política, militar y jurídica en la historia del conflicto colombiano; esto generó incluso las ejecuciones extrajudiciales o llamados “falsos positivos”

ciar que referencia un total de 9359 violaciones; la Fiscalía por su parte conoce de 1620, donde nada más de la Ley 600 (479 procesos) “el 59.21% de los casos no han superado etapa de investigación previa”, la Fiscalía “reconoce la actuación insuficiente” frente al caso. (JEP, 2019)

como respuesta a los incentivos dentro de la institución castrense⁶ (Cárdenas & Villa, 2015).

Para Ferrajoli, aquella política de “seguridad democrática” ha tenido el efecto de añadir a la violencia de la guerrilla la violencia no menos grave de las formaciones paramilitares y de unos sectores de las mismas Fuerzas del Estado, lo que confirma que una de las garantías para la consolidación de paz interior y comunidad nacional, es la salvaguardia “en la exhibición y en el desarrollo de las formas jurídicas del Estado de derecho” (Ferrajoli, 2016, págs. 8-9).

En el gobierno de Juan Manuel Santos, cuyo periodo comprendió desde el 2010 hasta mediados del 2018, se propendió por una postura de acuerdo con el grupo revolucionario, “convirtiendo a las víctimas y la solución política del conflicto en sus dos banderas de gobierno” (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pág. 189) que se materializó el 04 de septiembre de 2012 con el anuncio del acuerdo general para la terminación del conflicto (Caracol Radio, 2014); lo que implicó la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) que empezó a funcionar desde el 04 de abril de 2017 (Acto Legislativo 01, 2017) a partir de la aprobación del Acto Legislativo (Decreto 522, 2018) avalada por la Corte Constitucional (Sentencia C-674, 2017).

2.1.2. Circunstancias económicas y sociológicas

El conflicto armado ha debilitado la infraestructura social y física en ciertas zonas del país provocando problemas como el desabastecimiento de la población, la exposición a enfermedades y problemas de salud, convirtiéndose esta situación en un círculo donde los mismos factores que imposibilitan el desarrollo, son a su vez el resultado del conflicto armado (Guzmán Quintero, 2009).

El factor económico –sin lugar a dudas– ha sido el desencadenante principal de los enfrentamientos entre el Estado y las guerrillas, concretamente en lo que respecta a tierras, debido a que “la tenencia de la misma está relacionada con tres necesidades básicas; vivienda, alimentación y trabajo/ingreso” (El Heraldo, 2015).

Escenarios como Agro ingreso seguro, donde se condenó judicialmente al entonces ministro de agricultura Andrés Felipe Arias por la realización de los

⁶ La JEP también ha abocado conocimiento frente a los “falsos positivos” como “muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por parte de agentes del estado”, mediante listados del Ministerio de Defensa con un total de 1.944 miembros de la fuerza pública con voluntad para comparecer; así mismo se resalta que a juzgar por el informe de la Fiscalía, éste “fenómeno” aumenta “de manera sustancial a partir del año 2002 y muestra su etapa más crítica entre 2006 y 2008. (Auto 005, 2018)

delitos de celebración indebida de contratos y peculado por apropiación⁷ (Díaz Gamboa, 2013, pág. 96); “la política locomotora minero-energética impulsada por el Gobierno de Santos, o la lucha emprendida contra Maurel and Prom, Omega Energy y otras multinacionales que han afectado los acuíferos y perjudicado de por vida los terrenos con vocación agrícola o ganadera” (Díaz Gamboa, 2013, pág. 98), han sido muestra de la vulneración de derechos en el sector agrícola y por consiguiente, victimización de la población campesina; aunado a hechos como el desplazamiento forzado, la precariedad de sus condiciones y la falta de políticas públicas (CNMH, 2015, pág. 18), como de interés del Gobierno por la protección de los recursos naturales y la explotación consecuyente debido a intereses económicos (CNMH, 2015, pág. 134).

La falta de educación y de empleo son también factores determinantes del conflicto armado porque propician el “desconocimiento de actividades legales a las que se pueden incorporar, de métodos para crear empresas, de instituciones a las que pueden acceder, entre otros” (Guzmán Quintero, 2009, pág. 3); problemática que no ha sido bien abordada, en vista de que la política colombiana ha puesto la solución del conflicto únicamente en términos militares, aun si “es un problema que empieza desde los sectores político, social y económico”. (Guzmán Quintero, 2009, pág. 22).

Es por tanto una realidad que, los antiguos miembros de las FARC han sido también víctimas en el conflicto armado por parte de agentes externos, pues la violencia y el desconocimiento de derechos no conoce de una singularidad de sujeto (Caro Perdomo, y otros, 2013); por ello también se ha probado la participación activa de los agentes estatales como perpetradores de crímenes, en especial por “el grado particular de legalidad y por tanto de responsabilidad que comprende” (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pág. 20). Muchas de estas violaciones han sido fundamento en la conformación del movimiento guerrillero, pero también dentro de la organización se han presentado victimizaciones por parte de compañeros del grupo armado, como el reclutamiento de menores (Asprilla, 2016) o la victimización sexual (CNMH, 2017).

2.1.3 Circunstancias psicológicas.

Nos llamó la atención que –no tenían– los síntomas clásicos del estrés postraumático. (...) sino que los modelan de alguna manera porque en la guerrilla se

⁷ En este caso actualmente se estudia la posibilidad de la Doble Instancia, donde existen dos posturas; la aprobación mediante legislación interna luego de la sentencia condenatoria (Acto Legislativo 01, 2018) y el reconocimiento ya existente por tratados internacionales (Organización de los Estados Americanos, 1969); hasta ahora ha sido admitida la Tutela en este caso en concreto por la Corte Constitucional (Semana, 2019).

mata al más débil -Y - Nos dimos cuenta de que a veces no los evaluamos bien ni completamente, tenemos sesgos, miedos. (...) Cuando el personal empezó a ver los cuadros psiquiátricos entendieron que el haber agredido a otras personas, el haber matado a otras personas, también es una fuente de estrés. *Ya no los vieron sólo como los victimarios, sino como víctimas* (Bravo Medina, 2016).

La cita anterior corresponde a un informe periodístico sobre un estudio psicológico realizado en el año 2008 por el psiquiatra Andrés de la Espriella a 76 desmovilizados de grupos guerrilleros, cuyo resultado resalta el padecimiento del Trastorno de Estrés Postraumático⁸; el estudio psicológico reveló además que 35 de los 76 entrevistados expresaban deseos suicidas, siete de ellos presentaban trastorno de descontrol, 6 tenían episodios de esquizofrenia paranoide⁹, 4 casos de episodios psicóticos agudos¹⁰, 3 de ellos fueron diagnosticados con depresión, 2 con trastorno de ansiedad y 1 con trastorno afectivo bipolar¹¹; de igual modo, de este estudio se extrae el consumo de sustancias psicoactivas (Bravo Medina, 2016), las cuales se referencian a continuación:

Tabla 2.

Adicción a sustancias psicoactivas de ex integrantes de las FARC.
(Puerto Gutiérrez & Vega, Pérez, L. A., 2020)¹²;

Sustancias Psicoactivas	Porcentaje de consumidores
Cocaína	84,21%
Cocaína y bazuco	73,68%
Solventes	31,58%
Otras sustancias (Anfetaminas y heroína)	25%

⁸ El trastorno por estrés postraumático (también conocido como TEPT) es un trastorno que algunas personas presentan después de haber vivido o presenciado un acontecimiento impactante, terrorífico o peligroso (...) Las personas con este trastorno pueden sentirse estresadas o asustadas, incluso sin estar en situaciones de peligro. Los síntomas de este trastorno son la reviviscencia (Revivir el acontecimiento traumático), síntoma de evasión, hipervigilancia y reactividad (sobresaltos, dificultad para dormir) y síntomas cognitivos y del estado de ánimo (Problemas para recordar, pensamientos negativos, remordimiento) (Instituto Nacional de Salud Mental, 2016, págs. 1-3).

⁹ En este tipo de esquizofrenia predominan los delirios relativamente estables, los cuales se acompañan habitualmente de alucinaciones, de tipo auditivo, olfatoria, gustativo o sensorial y perturbaciones de la percepción. (Velazco Fajardo & et al., 2018)

¹⁰ “Actualmente se prefiere utilizar la expresión episodio psicótico para calificar a un tipo de síntomas que pueden aparecer en diversas enfermedades médicas o psiquiátricas y que implican una distorsión, en la esfera del pensamiento (delirios) o perceptiva (alucinaciones)” (Mingote Adán & et al., 2007)

¹¹ “Un diagnóstico de trastorno afectivo bipolar requiere la existencia de al menos dos episodios de alteración del humor, uno de los cuales debe ser maníaco o hipomaniaco.” (Ministerio de Sanidad, 2012, pág. 63.

¹² Esquema acorde al estudio psicológico de desmovilizados (De la Espriella, 2016).

Los antiguos miembros de las FARC como víctimas, también necesitan de la sanación de las heridas mentales que por demás debe involucrar otras esferas; como la atención integral en salud y la justicia, necesaria para la recuperación y la cura ante el resentimiento, que finalmente ha sido otro de los factores que ha generado el que estas personas hagan parte de esta organización ilegal armada (Organización Panamericana de la Salud, 2006, pág. 9).

2.2 Concepción jurídica del desmovilizado de las FARC como víctima.

2.2.1 Normatividad internacional aplicable al Reconocimiento de Victimización.

Uno de los momentos controversiales en el proceso de diálogo con el Gobierno colombiano se dio precisamente con la propuesta de los representantes de las FARC de que los combatientes del conflicto -tanto guerrilleros como militares- fueran reconocidos como víctimas “en el marco del Derecho Internacional” (El Espectador, 2014); adicionalmente, los ex integrantes de las FARC proponían se tuvieran igualmente en cuenta las normas de jurisdicción guerrillera (Delegación de Paz, las FARC-EP, 2014).

La aplicación del Derecho Internacional tiene respaldo en la teoría garantista, en virtud de que muchas de las respuestas de los retos contemporáneos están más allá de las fronteras territoriales, tanto es así que “tampoco existe ya, al menos en el plano jurídico, la soberanía externa, ya que los Estados se han sometido al *pactum subiectionis* (...) con la prohibición de la guerra y la obligación de respeto de los derechos fundamentales” (Ferrajoli L., 2008, pág. 29). Otro aspecto pertinente para este punto del artículo es la concepción garantista de la justicia transicional aplicable a todos los actores del conflicto; por lo cual forman parte de la justicia los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad “no sólo de la guerrilla sino también de *contra guerrilla*” (Ferrajoli, 2016, pág. 4)

Esto puede sustentarse en la normatividad internacional misma, respaldada por la Carta Nacional (Constitución Política de Colombia, 1991, pág. Art 93), que establece a su vez la prohibición de toda distinción en el ejercicio de derechos y libertades (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, art. 2) y asegura la igualdad de protección legal (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, art. 7); por su parte el Acuerdo de Paz establece:

Teniendo presente que el nuevo Acuerdo Final recoge todos y cada uno de los acuerdos alcanzados (...) se han ceñido a los principios del Derecho Internacional, del DIDH, del DIH (Convenios y Protocolos), de lo mandado por el Estatuto de

Roma (Derecho Internacional Penal), de los fallos proferidos por la CIDH relativos a los conflictos y su terminación, y demás sentencias de competencias reconocidas universalmente (Alto Comisionado Para la Paz, 2016, pág. 2).

Del párrafo anterior puede entenderse que el Acuerdo se ajusta al Derecho Internacional en cada uno de los contenidos referenciados, es el DIH aplicable en el marco del conflicto armado para limitar el uso de la violencia (CICR, 2012), esto debido a que le interesa la persona en medio de la guerra, no las causales de esta; de este se desprende el Derecho de Ginebra, en cuyo seno se adoptan dos protocolos adicionales, donde el eje fundamental para el artículo es el aplicable a los conflictos armados internos (CICR, 1977)

Este determina (y se sustenta en el contenido del derecho humanitario en general) que son víctimas aquellas personas que privadas o no de la libertad, no participen o “hayan dejado de participar” en las hostilidades Protocolo II, (1977), art. 4; de igual modo todos los heridos, enfermos y náufragos “hayan o no tomado parte del conflicto armado” Protocolo II, (1977), art. 7 y cuya situación pueda ser aprovechada por “el bando” contrario. Esto significa que los antiguos miembros de las FARC, como combatientes pueden ser consideradas víctimas en estas condiciones; lo que viene a ser diferente en caso de morir en combate, pues es en razón al combate mismo que adquiere la condición de combatiente (UIP & CICR, 2018, pág. 86).

2.2.2 Normatividad interna y jurisprudencia aplicable al Reconocimiento de Victimización

Existe una incertidumbre en el alcance del concepto de víctima para la protección del desmovilizado, debido a las inconsistencias entre la ley de víctimas (Ley 1448, 2011) como ley central y la jurisprudencia, conceptos que se abordarán en detalle seguidamente;

Tabla 3.

Inconsistencias entre la Ley de Víctimas y la Jurisprudencia (Corte Constitucional) (Puerto Gutiérrez & Vega, Pérez, L. A., 2020) (Autoría propia)

Ley de Víctimas (Ley 1448, 2011)	Corte Constitucional
Como se observó en los antecedentes jurídicos de la Justicia Transicional, la ley de víctimas delimita la concepción de víctima al sujeto pasivo de un daño, que constituya una infracción al DIH o norma Internacional de Derechos Humanos (Ley	La Corte Constitucional ha determinado el alcance del principio de distinción, cuya protección comprende “no solamente a las personas civiles, sino también, dentro de la categoría más amplia de no combatientes, a las personas que, habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera de combate”,

1448, 2011); como ya lo había observado Pico, M. A. (2016) “No hay arreglo a esta condición” (como víctima) –pues- no hace meollo en la especificación como ciudadano; sin embargo, la misma ley señala que los miembros de los GAO “no son considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado siendo menores de edad” (Ley 1448, 2011, págs. Art. 3, par. 2).

Este párrafo significa al menos una seria contradicción legal, y “supone equivocadamente que la permanencia en el grupo armado ilegal a partir del día que cumplen 18 años es voluntaria lo que puede no corresponder a la realidad y lo que viene a suponer una posición arbitraria”. (Organización de Las Naciones Unidas, 2011)

Esta definición invisibiliza las circunstancias de victimización de los combatientes guerrilleros; es una talanquera para una real solución no militar del conflicto ¿Por qué? Porque traslada la asimetría de nuestro conflicto al plano jurídico, generando una casuística que no ayuda a la reconciliación. (Carvajal, 2015)

esto bajo el principio de distinción en las siguientes circunstancias; (Sentencia C-291, 2007)

- *Estar en poder de otro actor armado en el conflicto*
- *No poder defenderse en razón de estar inconscientes, haber naufragado, estar heridas o estar enfermas*
- *Haber expresado en forma clara su intención de rendirse, sin incurrir en actos hostiles y de intentos de evasión.*

La Corte Constitucional también reconoció que estas personas gozan de igual protección, en virtud del principio humanitario (fundamentado en el respeto por la persona humana), en contextos de conflicto armado como el colombiano. (Sentencia C-291, 2007)

El desconocimiento legal de los ex integrantes como víctimas, es contrario al principio de igualdad (Constitución Política de Colombia, 1991, pág. Art 13), que supone una obligación negativa del Estado en abstenerse de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a una diferenciación arbitraria, y, por otra parte, una obligación positiva de actuar en el marco del respeto a la igualdad (Sentencia C-516, 2007).

Antes de concluir, es necesario plantear el pronunciamiento de la Corte Constitucional frente a la Ley de Víctimas; allí se demandó el párrafo estudiado (Ley 1448, 2011, págs. Art. 3, par. 2) donde la Corte expuso correctamente el problema jurídico, pero al final se avaló la cuestionada postura; para el desarrollo del artículo, se realizará una síntesis de los fundamentos frente al mismo, desde la siguiente frase:

Para la Corte resulta claro que la condición de integrante de un grupo armado organizado al margen de la ley, es relevante para determinar la aplicación o no del conjunto de beneficios especiales previstos en la ley, y, en cuanto que el criterio

fijado por el legislador no excluye a dichas personas de la posibilidad de acceder a los mecanismos ordinarios (...) ni los sustrae del ámbito de protección contemplado en instrumentos internacionales (Sentencia C-253A, 2012).

La sentencia también aborda la procedencia del test de igualdad (Sentencia C-253A, 2012), que aplica para los sujetos de estudio si se toma en consideración que se trata de grupo marginado; existe un desconocimiento de derechos fundamentales, y se incorpora un privilegio exclusivo, puesto que es la única población no reconocida, en vista de que reconoce como víctimas, sin limitación alguna a población civil y militares.

La Corte se remite a las normas de DIH y de DIDH, como parte del bloque de constitucionalidad, que reconocen a los combatientes como víctimas en caso de deponer las armas por captura, rendición u otra de las causas ya establecidas en el punto anterior. La sentencia toca un tema muy importante, y es la situación de riesgo en que se encuentran “quienes están en los movimientos al margen de la ley” (Sentencia C-253A, 2012), en su condición de agentes provocadores, como en el caso de las minas anti-persona.



Figura 3. Pérdida de miembro por minas anti-persona. Reinaldo Torres, desmovilizado de las FARC. 24 de abril, 2017. Fotografía: Álvarez, D. Foto tomada en la Zona Veredal objeto de estudio (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 72)

Así mismo, la Corte resalta los instrumentos que se han creado para obtener la desmovilización y la reinserción de los integrantes de los GAO y “dentro de los cuales existen programas de apoyo destinados a permitir la reconciliación nacional” (Sentencia C-253A, 2012); frente a este tema, a pesar de que en el Acuerdo mismo no se encontró un reconocimiento expreso de los mismos como víctimas “salvo en los casos excepcionales” (Alto Comisionado Para la Paz, 2016), sí incluye estas medidas para la reincorporación a la vida civil, que son además beneficios económicos y sociales, dirigidos al bienestar y seguridad de los excombatientes, establecidos por vía de Decreto Ley (Decreto 899, 2017).

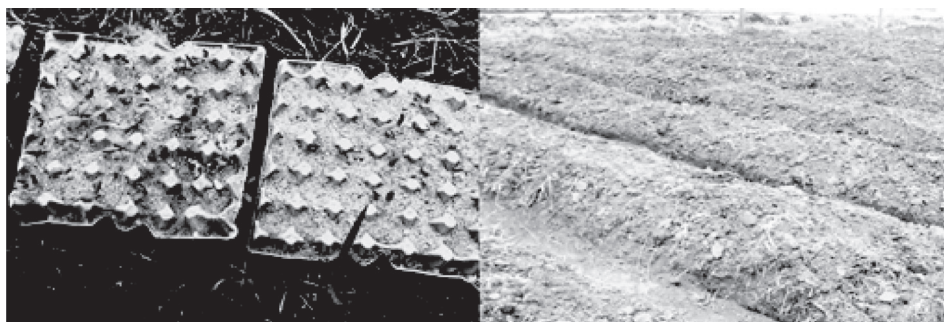


Figura 4. Medidas de Reincorporación. Preparación de terrenos para cultivos lícitos. 24 de abril, 2017. Fotografía: Álvarez, D. Foto tomada en la Zona Veredal. (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 60).

Lo anterior es importante debido a que la garantía más eficaz de la paz es la igualdad de todos, realizable con la construcción de un eficiente estado social con base en una política fiscal de redistribución de la riqueza (Ferrajoli, 2016, pág. 17); al respecto, estas medidas contienen dentro de sus garantías a los excombatientes la asignación única de normalización, el sistema de protección social, en salud y vejez, los programas especiales (reincorporación de menores y atención de enfermedades) y demás proyectos colectivos (Decreto 899, 2017)

La asignación única de normalización es “un beneficio económico que se otorga a cada uno de los integrantes de las FARC-EP una vez finalizadas las Zonas Veredales Transitorias de Normalización”, por una sola vez y equivalente a dos millones de pesos. (Decreto 899, 2017, pág. 9). Este Decreto a su vez, consagra la denominada renta básica, cuya entrega consta de un periodo de 24 meses, siempre que el beneficiario “no tenga un vínculo contractual, laboral, legal y reglamentario, o un contrato de cualquier naturaleza que *les genere ingresos*”; la renta equivale “al 90% del Salario Mínimo Mensual Legal Vigente en el momento de su reconocimiento” (Decreto 899, 2017, pág. 10). El artículo 9° por su parte regula lo referente al sistema de protección social, en salud y vejez de los ex miembros de las FARC –cuyos beneficiarios no se encuentren vinculados a actividades generadoras de ingresos, de cualquier naturaleza, serán garantizadas por el Gobierno Nacional durante un período de 24 meses. (Decreto 899, 2017, pág. 10)

El Decreto también se ocupa de los menores de edad que hayan salido de los campamentos desde el inicio de las conversaciones de paz o hasta la finalización, por medio de medidas especiales de atención y protección para reincorporación de menores, que prioricen su reagrupación familiar en función del interés superior del menor (Decreto 899, 2017, pág. 8)

Otros programas que incluye el presente decreto en atención a antiguos miembros de las FARC es el programa de atención especial de enfermedades de alto costo y de rehabilitación de lesiones derivadas del conflicto, y el programa de atención especial mediante renta básica para lisiados del conflicto con incapacidad permanente. (Decreto 899, 2017, pág. 12) Este Decreto no solo busca la reincorporación con la implementación de programas dirigidos específicamente a los ex miembros de las FARC, sino también a la población, con la pedagogía a los municipios, de manera que la resocialización sea efectiva también en el hecho de que la población genere la facilidad de acceso (Sanguino Cuellar & Baene Angarita, 2016).



Figura. 5. Construcción de la Zona Veredal “Héctor Ramírez”. (24 de abril, 2018. Fotografía: Álvarez, D) (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 61).

Es importante señalar las diez curules que fueron asignadas a los desmovilizados ocupadas el pasado 20 de julio, que son reconocidas constitucionalmente como modalidades de representación democrática; con la función instrumental de pluralismo, como también de garante en la inclusión de grupos tradicionalmente discriminados, y, por tanto, una mayor eficacia en los derechos fundamentales. Estas curules establecen una prerrogativa a favor del grupo desmovilizado (delegado ante el CNE) constituido en una agrupación política con personería jurídica. (Sentencia C-027, 2018). Para la Corte Constitucional, dicha prerrogativa;

No tiene la connotación de alterar significativamente un eje fundacional de la Constitución, menos constituye un reemplazo, supresión o sustracción de la identidad de sus rasgos característicos. Al contrario, se evidencia prioritaria la garantía de representación (un delegado) para el nuevo partido (...) dado que se pretende una composición plural que otorgue mayores garantías que la sola integración del Congreso, -y- garantía de la transparencia electoral. (Sentencia C-027, 2018)

Esto desde la perspectiva de la teoría garantista, es fundamental, ya que la solución pacífica de los conflictos está asegurada por la democracia, basada en la participación del poder legislativo, donde los partícipes son las fuerzas sociales antagonistas, representadas por los partidos políticos; “lo que importa, en efecto, es la recíproca legitimación de las fuerzas políticas en conflicto a través de su representación y su pública confrontación –en el debate” (Ferrajoli, 2016, págs. 15-16) El pluralismo político que debe ser también una garantía en sentido proporcional a nivel local, que se ha visto reflejado en las elecciones regionales, con más de 300 candidatos pertenecientes al partido FARC (El Colombiano, 2019).

2.3.3 Visualización y tratamiento jurídico del desmovilizado: *Situación actual.*

El Acuerdo de Paz ha tenido grandes dificultades en su implementación, funcionamiento y cumplimiento (Matias Camargo, 2019); en el reporte de seguimiento al proceso de paz acordado entre las FARC y el Gobierno Nacional, la comisión de la ONU en Colombia alertó sobre el aumento de homicidios de ex combatientes, con un total de 106 homicidios en el año 2018 y lo que lleva del 2019 (El Colombiano, 2019)¹³. Con las objeciones presentadas por el Gobierno Nacional a la ley estatutaria de la JEP (Ley 1957, 2019) por inconveniencia¹⁴, estudiadas por el Senado y la Cámara de Representantes con una votación negativa, verificada luego por la Corte Constitucional (Auto 282, 2019), se trató la limitación de las facultades de la JEP frente a la extradición en la verificación de la ocurrencia de los hechos; cuestionando la posible contradicción frente al impedimento para “*practicar pruebas* ni pronunciarse *sobre el fondo del asunto, ni sobre la responsabilidad* de quien fuere solicitado en extradición” (Ley 1922, 2018).

De ahí la concreción o delimitación del término *practicar* y si este abarca la facultad de solicitar pruebas, puesto que es necesario en la verificación de la fecha de los hechos por los que se pide la extradición. (Jerez, 2019) Sin embargo, este

¹³ Según el jefe de la comisión de la ONU, Carlos Ruiz, se han presentado un total de 137 homicidios de excombatientes (El Colombiano, 2019)

¹⁴ Objeciones que a consideración del Gobierno podía significar la falta de claridad de la obligación de los victimarios de reparar con sus bienes y activos a las víctimas (Ley 1957, 2019, pág. Art 7); la falta de determinación del alcance de la competencia atribuida al Alto Comisionado para la Paz para verificar la lista de quienes se sometieron al proceso de paz. (Ley 1957, 2019, págs. Art. 63, inc. 8); la falta de precisión de las diligencias judiciales que la Fiscalía debe abstenerse de realizar (Ley 1957, 2019, págs. Art. 79, inc. 3, lit j) la renuncia a la acción penal frente a los crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra en relación con quienes no son máximos responsables (Ley 1957, 2019, págs. Art. 19, par. 2) y el condicionamiento de la extradición de terceros al ofrecimiento de la verdad (Ley 1957, 2019, pág. Art 153).

tema ya había sido abordado por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia (CSJ) que establecieron esta facultad de la JEP; de manera expresa la Corte Constitucional ha dicho:

Corresponderá a la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz evaluar la conducta atribuida para determinar la fecha precisa de su realización y decidir el procedimiento apropiado (...) garantiza que la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz *disponga del material probatorio necesario* para realizar la evaluación que le corresponde (Sentencia C-080, 2018).

Como también, la Corte Constitucional, ha dicho expresamente que la JEP para determinar la fecha del eventual delito “*podrá decretar todas las pruebas necesarias*” (Auto 401, 2018). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho;

[...] en virtud de la competencia de la J.E.P., las solicitudes de extradición que recaigan sobre ex integrantes de las FARC, desmovilizados en virtud del Acuerdo de Paz y que se hayan acogido a la J.E.P., han de ser conocidas por esa jurisdicción especial. Sólo ella es la habilitada constitucional y legalmente para calificar y *constatar si se dan los presupuestos materiales* (Auto AP-2176, 2018)

El Acuerdo de Paz firmado en el Teatro Colón ha tenido también una reestructuración unilateral por parte del Estado; adicionalmente, no se ha adelantado por parte del Gobierno temas sustanciales como la reforma agraria que se proyectó desde la mesa de negociación¹⁵ (PARES, 2018), por tanto, la pregunta ahora es si luego del acuerdo existe una re-victimización ante el desconocimiento del mismo.

Frente a las disidencias que comunicaron su intención de rearmarse¹⁶, la JEP tomó dos decisiones trascendentales; la Sala de Reconocimiento resolvió revocar como medida cautelar las libertades y suspensión de órdenes de captura, e iniciar

¹⁵ Resulta necesario para un mejor análisis del artículo resaltar aspectos importantes del contenido de la reforma rural cuales son la creación de un Fondo de Tierras de distribución gratuita para campesinos que comprenda la integralidad de los medios como son capital semilla, crédito y asistencia técnica; el fortalecimiento de subsidios integrales y líneas de crédito para compra; la creación de una jurisdicción agraria; la marcha del catastro rural, zonificación ambiental y protección de las áreas de especial interés ambiental; planes nacionales de reducción de la pobreza rural en un 50%; medidas para fortalecer la producción y los mercados locales y regionales; y planes de acción para la transformación regional (cultivos ilícitos) (Gobierno Nacional, 2016)

¹⁶ A través de video, el “Movimiento Bolivariano por la Nueva Colombia” anunciaron el rearme, así como la intención de alianza con la guerrilla del ELN y la financiación mediante la “impuestación” de las economías ilegales y multinacionales. Este video constituye hecho notorio de la voluntad de los comparecientes y, por tanto, plena prueba (Auto 181, 2019)

un incidente de incumplimiento (Ley 1922, 2018, pág. Tít 4. cap. único), que, en consecuencia, excluyó a los desertores (Comunicado 145, 2019); lo que reanuda el proceso en la justicia ordinaria en la misma etapa en que se encontraba al momento de ser trasladado a la JEP y con las mismas medidas de aseguramiento¹⁷ (Auto 181, 2019).

De igual forma, la Sala de Reconocimiento de Verdad ordenó la captura de Iván Márquez, Henry Castellanos, Manuel Sierra y José Lesmes; (Comunicado 145, 2019) En el caso de Hernández Solarte, alias “Santrich”, la JEP se sostuvo en la orden emitida por la Corte Suprema de Justicia (Gómez Rojas, 2019)¹⁸.

El argumento central para tomar la decisión es el deber del Estado de proteger los derechos de las víctimas, entre ellos el de no repetición, de este derecho surge “la imposición para los combatientes de la obligación no sólo de entregar las armas sino de no volver a hacer uso de ellas” cuyo incumplimiento genera la pérdida de todo tratamiento especial. (Auto 181, 2019). Por su parte la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz de la JEP excluyó a Hernández Solarte al declararlo desertor manifiesto del proceso de paz¹⁹, y en consecuencia la JEP queda sin competencia ni jurisdicción (Comunicado 132, 2019). Lo cual genera que estos disidentes pertenezcan a la categoría de Grupo Armado Organizado Residual (GAOR) y se les aplique lo concerniente a los GAOs (Ley 1908, 2018).

Finalmente queda por destacar la importancia de generar un buen enfoque en la JEP para erradicar las graves desigualdades que subyacen del conflicto armado propio de la justicia distributiva, como el reconocimiento de victimización sin discriminación de condición alguna. Se destaca del acuerdo las medidas de transición como la redistribución de tierras o las restauraciones truncadas, las cuales “han venido ganando un importante espacio en el espectro discursivo y práctico de la justicia transicional” (Ardila Arévalo, 2019).

¹⁷ No cuenta la prescripción en el término en el que el proceso permaneció en la JEP (Ámbito Jurídico, 2019)

¹⁸ La Corte Suprema de Justicia resolvió dictar orden de captura a Hernández Solarte por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, nacionalizada y remitida a la oficina central nacional INTERPOL para activar el trámite de publicación de notificación roja. (Gómez Rojas, 2019)

¹⁹ En este punto es importante recordar que la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz resolvió aplicar la garantía de no extradición a favor del señor Hernández Solarte, resolución que en el presente fallo quedó sin efectos. (Auto SRT-AE-030, 2019)

3. Concepción de víctima del desmovilizado y aceptación social.

Finalmente, para responder a la pregunta de investigación ¿Son los integrantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia víctimas como sujetos activos del conflicto armado interno en la JEP?; se realizará un análisis del trabajo de campo realizado en la Zona Veredal Transitoria de Normalización “Héctor Ramírez”, localizada en la Vereda Agua Bonita del municipio de Montañita, departamento del Caquetá (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019).



Figura 6. Zona Veredal Transitoria de Normalización “Héctor Ramírez” (24 de abril, 2017.
Fotografía: Álvarez, D) (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 68).

3.1. Victimización en los factores de ingreso y Autorreconocimiento del desmovilizado como víctima.

Para determinar los patrones no solo de victimización sino del origen del conflicto armado se tomó el análisis de las entrevistas a un total de diez desmovilizados (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 68), para llegar a unas conclusiones generales frente a los criterios más sobresalientes que son los datos sociodemográficos, y las consideraciones personales de victimización.

Tabla 4.*Causales de victimización; Datos sociodemográficos.*

(Puerto Gutiérrez & Vega, Pérez, L. A., 2020)

(Autoría propia)²⁰

Datos Sociodemográficos	
Área de procedencia	Del total de los entrevistados, la mayoría son oriundos de áreas rurales (80%), (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 89) , lo que pondría remitirnos a las variables sociológicas estudiadas, en consideración a las razones de ingreso y al origen mismo de las guerrillas, por la defensa del territorio (Saumeth Cadavid, 2014),
Escolarización	De igual modo, la entrevista evidencia la falta de escolarización en la mayoría de la población entrevistada (80%), dado que uno de los problemas centrales del conflicto armado es la educación (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 89) . En un país donde sólo un 51% de los jóvenes desplazados asisten a la escuela secundaria, y un 63% de los no desplazados. (Organización de las Naciones Unidas, 2011, pág. 243) Dentro de los argumentos que solidifican la postura de que la falta de educación fomenta la violencia y el conflicto armado es que la insuficiencia educativa aumenta el riesgo de desempleo y pobreza, factores determinantes del conflicto armado; la percepción de desigualdad al no tener acceso a la educación, que alimenta el sentimiento de injusticia; y la ausencia del sentimiento de identidad (Organización de las Naciones Unidas, 2011, pág. 181)
Edad de ingreso	Los entrevistados también reflejaron una cantidad considerable de ex integrantes que ingresaron como menores de edad (la mitad de quienes contestaron la pregunta) (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 89). Esto refleja una causal de victimización como es el reclutamiento de menores prohibido por el Derecho Internacional (CICR, 1977, pág. Art 77)

La totalidad de los entrevistados llegó a considerarse víctima del conflicto armado (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. Art 91), en diferentes momentos y escenarios; algunos a nivel personal, otros según las afectaciones a la familia; ya sea antes de ingresar a las filas guerrilleras a causa de las condiciones de desigualdad y el olvido estatal; como al ser miembro de la guerrilla por compañeros

²⁰ La tabla se basa en la tesis “Reconocimiento de los sujetos activos del conflicto armado interno (FARC) como víctimas dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz” (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019).

o miembros del ejército, y luego de desmovilizarse (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. Art 90). Por lo que se realizará un análisis de cada entrevista, respecto a la vulneración que más se destaca, a fin de no reiterar conceptos.

Tabla 5.

Momentos y escenarios de victimización.
(Puerto Gutiérrez & Vega, Pérez, L. A., 2020)²¹

Entrevistado (a)	Momento y escenario de victimización
Entrevista semi-estructurada “Reconocimiento de los sujetos activos (FARC) como víctimas dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz	Victimización en el proceso de reincorporación a falta de una prestación de salud con arreglo a lo acordado; “La necesidad de hacer unas revisiones médicas con especialistas (...) y hasta el sol de hoy no se ha solucionado nada de eso. Tenemos por ejemplo compañeros que presentan problemas de Leishmaniasis” ²² (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 131); como también refleja la realidad dentro de las filas del grupo guerrillero; “y en ocasiones a esas muchachas la planificación no les funcionaba y recurría a hacer el aborto” (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 137), lo que constituye violencia sexual, que para la Corte, conforme al Derecho internacional, “dependiendo de las circunstancias de su comisión” puede ser “un crimen de guerra o de lesa humanidad” (Auto 902, 2008)
Entrevista semi-estructurada “Reconocimiento de los sujetos activos (FARC) como víctimas dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz	De la entrevista se destaca la remisión a la operación Marquetalia, (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 155) (tratada en las circunstancias históricas del artículo) que representó un hecho clave en el inicio del conflicto armado “contemporáneo” (Rueda Navarro, 2014).

²¹ La tabla se basa en la Entrevista semi-estructurada de la tesis “Reconocimiento de los sujetos activos del conflicto armado interno (FARC) como víctimas dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz” (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 126).

²² La leishmaniasis es una “enfermedad parasitaria por la picadura de un mosquito. Las –formas– más comunes son la cutánea y la visceral. El tipo cutáneo causa llagas en la piel. El tipo visceral afecta los órganos internos como el hígado y la médula ósea” (Medline Plus, 2018)

Entrevista semi-estructurada

“Reconocimiento de los Sujetos Activos del conflicto armado interno (FARC) como víctimas dentro de la jurisdicción especial para la paz

Pone a discusión la pérdida de miembro (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 169) como agente provocador, al ser consecuencia de minas anti-persona y no configurar una causal de victimización (Sentencia C-253A, 2012). Así mismo se habla de víctima indirecta (Sentencia Casación 48348, 2019), y abre discusión de nuevo frente a la ley de víctimas, pues se trata del desmovilizado en caso de ser familiar de víctima directa (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 172), ya que la ley contiene únicamente ese reconocimiento para el familiar (Ley 1448, 2011, págs. Art. 3, par. 2). De igual forma relata hechos de violación y tortura, cuyas víctimas eran guerrilleras por parte del ejército (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 172).

Entrevista semi-estructurada

“Reconocimiento de los Sujetos Activos del conflicto armado interno (FARC) como víctimas dentro de la jurisdicción especial para la paz-

Evidencia la presión psicológica del conflicto armado (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 179), con factores como la ansiedad reflejada en la inestabilidad en el apetito y el sueño, y la pérdida de memoria a corto plazo (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, págs. 180-181).

Entrevista semi-estructurada “Reconocimiento de los sujetos activos del conflicto armado interno (FARC) como víctimas dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Victimización por Tortura (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 188), prohibida por el Derecho Internacional -Protocolo II, (1977), Tit. II).

“Reconocimiento de los sujetos activos del conflicto armado interno (FARC) como víctimas dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Se remite a las condiciones de desigualdad, violencia, pobreza y “vulneración de derechos” que lo llevaron a ingresar a las FARC (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 206), (ver Tabla 5).

“Reconocimiento de los sujetos activos del conflicto armado interno (FARC) como víctimas dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Se refiere a los actos sexuales no consentidos dentro del grupo guerrillero como una situación que “se ha podido dar, pero no digamos que yo haya podido presenciar” (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 210); la Corte Constitucional ha desarrollado la violencia sexual como la mayor expresión de discriminación y violencia de género, que suscita el derecho a la reparación integral. (Sentencia T-718, 2017). La JEP como jurisdicción competente ha sido enfática en que “las conductas de reclutamiento ilícito y acceso carnal violento no son amnistiables ni indultables” (Comunicado 091, 2019)

“Reconocimiento de los sujetos activos del conflicto armado interno (FARC) como víctimas dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Se remite a la victimización de miembros de la UP, (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 214) (tratada en las circunstancias históricas del artículo) genocidio que consistió en el “exterminio sistemático a que fueron sometidos sus militantes y simpatizantes en el curso de las décadas de 1980 y 1990” (Hernández Mora, 2016, pág. 27)

“Reconocimiento de los sujetos activos del conflicto armado interno (FARC) como víctimas dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz.

En este caso se aborda la victimización del combatiente con aplicación del Derecho Internacional, debido a que en la entrevista se habla de la utilización de “Bombas” (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019, pág. 229) lo que constituye una prohibición en el empleo de armas que causen “males innecesarios”; de igual modo, habla del envenenamiento en la comida, que es otra prohibición en el Derecho Internacional (CIDH, 1907)

“Reconocimiento de los sujetos activos del conflicto armado interno (FARC) como víctimas dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Se remite al desplazamiento forzado, como causal de victimización antes de pertenecer al grupo armado (Puerto Gutierrez & Alvarez Molano, 2019). “Tal fenómeno es una grave violación de los derechos humanos que ocasiona, a su vez, la vulneración de otras garantías. Además, es una infracción al DIH, un crimen de guerra y de lesa humanidad” (Sentencia T-689, 2014)

3.2 Análisis de los resultados frente a la concepción social.

Parte elemental en el reconocimiento y garantía de derechos en el Estado colombiano ha sido el grado de aceptación en la población civil, razón por la cual se procede a abordar un estudio general frente al fenómeno del plebiscito en Colombia, cuya diferencia de aceptación o rechazo al Acuerdo no alcanzó siquiera el 1%, con un margen significativo de abstencionismo del 62,6% (BBC News, 2016).

Tabla 6.

Votación del plebiscito en zonas con mayor auge de conflicto armado. (Puerto Gutiérrez & Vega, Pérez, L. A., 2020) (Autoría propia)²³

Municipio	SI	NO
Bojayá, Chocó	96%	4
Caloto, Cauca	72,9%	27%
Cajibo, Cauca	71,1%	28%
Miraflores, Guaviare	85%	14%
Silvia, Cauca	73%	23%
Barbacoas, Nariño	73%	26%
Tumaco, Nariño	71%	28,8%
San Vicente del Caguán, Caquetá	62%	37%
Apartadó, Antioquia	52%	47%

Los datos de la tabla se relacionan también con el informe de la institución CODHES²⁴, donde de los 200 municipios que concentran el 72% de las víctimas del país, ganó el Sí en 136 municipios (CODHES, 2016); se concluye entonces que las zonas donde mayoritariamente se ha vivido el conflicto han sido las zonas más conscientes de la importancia del Acuerdo, a diferencia de las zonas centrales y menos afectadas donde se votó negativamente. Este fenómeno podría explicarse bajo la perspectiva de la teoría garantista; en cuanto a la inviabilidad de la democracia plebiscitaria, debido a que no implica el respeto por el derecho de las minorías, pues:

Es del todo ilusoria la idea de que los derechos humanos expresen una ética compartida, dentro de nuestra cultura, no digamos por todos sino ni siquiera por la mayoría (...). Si en 1789 se hubiera convocado un referéndum sobre la Declaración de los Derechos del hombre y el ciudadano, pienso que la adhesión no hubiera superado el uno por mil (Ferrajoli L., 2008, pág. 54).

²³ La tabla reúne la información proporcionada en artículo periodístico. (Semana, 2016)

²⁴ Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento

Por lo anterior, el argumento principal de defensa al Acuerdo es que el principio de la paz constituye “una precondition de la convivencia civil. Por ende, el principio de la paz tiene un carácter antimayoritario, en el sentido de que no necesita del consenso de la mayoría ni tampoco puede ser anulado por la voluntad de una mayoría” (Ferrajoli, 2016, pág. 21).

Una razón fundamental para votar negativamente en el plebiscito fue el rechazo a los desmovilizados de las FARC y la visión de injusticia frente al Acuerdo, a pesar de ser un documento poco conocido (Miranda, 2016). Esta exclusión a los miembros de las FARC podría obedecer a su condición previa de transgresores del orden constitucional y legal; sin embargo este argumento sin embargo es erróneo, pues la garantía del respeto a los derechos fundamentales en el marco de “una sociedad democrática se extiende a todos los seres humanos por el hecho de ser personas y no contiene ninguna cláusula de reciprocidad entre el Estado y el individuo” (Estupiñan Silva, 2011).

Conclusiones

A lo largo del artículo se ha demostrado que el Derecho es el soporte de la estructura de paz; la situación actual de Colombia –similar a la que han vivido muchos países– tiene que echar mano del Derecho, a través de normas constitucionales, leyes, jurisprudencias, acuerdos internacionales, y herramientas que permitan la consolidación de la paz. La justicia solo es posible con la aplicación efectiva del derecho, y la paz solo es posible por la vía de la justicia.

Hay un vacío legal en el procedimiento frente a la victimización de un desmovilizado, porque aun cuando la jurisprudencia se remita a la jurisdicción ordinaria no existe la claridad ni el reconocimiento para que la víctima tenga el acceso a la justicia. Por otro lado, lo que sí existe es una discriminación en la ley de víctimas, ya que, si el desconocimiento partiera de la no aplicación de beneficios, entonces tampoco se incluyera en esta a los militares como víctimas, pues tampoco son destinatarios ante la existencia de otro procedimiento e indemnización en la institución castrense.

La calidad de víctima depende de la vulneración de los derechos y no de las condiciones como sujeto, toda vulneración debe ser protegida de manera objetiva, salvo por el estado de indefensión para ser garante y no para desconocer los derechos de tal condición. No podemos olvidar que no sólo en la academia sino también en la práctica los derechos son universales.

Toda exclusión implica el desconocimiento de la dignidad, el Estado no puede limitarse al reconocimiento que hace únicamente en sentido amplio el derecho

internacional, pues –aparte de tener una normativa general, escasa y casi que únicamente sustancial– como Estado debe proteger a las personas que hacen parte de él y desarrollar la aplicación interna de toda protección con arreglo a la víctima. El desarrollo normativo actual ya ha mostrado una ligera inclinación frente a la visión de justicia en el sujeto pasivo y en los derechos del procesado (donde todavía queda mucho por trabajar e impulsar); es entonces necesario dar este paso para acercarnos por medio del garantismo al Estado de Derecho.

Es la garantía de los propios derechos fundamentales como derechos iguales lo que hace madurar el sentido de pertenencia y la identidad colectiva de una comunidad política, acorde a los criterios constitucionales, y de este modo garante de una democracia constitucional y en derecho. Aunque en el contenido del acuerdo no existe un reconocimiento expreso de victimización, no la hace una jurisdicción marginal; sin embargo, se reitera, hace falta un desarrollo jurídico que reconozca y propugne por los derechos del ex combatiente en calidad de víctima, así como un procedimiento para acceder a los componentes de Verdad, Justicia, Reparación y Garantía de No Repetición.

Referencias

- Acto Legislativo 01. (4 de abril de 2017). Congreso de la República. *Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>
- Acto Legislativo 01. (18 de enero de 2018). Congreso de la República. *Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la constitución política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DE%2018%20DE%20ENERO%20DE%202018.pdf>
- Alto Comisionado Para la Paz. (24 de noviembre de 2016). *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- Ámbito Jurídico. (29 de agosto de 2019). Así operará la JEP ante disidentes de las FARC. *Ámbito Jurídico*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/penal/asi-operara-la-jep-ante-disidentes-de-las-farc>

- Ardila Arévalo, C. (2019). Paz justa y redistribución: un argumento deontológico en contextos de grave desigualdad. *Revista Diálogos y Saberes*, 50, 97-114. doi:<https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.50.2019.5554>
- Asprilla, L. (18 de febrero de 2016). El reclutamiento a menores por las Farc y la aplicación de la Justicia Transicional. (*trabajo pregrado*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Santo Tomás. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2068/Asprillaluz2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Auto 005. (17 de julio de 2018). Jurisdicción Especial Para la Paz. Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. *M.P.: Catalina Diaz Gomez*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de [https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Auto%20005%20-%20Apertura%20Caso%20003%20Muertes%20ileg%C3%ADtimamente%20presentadas%20como%20baja%20en%20combate%20SRVR%20\(1\).pdf](https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Auto%20005%20-%20Apertura%20Caso%20003%20Muertes%20ileg%C3%ADtimamente%20presentadas%20como%20baja%20en%20combate%20SRVR%20(1).pdf)
- Auto 181. (29 de agosto de 2019). Jurisdicción Especial Para la Paz. Salas de Justicia. Sala de Reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. *M.P.: Óscar Parra Vera*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de https://www.jep.gov.co/Relatoria/Sala%20de%20Reconocimiento%20de%20Verdad,%20de%20Responsabilidad%20y%20de%20Determinaci%C3%B3n%20de%20los%20Hechos%20y%20Conductas/Autos/Auto_SRVR-184_29-agosto-2019.pdf
- Auto 282. (29 de mayo de 2019). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente RPZ-010. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2019/a282-19.htm>
- Auto 401. (27 de junio de 2018). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Alberto Rojas Ríos*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente CJU-00002. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2018/A401-18.htm>
- Auto 902. (14 de abril de 2008). Corte Constitucional. La Sala Segunda de Revisión. *M.P.: Manuel Jose Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2008/a092-08.htm>
- Auto AP-2176. (30 de mayo de 2018). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Patricia Salazar Cuellar*. Bogotá D.C, Colombia. Acta 171: Radicación N° 51.134. Obtenido de <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/726935777>
- Auto SRT-AE-030. (15 de mayo de 2019). Jurisdicción Especial Para La Paz. Tribunal para la paz. Sección de Revisión. *M.P.: Jesus-Angel Bobadilla Moreno*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Aprobada en Acta No. 032 del 15 de Mayo de 2019. Obtenido de <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/SiteAssets/Paginas/LA-SECCI%C3%93N-DE-REVISI%C3%93N-DE-LA-JEP-APLICA-LA-GARANT%C3%8DA-DE-NO-EXTRADICI%C3%93N-A-SEUXIS-PAUCIAS-HERN%C3%8INDEZ-SOLARTE/SRT-AE-030-2019.pdf>

- Banco de la República de Colombia. (2017). *Banrep cultural*. Recuperado el 01 de octubre de 2019, de Déficit Fiscal: https://enciclopedia.banrep cultural.org/index.php/D%C3%A9ficit_fiscal
- BBC News. (03 de octubre de 2016). Qué dice de Colombia que haya habido 62% de abstención en el histórico plebiscito por el proceso de paz. *bbc.com*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37539590>
- Bravo Medina, P. (01 de mayo de 2016). Las heridas ocultas de la guerra: los problemas psicológicos de los excombatientes. *cnn español.cnn.com*. Obtenido de Proceso de Paz en Colombia. Los rostros de la Reconciliación: <https://cnnspanol.cnn.com/2016/05/01/las-heridas-ocultas-de-la-guerra-los-problemas-psicologicos-de-los-excombatientes/>
- Cáceres, P. (2003). Análisis cualitativo de Contenido: Una alternativa metodológica alcanzable. *Revista Psicoperspectivas*, 2, 53-82. Obtenido de <http://www.psicoperspectivas.cl/index.php/psicoperspectivas/article/viewFile/3/1003>
- Caracol Radio. (24 de enero de 2014). Cronología del Proceso de Paz. *caracol.com*. Obtenido de https://caracol.com.co/radio/2013/10/18/nacional/1382097060_997459.html
- Cárdenas, E., & Villa, E. (2015). La Política de Seguridad Democrática y las Ejecuciones Extrajudiciales. *Revista Universitas Económica*, -, 1-18. Obtenido de https://cea.javeriana.edu.co/documents/153049/2786252/Vol.12_10_2012.pdf/4ec79170-3aae-4d4c-abe8-e4f2bf5db174
- Caro Perdomo, J., Herrera Contreras, J., Wilches, L., Arsecio Gomez, E., Jimenez, C., & Alvarez, M. (2013). Del sujeto, la subjetividad y la subjetivación a la noción de la Responsabilidad Subjetiva en el conflicto armado en Colombia. *Revista Desbordes*, 4, 49-59. Obtenido de https://academia.unad.edu.co/images/investigacion/hemeroteca/DESBORDES/Desbordes/Desbordes_-_Vol%C3%BAMen_4/7._DEL_SUJETO_LA_SUBJETIVIDAD_Y_LA_SUBJETIVACION_A_LA_NOCION_DE_LA_RESPONSABILIDAD.pdf
- Carvajal, L. (22 de junio de 2015). *Combatientes, víctimas y Comisión de Esclarecimiento*. Recuperado el 02 de octubre de 2019, de pazfarc-ep-org: <https://pazfarc-ep.org/noticieros/item/2801-combatientes-y-victimas-y-comision-de-esclarecimiento.html>
- CICR. (08 de junio de 1977). Comité Internacional de la Cruz Roja. *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*. Suiza, Ginebra. Obtenido de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>
- CICR. (10 de diciembre de 2012). *Conflictos internos u otras situaciones de violencia: ¿cuál es la diferencia para las víctimas?* Obtenido de icrc.org: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/interview/2012/12-10-niac-non-international-armed-conflict.htm>

- CIDH. (18 de octubre de 1907). Haya. *Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV.R)*. Suiza, Ginebra. Obtenido de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>
- CNMH. (2014). *Guerrilla y Población Civil. Trayectoria de las Farc 1949-2013. Tercera edición*. Bogotá D.C: Centro Nacional de Memoria Historica. Obtenido de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/farc/guerrilla-y-poblacion-civil-jun-2016.pdf>
- CNMH. (2015). *Una nación desplazada: informe nacional de desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá D.C: Centro Nacional de Memoria Historica. Obtenido de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2015/nacion-desplazada/una-nacion-desplazada.pdf>
- CNMH. (2017). *La guerra inscrita en el cuerpo. Informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado*. Bogotá D.C: Centro Nacional de Memoria Historica. Obtenido de http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes-accesibles/guerra-inscrita-en-el-cuerpo_accesible.pdf
- CODHES. (2016). *Plebiscito 2016: Análisis territorializado de los resultados electorales*. Bogotá D.C: Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento. Obtenido de http://www.codhes.org/~codhes/images/CODHES_plebiscito_1.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (13 de agosto de 2014). *Derecho a la Verdad en América*. Suiza: Organización de los Estados Americanos. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>
- Comunicado 091. (16 de junio de 2019). Jurisdicción Especial Para la Paz. *La JEP niega solicitud de amnistía en caso de violencia sexual y reclutamiento forzado*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de La JEP niega solicitud de amnistía en caso de violencia sexual y reclutamiento forzado: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/JEP-niega-solicitud-de-amnist%C3%ADa-en-caso-de-violencia-sexual-y-reclutamiento-forzado.aspx>
- Comunicado 132. (13 de septiembre de 2019). Jurisdicción Especial Para La Paz. *La JEP excluye a Seuxis Paucias Hernández, 'Santrich', y a Hernán Darío Velásquez, 'El Paisa'*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-excluye-a-Santrich-y-a-El-Paisa.aspx>
- Comunicado 145. (4 de octubre de 2019). Jurisdicción Especial Para La Paz. *La JEP excluye a Márquez, Sierra y Castellanos por incumplir gravemente el régimen de condicionalidad*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-excluye-a-Marquez,-Sierra-y-castellanos-por-incumplir-gravemente-el-regimen-de-condicionalidad.aspx>
- 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

Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217 A (III). Asamblea General de las Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948, art. 7). Recuperado el 02 de octubre de 2019, de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217 A (III). Asamblea General de las Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948, art. 2). Recuperado el 02 de octubre de 2019, de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Decreto 1290. (22 de abril de 2008). Ministerio del Interior y de Justicia. *Por el cual se crea el programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/decreto1290del22deabril2008.pdf>

Decreto 176. (24 de enero de 2008). Ministerio del Interior y de Justicia. *El ministerio del interior y de justicia de la república de Colombia delegatario de funciones presidenciales en virtud del decreto 012 del 4 de enero de 2008, modificado por el decreto 121 de 2008*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6231.pdf>

Decreto 522. (15 de marzo de 2018). Ministerio de Justicia y del Derecho. *Por el cual se adiciona el Decreto 1069 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Unico Reglamentario del Sector Justicia”, y se reglamenta parcialmente la Ley 1820 de 2016*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20522%20DEL%2015%20MARZO%20DE%202018.pdf>

Decreto 899. (29 de mayo de 2017). El Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se establecen medidas e instrumentos para la reincorporación económica y social colectiva e individual de los integrantes de las FARC-EP conforme al Acuerdo Final, suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP el 24 de noviembre de 2016*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20899%20DEL%2029%20DE%20MAYO%20DE%202017.pdf>

Delegación de Paz, las FARC-EP. (25 de octubre de 2014). *Punto 2: Reconocimiento de las víctimas del conflicto*. Recuperado el 02 de octubre de 2019, de Tratamiento a los combatientes víctimas de acuerdo con las normas internacionales: <https://resistencia-colombia.org/dialogos-de-paz/informes-y-propuestas/246-punto-2-reconocimiento-de-las-victimas-del-conflicto>

Díaz Gamboa, L. (2013). Ponencia sobre la crisis agraria en Colombia (Dentro de la mesa de Gobierno- Farc- EP). *Revista Derecho y Realidad*, 2(21), 95-98. doi:<https://doi.org/10.19053/16923936.v2.n21.2013.4832>

- El Colombiano. (31 de agosto de 2019). Jefe de la misión de la ONU en Colombia. “Gobierno y Farc sí están cumpliendo”: ONU. *elcolombiano.com*. Obtenido de <https://www.elcolombiano.com/colombia/paz-y-derechos-humanos/entrevista-con-carlos-ruiz-massieu-jefe-de-mision-de-onu-en-colombia-GH11522895>
- El Espectador. (25 de octubre de 2014). La propuesta de las Farc para considerar a los combatientes como víctimas. *elespectador.com*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/paz/propuesta-de-farc-considerar-los-combatientes-victimas-articulo-524124>
- El Heraldo. (18 de febrero de 2015). Las Teorías del origen del conflicto armado en Colombia. *elheraldo.com*. Obtenido de <https://www.elheraldo.co/politica/las-teorias-del-origen-del-conflicto-armado-en-colombia-184562>
- Estupiñán Silva, R. (04 de julio de 2011). Acción Pública de Inconstitucionalidad. Ley 1448, 2011. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 3 y 75 de la ley 1448 de 10 de junio de 2011. Obtenido de https://www.coljuristas.org/documentos/actuaciones_judiciales/ley_de_victimas/demanda_d-8643.pdf
- FARC-EP. (1982). Planteamiento Estratégico. 04 al 14 de mayo. *VII Conferencia Nacional*. Secretariado del Estado Mayor Central.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo* (1 ed.). Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2016). El proceso de paz en Colombia y la Justicia Penal Transicional. *Revista Soft Power*, 3(2), 20-32. Obtenido de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/SoftP/article/view/1811/1651
- Ferrajoli, L. (2016). La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna. *Revista Crítica Penal y Poder*(10), 146-161. Obtenido de <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/15489/18650>
- García Largo, A., Colmenares Laguado, J., & Rolon Omaña, G. (2014). La Realidad de la Descentralización en Colombia a partir de la Constitución de 1991. *Revista Hipotesis Libre*(9), 1-17. Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/138/130>
- Gobierno Nacional. (24 de noviembre de 2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. 10-34. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdo.Final.pdf>
- Gómez Rojas, G. (9 de julio de 2019). Corte Suprema dicta orden de captura nacional e internacional contra “Jesus Santrich”. *Corte Suprema de Justicia*. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2019/07/09/corte-suprema-ordena-captura-contra-seuxis-paucias-hernandez-solarte/>

- Grupo de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta Ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá D.C: Tercer Mundo Editores. Obtenido de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>
- Guzmán Quintero, L. (15 de febrero de 2009). Influencia de los Factores aceleradores del Conflicto Armado del Meta en la dificultad del Desarrollo del Departamento. (*trabajo pregrado*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Colegio Mayor de Nuestra señora del Rosario. Obtenido de <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/1094/53070419.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Hernández Mora, Y. (2016). La Unión Patriótica: memorias para la paz y la democracia. *Revista Panorama*, 10(18), 27-38. Obtenido de <https://journal.poligran.edu.co/index.php/panorama/article/view/822/626>
- INDEPAZ. (2016). *Instituto de estudios para el desarrollo y la paz*. Recuperado el 01 de octubre de 2019, de Proceso de paz con las Autodefensas: http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2013/04/Proceso_de_paz_con_las_Autodefensas.pdf
- Instituto Nacional de Salud Mental. (2016). *Trastorno de estrés postraumático*. Washington D.C: NIH. Obtenido de https://www.nimh.nih.gov/health/publications/espanol/trastorno-por-estres-postraumatico/sqf-16-6388_156346.pdf
- JEP. (2018). *Jurisdicción Especial para la Paz*. Recuperado el 29 de Septiembre de 2019, de <https://www.jep.gov.co/Paginas/JEP/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx>
- JEP. (26 de febrero de 2019). JEP abre el caso 06: Victimización de miembros de la Unión Patriótica (UP). *JEP- Jurisdicción Especial Para la Paz*. Obtenido de <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/JEP-abre-el-caso-06---Victimizacion-de-miembros-de-la-Union-Patriotica-.aspx>
- Jerez, D. (31 de mayo de 2019). Propuesta que aclara alcances de la extradición en la JEP está lista. *rcnradio.com*. Obtenido de <https://www.rcnradio.com/politica/propuesta-que-aclara-alcances-de-la-extradicion-en-la-jep-esta-lista>
- Ley 1424. (29 de diciembre de 2010). Congreso de la República. *Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 47.937 de 29 de diciembre de 2010. Obtenido de <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%201424%20de%202010.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 48096 de junio 10 de 2011. Obtenido de <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-1448-de-2011.pdf>

- Ley 1592. (3 de diciembre de 2012). Congreso de la República. *“Por medio de la cual se introducen modificaciones a la ley 975 de 2005 “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 paz. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.633 de 3 de diciembre de 2012. Obtenido de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201592%20DEL%2003%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202012.pdf>*
- Ley 1908. (9 de julio de 2018). Congreso de la República. *Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 50.649 de 9 de julio de 2018. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87301>*
- Ley 1922. (18 de Julio de 2018). Congreso de la República. *Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 50.658 de 18 de Julio de 2018. Obtenido de http://www.senado.gov.co/senado/basedoc/ley_1922_2018.html*
- Ley 1957. (06 de junio de 2019). Congreso de la República. *Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 50.976 de 6 de junio 2019. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1957_2019.html*
- Ley 418. (26 de diciembre de 1997). Congreso de la República. *Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 43.201, de 26 de diciembre de 1997. Obtenido de <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-418-de-1997.pdf>*
- Ley 782. (23 de diciembre de 2002). Congreso de la República. *Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 45.043, de 23 de diciembre de 2002. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0782_2002.html*
- Ley 975. (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 <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2013/04/Ley-975-del-25-de-julio-de-2005-concordada-con-decretos-y-sentencias-de-constitucionalidad.pdf>*
- Matias Camargo, S. (2019). La Justicia Especial para la Paz (JEP), sus avances y sus obstáculos. *Revista Diálogos de saberes*, 20, 25-35. doi:<https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.50.2019.5403>

- Medline Plus. (2018). *Leishmaniasis*. Rockville: Biblioteca Nacional de Medicina de los EE.UU. Obtenido de <https://medlineplus.gov/spanish/leishmaniasis.html>
- Mercado Pérez, D. (2017). La imposibilidad de definir el concepto de paz en el derecho. *Revista Academia & Derecho*, 8(14), 111-130. doi:<https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.15.4334>
- Mingote Adán, J., & et al. (2007). El paciente que padece un trastorno psicótico en el trabajo: diagnóstico y tratamiento. *Revista Medicina y Seguridad del Trabajo*, 53(208), 29-51. Obtenido de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0465-546X2007000300005
- Ministerio de Sanidad. (2012). *Guía práctica Clínica sobre Trastorno Bipolar*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Obtenido de http://www.sepsiq.org/file/Enlaces/GPC_510_Trastorno_Bipolar_compl.pdf
- Miranda, B. (03 de octubre de 2016). Las razones por las que el “No” se impuso en el plebiscito en Colombia. *BBCNews.com*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37537629>
- Organización de Las Naciones Unidas. (29 de noviembre de 1985). Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*. Suiza, Ginebra: Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Obtenido de resolución 40/34: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas. (08 de febrero de 2005). Comisión de Derechos Humanos. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Suiza, Ginebra: Distr. GENERAL. E/CN.4/2005/102/Add.1. Obtenido de <http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html>
- Organización de Las Naciones Unidas. (07 de junio de 2011). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. *Declaración sobre la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2011/cp1114-2.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2011). *Una crisis encubierta; conflictos armados y educación*. Paris: UNESCO. Obtenido de <https://web.oas.org/childhood/ES/Lists/Recursos%20%20Bibliografia/Attachments/18/6.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (09 de agosto de 2012). Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff*. New York, Estados Unidos: A/HRC/21/46. Obtenido de https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46_sp.pdf
- Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica: Conferencia Especializada

- Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32). Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Organización Panamericana de la Salud. (2006). *Marco conceptual de la prevención de la violencia en el contexto colombiano*. Bogotá D.C. Recuperado el 02 de octubre de 2019, de https://www.paho.org/col/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=publicaciones-ops-oms-colombia&alias=29-marco-conceptual-de-la-prevencion-de-la-violencia&Itemid=688
- Palacio, A., & Quintero, F. (21 de febrero de 2002). Secuestro Aéreo, Puntillazo Final. *El Tiempo.com*. Recuperado el 02 de octubre de 2019, de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1308661>
- PARES. (2018). *Cómo va la Paz. La reestructuración unilateral del Acuerdo de Paz*. Bogotá D.C: Fundación Paz & Reconciliación. Obtenido de <https://pares.com.co/wp-content/uploads/2018/11/INFORME-COMO-VA-LA-PAZ-1.pdf>
- Pizarro Leongómez, E. (2004). *Una democracia asediada. Balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia* (1 ed.). Bogotá D.C: Editorial Norma.
- Presidencia de la República. (2003). *Política de Defensa y Seguridad Democrática*. Bogotá D.C: Ministerio de Defensa Nacional. Obtenido de <http://www.oas.org/csh/spanish/documentos/Colombia.pdf>
- Puerto Gutierrez, D. A., & Alvarez Molano, D. L. (15 de noviembre de 2019). Reconocimiento de los sujetos activos del conflicto armado interno (Farc) como víctimas dentro de la jurisdicción especial para la paz. (*trabajo pregrado*). Tunja, Colombia: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Obtenido de <https://drive.google.com/file/d/1mQ4K9beKrB7hyBYUYb1YjTS-eFulfxGd/view>
- Puerto Gutiérrez, D., & Vega, Pérez, L. A. (2020). Victimización y garantismo de los sujetos activos (FARC) como víctimas en la Jurisdicción Especial para la Paz. *Academia & Derecho*.
- Rodríguez Barón, L. (19 de noviembre de 2013). La víctima y sus derechos en Colombia. *Revista Investigare(-)*, 1-20. Obtenido de <https://revista-investigare.uxternado.edu.co/la-victima-y-sus-derechos-en-colombia/#>
- Rodríguez Manzanera, L. (2002). *Victimología (Estudio de la víctima)* (1 ed.). México D.F, México: Editorial Porrúa. Obtenido de <https://yorchdocencia.files.wordpress.com/2015/09/victimologia-luis-rodriguez-manzanera.pdf>
- Rueda Navarro, C. (06 de junio de 2014). *Marquetalia y el inicio del conflicto armado contemporáneo*. Obtenido de Prensa Rural: <https://prensarural.org/spip/spip.php?article14346>
- Sanguino Cuellar, K. D., & Baene Angarita, E. M. (2016). La resocialización del individuo como función de la pena. *Academia & Derecho*, 7(12).

- Saumeth Cadavid, E. (2014). *Historia de la Guerrilla en Colombia*. Sao Pablo: Universidade Federal de Juiz de Fora. Obtenido de <http://ecsbdefesa.com.br/defesa/fts/HGC.pdf>
- Semana. (02 de octubre de 2016). Las víctimas votaron por el Sí. *semana.com*. Obtenido de <https://www.semana.com/nacion/articulo/plebiscito-por-la-paz-victimas-del-conflicto-votaron-por-el-si/496571>
- Semana. (30 de septiembre de 2019). Corte Constitucional le dará una oportunidad a Andrés Felipe Arias. *semana.com*. Obtenido de Justicia: <https://www.semana.com/nacion/articulo/corte-constitucional-selecciono-la-tutela-de-andres-felipe-arias/634080>
- Sentencia C-027. (18 de abril de 2018). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: José Fernando Reyes Cuartas*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente RPZ-006. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-027-18.htm>
- Sentencia C-080. (15 de agosto de 2018). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente RPZ-010. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-080-18.htm>
- Sentencia C-161. (7 de abril de 2016). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-10945. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-161-16.htm>
- Sentencia C-253A. (29 de marzo de 2012). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expedientes D-8643 y D-8668. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-253A-12.htm>
- Sentencia C-280. (15 de mayo de 2013). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-9321. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-280-13.htm>
- Sentencia C-291. (25 de abril de 2007). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D- 6476. Obtenido de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-291-07.htm#_ftnref215
- Sentencia C-516. (11 de julio de 2007). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-6554. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-516-07.htm>
- Sentencia C-579. (28 de agosto de 2013). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D - 9499. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>
- Sentencia C-630. (11 de octubre de 2017). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente RPZ-005. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-630-17.htm>

- Sentencia C-674. (14 de noviembre de 2017). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente RPZ-003. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-674-17.htm>
- Sentencia C-753. (30 de octubre de 2013). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Mauricio Gonzalez Cuervo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-9608. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-753-13.htm>
- Sentencia C-781. (10 de octubre de 2012). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Maria Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-8997. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-781-12.htm>
- Sentencia C-912. (3 de diciembre de 2013). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Maria Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-9683. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-912-13.htm>
- Sentencia Casación 48348. (23 de febrero de 2019). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: José Luis Barcelo Camacho*. Bogotá D.C, Colombia. Acta 15: Referencia: Radicación n.º 48348. Obtenido de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/bljun2019/SP036-2019\(48348\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/bljun2019/SP036-2019(48348).pdf)
- Sentencia T-689. (11 de septiembre de 2014). Corte Constitucional. La Sala Octava de Revisión. *M.P.: Martha Victoria Sachica Mendez*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expedientes T-4.343.361 y T-4.344.826 (AC). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-689-14.htm>
- Sentencia T-718. (11 de diciembre de 2017). Corte Constitucional. La Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Alejandro Linares Cantillo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente T-6.118.808. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-718-17.htm>
- Turbay, C. (1998). *El Estatuto de Seguridad. Un estudio de Caso* (1 ed.). Bogotá D.C: UNIANDES.
- UIP & CICR. (2018). *Unión Interparlamentaria y Comité Internacional de la Cruz Roja. Derecho Internacional Humanitario*. Suiza: Guía práctica para los parlamentarios No. 25. Obtenido de <https://www.ipu.org/file/5060/download>
- Velazco Fajardo, Y., & et al. (2018). Esquizofrenia paranoide. Un acercamiento a su estudio a propósito de un caso. *Revista Medios Electrón*, 40(4), 1163-1171. Obtenido de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1684-18242018000400022
- Ventura Robles, M. (7 de septiembre de 2005). La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad. *Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho*. Bogotá D.C, Colombia: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.



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

REVISTA ACADEMIA & DERECHO N° 19 - Julio/Diciembre, 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). Neograntismo 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.
- Espinell 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. 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. (2018). Acción de Tutela contra providencias judiciales: elementos, condiciones y crítica. *Revista Academia & Derecho*, 10(18), 275-334.

- Gonzalez Flórez, F. M. (2018). 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.

19

- Camacho Vinuesa, 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.
- 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.
- 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.
- Mayorga Penna, P. A. (2019). Los títulos-valores electrónicos en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.. *Revista Academia & Derecho*, 10(19), 157-194.
- 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.
- 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.
- 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.
- Guzmán Jiménez, L. F., & Quevedo Niño, D. G. (2020). Institucionalidad del cambio climático. Estudio comparado de España y Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 10 (19), 289-334.

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